

# MASTER'S THESIS

**De payrollovereenkomst als lex specialis van de uitzendovereenkomst onder de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)**

**Een onderzoek naar de gevolgen van de Wab voor de payrollovereenkomst vanuit nationaal en Europeesrechtelijk perspectief**

Heffener, E.H.

**Award date:**  
2021

**Awarding institution:**  
Department of Private Law

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 08. May. 2021

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



# De payrollovereenkomst als lex specialis van de uitzendovereenkomst onder de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)

*Een onderzoek naar de gevolgen van de Wab voor de payrollovereenkomst vanuit nationaal en Europeesrechtelijk perspectief*

Scriptie master Rechtsgeleerdheid  
Open Universiteit (RM9906162114)

Naam:	E.H. Heffener
Studentnummer:	851061823
Begeleider:	mr. dr. A.H. Lamers
Examinator:	mr. dr. M.L.H. Reumers
Aantal woorden:	18.484
Inleverdatum:	21-12-2020

## Inhoudsopgave

<b>Lijst van afkortingen</b>	<b>3</b>
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b>	<b>4</b>
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Afbakening	8
1.4 Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie	8
1.5 Methodologie	8
1.6 Opbouw	8
<b>Hoofdstuk 2 Juridisch kader vóór inwerkingtreding Wab (1 januari 2020)</b>	<b>10</b>
2.1 Inleiding	10
2.2 De arbeidsovereenkomst	10
2.2.1 De wettelijke definitie ex artikel 7:610 BW	10
2.2.2 Dwingend recht en partijbedoeling	11
2.3 De uitzendovereenkomst	11
2.3.1 De wettelijke definitie ex artikel 7:690 BW	11
2.3.2 Dwingend recht en toegangspoort artikel 7:691 BW	12
2.3.2.1 <i>Het verlichte ontslagregime</i>	13
2.3.3 De reikwijdte van de definitie van de uitzendovereenkomst	13
2.3.3.1 <i>Ruim toepassingsbereik van artikel 7:690 BW</i>	14
2.3.3.2 <i>Allocatiefunctie</i>	14
2.4 De payrollovereenkomst	16
2.4.1 Het begrip payrolling	16
2.4.2 De juridische status van payrolling	17
2.4.2.1 <i>Kwalificatie payrollovereenkomst na Care4Care-arrest</i>	17
2.4.2.2 <i>Knelpunten</i>	18
2.5 Conclusie	19
<b>Hoofdstuk 3 De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)</b>	<b>21</b>
3.1 Inleiding	21
3.2 Achtergrond en doelstellingen	21
3.2.1 Algemeen	21
3.2.2 Payrolling	22
3.3 De gevolgen voor de payrollovereenkomst	24
3.3.1 Introductie definitie payrollovereenkomst in het BW en de Waadi	24
3.3.2 Buiten toepassing verklaren bijzondere bepalingen in het BW die zien op de uitzendovereenkomst	25
3.3.3 Verruimen ketenregeling	25
3.3.4 Een apart gelijke behandelingsvoorschrift in de Waadi	26
3.3.4.1 <i>Een adequate pensioenregeling</i>	26
3.3.5 Overgangsrecht	26
3.4 Kritiekpunten maatregelen payrolling	27
3.4.1 Artikel 7:692 (en 7:692a) BW botst met het systeem van Titel 10, Boek 7 BW	27
3.4.2 Toevlucht schijnconstructies	27
3.4.3 Definitie payrollovereenkomst onduidelijk: afbakeningsproblemen	28
3.4.4 Complexiteit artikel 8a Waadi	29
3.6 Conclusie	29

<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>De Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG)</b>	<b>31</b>
4.1	Inleiding	31
4.2	Achtergrond en doelstellingen	31
4.3	De payrollovereenkomst getoetst aan de Uitzendrichtlijn	32
4.3.1	In hoeverre is de regulering van payrolling, waarmee een onderscheid wordt gemaakt tussen payrolling en uitzending, in lijn met de Uitzendrichtlijn?	33
4.3.1.1	<i>Brede definitie van het begrip 'uitzendkracht' in de Uitzendrichtlijn</i>	33
4.3.1.2	<i>Tijdelijkheidsbegrip in de Uitzendrichtlijn</i>	33
4.3.1.3	<i>Verbod op permanente terbeschikkingstelling?</i>	34
4.3.1.4	<i>Regelgeving payrolling in strijd met de Uitzendrichtlijn?</i>	35
4.4	Conclusie	36
<b>Hoofdstuk 5</b>	<b>Conclusie en aanbevelingen</b>	<b>38</b>
5.1	Conclusie	38
5.2	Aanbevelingen	39
	<b>Literatuur- en jurisprudentielijst</b>	<b>40</b>

## Lijst van afkortingen

ABU	Algemene Bond Uitzendondernemingen
A-G	Advocaat Generaal
Baadi	Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
MvT	Memorie van Toelichting
NBBU	Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen
PvdA	Partij voor de Arbeid
Sohor	Stichting Overgangsregeling vervroegd uittreden voor het Horecabedrijf
SP	Socialistische Partij
StiPP	Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
VAR/WUO	Verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming
VvA	Vereniging voor Arbeidsrecht
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
Wab	Wet arbeidsmarkt in balans
Wfz	Wet flexibiliteit en zekerheid
Wwz	Wet werk en zekerheid
Zzp	Zelfstandige zonder personeel

## Hoofdstuk 1 Inleiding

### 1.1 Aanleiding

Op 1 januari 2020 is de Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab) in werking getreden.<sup>1</sup> Middels deze wet zou het beoogde doel van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz)<sup>2</sup> uit 2015, het verkleinen van de groeiende kloof tussen werknemers met een 'vast' en 'flexibel' contract, alsnog behaald moeten worden daar waar de Wwz daar niet in is geslaagd.<sup>3</sup> De regering acht dit noodzakelijk gelet op de toenemende flexibilisering op de arbeidsmarkt.<sup>4</sup> Hiermee wordt bedoeld dat het aandeel werknemers dat werkzaam is op basis van een 'vaste' arbeidsovereenkomst daalt, terwijl het aandeel werknemers dat werkzaam is op basis van een 'flexibele' arbeidsovereenkomst stijgt.<sup>5</sup>

'Vaste' arbeidsovereenkomsten betreffen de reguliere arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in de zin van artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Op deze arbeidsovereenkomsten is een grote hoeveelheid dwingend recht van toepassing waarmee de werknemer in bescherming wordt genomen (Boek 7 titel 10 BW). Deze bescherming bestaat bijvoorbeeld uit de bescherming tegen het wegvallen van het inkomen als de werkgever geen werk meer aanbiedt (artikel 7:628 BW) en de ontslagbescherming die de werknemer geniet.<sup>6</sup>

Onder de term 'flexibele' arbeidsovereenkomsten vallen overeenkomsten met verschillende benamingen die zelden een wettelijke grondslag hebben<sup>7</sup>. Wel in de wet geregeld is bijvoorbeeld de uitzendovereenkomst (artikel 7:690 e.v. BW). Kenmerkend voor deze overeenkomsten is het flexibele karakter van de arbeidsrelatie dat zich uit in het feit dat de beschermende bepalingen van Boek 7 titel 10 BW opzij kunnen worden gezet ten nadele van de werknemer omdat deze ofwel niet van toepassing zijn (dit is het geval indien de arbeidsrelatie niet berust op een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW) ofwel sprake is van bijzondere voorschriften.<sup>8</sup>

#### *Payrolling*

Een belangrijk speerpunt in de Wab is het reguleren van het zogenoemde fenomeen payrolling.<sup>9</sup> Payrolling betreft een 'flexibele' arbeidsovereenkomst waarvan de benaming afkomstig is van de Engelse term 'payroll', wat in het Nederlands 'loonlijst' betekent. Het fenomeen is in de jaren negentig van de vorige eeuw opgekomen in Nederland. Destijds ging het om het uitbesteden van de salarisadministratie aan een derde, het payrollbedrijf, puur als middel de werkgever te ontzorgen. De werknemer bleef in dit geval in dienst bij de opdrachtgever en het payrollbedrijf was hierbij geen arbeidsrechtelijke partij.

De afgelopen tien jaar werd echter in toenemende mate niet zelden gebruik gemaakt van andere vormen van payrolling waarbij het juridisch werkgeverschap overgedragen werd aan het payrollbedrijf. In deze gevallen ontstond er een driehoeksrelatie tussen het payrollbedrijf, de werknemer en de opdrachtgever.<sup>10</sup> Om hier een beter beeld van te krijgen volgt een korte situatieschets van deze vorm van payrolling:

Ondernemer X (de opdrachtgever) werft en selecteert zelf een werknemer voor zijn onderneming, maar deze werknemer treedt vervolgens niet in dienst bij ondernemer X, maar bij het payrollbedrijf. Het payrollbedrijf stelt de werknemer daarna exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan ondernemer X.

Voor de opdrachtgever (ondernemer X) had bovenstaande situatie voornamelijk voordelen. Ondernemer X kon zich richten op het ondernemen zelf zonder zich bezig te hoeven houden met andere verplichtingen die kleven aan het werkgeverschap. Op de werkgever berusten bijvoorbeeld, naast administratieve verplichtingen, financiële verplichtingen in geval van ziekte van de werknemer (artikel 7:629 BW), re-integratieverplichtingen (artikel 7:658a BW) en scholingsverplichtingen (artikel 7:611 BW). Deze verplichtingen behoorden nu toe aan het payrollbedrijf. Het payrollbedrijf was

<sup>1</sup> Stb. 2019, 219.

<sup>2</sup> Stb. 2014, 216.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 1; Zie ook Lamers & Ermers 2014, p. 145-157, waarin het mislukken van de Wwz reeds werd voorspeld.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 7.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 7.

<sup>6</sup> Bakels e.a. 2019, p. 69.

<sup>7</sup> Zoals de 'thuiswerkovereenkomst', de 'freelance-overeenkomst', de 'af- op oproepovereenkomst' en de 'voorovereenkomst' of 'overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht'.

<sup>8</sup> Bakels e.a. 2019, p. 69.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 5, 30-51.

<sup>10</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 119.

immers juridisch werkgever. Tegelijkertijd behield de opdrachtgever wel materiële zeggenschap over de (inhoud van de) werkzaamheden van de werknemer. De opdrachtgever vervulde hier met andere woorden het materiële werkgeverschap en oefende feitelijk toezicht en leiding uit.<sup>11</sup>

Voor de werknemer was de uitwerking van de geschetste situatie echter minder rooskleurig te noemen. Het leverde voor de werknemer een negatieve rechtspositie op in vergelijking tot de situatie waarin hij rechtstreeks in dienst zou zijn genomen bij de opdrachtgever.<sup>12</sup> Dit kon met name worden toegerekend aan de slechte ontslagpositie die gold voor de payrollwerknemer.<sup>13</sup> Tevens waren er verschillen als het ging om de toepasselijke arbeidsvoorwaarden waardoor er oneerlijke concurrentie ten opzichte van andere werkgevers in de sector waarin de opdrachtgever werkzaam was kon ontstaan. De payrollwerknemer viel bijvoorbeeld niet onder de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) in de betreffende bedrijfstak en de collectieve pensioenregeling bij de opdrachtgever of de sector waarin deze werkzaam was.<sup>14</sup>

Hier komt nog bij dat het in de praktijk niet uitzonderlijk was dat er onduidelijkheid bestond bij de payrollwerknemers, zowel over het feit dat zij payrollwerknemer waren, als over hun arbeidsrechtsrechtelijke positie. Niet zelden kwamen payrollwerknemers er pas bij ontslag achter dat zij niet in dienst (meer) waren bij het bedrijf waar zij feitelijk voor werkten, maar bij een payrollbedrijf.<sup>15</sup> Een voorbeeld waarbij deze nadelen voor de payrollwerknemer naar voren kwamen betreft de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van de rechtbank op 12 november 2009.<sup>16</sup> In deze casus had horecaonderneming 'A' besloten haar gehele personeel per 1 januari 2008 over te dragen aan Flexconnect, een payrollbedrijf. Op deze manier kon onderneming 'A' zich onttrekken aan de regelgeving die in een bepaalde branche geldt, in dit geval de horecabranche. Een van de overgedragen werknemers, die sinds 1996 in dienst was bij horecaonderneming 'A', vroeg in februari 2008 een uitkering aan bij Stichting Overgangsregeling vervoegd uitreden voor het Horecabedrijf (hierna: Sohor) wegens de wens vervoegd uit dienst te treden per 1 juli 2008. Deze aanvraag werd echter afgewezen omdat deze werknemer niet meer in dienst was van een horecaonderneming en zodoende geen recht meer had op regelgeving die gold voor de horecabranche. Volgens de regeling van Sohor was een ononderbroken dienstverband bij een horecaonderneming van ten minste dertien jaar vereist.

Door het toenemende gebruik van payrolling nam tevens het debat toe over de legitimiteit van het fenomeen, waarbij de hoofdvraag was of de payrollovereenkomst gedefinieerd kon worden als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.<sup>17</sup> De payrollovereenkomst betreft, net als de uitzendovereenkomst, (niet zelden) een driehoeksverhouding en lijkt erg op de uitzendovereenkomst. Echter, in tegenstelling tot de klassieke uitzendovereenkomst<sup>18</sup> is bij payrolling geen sprake van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door de werkgever (het payrollbedrijf), de zogenoemde allocatiefunctie. De werving en selectie wordt immers overgelaten aan de opdrachtgever zelf.<sup>19</sup>

De Hoge Raad heeft hierover in 2016 in het Care4Care-arrest duidelijkheid gegeven.<sup>20</sup> De Hoge Raad heeft bepaald dat de payrollovereenkomst geduid kan worden als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, omdat dat artikel geen allocatiefunctie vereist. Tevens kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat dit er automatisch toe leidt dat artikel 7:691 BW van toepassing is. In artikel 7:691 BW is het zogenoemde verlichte ontslagregime opgenomen op basis waarvan een uitzendkracht een verminderde ontslagbescherming geniet. Evenals artikel 7:690 BW vereist artikel 7:691 BW geen allocatiefunctie en daarbij kan op basis van de wetsgeschiedenis verondersteld worden dat de wetgever in artikel 7:691 BW aan het begrip 'uitzendovereenkomst' geen andere betekenis heeft willen geven dan in artikel 7:690 BW, aldus de Hoge Raad.

De overwegingen van de Hoge Raad brachten verschillende knelpunten met zich mee voor payrolling die later in dit werk belicht worden. De verminderde ontslagbescherming pakte bijvoorbeeld voor payrollwerknemers nadeliger uit dan voor klassieke uitzendkrachten, juist vanwege het ontbreken van

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 30.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 32.

<sup>13</sup> Hooogeveen, *ArbeidsRecht* 2012/6, p. 3-8.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 34.

<sup>15</sup> Hooogeveen, *ArbeidsRecht* 2012/6, p. 3-8.

<sup>16</sup> Rb. Den Haag (zittingsplaats Delft) 12 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7359.

<sup>17</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 15.

<sup>18</sup> Klassieke uitzendovereenkomsten richten zich op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek'.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 30-31.

<sup>20</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

de allocatiefunctie. Door de aanwezigheid van de allocatiefunctie wordt een klassieke uitzendkracht bij beëindiging van een inleenopdracht doorgaans ingezet bij een ander bedrijf. Dit was niet het geval bij payrollrolling; het einde van de inleenopdracht betekende al snel het einde van de arbeidsovereenkomst, omdat hij niet in dienst was van de uitzendwerkgever met een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.<sup>21</sup> De Hoge Raad leek zich bewust van deze nadelige gevolgen. Zo voegde hij aan zijn overwegingen toe dat wanneer de toepassing van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties, zoals payrollrolling, zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van artikel 7:690-7:691 BW voor ogen had, het aan de wetgever is hier grenzen aan te stellen.<sup>22</sup>

#### *Wab*

Met de Wab heeft de wetgever gehoor gegeven aan de ‘oproep’ van de Hoge Raad in het Care4Care-arrest. Met deze wet wordt (onder andere) beoogd de rechtspositie van payrollwerknemers te verbeteren door hen meer zekerheid te bieden.<sup>23</sup> Tegelijkertijd wil de regering dat het voor bedrijven mogelijk blijft om gebruik te maken van payrollrolling als middel hen te ontzorgen.<sup>24</sup> Hiertoe introduceerde de Wab wetgeving ter regulering van payrollrolling in het BW en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi).

In artikel 7:692 BW (nieuw) wordt payrollrolling als volgt gedefinieerd:

*“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.”*

De Wab maakt met deze definitie een onderscheid tussen een payrollwerknemer en een klassieke uitzendkracht in de zin van artikel 7:690 BW, waarbij payrollwerknemers verdergaande arbeidsrechtelijke bescherming ontvangen dan klassieke uitzendkrachten omdat op hen onder andere niet het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing is. Op grond van artikel 7:692a BW (nieuw) geldt voor payrollwerknemers een regime dat vergelijkbaar is met de op een gewone arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde regels. Daarbij is in artikel 8a Waadi (nieuw) bepaald dat de payrollwerknemer recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de uiteindelijke inlener. Indien deze er niet zijn dan wordt gekeken naar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin die uiteindelijke inlener actief is.<sup>25</sup>

Vanuit verschillende hoeken stuit de nieuwe definitie van payrollrolling op kritiek. De definitie zou onduidelijkheden bevatten waardoor de rechtszekerheid in het geding is. Zo wees onder andere de Raad van State op het gegeven dat de criteria “geen allocatiefunctie en exclusieve ter beschikkingstelling” niet een adequate en geschikte afbakening vormt voor toepasselijkheid van ofwel het normale uitzendregime, ofwel het payrollregime.<sup>26</sup> Met deze afbakening zullen er tal van situaties blijven bestaan die niet aan beide criteria voldoen, terwijl de terbeschikkingstelling enkel gericht is op het ontduiken van arbeidsvoorwaarden van de uitzendwerknemer, aldus de Raad van State.<sup>27</sup> Ook de Eerste Kamer kwam met kritiekpunten op de Wab, waarbij de voorgestelde regels voor payrollrolling als grote zorg naar voren kwamen gelet op de onduidelijkheid en uitvoerbaarheid die het onderscheid tussen payrollrolling en klassieke uitzending met zich meebrengt.<sup>28</sup> Verburg vat het als volgt samen: “Deze ruime en onduidelijke definitie van payrollrolling zorgt voor rechtsonzekerheid in de uitzendwereld en holt de allocatiefunctie van de branche uit.”<sup>29</sup>

#### *Richtlijn 2008/104/EG (de Uitzendrichtlijn)*

Naast bovenstaande kritiek moet tevens het Europees recht in ogenschouw worden genomen. Om wetgeving van de lidstaten van de Europese Unie te harmoniseren worden richtlijnen gebruikt. Deze richtlijnen dienen te worden geïmplementeerd in nationale wetgeving (artikel 288 Verdrag betreffende

<sup>21</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 39.

<sup>22</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*), r.o. 3.4.3.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 37-51.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 5.

<sup>25</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 7.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4, p. 4-7; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 16-18.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 18.

<sup>28</sup> *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, nr. E.

<sup>29</sup> L.G. Verburg, ‘Onduidelijke definitie payrollrolling leidt tot een juridisch slagveld’, *abu.nl* 11 april 2019.



de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)).<sup>30</sup> In 2008 is in Europa de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG) vastgesteld.<sup>31</sup> Deze richtlijn schrijft een aantal uitgangspunten met betrekking tot uitzendarbeid voor dat in de Nederlandse wet- en regelgeving is geïmplementeerd. Dit is onder andere te vinden in de Waadi.

Sinds de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2020 is, naast de definitie van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 BW, tevens in de Waadi een definitie van payrolling opgenomen. Artikel 1 lid 1 onder d Waadi (nieuw) luidt:

“...  
*payrolling: het op basis van een overeenkomst van opdracht, die niet tot stand is gekomen in het kader van samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, ter beschikking stellen van een arbeidskracht, om onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, arbeid te verrichten, waarbij degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is deze arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.*”

Zowel op basis van de definitie van de payrollovereenkomst in het BW als de definitie van payrolling in de Waadi wordt de payrollovereenkomst aldus aangemerkt als een bijzondere vorm van een uitzendovereenkomst waarbij aan de payrollwerknemer meer rechten worden toegekend dan aan de reguliere uitzendwerknemer. De vraag is in hoeverre dit in overeenstemming is met het Europees recht, in het bijzonder de Uitzendrichtlijn. Allereerst is een allocatiefunctie geen vereiste voor toepassing van de Uitzendrichtlijn (artikel 1 Uitzendrichtlijn). Daarbij zijn in de Uitzendrichtlijn specifieke definities opgenomen van een (reguliere) werknemer, een uitzendbureau en een uitzendkracht (artikel 3 lid 1 Uitzendrichtlijn). Noch in het BW noch in de Waadi is met de inwerkingtreding van de Wab een specifieke definitie opgenomen van een payrollwerknemer. Dit roept de vraag op of op basis van de Uitzendrichtlijn de payrollwerknemer kan vallen onder de definitie van de uitzendkracht in de zin van artikel 3 lid 1 van de Uitzendrichtlijn?<sup>32</sup> De uitzendkracht wordt daarin als volgt gedefinieerd:

“...  
*„uitzendkracht“: een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken.*”

Indien deze vraag bevestigend beantwoord dient te worden in die zin dat zowel de gewone uitzendkracht als de payrollwerknemer onder de definitie van uitzendkracht in de Uitzendrichtlijn valt, dan staan op basis van de Uitzendrichtlijn de gewone uitzendkracht en payrollwerknemer op gelijke voet met elkaar en is het verschil in arbeidsvoorwaarden voor beiden dat is ontstaan met de Wab in strijd met de Uitzendrichtlijn.<sup>33</sup>

Gelet op de genoemde heersende kritiek op de Wab waarbij naar voren komt dat de Wab niet zelden onduidelijkheden bevat ten aanzien van de payrollovereenkomst en daardoor juist kan leiden tot rechtsonzekerheid, alsmede de Wab mogelijk niet conform de Uitzendrichtlijn is, is de noodzaak om hier onderzoek naar te verrichten evident.

## 1.2 Probleemstelling

In dit werk staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Zijn de bepalingen in de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) die betrekking hebben op de payrollovereenkomst voldoende in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG) en worden de doelstellingen van de Wab ter zake payrolling middels deze wet bereikt of is het wenselijk om, gelet op de actuele wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur, de payroll-constructie op een andere wijze vorm te geven?

<sup>30</sup> Ambtenbrink & Vedder 2017, p. 193.

<sup>31</sup> *pbEU* 2008, L 327/9.

<sup>32</sup> H. Feyli, 'Aanpassing Waadi voor payrolling in strijd met Uitzendrichtlijn?', *flexnieuws.nl* 15 december 2017; H. Mouselli (voorheen Feyli), 'Payrollmaatregelen Wab 'missen visie in Europese context'', *flexmarkt.nl* 11 februari 2019.

<sup>33</sup> Briejer, *TAP* 2018/59, p. 9.

Het doel van dit onderzoek is tweeledig: enerzijds het toetsen van de bepalingen die in de Wab zijn opgenomen aangaande de payrollovereenkomst aan de Uitzendrichtlijn en anderzijds inzicht verkrijgen of de doelstellingen van de Wab op het gebied van payrolling middels deze wet bereikt worden. Op basis hiervan kan vervolgens een conclusie getrokken worden of het wenselijk is om de payroll-constructie anders vorm te geven. Om dit doel te bereiken zijn de volgende deelvragen geformuleerd welke achtereenvolgens aan bod komen:

- Wat is payrolling en hoe verhiel de payrollovereenkomst zich ten opzichte van de klassieke arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst vóór de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2020?
- Waarom is de Wab tot stand gekomen en wat zijn de gevolgen voor de payrollovereenkomst na de inwerkingtreding van deze wet op 1 januari 2020?
- Zijn de wijzigingen voor payrolling effectief en dragen ze bij aan de rechtszekerheid?
- De Wab maakt onderscheid tussen een payrollwerknemer en een uitzendkracht. Is dit onderscheid conform de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG)?

### 1.3 Afbakening

Zoals uit de probleemstelling blijkt, richt dit werk zich enkel op de gevolgen die de Wab met zich meebrengt voor de payrollovereenkomst. Andere vormen van flexibele arbeidsrelaties worden, vanwege de omvang van het onderzoek, buiten beschouwing gelaten met uitzondering van de uitzendovereenkomst. Dit laatste is noodzakelijk gelet op de nauwe verwantschap tussen payrolling en uitzending.

### 1.4 Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie

Payrolling komt als flexibele arbeidsconstructie niet zelden voor op de Nederlandse arbeidsmarkt. Uit cijfers van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (hierna: ABU) blijkt dat in Nederland circa 200.000 medewerkers een payrollcontract hebben.<sup>34</sup> Reden is dat payrolling voor werkgevers tot 1 januari 2020 in ieder geval aantrekkelijk was: het vereenvoudigde de personeelsadministratie, verhoogde de flexibiliteit en dekte de financiële risico's bij ziekte en ontslag van de werknemers.<sup>35</sup> De keerzijde was dat gebruikmaking van de payrollconstructie maatschappelijke onwenselijke gevolgen kon hebben voor de toepasselijkheid van arbeidsrechtelijke regelingen. Zo was de arbeidsrechtelijke bescherming van de payrollwerknemer veel lager dan die van zijn collega die een 'vast' contract had bij de onderneming waar hij ook feitelijk werkte. Tevens was in de praktijk veel onduidelijkheid onder deze werknemers, over zowel het feit dat zij payroller waren als over hun arbeidsrechtelijke positie.<sup>36</sup> Per 1 januari 2020 zou met de inwerkingtreding van de Wab de rechtspositie van de payrollwerknemers verbeterd moeten zijn. Nu er echter geluiden zijn dat dit niet het geval lijkt te zijn en daarbij zelfs de rechtszekerheid in het geding is (zie paragraaf 1.1) is het zowel maatschappelijk als wetenschappelijk van belang om te onderzoeken of de payroll-constructie niet anders vormgegeven zou moeten worden.

### 1.5 Methodologie

Om tot een antwoord te komen op de gestelde probleemstelling is literatuuronderzoek verricht. Daarbij is gebruik gemaakt van diverse (hand)boeken en wetenschappelijke publicaties in de vorm van artikelen in tijdschriften. Deze wetenschappelijke publicaties nemen een belangrijke plaats in binnen dit onderzoek omdat deze informatie geven over het debat betreffende de onderzoeksvraag en de daarin ingenomen standpunten.

Tevens is de relevante wetgeving bestudeerd met de bijbehorende parlementaire stukken, alsmede de Europese regelgeving aangaande dit onderzoek. Ook jurisprudentie-onderzoek, afkomstig van zowel de Hoge Raad als het Hof van Justitie, ontbreekt hierbij niet. Tot slot zijn er diverse adviesrapporten, die uitgebracht zijn op het terrein van dit onderzoek, geraadpleegd.

### 1.6 Opbouw

In paragraaf 1.2 zijn naast de centrale onderzoeksvraag deelvragen geformuleerd. De beantwoording van deze deelvragen komen achtereenvolgens aan bod in de hoofdstukken hierna. Hoofdstuk 2

<sup>34</sup> Briejer, *TAP* 2018/59, p.4. In dit artikel wordt verwezen naar <https://www.abu.nl/themas/payrolling>.

<sup>35</sup> Hoogeveen, *ArbeidsRecht* 2015/17, p. 15.

<sup>36</sup> Hoogeveen, *ArbeidsRecht* 2012/6, p. 3-8.

behelst het juridisch kader. De juridische status van de payrollovereenkomst vóór de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2020 komt aan bod, waarbij ook de klassieke arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst niet onbesproken blijft. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de Wab. De achtergrond van deze wet en de gevolgen voor de payrollovereenkomst worden weergegeven. Daarbij wordt belicht of de wijzigingen voor payrolling effectief zijn en bijdragen aan de rechtszekerheid. Hoofdstuk 4 betreft een uiteenzetting van de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG). Getoetst wordt of het onderscheid dat de Wab maakt tussen payrolling en uitzending conform deze richtlijn is. Tot slot wordt in hoofdstuk 5 antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag middels een conclusie en aanbevelingen.

## Hoofdstuk 2 Juridisch kader vóór inwerkingtreding Wab (1 januari 2020)

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag die in paragraaf 1.2 is geformuleerd:

- Wat is payrolling en hoe verhield de payrollovereenkomst zich ten opzichte van de klassieke arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst vóór de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2020?

De veranderingen die de Wab met zich mee heeft gebracht ten aanzien van de payrollovereenkomst komen aan bod in hoofdstuk 3.

Om het begrip payrolling goed te kunnen begrijpen is het noodzakelijk om eerst in kaart te brengen wat precies verstaan wordt onder een arbeidsovereenkomst (in klassieke zin) en een uitzendovereenkomst. In de paragrafen 2.2 en 2.3 komen deze twee overeenkomsten dan ook als eerste aan bod, waarna in paragraaf 2.4 de payrollovereenkomst wordt besproken. Het hoofdstuk eindigt middels een conclusie in paragraaf 2.5.

### 2.2 De arbeidsovereenkomst

#### 2.2.1 De wettelijke definitie ex artikel 7:610 BW

De arbeidsovereenkomst wordt in artikel 7:610 BW als volgt gedefinieerd:

*“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.”*

Om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW moet derhalve aan de volgende elementen zijn voldaan:

1. persoonlijke arbeid;
2. loon;
3. gezagsverhouding/ondergeschiktheid.

##### *Ad 1. Persoonlijke arbeid*

Er moet sprake zijn van een overeenkomst die verbindt tot het verrichten van arbeid, oftewel een verplichting van de werknemer om arbeid te verrichten. Arbeid is hierbij een ruim begrip; zo kan ook slapen arbeid zijn in de zin van deze bepaling.<sup>37</sup> De arbeid dient *persoonlijk* door de werknemer te worden verricht.<sup>38</sup>

##### *Ad 2. Loon*

Tegenover de verplichting van de werknemer om persoonlijke arbeid te verrichten moet loon van de werkgever verschuldigd zijn. Het loonbegrip is niet in alle wetten gelijk. In artikel 7:610 BW wordt onder loon verstaan: “de door de werkgever aan de werknemer krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigde vergoeding ter zake van bedongen arbeid”.<sup>39</sup>

##### *Ad 3. Gezagsverhouding/ondergeschiktheid*

De arbeid moet ‘in dienst van’ de werkgever worden verricht. Dit is het geval indien de werknemer valt onder het gezag van de werkgever, er moet met andere woorden sprake zijn van ondergeschiktheid. Indien de werkgever op grond van de overeenkomst bevoegd is aanwijzingen te geven over het verrichten van de arbeid of met betrekking tot de bevordering van de goede orde in de onderneming, kan daarmee de ondergeschiktheid worden aangetoond.<sup>40</sup>

Artikel 7:610 BW bepaalt tevens wie als werknemer en werkgever de partijen zijn bij de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW ziet enkel toe op de

<sup>37</sup> HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173, NJ 1991/417.

<sup>38</sup> Bakels e.a. 2019, p. 61-62.

<sup>39</sup> Bakels e.a. 2019, p. 61-63.

<sup>40</sup> Bakels e.a. 2019, p. 61-63.

tweepartijovereenkomst waarbij de werknemer in dienst van de werkgever (persoonlijke) arbeid verricht.<sup>41</sup>

Tot slot kan een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW aangegaan worden voor 'bepaalde' of 'onbepaalde' tijd. Indien over de duur van de overeenkomst niets is bepaald in de overeenkomst dan is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

## 2.2.2 Dwingend recht en partijbedoeling

Artikel 7:610 BW is van dwingend recht. Dit betekent dat indien de relatie tussen partijen voldoet aan de hiervoor genoemde elementen - die voortvloeien uit de definitie van artikel 7:610 BW - er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen deze partijen. In dat geval is een grote hoeveelheid dwingend recht van toepassing waarmee de werknemer in bescherming wordt genomen. Dit in tegenstelling tot andere overeenkomsten op grond waarvan arbeid wordt verricht, zoals de aanneming van werk (art. 7:750 BW) of de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). Voor de werknemer is de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst derhalve niet onbelangrijk.<sup>42</sup>

Ten aanzien van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst was lange tijd, sinds het Groen/Schoevers-arrest uit 1997, de zogenoemde partijbedoeling ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bepalend. Wat tussen partijen had te gelden, werd "bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven."<sup>43</sup> In een reeks arresten heeft de Hoge Raad dit bevestigd.<sup>44</sup>

Recent heeft echter een belangrijke wijziging plaatsgevonden ten opzichte van het Groen/Schoevers-arrest uit 1997. De Hoge Raad oordeelde op 6 november 2020 in het werknemer/Gemeente Amsterdam-arrest dat bij de beantwoording van de kwalificatievraag de partijbedoeling geen rol meer speelt.<sup>45</sup> De beoordeling of een overeenkomst voldoet aan de vereisten van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW dient plaats te vinden aan de hand van de rechten en verplichtingen die partijen zijn overeengekomen, aldus de Hoge Raad. Daarbij stelt de Hoge Raad dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de uitleg van de rechten en verplichtingen die partijen zijn overeengekomen en anderzijds de kwalificatie van het type overeenkomst. De eerste vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf<sup>46</sup>, waarbij de partijbedoeling nog een rol kan spelen. Nadat met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen zijn vastgesteld (uitleg), kan worden beoordeeld of die overeenkomst voldoet aan de elementen (persoonlijke arbeid, loon en gezag) van de arbeidsovereenkomst (kwalificatie).

## 2.3 De uitzendovereenkomst

### 2.3.1 De wettelijke definitie ex artikel 7:690 BW

De uitzendovereenkomst betreft de driehoeksrelatie waarbij de volgende partijen betrokken zijn: de uitzender (ofwel het uitzendbureau), de uitzendkracht en de inlener.<sup>47</sup>

Tot de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid (hierna: Wfz) in 1999 was de civielrechtelijke status van de uitzendovereenkomst onduidelijk.<sup>48</sup> Een wettelijke basis ontbrak met onwenselijke gevolgen voor de praktijk, met name als het ging om vraagstukken over de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie, tot gevolg.<sup>49</sup> Met de Wfz werd voor het eerst een wettelijke definitie

<sup>41</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 121.

<sup>42</sup> Bakels e.a. 2019, p. 61.

<sup>43</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

<sup>44</sup> Zie HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, NJ 2007/446 (*Van der Male BV/Den Hoedt*); HR 10 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AP2651, NJ 2005/239 (*Diosynth/De Groot*); HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, NJ 2007/449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

<sup>45</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287 (*werknemer/Gemeente Amsterdam*).

<sup>46</sup> De Haviltexmaatstaf is ontleend aan het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG:4158, NJ 1981/635) waarin is bepaald dat bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst niet enkel gekeken dient te worden naar de taalkundige betekenis van de tekst, maar ook naar welke betekenis de partijen aan de tekst gaven en wat ze over en weer van elkaar mochten verwachten.

<sup>47</sup> Bakels e.a. 2019, p. 74.

<sup>48</sup> Van Houte 2017, p. 89.

<sup>49</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9.

gegeven voor de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Dit artikel trad in werking op 1 januari 1999 en luidt sindsdien als volgt:

*“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.”<sup>50</sup>*

Op basis van deze definitie is derhalve sprake van een uitzendovereenkomst als aan de volgende elementen is voldaan:

1. de uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst;
2. in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever;
3. terbeschikkingstelling aan een derde;
4. onder toezicht en leiding van de derde;
5. opdracht.

#### *Ad 1. De uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst*

Met deze zinsnede wordt bedoeld dat de relatie tussen de ter beschikking stellende werkgever en de werknemer geduid wordt als een arbeidsovereenkomst. Ten gevolge hiervan is op deze relatie de regeling van de arbeidsovereenkomst geheel van toepassing, tenzij dit anders is bepaald.

De uitzendovereenkomst is hiermee gedefinieerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst.<sup>51</sup>

#### *Ad 2. In het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever*

De terbeschikkingstelling dient plaats te vinden in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, dat wil zeggen dat de terbeschikkingstelling aan derden een doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn. De statuten van de onderneming verschaffen hier in de praktijk vaak duidelijkheid over.<sup>52</sup> Incidentele terbeschikkingstelling valt niet onder de definitie.<sup>53</sup>

#### *Ad 3. Terbeschikkingstelling aan een derde*

De uitzendkracht moet door de uitzendonderneming ter beschikking worden gesteld aan een derde, de opdrachtgever. Met de opdrachtgever ontstaat geen arbeidsovereenkomst; er is slechts een feitelijke relatie tussen de uitzendkracht en de opdrachtgever.<sup>54</sup>

#### *Ad 4. Onder toezicht en leiding van de derde*

Er moet sprake zijn van leiding en toezicht over de werkzaamheden door de derde, de opdrachtgever. De vraag of sprake is van toezicht en leiding als bedoeld in artikel 7:690 BW dient op dezelfde maatstaven te worden beantwoord als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW.<sup>55</sup> Echter, bij artikel 7:690 BW gaat het om de feitelijke gezagsuitoefening door de derde waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Het werkgeversgezag blijft betreffende andere verplichtingen die voortvloeien uit de uitzendovereenkomst bij de uitzendwerkgever liggen.<sup>56</sup>

#### *Ad 5. Opdracht*

De relatie tussen de opdrachtgever en de uitzendonderneming dient een overeenkomst van opdracht te zijn (artikel 7:400 BW). Bij een overeenkomst tot aanneming van werk is hier geen sprake van. De Waadi geeft voor de overeenkomst van opdracht voorschriften.<sup>57</sup>

### **2.3.2 Dwingend recht en toegangspoort artikel 7:691 BW**

Evenals artikel 7:610 BW, waarin de arbeidsovereenkomst wordt gedefinieerd, is artikel 7:690 BW van dwingend recht. Indien aan de vijf (hiervoor besproken) elementen uit de wettelijke definitie is voldaan, dan wordt de uitzendwerkgever wettelijk geduid als de werkgever van de door hem aan de

<sup>50</sup> Stb. 1998, 300.

<sup>51</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 31.

<sup>52</sup> Van Houte 2017, p. 91.

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

<sup>54</sup> HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *NJ* 2003/124 (*ABN AMRO/Malhi*); Van Houte 2017, p. 92.

<sup>55</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

<sup>56</sup> Van Houte 2017, p. 92; Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 34.

<sup>57</sup> Bakels e.a. 2019, p. 74.

opdrachtgevers ter beschikking gestelde werknemers. Ten gevolge van deze duiding geldt een aantal bijzondere bepalingen dat niet geldt voor de normale arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Met name de bepalingen die worden genoemd in artikel 7:691 BW zijn hierbij belangrijk.<sup>58</sup> In dit artikel is een 'verlicht ontslagregime' voor uitzendbureaus opgenomen, dat dus automatisch van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de werknemer zodra sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.<sup>59</sup> Artikel 7:690 BW vormt met andere woorden de toegangspoort naar artikel 7:691 BW.<sup>60</sup>

### 2.3.2.1 Het verlichte ontslagregime

Het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW is van toepassing indien sprake is van een uitzendovereenkomst op grond van artikel 7:690 BW. Toepassing van het verlichte ontslagregime betekent<sup>61</sup>:

- dat gedurende de eerste 26 weken de zogenoemde ketenregeling van artikel 7:668a BW niet van toepassing is (artikel 7:691 lid 1 BW). Dit betekent een verruiming (ten opzichte van de gewone arbeidsovereenkomst) van de mogelijkheid om een reeks contracten aan te gaan, alvorens van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in het leven is geroepen;
- dat gedurende de eerste 26 weken in de arbeidsovereenkomst een uitzendbeding kan worden opgenomen, waardoor de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt zodra de inlenende opdrachtgever de terbeschikkingstelling beëindigt (artikel 7:691 lid 2 BW);
- de mogelijk verplichte toepassing van de collectieve regelingen van de uitzendbranche. Wegens de omvang van dit werk wordt een uiteenzetting van het cao-recht in algemene zin achterwege gelaten. Tot 30 december 2019 waren hier twee cao's van belang, afkomstig van de twee grote brancheorganisaties voor uitzendwerk: de cao van de Algemene Bond Uitzendovereenkomst (de ABU-cao) en de cao van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (de NBBU-cao). Vanaf 30 december 2019 zijn beide cao's geharmoniseerd waardoor voor alle uitzendkrachten dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden.<sup>62</sup> Tevens heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) bij besluit voor uitzendkrachten verplicht gesteld zich aan te sluiten bij de pensioenregeling van Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (hierna: StIPP).<sup>63</sup>

Op grond van artikel 7:690 lid 8 BW kunnen middels cao beide termijnen van 26 weken verlengd worden tot hoogstens 78 weken. Tevens kan ten aanzien van de uitzendovereenkomst het bepaalde in artikel 7:668a BW worden verruimd van drie contracten in twee jaar, naar maximaal zes contracten in vier jaar.<sup>64</sup>

Het moge duidelijk zijn dat toepassing van artikel 7:691 BW een verminderde ontslagbescherming van de uitzendkracht inhoudt. Dit is onder andere het resultaat van het ontbreken van de noodzaak voor het uitzendbedrijf om, ter beëindiging van de uitzendrelatie de arbeidsovereenkomst op te zeggen of te doen ontbinden, wegens zijn mogelijkheden een veelheid aan contracten voor bepaalde tijd aan te gaan. Tevens gelden voor de uitzendrelatie minder strikte regels als het aankomt op de mogelijkheid van opzegging omdat bijzondere regels binnen de Ontslagregeling van toepassing zijn.<sup>65</sup>

### 2.3.3 De reikwijdte van de definitie van de uitzendovereenkomst

Artikel 7:690 BW creëerde meer duidelijkheid ten aanzien van de rechtspositie van de betrokken partijen bij de uitzendovereenkomst. Het bleef echter de vraag welke driehoeksverhoudingen precies gekwalificeerd konden worden als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

---

<sup>58</sup> Van Houte 2017, p. 90.

<sup>59</sup> Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in het Care4Care-arrest (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, JAR 2016/286).

<sup>60</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 30, 35.

<sup>61</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 10-12.

<sup>62</sup> Zie CAO voor Uitzendkrachten 2019-2021, te raadplegen op *abu.nl*.

<sup>63</sup> Zie min. reg. van 30 januari 2009 (*Stcrt.* 2009, 22).

<sup>64</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 11-12.

<sup>65</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 11.

Dit kon worden toegeschreven aan de ruime omschrijving van de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst enerzijds en het debat dat lange tijd werd gevoerd in zowel de literatuur als de rechtspraak over de verplichting van een allocatiefunctie aan de zijde van de werkgever anderzijds. Hieronder worden beide elementen besproken.

### 2.3.3.1 Ruim toepassingsbereik van artikel 7:690 BW

De wetgever heeft bij de invoering van de Wfz bewust gekozen voor een ruim toepassingsbereik van artikel 7:690 BW in die zin dat deze bepaling ziet op alle vormen van driehoeksrelaties waarin terbeschikkingstelling van arbeidskrachten van toepassing is.<sup>66</sup> Denk hierbij aan uitlening, detachering en arbeidspooling.<sup>67</sup> Sindsdien ziet de uitzendovereenkomst niet alleen op het kortdurend uitzenden van personeel door uitzendbureaus, maar ook op de terbeschikkingstellingen die langduriger van aard zijn.<sup>68</sup>

In de memorie van toelichting bij de Wfz wordt dit standpunt als volgt weergegeven:

*“De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.”<sup>69</sup>*

Uit de wetgeschiedenis kan aldus geconcludeerd worden dat iedere vorm van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten onder leiding en toezicht van een derde waarbij sprake is van een driehoeksrelatie, gekwalificeerd kan worden als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.<sup>70</sup> Rest alleen nog de vraag of voor de kwalificatie als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW vereist is dat bij deze (andere vormen van) terbeschikkingstellingen de werkgever een allocatiefunctie vervult.

### 2.3.3.2 Allocatiefunctie

Wat wordt precies bedoeld met het begrip allocatiefunctie? In de literatuur en rechtspraak zijn hierover verschillende visies ontstaan wat volgens A-G Van Peurseem te wijten is aan het niet eenduidig hanteren van het begrip allocatiefunctie in de wetgeschiedenis.<sup>71</sup>

Enerzijds wordt de allocatiefunctie in de wetgeschiedenis gekoppeld aan het vereiste van de terbeschikkingstelling in het kader van het beroep op bedrijf van de uitlener. In de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid wordt dit als volgt geformuleerd:

*“Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.”<sup>72</sup>*

In de literatuur wordt deze uitleg van de allocatiefunctie ook wel de ruime variant genoemd.<sup>73</sup> Deze ruime variant is als zodanig opgenomen als element in artikel 7:690 BW (zie paragraaf 2.3.1). Op basis daarvan is het duidelijk dat deze ruime uitleg van de allocatiefunctie vereist is voor kwalificatie als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Hierover was dan ook geen discussie.

Anderzijds wordt de allocatiefunctie in de wetgeschiedenis ingevuld als *“het aldus bij elkaar brengen van de vraag en het aanbod van tijdelijke arbeid.”<sup>74</sup>*

Deze uitleg van de allocatiefunctie wordt in de literatuur ook wel de traditionele variant genoemd.<sup>75</sup> Hier wordt ook wel gezegd dat het gaat om het opvangen van ‘ziek en piek’. Deze uitleg van de allocatiefunctie kan niet letterlijk worden teruggelezen in de definitie van artikel 7:690 BW. Derhalve kan gesproken worden van de ‘buitenwettelijke’ allocatiefunctie. Waar in dit werk de term (traditionele)

<sup>66</sup> Gunaydin & Schikhof, *TPV* 2014/51.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9-10.

<sup>68</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 31.

<sup>69</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

<sup>70</sup> Gunaydin & Schikhof, *TPV* 2014/51.

<sup>71</sup> Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2016:238, bij HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*), waarin tevens wordt verwezen naar deze rechtspraak en literatuur.

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 33.

<sup>73</sup> Zie Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2016:238, bij HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*); Zwemmer 2012, p. 124-125.

<sup>74</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9.

<sup>75</sup> Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2016:238, bij HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*); Zwemmer 2012, p. 124-125.



allocatiefunctie wordt gebruikt, wordt dan ook deze 'buitenwettelijke' allocatiefunctie bedoeld. In de literatuur en rechtspraak draaide de discussie immers om deze variant.

Duidelijk was dat 'klassieke' uitzendbureaus konden worden gekwalificeerd als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 (en 7:691 BW). Zij vervulden een traditionele allocatiefunctie. Naast deze klassieke vorm van uitzending bestonden echter verschillende andere vormen van terbeschikkingstelling op de arbeidsmarkt waarbij geen sprake was van een traditionele allocatiefunctie, zoals payrollrolling.<sup>76</sup> In de literatuur laaide daarmee de discussie op of op deze vormen van terbeschikkingstelling de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW van toepassing is en zo niet nog belangrijker het verlichte ontslagregime ex artikel 7:691 BW. De meningen liepen uiteen of de (traditionele) allocatiefunctie een voorwaarde is voor de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 (en 7:691) BW.<sup>77</sup> Zowel de literatuur als de (lagere) rechtspraak<sup>78</sup> was hier niet eenduidig over.<sup>79</sup>

Met name Zwemmer bepleitte dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW een allocatiefunctie vereist is. Zijn betoog berustte op de volgende argumentatie. De allocatiefunctie ontbreekt weliswaar in de definitie van artikel 7:690 BW - daarin is slechts de terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever opgenomen - maar desondanks moet deze op basis van de wetsgeschiedenis toch gelezen worden in de definitie.<sup>80</sup> Hij wijst daarbij op mededelingen van de minister dat de terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf niet alleen inhoudt dat de terbeschikkingstelling van de werknemers een doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn, maar deze tevens een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt dient te vervullen.<sup>81</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz heeft de regering dit nogmaals benadrukt.<sup>82</sup>

Naast Zwemmer, betoogden ook Hoogeveen, Houweling en Van der Voet dat bij het ontbreken van een traditionele allocatiefunctie geen sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst.<sup>83</sup> Van Houte stelde daarentegen dat op basis van de wetsgeschiedenis juist steun te vinden is voor de opvatting dat driehoeksrelaties, anders dan traditionele uitzending, kunnen vallen onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW, ook als deze geen allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Dit zou volgens haar blijken uit de mededeling van de regering dat met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment in de praktijk voorkomende uitzendrelatie.<sup>84</sup>

Verburg was van mening dat specifiek de driehoeksverhouding payrollrolling zoveel lijkt op intra-concern detachering dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat voor payrollrolling moet gelden wat voor intra-concern detachering geldt. Op basis daarvan stelde hij dat payrollrolling valt onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW, maar zonder dat artikel 7:691 BW van toepassing is. Artikel 7:691 BW wordt immers buiten toepassing verklaard bij intra-concernverhoudingen (artikel 7:691 lid 6 BW).<sup>85</sup>

#### *Care4Care-arrest*

De Hoge Raad gaf op 4 november 2016 in het Care4Care-arrest eindelijk duidelijkheid in deze kwestie.<sup>86</sup> Inzet van het geding was de vordering van Care4Care, een bedrijf dat medisch specialistisch personeel aanleverde aan onder andere ziekenhuizen en zorginstellingen, om voor recht te verklaren dat zij niet viel onder de verplichtstelling voor uitzendkrachten van deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds StiPP. Care4Care stelde dat haar bedrijf buiten de werkings sfeer van StiPP viel omdat zij geen allocatiefunctie vervulde en derhalve geen sprake was van een 'klassieke' uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

De Hoge Raad overwoog dat voor de beoordeling of sprake is van een uitzendovereenkomst enkel getoetst moet worden aan de in artikel 7:690 BW geformuleerde vereisten. Naar het oordeel van de

<sup>76</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 1.

<sup>77</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 9.

<sup>78</sup> Zie o.a. Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616; Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547; Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670.

<sup>79</sup> Van Houte 2017, p. 92.

<sup>80</sup> Zwemmer 2012, p. 137-138; Zwemmer, *ArbeidsRecht* 2014/60, p. 66.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10, 33; *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 6, p.16.

<sup>82</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 20.

<sup>83</sup> Hoogeveen, *ArA* 2007/3, p. 11; Hoogeveen, *ArbeidsRecht* 2012/6, p. 3-8; Houweling & Van der Voet, *ArA* 2013/2, p. 28-31.

<sup>84</sup> Van Houte, *ArbeidsRecht* 2011/36, p. 9-13.

<sup>85</sup> Verburg, *AA* 2013/907, p. 911-914.

<sup>86</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

Hoge Raad eist de tekst van artikel 7:690 BW ten eerste niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is en ten tweede dat een beperkende (ofwel traditionele) allocatiefunctie vereist is bij de werkgever voor de kwalificatie van de uitzendovereenkomst. De Hoge Raad verwees hierbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:690 BW waaruit niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De toelichting op het artikel bezien, blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de 'klassieke uitzendrelatie' onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.<sup>87</sup> Derhalve vormt de traditionele allocatiefunctie geen voorwaarde voor kwalificatie van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

Daarbij overwoog de Hoge Raad dat ook voor toepassing van artikel 7:691 BW geen beperkende allocatiefunctie is vereist.<sup>88</sup> Op grond van de wetsgeschiedenis kan verondersteld worden dat de wetgever in artikel 7:691 BW aan het begrip 'uitzendovereenkomst' geen andere betekenis heeft willen geven dan in artikel 7:690 BW. Het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime is dus niet enkel van toepassing op de 'klassieke' uitzendbureaus, maar op alle driehoeksverhoudingen die gekwalificeerd worden als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Wanneer de toepassing van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties, zoals payrolling, zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van artikel 7:690-7:691 BW voor ogen had, dan is het aan de wetgever hier grenzen aan te stellen, aldus de Hoge Raad.

Hield de Hoge Raad hier al rekening met mogelijk ongewenste gevolgen of voelde de Hoge Raad aan dat zijn uitleg wellicht op gespannen voet stond met de bedoelingen van de wetgever, zoals Zwemmer aanhaalde?<sup>89</sup> Duidelijk is in ieder geval dat de overwegingen van de Hoge Raad gevolgen hadden voor payrolling. In de volgende paragraaf hier meer over, nadat eerst inzicht wordt gegeven in het begrip payrolling.

## 2.4 De payrollovereenkomst

### 2.4.1 Het begrip payrolling

Payrolling is een relatief nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht waarvan het gebruik de afgelopen jaren een enorme vlucht heeft genomen.<sup>90</sup> Payrolling kent verschillende vormen en impliceert niet altijd dat sprake is van een driehoeksverhouding. Zo bestaan er payrollbedrijven die alleen de salarisadministratie en andere administratieve taken van de werkgever uit handen nemen, zonder dat zij zelf partij zijn bij de arbeidsovereenkomst.<sup>91</sup> Van Houte onderscheidt 5 vormen van payrolling:

- 1 *“De payrollonderneming verzorgt de salarisadministratie voor de opdrachtgevers waarbij de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever.*
- 2 *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payrollonderneming en deze wordt, krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht, voor een zekere tijd ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever. Het is de bedoeling dat de arbeidskracht uiteindelijk rechtstreeks in dienst komt bij deze opdrachtgever of elders ter beschikking wordt gesteld.*
- 3 *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payrollonderneming en deze wordt, krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht, in beginsel langdurig ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.*
- 4 *De opdrachtgever besluit om (een gedeelte van) zijn werknemers te ‘outsourcen’ aan een payrollonderneming. De werknemers treden in dienst bij de payrollonderneming en worden krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht permanent ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.*
- 5 *Werknemers of freelancers die (nog) geen verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming (VAR/WUO) kunnen krijgen maar wel graag in de toekomst als ondernemer zouden willen werken, treden bij een payrollonderneming in dienst. De werknemer zorgt zelf voor de opdrachten en bepaalt zelf de tarieven. De payrollonderneming stelt de werknemer ter*

<sup>87</sup> De HR verwijst hierbij in r.o. 3.4.2 naar *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, nr. 3, p. 9-10.

<sup>88</sup> Hier lopen de conclusie en het arrest van de HR uiteen. De A-G acht voor toepassing van art. 7:691 BW een klassieke allocatiefunctie wél vereist (zie Concl. A-G G.R.B. van Peurse, ECLI:NL:PHR:2016:238, bij HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*), randnummers 3.25-3.31).

<sup>89</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 130.

<sup>90</sup> Zwemmer, *ArbeidsRecht* 2014/60, p. 65; Briejer, *TAP* 2018/59, p. 4.

<sup>91</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 119.

*beschikking aan de opdrachtgever, verzorgt de facturatie aan de opdrachtgever en doet de salarisadministratie.*<sup>92</sup>

Tanja en Den Hoed voegen daar nog een zesde vorm aan toe: de zogenaamde 'backoffice payroll', waarbij de klassieke taak van werving en selectie wordt verricht door een uitzendonderneming, waarna de werknemer in dienst treedt van de payrollonderneming, om vervolgens ter beschikking gesteld te worden aan een opdrachtgever, waar hij werkt onder toezicht en leiding van laatstgenoemde.<sup>93</sup>

Dit werk richt zich tot de vormen van payroll waarbij de ondernemer (opdrachtgever) het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen geeft aan het payrollbedrijf (varianten 2,3,4 en 5 van Van Houte en de 'backoffice payroll'). Het betreft in deze gevallen niet zelden de driehoeksrelatie (in geval van 'backoffice payroll' zijn vier partijen betrokken) waarbij een werknemer wordt geworven en geselecteerd door de ondernemer (opdrachtgever) waarna het payrollbedrijf de werknemer in dienst neemt en deze vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking stelt aan de opdrachtgever.<sup>94</sup> Bij de eerste variant van Van Houte is geen sprake van een dergelijke driehoeksverhouding en bestaat er een arbeidsovereenkomst tussen de ondernemer (opdrachtgever) en de werknemer. Normaliter levert deze variant geen problemen op voor de betrokken partijen.

## **2.4.2 De juridische status van payroll**

De juridische status van payroll was lange tijd onduidelijk. Pas met de komst van de Wab is de payrollovereenkomst per 1 januari 2020 wettelijk gedefinieerd. Of dit leidt tot meer helderheid rondom de juridische status van payroll blijft hier nog onbesproken. In hoofdstuk 3 komt dit aan bod. Voorafgaand aan de Wab was het de Wwz uit 2015<sup>95</sup> die onder andere als doel had het oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsrelaties, waaronder payroll, tegen te gaan door deze transparant te maken. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wwz dan ook voor het eerst aandacht besteed aan payroll. Ten gevolge hiervan zijn per 1 juli 2015 in het Ontslagbesluit<sup>96</sup> bepalingen opgenomen ten behoeve van een betere bescherming van de payrollwerknemer tegen ontslag. Payrollwerknemers kregen daarmee dezelfde ontslagbescherming als eigen werknemers van de opdrachtgevers. Voor opdrachtgevers was het zo onmogelijk geworden om payroll enkel in te zetten om de ontslagbescherming van de werknemer te omzeilen.<sup>97</sup>

Op het gebied van ontslagbescherming was aldus transparantie geboden. Het bleef echter de vraag hoe de payrollwerknemer jegens de opdrachtgever, naast dezelfde ontslagbescherming, ook aanspraak kon maken op andere aanspraken die eigen (vaste) werknemers hadden, zoals de aanspraak op betaling van de transitievergoeding, schadevergoeding wegens schending van de zorgplicht, re-integratie en (cao)-loon. Het antwoord was afhankelijk van de kwalificatie van de relatie tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer enerzijds en opdrachtgever en payrollwerknemer anderzijds. De Wwz bood geen oplossing voor deze kwalificatieproblematiek.<sup>98</sup> Het was wachten op het oordeel van de Hoge Raad hieromtrent, dat in 2016 is gegeven in het reeds besproken Care4Care-arrest. Hieronder volgt een uiteenzetting van de gevolgen van dit arrest voor de kwalificatie van de payrollovereenkomst.

### *2.4.2.1 Kwalificatie payrollovereenkomst na Care4Care-arrest*

De in paragraaf 2.3 besproken uitzendovereenkomst was de enige arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding die, voor de komst van de Wab, was gereguleerd. Payrolling lijkt sterk op de 'klassieke' uitzendovereenkomst. Het verschil is dat bij uitzenden de werving en selectie van de werknemer plaatsvindt door de uitlenende werkgever, het uitzendbureau, terwijl bij payroll de werknemer niet wordt geselecteerd en geworven door de werkgever, het payrollbedrijf, maar door de opdrachtgever, de derde. Derhalve vervult de werkgever bij payroll geen traditionele

<sup>92</sup> Van Houte, *ArbeidsRecht* 2011/36, p. 9-13.

<sup>93</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 14.

<sup>94</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 119.

<sup>95</sup> *Stb.* 2014, 216.

<sup>96</sup> Zie de regeling van de Minister van SZW van 11 mei 2015 (*Stcrt.* 2015, 12685).

<sup>97</sup> De Groot, *TRA* 2015/36, p. 14-17.

<sup>98</sup> De Groot, *TRA* 2015/36, p. 16.

allocatiefunctie.<sup>99</sup> Lange tijd was er discussie over de legitimiteit van de arbeidsrelatie tussen payrollbedrijf en payrollwerknemer wegens het ontbreken van deze allocatiefunctie.<sup>100</sup>

Gelet op het ruime toepassingsbereik van artikel 7:690 BW en het feit dat de Hoge Raad in het Care4Care-arrest van 4 november 2016<sup>101</sup> heeft geoordeeld dat het vervullen van een (traditionele) allocatiefunctie door de werkgever geen vereiste vormt bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, kon sindsdien de payrollovereenkomst als driehoeksverhouding gekwalificeerd worden als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, waarop automatisch het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing was.<sup>102</sup> In het Care4Care-arrest heeft de Hoge Raad immers tevens geoordeeld dat ook voor toepassing van artikel 7:691 BW geen allocatiefunctie is vereist. In paragraaf 2.3.2.1 is reeds besproken wat de rechtsgevolgen zijn indien artikel 7:691 BW van toepassing is.

Het was echter sinds het Care4Care-arrest geen vast gegeven dat bij payrolling altijd sprake was van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Immers, artikel 7:690 BW is, evenals artikel 7:610 BW, van dwingend recht, waardoor aan alle elementen uit dat artikel moest zijn voldaan.<sup>103</sup> Daarbij staat ook nadrukkelijk dat de payrollovereenkomst als driehoeksverhouding gekwalificeerd kon worden als uitzendovereenkomst, daar de uitzendovereenkomst ziet op driehoeksverhoudingen. Indien de payrollonderneming enkel de salarisadministratie verzorgde voor de opdrachtgever, werd het juridisch werkgeverschap niet overgedragen aan het payrollbedrijf. In dat geval was sprake van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tussen de opdrachtgever en de payrollwerknemer.

#### 2.4.2.2 Knelpunten

Voor de payrollsector had het Care4Care-arrest een positieve uitwerking. De payrollovereenkomst als driehoeksrelatie stond daarmee niet langer onder druk.<sup>104</sup> Het bracht echter ook mee dat er ongerijmdheid ontstond met het Ontslagbesluit. Allereerst omdat volgens het Ontslagbesluit payrollondernemingen juist niet gelijk zijn aan uitzendondernemingen, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt.<sup>105</sup>

In artikel 1 van het Ontslagbesluit zijn de betrokken partijen bij payrolling als volgt gedefinieerd:

“(…)

*f. payrollwerkgever: de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen;*

*g. payrollwerknemer: de werknemer, als bedoeld in onderdeel f;*

*h. opdrachtgever: de derde, bedoeld in onderdeel f.”*

De uitzendwerkgever wordt in datzelfde artikel als volgt gedefinieerd:

“(…)

*i. uitzendwerkgever: de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 689 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.”*

Daarbij komt dat door de toepasselijkheid van 7:691 BW de regelingen in het Ontslagbesluit, die zijn opgenomen ten behoeve van een betere ontslagbescherming voor de payrollwerknemer, meteen omzeild werden indien de payrollovereenkomst gekwalificeerd werd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.<sup>106</sup>

Tevens moet in oenschouw worden genomen dat het verlichte ontslagregime voor de

<sup>99</sup> Zwemmer, *TRA* 2009/12, p. 6-7.

<sup>100</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 15.

<sup>101</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

<sup>102</sup> Zwemmer, *Payrolling* 2017, p. 132; De Hoge Raad heeft dit tevens bevestigd in HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*).

<sup>103</sup> Zwemmer, *TvO* 2017/1, p. 37-38.

<sup>104</sup> Tanja & Den Hoed, *TRA* 2017/15, p. 15.

<sup>105</sup> Sick & Wevers, *TRA* 2017/16, p. 19.

<sup>106</sup> De Groot, *TRA* 2015/36, p. 17.

payrollwerknemer een nadeliger effect had dan voor de uitzendwerknemer. Een einde van de inleenopdracht voor de payrollwerknemer betekende immers al snel het einde van de arbeidsovereenkomst, omdat hij niet in dienst was van de uitzendwerkgever met een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.<sup>107</sup>

Andere knelpunten lagen niet gelegen in de toepassing van het verlichte ontslagregime, maar in het feit dat de formele werkgever bij payrolling een ander is dan de eigenaar van de onderneming waarin de werknemer zijn arbeid verricht. Dit had ten eerste tot gevolg dat de in verschillende bepalingen in en buiten Boek 7 Titel 10 BW neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming die is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, hier niet het daarmee beoogde effect hadden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (zoals het recht op tewerkstelling), de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW en de toepassing van de Wet flexibel werken en de Wet arbeid en zorg.<sup>108</sup> Ten tweede had dit gevolgen voor de toepasselijkheid van (algemeen verbindend verklaarde) cao's. Dit betekende dat payrollwerknemers geen beroep (meer) konden doen op in de cao gemaakte afspraken die specifiek betrekking hadden op het werken in een onderneming als die van de opdrachtgever (zoals voorzieningen op het gebied van kinderopvang en scholing) of op deelname aan een voor die opdrachtgever verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Ondernemingen konden zich op deze manier onttrekken aan de regelgeving die in een bepaalde branche geldt (bijvoorbeeld de horecabranche). In plaats daarvan kon de payrollwerknemer slechts een beroep doen op de cao waaraan het payrollbedrijf is gebonden. Indien sprake was van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW hadden payrollwerknemers immers op grond van artikel 8 Waadi recht op in die cao opgenomen primaire arbeidsvoorwaarden. Dit moet worden gezien als een schrale troost voor de payrollwerknemer; het leverde voor hem een nadeligere rechtspositie op ten opzichte van werknemers in dienst van de opdrachtgever.<sup>109</sup>

## 2.5 Conclusie

Payrolling kent meerdere verschijningsvormen maar betreft niet zelden de driehoeksrelatie waarbij de opdrachtgever de werknemer werft en selecteert en het payrollbedrijf deze werknemer vervolgens in dienst neemt en exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. Tot de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2020 kende het begrip payrolling geen wettelijke definitie. Het was tot dan toe de vraag hoe de payrollovereenkomst geduid moest worden.

In de literatuur en rechtspraak was er discussie of de payrollovereenkomst viel onder de reikwijdte van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. In artikel 7:690 BW is de uitzendovereenkomst als bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst, waarvan de definitie in artikel 7:610 BW te vinden is, geduid. Daar waar de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW toeziet op de tweepartijovereenkomst, ziet de uitzendovereenkomst op grond van artikel 7:690 BW toe op de driepartijovereenkomst. Beide artikelen zijn van dwingend recht.

In tegenstelling tot de 'klassieke' uitzendovereenkomst vervult bij payrolling de werkgever, het payrollbedrijf, geen (traditionele) allocatiefunctie. De werving en selectie wordt aldus overgelaten aan de opdrachtgever zelf. Dit betekende echter niet dat de payrollovereenkomst niet gekwalificeerd kon worden als de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Artikel 7:690 BW is ruim geformuleerd en ziet daarmee niet alleen op de 'klassieke' uitzendovereenkomsten. Zo is niet vereist dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is en tevens is ook een allocatiefunctie niet opgenomen in het artikel. Derhalve heeft de Hoge Raad in het Care4Care-arrest geoordeeld dat de allocatiefunctie geen voorwaarde vormt voor de kwalificatie van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

Ten gevolge hiervan viel sinds het Care4Care-arrest uit 2016 (tot 1 januari 2020) de payrollovereenkomst als driehoeksverhouding onder de reikwijdte van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. De payrollovereenkomst kon derhalve als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW worden gekwalificeerd waarop automatisch het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing was, met alle gevolgen van dien. Gelet op het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:690 BW moest dan wel aan de wettelijke definitie zijn voldaan. Indien dit niet het geval was, kon de

<sup>107</sup> Zwemmer, *TvO 2017/1*, p. 39.

<sup>108</sup> Zwemmer, *Payrolling 2017*, p. 136.

<sup>109</sup> Zwemmer, *Payrolling 2017*, p. 136-137.

rechter oordelen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever.

Concluderend waren, voor de komst van de Wab, twee mogelijke scenario's voor payrolling. Ofwel er was sprake van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW tussen het payrollbedrijf en payrollwerknemer, ofwel er was sprake van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tussen de opdrachtgever en payrollwerknemer. Dit laatste was aan de orde bij payrollovereenkomsten waarbij het juridisch werkgeverschap niet werd overgedragen aan het payrollbedrijf, welke situatie zich voordeed als de payrollonderneming enkel de salarisadministratie voor de opdrachtgever verzorgde.

## Hoofdstuk 3 De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)

### 3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk staat in het teken van de Wab waarbij antwoord wordt gegeven op de volgende twee deelvragen uit paragraaf 1.2:

- Waarom is de Wab tot stand gekomen en wat zijn de gevolgen voor de payrollovereenkomst na de inwerkingtreding van deze wet op 1 januari 2020?
- Zijn de wijzigingen voor payrolling effectief en dragen ze bij aan de rechtszekerheid?

In paragraaf 3.2 wordt inzicht gegeven in de achtergrond en doelstellingen van de Wab. De gevolgen van deze wet voor de payrollovereenkomst komen vervolgens aan bod in paragraaf 3.3 waarna in paragraaf 3.4 de kritiekpunten uiteengezet worden. Tot slot wordt antwoord gegeven op de vraag of de wijzigingen voor payrolling effectief zijn en in positieve zin bijdragen aan de rechtszekerheid.

### 3.2 Achtergrond en doelstellingen

#### 3.2.1 Algemeen

Op de arbeidsmarkt is een groeiende behoefte waar te nemen aan een zekere mate van flexibiliteit. Het aandeel werknemers met een zogenoemd 'vast' contract is dan ook de afgelopen twee decennia structureel gedaald, terwijl het aantal werknemers met een zogenoemd 'flexibel' contract blijft toenemen.<sup>110</sup> Met andere woorden: de arbeidsmarkt flexibiliseert. In paragraaf 1.1 kwam reeds aan de orde wat wordt bedoeld met de termen 'vaste' en 'flexibele' contracten. Flexibiliteit wordt nodig geacht om in te kunnen spelen op marktveranderingen. Dit is onder andere het gevolg van globalisering waardoor de productie van goederen en diensten steeds vaker opgeknipt wordt en in grensoverschrijdende ketens wordt georganiseerd. Bijkomstig dienen de concurrenten zich vanuit de hele wereld aan. Dit maakt het voor bedrijven noodzakelijk om wendbaar en innovatief te blijven.<sup>111</sup> Voor werknemers kan een arbeidsovereenkomst met een flexibel karakter voordelig zijn omdat het laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt biedt en als opstap kan dienen voor een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW voor onbepaalde tijd. Een ander positief effect kan zijn dat een overeenkomst met bijvoorbeeld flexibele uren ervoor zorgdraagt dat de werknemer werk kan combineren met een studie of privéleven. Deze voordelen kunnen echter niet opboksen tegen het grote nadeel dat niet zelden wordt ervaren door werknemers met een 'flexibel' contract: het gebrek aan rechtszekerheid.<sup>112</sup>

Opvallend is dat de arbeidsmarkt in Nederland sterker is geflexibiliseerd dan andere landen waar bovengenoemde ontwikkelingen zich eveneens voordoen. De oorzaak kan gezocht worden in de rol van de institutionele inrichting van de Nederlandse arbeidsmarkt. Nederlandse wet- en regelgeving brengt met zich mee dat de kosten en risico's bij 'vaste' en 'flexibele' arbeid verschillend zijn, waardoor werkgevers terughoudend zijn om personeel in ('vaste') dienst te nemen. In praktijk wordt aldus niet zelden gebruik gemaakt van 'flexibele' arbeidsvormen uit oogpunt van kostenvoordeel, in plaats van dat de aard van de werkzaamheden hierom vraagt.<sup>113</sup> Om een einde te maken aan deze situatie is op 1 januari 2020 de Wab in werking getreden.<sup>114</sup>

De Wab is echter niet de eerste wet die in werking is getreden ten behoeve van de toenemende flexibilisering van de Nederlandse arbeidsmarkt. In 1999 trad hiertoe de eerste wet in werking: de Wfz.<sup>115</sup> De Wfz beoogde een nieuw evenwicht te creëren tussen de verlangde flexibiliteit aan de ene kant en de gewenste zekerheid aan de andere kant. De verruiming van de mogelijkheden tot het afsluiten van tijdelijke arbeidscontracten door middel van de zogenoemde 'ketenregeling' was een belangrijke pijler.<sup>116</sup> In paragraaf 2.3 werd de Wfz reeds genoemd in het kader van de uitzendovereenkomst. De jaren voorafgaand aan de Wfz was het werken voor en via een uitzendbureau sterk in omvang toegenomen. In praktijk heerste onduidelijkheid over de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie. De vraag of en wanneer er in geval van een uitzendrelatie

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 1-2.

<sup>111</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 2.

<sup>112</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 2-3.

<sup>113</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 3; Verschoor 2019, p. 7.

<sup>114</sup> *Stb.* 2019, 266.

<sup>115</sup> *Stb.* 1998, 332.

<sup>116</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 7.

sprake was van een arbeidsovereenkomst was niet zelden lastig te beantwoorden. De uitzendovereenkomst werd met de invoering van de Wfz wettelijk verankerd in een nieuwe afdeling in het BW (artikel 7:690 e.v. BW) en was daarmee de eerste driehoeksverhouding met een wettelijke grondslag.<sup>117</sup> De gewenste duidelijkheid is echter uitgebleven door de ruim geformuleerde definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Naast de klassieke uitzendverhouding konden sindsdien ook andere driehoeksverhoudingen aangemerkt worden als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

In 2015 werd de Wwz ingevoerd om verdere stappen te zetten om de groeiende kloof tussen werknemers met een 'vast' en 'flexibel' contract te verkleinen.<sup>118</sup> Gepoogd werd onder andere flexibele werknemers meer zekerheid te bieden, het ontslagrecht eenduidiger, eenvoudiger en goedkoper te maken en de Werkloosheidswet activerender te maken.<sup>119</sup> De Wwz is hier echter niet (volledig) in geslaagd, met als gevolg de inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020.<sup>120</sup>

De Wab heeft als doel het verminderen van de kosten- en risicoverschillen tussen contractsvormen, zodat contracten met een flexibel karakter worden gebruikt waar de aard van het werk daarom vraagt en niet alleen omdat deze een kostenvoordeel opleveren. Daarbij worden negatieve effecten van specifieke vormen van flexibele arbeidsovereenkomsten, bijvoorbeeld onzekerheden over werk en inkomen en afwenteling van kosten en risico's, beperkt of beprijsd. Ook beoogt de Wab het aangaan van een reguliere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ex artikel 7:610 BW aantrekkelijker te maken voor werkgevers, zodat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat. Om dit te bereiken is met de Wab de wetgeving op het terrein van flexibele arbeid en het ontslagrecht herzien.<sup>121</sup>

### 3.2.2 Payrolling

In de Wwz is voor het eerst aandacht besteed aan het fenomeen payrolling door de opkomst van de payrollconstructie in die tijd. Oneigenlijk gebruik van driehoeksrelaties, zoals onder andere payrolling, moest worden tegengaan door deze relaties transparant te maken. Zoals in paragraaf 2.4.2 aan de orde kwam heeft dit, wat payrolling betreft, met name geresulteerd in wijzigingen in het Ontslagbesluit per 1 januari 2015 ten behoeve van een betere ontslagbescherming voor payrollwerknemers.<sup>122</sup> Payrollwerknemers van wie de arbeidsovereenkomst is ingegaan op of na 1 januari 2015 kregen daarmee dezelfde ontslagbescherming als de werknemers van de opdrachtgever bij wie zijn hun arbeid verrichten.<sup>123</sup>

De Wwz is er echter niet in geslaagd de (tevens) zo gewenste, zo blijkt uit het Sociaal Akkoord van 11 april 2013<sup>124</sup>, duidelijkheid te verschaffen over hoe de payrollovereenkomst moest worden gekwalificeerd. Desalniettemin bleef een wettelijke definitie voor payrolling uit en ook aan de ruim geformuleerde definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW werd niet getornd. Het reeds besproken Care4Care-arrest uit 2016 heeft de gevolgen hiervan geïllustreerd: De Hoge Raad bepaalde dat een payrollovereenkomst onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW viel waardoor de payrollovereenkomst gekwalificeerd kon worden als uitzendovereenkomst waarop automatisch het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing is.<sup>125</sup> Dit leidde tot de nodige knelpunten voor met name payrollwerknemers die in paragraaf 2.4.2.1 zijn behandeld.

Het kabinet Rutte III maakte in het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst', dat op 10 oktober 2017 werd gepresenteerd, duidelijk het fenomeen payrolling te willen reguleren.<sup>126</sup> De regering beantwoordde hiermee de 'oproep' van de Hoge Raad in het Care4Care-arrest.<sup>127</sup>

De linkse oppositiepartijen Groenlinks, SP en PvdA vonden het echter destijds te lang duren voordat het kabinet daadwerkelijk kwam met een wetsvoorstel waarin uitvoering werd gegeven aan hun

<sup>117</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9-10.

<sup>118</sup> *Stb.* 2014, 216.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 7.

<sup>120</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 1.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 1-2.

<sup>122</sup> Zie de regeling van de Minister van SZW van 11 mei 2015 (*Stort.* 2015, 12685).

<sup>123</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 32.

<sup>124</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, nr. 15, p. 11.

<sup>125</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*); Briejer, *TAP* 2018/59, p. 6.

<sup>126</sup> Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, nr. 34.

<sup>127</sup> Laagland, *TRA* 2018/26, p. 1.



gepresenteerde plannen. Zij dienden in november 2017 een initiatiefwetsvoorstel in dat zich volledig richtte op payrolling.<sup>128</sup> Hoewel dit initiatiefwetsvoorstel op 4 februari 2019 weer is ingetrokken<sup>129</sup>, is het belangrijk om dit voorstel in ogenschouw te nemen omdat de Wab wat payrollmaatregelen betreft sterke overeenkomsten vertoont met het initiatiefwetsvoorstel. De Wab kent eenzelfde opzet en vormgeving, waardoor het advies wat de afdeling van de Raad van State op 19 februari 2018 heeft uitgebracht ten aanzien van het initiatiefwetsvoorstel, alsmede de visies hieromtrent van verschillende juridische auteurs, ook relevant zijn in de analyse van de Wab.<sup>130</sup>

Op 1 januari 2020 is de Wab (grotendeels) in werking getreden.<sup>131</sup> De regering beoogt met de Wab ten aanzien van payrolling het ontzorgende karakter voor werkgevers te behouden, maar wil tegelijkertijd de rechtspositie van payrollwerknemers verbeteren door hen meer zekerheid te bieden. Concurrentie op arbeidsvoorwaarden door afwenteling van kosten en risico's moet worden tegengegaan door middel van maatregelen.<sup>132</sup>

In de memorie van toelichting bij de Wab is te lezen dat de regering dit om de volgende redenen nodig acht:

1. In de situaties waarbij het payrollbedrijf het juridisch werkgeverschap op zich neemt ontstaan onwenselijke verschillen met betrekking tot de toepasselijke arbeidsvoorwaarden tussen een werknemer die rechtstreeks in dienst is van een werkgever en een werknemer die bij dezelfde werkgeveropdrachtgever werkzaam is via een payrollbedrijf. Payrolling heeft immers tot gevolg dat de payrollwerknemer niet (meer) valt onder de toepasselijke cao in de betreffende bedrijfstak en de collectieve pensioenregeling bij de opdrachtgever of de sector waarin deze werkzaam is. In plaats daarvan vindt op grond van artikel 8 Waadi (oud) slechts een beperkte gelijkstelling plaats met werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de werkgever. Artikel 8 Waadi ziet slechts op de primaire arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld loon), maar niet op secundaire arbeidsvoorwaarden.<sup>133</sup> Dit leidt tot oneerlijke concurrentie ten opzichte van andere werkgevers in de sector waarin de opdrachtgever werkzaam is en levert een nadelige positie op voor de payrollwerknemer ten opzichte van collega's die direct in dienst zijn bij de onderneming onder wiens toezicht en leiding hij werkt;<sup>134</sup>
2. Het is onwenselijk dat bij payrolling, gelet op het ontbreken van een allocatiefunctie, gebruik gemaakt kan worden van het verlichte ontslagregime in artikel 7:691 BW waarvan reguliere werkgevers geen gebruik kunnen maken. Het verlichte ontslagregime is met de Wfz in 1999 juist geïntroduceerd om recht te doen aan de flexibiliteit die kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van de werkgever;<sup>135</sup>
3. Payrollwerknemers ondervinden naast het nadeel wegens de toepassing van het verlichte ontslagregime op grond van artikel 7:691 BW tevens nadeel omdat niet dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden op hen van toepassing zijn als die gelden voor werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever. Op grond van artikel 8 Waadi vindt slechts een limitatieve gelijkstelling plaats met werknemers die direct in dienst zijn in gelijke of gelijkwaardige functies bij de opdrachtgever. Ter verduidelijking gaat het hier om rechten op loon en overige vergoedingen, arbeidstijden en vakantiedagen. Hiervan mag bovendien (ten nadele van de uitzendkracht) worden afgeweken bij cao, wat in praktijk niet zelden gebeurt.<sup>136</sup>

De genoemde verschillen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden van payrollwerknemers in vergelijking tot werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een opdrachtgever kan aanleiding geven voor concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Deze verschillen in arbeidsvoorwaarden en de toepasselijkheid van het lichter arbeidsrechtelijke regime zijn naar het oordeel van de regering ongewenst. Zo kunnen werkgevers door gebruik te maken van payrolling verplichtingen omzeilen die normaal voor hen zouden gelden, hetgeen tevens in het nadeel is van werkgevers die hier geen gebruik van maken. Dit

<sup>128</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34837, nr. 2.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 34837, nr. 11.

<sup>130</sup> Laagland, *TRA 2018/75*, p. 26.

<sup>131</sup> *Stb.* 2019, nr. 266.

<sup>132</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 5, 37-51.

<sup>133</sup> Verschoor, *ArbeidsRecht 2019/52*, p. 10; *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, 3, p. 34-35.

<sup>134</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, 3, p. 34.

<sup>135</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, 3, p. 34.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, 3, p. 34-35.

kan resulteren in oneerlijke concurrentie tussen werkgevers in een bepaalde sector. Enerzijds zijn er in een dergelijke situatie binnen een sector werkgevers die gehouden zijn de toepasselijke wettelijke en cao-verplichtingen na te leven omdat zij geen gebruik maken van payrolling. Anderzijds zijn er werkgevers die hieraan niet gebonden zijn omdat zij wel gebruik maken van payrolling. De regering wil deze oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden een halt toeroepen en wenst om dit te bereiken een gelijk speelveld voor bedrijven en organisaties in een bepaalde sector, die tezamen met de vakbonden een cao hebben afgesproken.<sup>137</sup>

### 3.3 De gevolgen voor de payrollovereenkomst

Om de genoemde doelstellingen te behalen bevat de Wab voor payrolling verstrekende maatregelen. Sinds de inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 geldt kort gezegd een afzonderlijk juridisch regime voor payrolling.<sup>138</sup> Hiertoe zijn artikelen gewijzigd en toegevoegd in zowel het BW als de Waadi. Hieronder volgt een uiteenzetting van de maatregelen.

#### 3.3.1 Introductie definitie payrollovereenkomst in het BW en de Waadi

De regering heeft bewust gekozen voor het opnemen van een definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere uitzendovereenkomst in het BW. In de memorie van toelichting bij de Wab wordt gesteld dat het wijzigen van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW, in die zin dat daarin zou worden opgenomen dat de ter beschikking stellende werkgever een zogenoemde actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, ertoe zou leiden dat de ontzorgende functie van payrolling niet langer kan worden vervuld in zijn huidige vorm.<sup>139</sup>

Artikel 7:692 BW (nieuw) geeft de volgende 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.”*

Voor toepassing van de Waadi wordt op grond van artikel 1 lid onder d Waadi (nieuw) onder payrolling verstaan:

*“... het op basis van een overeenkomst van opdracht, die niet tot stand is gekomen in het kader van samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, ter beschikking stellen van een arbeidskracht, om onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, arbeid te verrichten, waarbij degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is deze arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.”*

Hoewel beide definitiebepalingen nagenoeg gelijk zijn, is het opvallend dat de Waadi in tegenstelling tot de definitie van payrolling in het BW niet uitgaat van het vertrekpunt dat sprake is van een uitzendovereenkomst (zijnde een bijzondere vorm van een arbeidsovereenkomst). Derhalve lijkt de definitie van payrolling in de Waadi ruimer. Echter, in de definitiebepaling in de Waadi is een extra zinsnede (“*ter beschikking stellen van een arbeidskracht, om onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, arbeid te verrichten*”) opgenomen. Deze zinsnede is terug te vinden in de definitie van de (reguliere) uitzendovereenkomst van artikel 7:690 BW, waardoor het verschil tussen beide bepalingen te verwaarlozen is.<sup>140</sup>

Ter afbakening van de reguliere uitzendovereenkomst op grond van artikel 7:690 BW zijn in beide definities dezelfde twee afbakeningscriteria opgenomen:

1. De overeenkomst is niet tot stand gekomen in het kader van het bij elkaar brengen van vraag en

<sup>137</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 37-38.

<sup>138</sup> Laagland, TRA 2019/85, p. 34.

<sup>139</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 47.

<sup>140</sup> Zie L.G. Verburg, 'Memo over payrolling ten behoeve van de internetconsultatie Wet arbeidsmarkt in balans', *Internetconsultatie.nl* 7 mei 2018. Verburg onderschrijft hierin dat beide definities gelijklopend zijn.

- aanbod (de allocatiefunctie ontbreekt);
2. De arbeidskracht mag alleen met toestemming van de opdrachtgever aan een ander ter beschikking worden gesteld (exclusiviteit).

Deze twee criteria zijn cumulatief, wat inhoudt dat aan beide criteria voldaan moet zijn om een overeenkomst te kwalificeren als een payrollovereenkomst. Als een overeenkomst valt onder de definitie van de payrollovereenkomst is kort gezegd een strenger regime van toepassing ten opzichte van wanneer sprake zou zijn van een reguliere uitzendovereenkomst. Dit wordt verduidelijkt in de volgende subparagrafen waar de gevolgen voor de payrollovereenkomst nader behandeld worden.

### **3.3.2 Buiten toepassing verklaren bijzondere bepalingen in het BW die zien op de uitzendovereenkomst**

Artikel 7:692a BW (nieuw) bepaalt dat indien sprake is van een payrollovereenkomst op grond van artikel 7:692 BW verschillende bepalingen uit het 'verlichte arbeidsrechtelijke regime', die gelden voor de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, buiten toepassing zijn.

Ten eerste wordt de payrollovereenkomst uitgesloten van de afwijkingsmogelijkheden die zijn opgenomen in artikel 7:628 leden 5 en 6 BW. In artikel 7:628 lid 1 BW is bepaald dat de werknemer het recht op loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Van dit eerste lid kan op grond van lid 5 worden afgeweken voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer. Lid 6 voegt daar aan toe dat in geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:668a BW (de ketenregeling) dezelfde afwijking als in het vijfde lid overeengekomen kan worden voor ten hoogste in totaal zes maanden.

Indien sprake is van een payrollovereenkomst bestaan op grond van artikel 7:692a leden 2 en 3 BW deze afwijkingsmogelijkheden alsnog, mits aan een extra voorwaarde wordt voldaan: de afwijking moet plaatsvinden "in de functie waarin de werknemer werkzaam is bij de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, bestendig gebruik is of in deze afwijking is voorzien in de cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan die van toepassing is op deze onderneming."

Ten tweede wordt de payrollovereenkomst uitgesloten van het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW. In paragraaf 2.3.2.1 is reeds uiteengezet wat dit verlichte ontslagregime inhoudt. In plaats daarvan geldt voor de payrollovereenkomst een regime dat vergelijkbaar is met de regels die van toepassing zijn op een reguliere arbeidsovereenkomst.

### **3.3.3 Verruimen ketenregeling**

In artikel 7:668a BW is de zogenoemde ketenregeling opgenomen. Het artikel bepaalt hoeveel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een werkgever mag aangaan met een werknemer binnen een maximale periode, voordat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Met de Wwz is de ketenregeling beperkt met als doel dat sneller overgegaan werd tot het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Na de inwerkingtreding van de Wwz is snel duidelijk geworden dat deze beperking eerder een averechts effect had, daar het leidde tot een toename van andere flexibele arbeidsovereenkomsten, zoals payrolling.<sup>141</sup> Met de Wab is per 1 januari 2020 de ketenregeling van artikel 7:668a BW dan ook wederom gewijzigd. In lid 1 onder a en lid 3 is de maximale termijn van twee jaar verruimd naar drie jaar, kortom naar de situatie zoals die gold vóór de inwerkingtreding van de Wwz.

De verruiming van de ketenregeling dient ervoor zorg te dragen dat opdrachtgevers, die payrolling gebruiken om te voorzien in een behoefte aan flexibele werknemers, gestimuleerd worden om in plaats van gebruik te maken van payrolling zelf werknemers in dienst te nemen. Dit laatste zou nu aantrekkelijker moeten zijn door de mogelijkheid om werknemers voor een maximale periode van drie jaar op tijdelijke basis aan te nemen, wat opdrachtgevers in staat stelt flexibel te blijven.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Houweling, Keulaerds & Kruit 2016, p. 82; Zie ook Verschoor, *ArbeidsRecht* 2019/52, p. 8.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 13-14, 39.

### 3.3.4 Een apart gelijke behandelingsvoorschrift voor payrolling in de Waadi

In artikel 8a Waadi (nieuw) is voor specifiek de payrollovereenkomst op grond van artikel 1 lid 1 onder d Waadi een apart gelijke behandelingsvoorschrift opgenomen. De payrollovereenkomst wordt hiermee uitgesloten van het gelijke behandelingsvoorschrift van artikel 8 Waadi, zo is bepaald in het (gewijzigde) artikel 8 Waadi. In plaats daarvan geldt aldus artikel 8a Waadi.

Artikel 8a Waadi beoogt dat de arbeidsrechtelijke positie van payrollwerknemers hetzelfde is als die zou zijn geweest wanneer zij rechtstreeks in dienst zouden zijn van de opdrachtgever van het payrollbedrijf. Zo heeft de payrollwerknemer op grond van artikel 8a leden 1 en 2 Waadi ten minste recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt en, indien die er niet zijn, op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is. De arbeidsvoorwaarden zien in dit artikel op zowel de individuele als collectieve en zowel primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden.<sup>143</sup>

In tegenstelling tot artikel 8 Waadi kan van artikel 8a Waadi noch bij cao, noch individueel bij overeenkomst ten nadele van de arbeidskracht, die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, worden afgeweken.<sup>144</sup>

#### 3.3.4.1 Een adequate pensioenregeling

Artikel 8a lid 4 Waadi schrijft voor dat voor de arbeidskracht die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld een adequate pensioenregeling geldt, indien:

- *“werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, recht hebben op een pensioenregeling; of*
- *werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt werkzaam is, recht hebben op een pensioenregeling, indien deze geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies.”*

Dit houdt in dat indien aan bovenstaande is voldaan de payrollwerkgever voor zijn payrollwerknemers dient zorg te dragen voor een adequate pensioenregeling. Artikel 8a Waadi lid 5 bepaalt dat in ieder geval sprake is van een adequate pensioenregeling indien voor de arbeidskracht dezelfde basispensioenregeling geldt als die geldt voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt of, indien die er niet zijn, als die geldt voor de werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin de onderneming werkzaam is.

Artikel 8a lid 6 Waadi voegt daar aan toe dat tevens sprake is van een adequate pensioenregeling indien er voor de payrollkracht een basispensioenregeling geldt die voldoet aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde eisen. De invulling hiertoe is vastgelegd in een apart besluit tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Baadi).<sup>145</sup>

Om payrollwerkgevers de tijd te geven om een adequate pensioenregeling te regelen voor hun payrollwerknemers, treedt de regelgeving ten aanzien van een adequaat pensioen in werking per 1 januari 2021.<sup>146</sup> Dit betekent dat vanaf die datum payrollwerknemers in ieder geval niet meer vallen onder de pensioenregeling bij StiPP, het verplichte pensioenfonds voor de uitzendsector.

### 3.3.5 Overgangsrecht

Ten aanzien van de verruiming van de ketenregeling (artikel 7:668a BW) geldt overgangsrecht. Dit betekent dat het oude recht van toepassing blijft op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in het kader van payrolling die zijn afgesloten vóór de datum van inwerkingtreding van de Wab (1 januari 2020). Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in het kader van payrolling die zijn ingegaan na 1 januari 2020 geldt de nieuwe ketenregeling.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43.*

<sup>144</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38, 43.*

<sup>145</sup> *Stb. 2019, 487.*

<sup>146</sup> *Stb. 2019, 266.*

<sup>147</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 49.*

### 3.4 Kritiekpunten maatregelen payroll

Vanuit verschillende hoeken stuiten de maatregelen in de Wab ten behoeve van payroll op kritiek. Hieronder volgt een uiteenzetting.

#### 3.4.1 Artikel 7:692 (en 7:692a) BW botst met het systeem van Titel 10, Boek 7 BW

Zwemmer betoogt namens de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (hierna: VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (hierna: VvA) dat het werkgeverschap van het payrollbedrijf zoals vastgelegd in artikel 7:692 BW niet verenigbaar is met het systeem van Titel 10, Boek 7 BW. Hij onderbouwt dit als volgt. In artikel 7:692 BW is de allocatiefunctie, en daarmee de onderneming van de werkgever, weggeschreven uit de definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst. Hierdoor berust het werkgeverschap van het payrollbedrijf enkel op de door hem met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst en de me de opdrachtgever gemaakte afspraken. Met andere woorden: het element van de gezagsverhouding tussen de werkgever en werknemer ontbreekt.<sup>148</sup>

Aan het systeem van Titel 10, Boek 7 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de arbeid wordt verricht onder het gezag van de werkgever: de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De werkgever geniet in deze hoedanigheid voordeel van de door de werknemer verrichte arbeid, waardoor het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid voor rekening en risico komt van de werkgever. Als tegengewicht van dit economische risico dient de werkgever gezag te hebben over de arbeid en de arbeid dient daarom in dienst van de werkgever te worden verricht. Derhalve vormt het element "in dienst", waarmee bedoeld wordt op een gezagsverhouding, een wezenlijk onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Dit gezagselement onderscheidt de arbeidsovereenkomst dan ook van andere (bijzondere) overeenkomsten, zoals de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) en de overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW), waarbij het economische resultaat van de op basis van de overeenkomst verrichte werkzaamheden (tevens) voor risico en rekening van de aannemer dan wel opdrachtgever kan komen.<sup>149</sup>

In de bepalingen in Titel 10, Boek 7 BW en in arbeidswetgeving buiten het BW is niet zelden de daarin opgenomen arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het (civielrechtelijke) werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Indien de werkgever niet dezelfde is of blijft als de eigenaar of exploitant van de onderneming heeft de arbeidsrechtelijke bescherming in deze bepalingen niet het daarmee beoogde effect. Denk bijvoorbeeld aan de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 (recht op tewerkstelling van de werknemer) en de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW.<sup>150</sup>

Zwemmer benadrukt dat artikel 7:690 BW, waarin de uitzendovereenkomst als *lex specialis* van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW is opgenomen, wel in lijn is met het stelsel van Titel 10, Boek 7 BW. Het gezagselement is binnen de uitzendovereenkomst verdeeld over de rechtsverhouding van de werknemer met het uitzendbureau én diens feitelijke relatie met de derde(n) aan wie hij door het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld.<sup>151</sup>

#### 3.4.2 Toevlucht schijnconstructies

De Raad van State adviseerde naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel dat een afzonderlijke behandeling van het onderwerp payroll niet de voorkeur geniet.<sup>152</sup> Met de Wab is dit advies ter harte genomen door payroll in samenhang met andere arbeidsrechtelijke hervormingen te behandelen. Echter twee onderwerpen, die de Raad van State juist expliciet noemde, ontbreken in de Wab: loondoorbetalingsverplichting bij ziekte en het gebrek aan bescherming voor zogenoemde 'zelfstandigen zonder personeel' ('zzp'ers').<sup>153</sup>

<sup>148</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 7-8.

<sup>149</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 8.

<sup>150</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 8.

<sup>151</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 8.

<sup>152</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4, p. 3-4.

<sup>153</sup> Zie Sick, *TRA* 2018/69, p. 14.

De verwachting is, zo merken onder andere Zwemmer en Laagland op, dat bovenstaande met zich mee brengt dat ondernemers in toenemende mate alternatieven zullen zoeken in (schijn)constructies met zelfstandigen.<sup>154</sup> Hierbij moet worden opgemerkt dat het concept wetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring op 15 juni 2020 is ingetrokken.<sup>155</sup> Dit wetsvoorstel diende als vervanging van de huidige 'zzp-wet', de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelatie (Wet DBA), en was gericht op meer zekerheid voor 'zzp'ers' en het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Door deze gebrekkige regelgeving op dit terrein zal de regulering van de payrollovereenkomst enkel leiden tot verschuiving van het probleem. Het feit dat de payrollmaatregelen tevens een kostenstijging met zich meebrengen zal dit versterken.<sup>156</sup>

### 3.4.3 Definitie payrollovereenkomst onduidelijk: afbakeningsproblemen

De kritiek op de definiëring van payrolling is met name gericht op de twee criteria die gehanteerd worden ter afbakening van de reguliere uitzendovereenkomst: het ontbreken van een allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling. Deze afbakeningscriteria werden reeds gebruikt in het initiatiefwetsvoorstel, waarbij de Raad van State destijds in zijn advies al wees op het gevaar van afbakeningsproblemen.<sup>157</sup> Daarin werd gesteld dat de twee criteria niet een adequate en geschikte afbakening vormen voor toepasselijkheid van ofwel het normale uitzendregime, ofwel het payrollregime. Met deze afbakening zullen er tal van situaties blijven bestaan die niet aan beide criteria voldoen, terwijl de terbeschikkingstelling enkel gericht is op het ontduiken van arbeidsvoorwaarden van de uitzendwerknemer, aldus de Raad van State.<sup>158</sup> Het onderscheid tussen payrolling en uitzending valt volgens de Raad van State minder eenvoudig te trekken dan het initiatiefwetsvoorstel en de toelichting daarop suggereerden. De Raad van State adviseerde dan ook om de afbakeningscriteria te heroverwegen.<sup>159</sup> Verburg onderstreepte in zijn reactie in het kader van de internetconsultatie van het initiatiefwetsvoorstel het belang van de advisering van de Raad van State door middel van voorbeelden van payrolling die zich kunnen voordoen in diverse varianten en gedaanten. Hij concludeerde dat de afbakeningscriteria niet zelden tot rechtsonzekerheid zullen leiden.<sup>160</sup>

Zwemmer is namens de VAAN en VvA tevens van mening dat de definitie in artikel 7:692 BW "een onvoldoende scherp en duidelijk criterium" biedt bij de afbakening van de payrollovereenkomst van de uitzendovereenkomst.<sup>161</sup> Ter onderbouwing wordt hierbij ten eerste aangevoerd dat payrollbedrijven met het door hen aangeboden juridische werkgeverschap ook een functie in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt vervullen. Ten tweede wordt ten aanzien van het vereiste dat de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen, opgemerkt dat dit wegens het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:692 BW geen rol zou mogen spelen bij het onderscheid tussen de uitzend- en de payrollovereenkomst. Immers, hiermee wordt het aan het payrollbedrijf en diens opdrachtgever gelaten of sprake is van een uitzend- of payrollovereenkomst.<sup>162</sup>

De wetgever is met de Wab niet gekomen tot een heroverweging van de afbakeningscriteria. Wel is in de memorie van toelichting bij de Wab een aantal niet-limitatieve indicaties opgenomen op grond waarvan kan worden bepaald of aan de genoemde afbakeningscriteria is voldaan.<sup>163</sup> Dit lijkt echter niet de problemen rond de afbakeningscriteria op te lossen gelet op het feit dat de kritiek op deze criteria onverminderd doorgaat in de literatuur.

Zo benadrukt Laagland dat er nog altijd onduidelijkheid heerst over de afbakeningscriteria. Volgens haar kan ruis ontstaan rondom de allocatiefunctie. Ter illustratie noemt zij dat de sollicitatiegesprekken op het kantoor van het payrollbedrijf gehouden kunnen worden of er kan gewerkt worden met een

<sup>154</sup> Laagland, *TRA* 2018/75, p. 26; Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 8.

<sup>155</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 31311, nr. 235.

<sup>156</sup> Verschoor, *ArbeidsRecht* 2019/52, p. 10.

<sup>157</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 25074, nr. 4, p. 18 en 20.

<sup>158</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 16-18.

<sup>159</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4, p. 15.

<sup>160</sup> L.G. Verburg, 'Memo over payrolling ten behoeve van de internetconsultatie Wet arbeidsmarkt in balans', *Internetconsultatie.nl* 7 mei 2018.

<sup>161</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 11.

<sup>162</sup> Zwemmer, *TAP* 2018/11, p. 11-12.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 39-43.

digitale sollicitatietool. Wat betreft het exclusiviteitsvereiste is dit niet anders. Laaglands argumentatie berust op de memorie van toelichting bij de Wab waaruit blijkt dat in de beoordeling tevens meespeelt of het bedrijf al dan niet een allocatiefunctie vervult. Dit brengt met zich mee dat een bedrijf op eenvoudige wijze kan aangeven dat de werknemer – hoewel dat in praktijk niet gebeurt – ergens anders kan worden tewerkgesteld indien nodig.<sup>164</sup> Manipulatie (en daarmee misbruik) lijkt derhalve mogelijk, ook al wijst de regering er in de memorie van toelichting bij de Wab expliciet op dat het exclusiviteitsvereiste niet alleen kan worden afgeleid uit hetgeen tussen partijen schriftelijk is overeengekomen, maar ook uit de feiten en omstandigheden waaruit op te maken valt hoe partijen hier in de praktijk mee omgaan.<sup>165</sup> Dit laatste gaat echter niet (meer) op nu de Hoge Raad recent heeft bepaald, in het in paragraaf 2.2.2 besproken werknemer/Gemeente Amsterdam-arrest, dat de partijbedoeling, waarop de regering doelt, geen rol meer speelt bij de kwalificatievraag.<sup>166</sup>

In navolging van Laagland wijzen De Bok en Doorn tevens op de mogelijkheid tot manipulatie. Zij schetsen daarbij als voorbeeld de situatie dat de oud werkgever, tevens beoogd inlener, en uitzendwerkgever met elkaar kunnen afspreken dat zonder voorafgaande toestemming de werknemer aan een derde partij ter beschikking kan worden gesteld. In dat geval is geen sprake van exclusieve terbeschikkingstelling aan de oud werkgever (tevens de beoogd inlener), waardoor via deze weg bewerkstelligd kan worden dat de overeenkomst niet wordt gekwalificeerd als payrollovereenkomst, maar als een uitzendovereenkomst waarop het verlichte arbeidsrechtelijke regime van toepassing is.<sup>167</sup>

#### 3.4.4 Complexiteit artikel 8a Waadi

Artikel 8a Waadi geeft aanleiding tot tal van discussies en is moeilijk uitvoerbaar, zo stellen ook Laagland en Briejer. Wat wordt bijvoorbeeld precies verstaan onder het begrip ‘gelijke of gelijkwaardige functies’? Het gegeven dat inleners voor bepaalde functies niet zelden volledig van payrollgebruik maken, maakt dat het antwoord hierop niet simpel te geven is. Nog lastiger wordt het in de situaties waarbij de inlener in het geheel geen werknemers in dienst heeft. Artikel 8a lid 2 Waadi biedt in deze gevallen recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin die onderneming werkzaam is. Dit levert echter weer nieuwe vragen op, zoals: hoe wordt dit bepaald en door wie? Wat is de rol van een eventuele bedrijfstak-cao?<sup>168</sup>

Bovendien zorgen de regels rondom de verplichting van een adequate pensioenregeling er eveneens voor dat de betrokken partijen bij payrollgebruik in een labyrint van regels terechtkomen. Wellicht is door de invulling van de adequate pensioenregeling in de Baadi<sup>169</sup> getracht duidelijkheid te creëren voor de betrokken partijen, echter de veelheid aan regelingen maakt het eerder nóg complexer.<sup>170</sup>

### 3.5 Conclusie

Per 1 januari 2020 is de Wab in werking getreden. Ten aanzien van payrollgebruik beoogt de Wab het ontzorgende karakter voor werkgevers te behouden, maar tegelijkertijd de rechtspositie van payrollwerknemers te verbeteren door hen meer zekerheid te bieden. De wetgever acht dit nodig gelet op de ongewenste verschillen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden van payrollwerknemers in vergelijking tot werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een opdrachtgever op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Deze verschillen kunnen aanleiding geven voor (oneerlijke) concurrentie op de arbeidsvoorwaarden. Om dit te voorkomen zijn met de Wab de volgende maatregelen genomen op het gebied van payrollgebruik: de introductie van een definitie van de payrollovereenkomst in het BW en de Waadi, het buiten toepassing verklaren van bijzondere bepalingen in het BW die zien op de uitzendovereenkomst (onder andere het verlichte ontslagregime van artikel 7:691), een verruiming van de ketenregeling en een apart gelijke behandelingsvoorschrift voor payrollgebruik in de Waadi.

<sup>164</sup> Laagland, TRA 2018/26, p. 2; Laagland, TRA 2019/85, p. 35.

<sup>165</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42-43.

<sup>166</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287 (werknemer/Gemeente Amsterdam).

<sup>167</sup> De Bok & Doorn, *ArbeidsRecht* 2020/25, p. 24, met verwijzing naar Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3, p. 42-43.

<sup>168</sup> Laagland, TRA 2018/26, p. 2; Laagland, TRA 2019/85, p. 35; Briejer, TAP 2018/59, p. 9.

<sup>169</sup> *Stb.* 2019, 487.

<sup>170</sup> Laagland, TRA 2019/85, p. 35.

De genoemde maatregelen bevatten onduidelijkheden wat de rechtszekerheid van de payrollwerknemer niet ten goede komt. Bovendien werkt het gegeven dat partijen invloed kunnen uitoefenen op de kwalificatievraag of sprake is van een payrollovereenkomst dan wel een uitzendovereenkomst misbruik in de hand, terwijl het tegengaan van misbruik juist behoorde tot de doelstellingen van de Wab. De wijzigingen voor payrolling zijn derhalve niet effectief en dragen niet bij aan de rechtszekerheid.



## Hoofdstuk 4 De Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG)

### 4.1 Inleiding

Naast de in het vorige hoofdstuk behandelde kritiek op de payrollregelgeving in de Wab moet tevens het Europees recht in ogenschouw worden genomen. Het Nederlands arbeidsrecht wordt inhoudelijk in hoge mate bepaald door voorschriften afkomstig van de Europese Unie. In het VWEU is bepaald dat in de Europese sociale wetgeving rekening moet worden gehouden met de verscheidenheid van de nationale gebruiken, met name op het gebied van contractuele betrekkingen (artikel 151, tweede alinea VWEU). Het Europese arbeidsrecht berust met name op minimumrichtlijnen die, met inachtneming van de in elk van de lidstaten bestaande omstandigheden en technische voorschriften, moeten worden geïmplementeerd in het nationale recht (artikel 153 lid 2 onder b VWEU).<sup>171</sup> Indien dit niet op tijd gebeurt of als de nationale wetgeving niet bijdraagt aan het behalen van de gestelde doelen in de richtlijn kunnen conflicten ontstaan tussen Europese en nationale regelgeving.<sup>172</sup> Op 6 december 2008 trad Richtlijn 2008/104/EG (hierna: de Uitzendrichtlijn)<sup>173</sup> in werking. Deze richtlijn schrijft een aantal uitgangspunten met betrekking tot uitzendarbeid voor dat in de Nederlandse wet- en regelgeving is geïmplementeerd. Hiertoe is onder andere de Waadi gewijzigd.<sup>174</sup>

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag uit paragraaf 1.2 centraal:

- De Wab maakt onderscheid tussen een payrollwerknemer en een uitzendkracht. Is dit onderscheid conform de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG)?

Alvorens antwoord te kunnen geven wordt in paragraaf 4.2 kort inzicht gegeven in de achtergrond en doelstellingen van de Uitzendrichtlijn. In paragraaf 4.3 wordt de regelgeving in de Wab die betrekking heeft op payrolling getoetst aan de Uitzendrichtlijn, waarna in paragraaf 4.4 een conclusie volgt.

### 4.2 Achtergrond en doelstellingen

Sinds begin jaren tachtig van de vorige eeuw was er vanuit Europa behoefte om de arbeidsomstandigheden van ter beschikking gestelde werknemers te regelen waartoe verschillende Europese initiatieven ontstonden.<sup>175</sup> Na lange tijd heeft dit geresulteerd in de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn die op 6 december 2008 in werking trad.<sup>176</sup>

Uit overweging 10 van de Uitzendrichtlijn valt op te maken dat er vóór de inwerkingtreding van de Uitzendrichtlijn binnen de Europese Unie grote verschillen in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie van uitzendkrachten waren. Tegelijkertijd was er, gelet op overweging 11 van de Uitzendrichtlijn, oog voor het feit dat uitzendarbeid niet alleen in de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit voorzag, maar tevens aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. In die zin leverde het aldus een bijdrage aan het scheppen van banen en tot de deelname aan de inpassing op de arbeidsmarkt. Op basis hiervan beoogt de Uitzendrichtlijn het op communautair niveau creëren van een geharmoniseerd beschermingskader voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen in de lidstaten eerbiedigt, zo blijkt uit de overwegingen 12 en 23 van de Uitzendrichtlijn.

In artikel 2 Uitzendrichtlijn is de doelstelling als volgt omschreven:

*“Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en de uitzendbureaus als werkgever te erkennen. Daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.”*

<sup>171</sup> Van Schadewijk, *TRA* 2018/47, p. 10.

<sup>172</sup> Waterman, *TAO* 2017/4, p. 218.

<sup>173</sup> *pbEU* 2008, L 327/9.

<sup>174</sup> Naast de Waadi is tevens de WOR gewijzigd in verband met de implementatie van de Uitzendrichtlijn. De WOR valt echter buiten het bereik van dit werk en blijft derhalve onbesproken.

<sup>175</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 3.

<sup>176</sup> *pbEU* 2008, L 327/9.

De ratio achter deze doelstelling is dat lidstaten uitzendarbeid moeten toestaan maar daarbij wel recht dienen te doen aan de bescherming van uitzendkrachten.<sup>177</sup> Hiertoe zijn in de Uitzendrichtlijn voorschriften opgenomen ter waarborging dat voor uitzendkrachten dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden gelden, als voor werknemers die in dienst zijn van de inlener.<sup>178</sup> Uit de definitiebepaling van artikel 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn blijkt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden betrekking hebben op de regels voor arbeidstijden (overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid), vakantie, feestdagen en bezoldiging.

De opgenomen voorschriften in de Uitzendrichtlijn dienen door de lidstaten in hun nationale wet- en regelgeving geïmplementeerd te worden. Uit artikel 9 Uitzendrichtlijn valt op de maken dat het hierbij om een minimumharmonisatie gaat, wat betekent dat gunstiger nationale regelgeving mogelijk blijft.

### 4.3 De payrollovereenkomst getoetst aan de Uitzendrichtlijn

Zowel op basis van de het BW (artikel 7:692 BW) als de Waadi (artikel 1 lid 1 onder d Waadi) wordt de payrollovereenkomst gedefinieerd als een bijzondere vorm van een uitzendovereenkomst die niet tot stand is gekomen in het kader van samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en betrekking heeft op het ter beschikking stellen van werknemers aan derden (exclusief door de opdrachtgever).

In hoofdstuk 3 kwam reeds uitgebreid aan bod dat een overeenkomst die voldoet aan de definitie van artikel 7:692 BW gekwalificeerd wordt als een payrollovereenkomst, waarop onder andere krachtens artikel 7:692a BW het verlichte arbeidsrechtelijke regime niet van toepassing is. In plaats daarvan geldt een strenger regime voor de payrollwerkgever. Voldoet een overeenkomst, dan wel arbeidsverhouding<sup>179</sup>, aan de definitie van artikel 1 lid 1 onder d Waadi dan wordt deze gekwalificeerd als een payrollovereenkomst waarop krachtens het met de Wab gewijzigde artikel 8 Waadi niet van toepassing is. In plaats daarvan geldt het nieuwe gelijke behandelingsvoorschrift in artikel 8a Waadi. Met artikel 8a Waadi en artikel 7:692a BW worden aldus aan de payrollwerknemer meer rechten toegekend dan aan de reguliere uitzendwerknemer. De Wab maakt hiermee een onderscheid tussen een payrollwerknemer en een reguliere uitzendwerknemer.

De regering acht deze verdergaande bescherming voor payrollwerknemers gerechtvaardigd omdat payrollwerknemers zich in een bijzondere positie bevinden. De uitleg in de memorie van toelichting van de Wab is als volgt: In artikel 8 van de Waadi is de minimumbescherming voor uitzendkrachten geïmplementeerd zoals deze is vastgelegd in de Uitzendrichtlijn. De uitzendrichtlijn beoogt hiermee een passende minimumbescherming voor uitzendkrachten te garanderen. Hoewel de Uitzendrichtlijn zich richt op uitzendkrachten én payrollkrachten, is een bijzonder regime voor payrollwerknemers in lijn met de Uitzendrichtlijn omdat payrolling een bijzondere vorm van uitzenden betreft wegens het ontbreken van de allocatiefunctie. Hierdoor is een verdere gelijkstelling van de arbeidsvoorwaarden voor payrollwerknemers passend en gerechtvaardigd. De regering stelt hiermee dat toepassing van het lichtere arbeidsrechtelijk regime tot de allocatieve functie van uitzenden behoort.

Daarbij wordt payrolling met de Wab niet onmogelijk gemaakt. Er worden geen beperkingen gesteld aan het kunnen uitzenden of payrollen van werknemers. Er wordt enkel een beter arbeidsvoorwaardenregime gecreëerd voor payrollwerknemers. De regering noemt de maatregelen vanuit dit perspectief proportioneel. De bepalingen in de Uitzendrichtlijn zouden zich hier niet tegen verzetten en de Uitzendrichtlijn zou onverlet laten dat dat voor bepaalde werknemers gunstiger bepalingen worden ingevoerd.<sup>180</sup>

Mouselli (voorheen Feyli genaamd) stelt in haar columns dat deze uitleg van de regering (die tevens in dezelfde bewoordingen werd gebruikt ten aanzien van het initiatiefwetsvoorstel) te kort door de bocht is. Hoewel zij het begrijpelijk vindt dat met de Wab ten positieve wordt afgeweken ten behoeve van de payrollwerknemer, trekt zij in twijfel of dit wel toegestaan is gelet op de bepalingen in de Uitzendrichtlijn, met name door de brede definitie van het begrip 'uitzendkracht' in deze richtlijn.<sup>181</sup> Ter verduidelijking volgt hieronder een uitleg.

<sup>177</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 5.

<sup>178</sup> Dorenbos, Mourits & Waterman, *TAO* 2016/4, p. 166.

<sup>179</sup> Het Europees recht staat op grond van de Uitzendrichtlijn uitsluiting van arbeidsverhoudingen, zoals bijvoorbeeld freelancers, in het nationaal recht niet toe. Derhalve bevat de Waadi een bredere definitie van de uitzend- en payrollovereenkomst dan het BW; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 51.

<sup>180</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 49-51.

<sup>181</sup> H. Feyli, 'Aanpassing Waadi voor payrolling in strijd met Uitzendrichtlijn?', *flexnieuws.nl* 15 december 2017; H. Mouselli (voorheen Feyli), 'Payrollmaatregelen Wab 'missen visie in Europese context'', *flexmarkt.nl* 11 februari 2019.

### 4.3.1 In hoeverre is de regulering van payrolling, waarmee een onderscheid wordt gemaakt tussen payrolling en uitzending, in lijn met de Uitzendrichtlijn?

#### 4.3.1.1 Brede definitie van het begrip 'uitzendkracht' in de Uitzendrichtlijn

In de Uitzendrichtlijn zijn specifieke definities opgenomen van onder andere een (reguliere) werknemer, een uitzendbureau en een uitzendkracht (artikel 3 lid 1 Uitzendrichtlijn). Zowel in het BW als de Waadi is met de inwerkingtreding van de Wab geen specifieke definitie opgenomen van een payrollwerknemer. Dit heeft tot gevolg dat op basis van de Uitzendrichtlijn, de payrollwerknemer wellicht onder de definitie van de uitzendkracht in de Uitzendrichtlijn kan vallen.<sup>182</sup>

De uitzendkracht wordt in artikel 3 lid 1 Uitzendrichtlijn als volgt gedefinieerd:

“ ...  
*„uitzendkracht“: een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken”.*

Briejer betoogt dat met deze brede definitie van het begrip 'uitzendkracht', waarbij een allocatiefunctie niet is vereist, de payrollwerknemer die tijdelijk tewerk wordt gesteld bij een inlener onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn valt. De Uitzendrichtlijn maakt geen onderscheid tussen de payrollwerknemer en de (gewone) uitzendwerknemer en deze staan dus op basis van de Uitzendrichtlijn op gelijke voet met elkaar. De Wab maakt daarentegen wél een onderscheid tussen de payrollwerknemer en de uitzendwerknemer door het verschil in arbeidsvoorwaarden dat op grond van artikel 8a Waadi en artikel 7:692a BW voor beiden is ontstaan. Dit onderscheid kan naar de mening van Briejer niet richtlijnconform worden uitgelegd. Temeer omdat de Uitzendrichtlijn er toe strekt gelijke behandeling van uitzendwerknemers te waarborgen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren. Het gemaakte onderscheid tussen de payrollwerknemer en de uitzendwerknemer doet afbreuk aan die beschermingsgedachte van de Uitzendrichtlijn.<sup>183</sup>

Naar mijn mening is juist deze uitleg te kort door de bocht. Het betoog gaat uit van het feit dat de payrollwerknemer *tijdelijk* tewerkgesteld wordt bij een inlener. In de definitie van de uitzendkracht in artikel 3 lid 1 Uitzendrichtlijn is immers de term 'tijdelijk' (ook wel het tijdelijkheidsbegrip genoemd) opgenomen. Het valt echter te betwijfelen of bij een payrollovereenkomst sprake is van een tijdelijke tewerkstelling van de payrollwerknemer, zoals uit onderstaande zal blijken.

#### 4.3.1.2 Tijdelijkheidsbegrip in de Uitzendrichtlijn

Het zojuist genoemde tijdelijkheidsbegrip is niet enkel opgenomen in de definitie van de uitzendkracht in artikel 3 lid 1 Uitzendrichtlijn, maar ook in de andere definities die daarin zijn opgenomen. Tevens bepaalt artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn dat de richtlijn van toepassing is op “*werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken*”.

De Nederlandse wetgever heeft het tijdelijkheidsbegrip niet geïmplementeerd. In de Nederlandse wetgeving is geen beperking van de duur of het aantal terbeschikkingstellingen aan dezelfde inlener opgenomen. Tevens heeft de Hoge Raad in het eerder besproken Care4Care-arrest<sup>184</sup> bepaald dat voor het bestaan van een uitzendovereenkomst niet is vereist dat een allocatiefunctie aanwezig is, noch dat de bij de inlener te verrichten arbeid tijdelijk is. De Commissie-Borstlap heeft op 23 januari 2020 hiertoe wel een aanbeveling gedaan om een maximumtermijn te verbinden aan de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan dezelfde inlener. Het voorstel was om daarbij aan te sluiten bij de duur van de ketenregeling.<sup>185</sup>

De literatuur is niet eenduidig over wat onder de term 'tijdelijk' in de Uitzendrichtlijn wordt verstaan en in het verlengde daarvan of de payrollovereenkomst aan dit begrip voldoet en zodoende binnen de

<sup>182</sup> H. Feyli, 'Aanpassing Waadi voor payrolling in strijd met Uitzendrichtlijn?', *flexnieuws.nl* 15 december 2017.

<sup>183</sup> Briejer, *TAP* 2018/59, p. 9

<sup>184</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

<sup>185</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 3.

werkings sfeer van de Uitzendrichtlijn valt. Zo stelt Zwemmer dat het begrip 'tijdelijk' in de Uitzendrichtlijn ziet op de aanwezigheid van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.<sup>186</sup> Vanuit deze gedachte valt payrollrolling, wegens het ontbreken van de allocatiefunctie, niet onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn.

Dorenbos, Mourits en Waterman wijzen er echter op dat het tijdelijkheidsbegrip ziet op de duur van de terbeschikkingstelling waarbij het begrip tijdelijkheid niet impliceert dat de duur van de terbeschikkingstelling is begrensd. Zij zijn daarbij van mening dat permanente terbeschikkingstelling daar in ieder geval niet onder valt.<sup>187</sup>

Naar aanleiding van bovenstaande moet worden opgemerkt dat bij payrollrolling wat tijdsduur betreft niet zelden sprake is van permanente terbeschikkingstelling. Uitgangspunt is immers dat de terbeschikkingstelling bij payrollrolling langdurig en exclusief is.<sup>188</sup> Dit sluit de mogelijkheid van tijdelijke terbeschikkingstelling bij payrollrolling echter niet uit, nu tijdselementen (zoals de duur van de terbeschikkingstelling en tijdelijkheid van werk) geen deel uitmaken van de payrolldefinitie. Daarbij is ook voor uitzenden in de zin van artikel 7:690 BW geen maximumduur voorgeschreven, waardoor voor payrollrolling geen 'vanaf'-termijn geldt.<sup>189</sup> Laagland en Van Braak wijzen er in dit verband echter op dat de term permanent bij payrollrolling geen betrekking heeft op de tijdsduur maar op het exclusieve karakter, waardoor geconcludeerd kan worden dat payrollrolling ziet op permanente terbeschikkingstelling.<sup>190</sup>

Hoewel Laagland in 2018 in haar column nog stelde dat deze permanente tewerkstelling niet voldeed aan het tijdelijkheidsbegrip en daardoor buiten de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn viel, is zij hier recent op teruggekomen in haar onderzoek hiernaar samen met Van Braak. Zij zijn van mening dat permanente terbeschikkingstelling binnen het bereik van de Uitzendrichtlijn valt omdat (kort gezegd) "nergens uit blijkt dat tijdelijkheid als bewuste afbakening in de werkingssfeer ten opzichte van permanente uitzendarbeid heeft te gelden", alsmede dit in lijn is met de ratio achter de Uitzendrichtlijn.<sup>191</sup>

Op 14 oktober 2020 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) daarentegen een arrest gewezen waaruit blijkt dat het tijdelijke karakter van uitzendarbeid gewaarborgd dient te worden door de lidstaten.<sup>192</sup> Dit arrest komt in de volgende subparagraaf uitgebreider aan bod.

De discussie of de payrollovereenkomst wel of niet valt onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn is echter irrelevant te noemen als voor ogen wordt gehouden dat indien dit niet het geval is, daaruit niet de conclusie kan worden getrokken dat de lidstaten vrij zijn om de payrollovereenkomst in het nationale recht te reguleren. Een richtlijn is voor elke lidstaat verbindend ten aanzien van het daarmee beoogde resultaat en de nationale rechter dient het recht van de lidstaat zoveel mogelijk uit te leggen en toe te passen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.<sup>193</sup> Ook buiten de werkingssfeer dient de nationale regelgeving voldoende in lijn zijn met de Uitzendrichtlijn. Het is derhalve evengoed mogelijk dat via deze weg alsnog de regelgeving rondom payrollrolling niet is toegestaan indien permanente terbeschikkingstelling op grond van de (doelen van de) Uitzendrichtlijn verboden is.

#### 4.3.1.3 *Verbod op permanente terbeschikkingstelling?*

In de Uitzendrichtlijn is geen duidelijk verbod op permanente terbeschikkingstelling te vinden. Daarbij richt de discussie omtrent het tijdelijkheidsbegrip in de Uitzendrichtlijn zich met name op het onderscheid tussen tijdelijke en langdurige (in de zin van ongelimiteerde) maar niet op permanente (in de zin van exclusieve) terbeschikkingstelling. Wat tijdsduur betreft bevat de Uitzendrichtlijn een inherente tegenstrijdigheid. Uit het consequente gebruik van tijdelijkheid in de definities van artikel 3 Uitzendrichtlijn zou opgemaakt kunnen worden dat uitzending niet ongelimiteerd plaats kan vinden. Daartegenover staat echter artikel 4 lid 1 Uitzendrichtlijn, waarin is bepaald dat beperkingen op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang. Een maximumlimiet in duur of aantal uitzendingen kan aangemerkt worden als een dergelijke

<sup>186</sup> Zwemmer 2012, p. 95.

<sup>187</sup> Dorenbos, Mourits & Waterman, *TAO* 2016/4, p. 154.

<sup>188</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 34.

<sup>189</sup> Allegra, *TAP* 2019/236, p. 6.

<sup>190</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 3.

<sup>191</sup> Laagland, *TRA* 2018/26, p. 2; Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 3-5.

<sup>192</sup> HvJ 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR* 2020/289, m.nt. E.M. Hoogeveen.

<sup>193</sup> Waterman, *TAO* 2017/4, p. 219.

beperking. Dit impliceert, anders dan de definities in artikel 3 Uitzendrichtlijn doen vermoeden, dat ongelimiteerde uitzending de hoofdregel is. Hiermee is echter nog geen duidelijkheid gecreëerd over het lot van permanente (exclusieve) terbeschikkingstelling aan één specifieke inlener. Artikel 5, in combinatie met artikel 6, Uitzendrichtlijn lijkt dat wel te doen.<sup>194</sup>

Artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen dienen te nemen met het oog op voorkoming van misbruik, met name gericht op het voorkomen van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de Uitzendrichtlijn te omzeilen. Daarbij is artikel 6 Uitzendrichtlijn erop gericht dat de uitzendkracht uiteindelijk bij de inlener in dienst treedt. Laagland en Van Braak merken op basis hiervan terecht op dat gelet op de ratio achter beide bepalingen het lastig te rijmen is dat permanente terbeschikkingstelling op grond van de Uitzendrichtlijn is toegestaan, zonder dat hiertoe passende maatregelen zijn genomen.<sup>195</sup>

#### *Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie*

Uit een zeer recent arrest van het HvJ EU van 14 oktober 2020 volgt dat artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn de lidstaten niet verplicht om een maximum te stellen aan het aantal uitzendingen of de duur daarvan bij dezelfde inlener.<sup>196</sup> In het voornoemd artikel ligt echter volgens het HvJ EU tevens besloten dat het lidstaten niet is toegestaan om (a) geen enkele maatregel te nemen om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, én (b) dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd ter omzeiling van de bepalingen in de Uitzendrichtlijn.

Het HvJ EU stelt hiertoe dat de arbeidsverhouding met de inlener van tijdelijke aard dient te zijn en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd het uitgangspunt is, wat in lijn is met artikel 6 Uitzendrichtlijn. De verwijzende rechter dient na te gaan of de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten daadwerkelijk een tijdelijk karakter hebben of dienen ter verhulling van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd. Richtinggevend daarbij is het evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers. Het ontbreken van een 'redelijke tijdelijkheid' vormt volgens het HvJ EU een belangrijke indicatie voor het aannemen van misbruik, tenzij sprake is van een 'objectieve verklaring' voor de langdurige terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener.

Het HvJ EU laat onbeantwoord wanneer sprake is van een 'redelijke tijdelijkheid' en wat als 'objectieve verklaring' kan worden aangemerkt. Tevens blijft in het ongewis welke maatregelen de lidstaten zouden moeten nemen ter voorkoming van omzeiling, dan wel misbruik, van de Uitzendrichtlijn.<sup>197</sup>

#### *4.3.1.4 Regelgeving payrollrolling in strijd met de Uitzendrichtlijn?*

Op grond van het arrest van het HvJ EU zijn achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlener niet per definitie in strijd met de Uitzendrichtlijn. De vraag of de regelgeving betreffende de payrollovereenkomst, waar het uitgangspunt is dat de werknemer langdurig en exclusief (permanent) wordt ingeleend door dezelfde inlener, is toegestaan dan wel verboden is op grond van de Uitzendrichtlijn dient naar aanleiding van dit arrest beantwoord te worden door de beoordeling of (a) Nederland (als lidstaat) een enkele maatregel heeft genomen om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen en (b) in die (nationale) regelgeving een enkele maatregel is opgenomen om omzeiling van de Uitzendrichtlijn tegen te gaan. Immers, het HvJ EU heeft enerzijds bepaald dat de nationale wetgever geen grenzen hoeft te stellen aan achtereenvolgende opdrachten van dezelfde werknemer bij dezelfde inlenende onderneming, maar anderzijds dat het nemen van geen enkele maatregel om de tijdelijkheid van uitzendarbeid te waarborgen en langdurige terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener ter omzeiling van de Uitzendrichtlijn in strijd is met (het doel van) de Uitzendrichtlijn.

Ten aanzien van onderdeel (a) heeft Nederland met de Wab voor de payrollovereenkomst, dat toeziet op permanente terbeschikkingstelling, aparte regelgeving opgenomen. Dit is in lijn met de Uitzendrichtlijn omdat zodoende het tijdelijke karakter van uitzendarbeid gewaarborgd wordt. De vraag is echter of het tijdelijke karakter van uitzendarbeid voldoende gewaarborgd wordt met de huidige (nieuwe) regelgeving, nu de duur van de terbeschikkingstelling en tijdelijkheid van werk geen deel uitmaken van de afbakening tussen de payrollovereenkomst en de (reguliere)

<sup>194</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 5-6.

<sup>195</sup> Laagland & Van Braak, *TRA* 2020/22, p. 6.

<sup>196</sup> HvJ 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR* 2020/289, m.nt. E.M. Hoogeveen.

<sup>197</sup> S. van der Plas, 'Ontbreken van 'redelijke tijdelijkheid' kan leiden tot misbruik van uitzendarbeid', *blog.allenoverly.com* 11 november 2020.

uitzendovereenkomst en daarbij in de definitie van de uitzendovereenkomst geen maximumduur is opgenomen. Hoewel het HvJ EU heeft bepaald dat lidstaten niet verplicht zijn om een maximum te stellen aan het aantal uitzendingen of de duur daarvan bij dezelfde inlener, valt het lastig met de Uitzendrichtlijn te rijmen dat op basis van de cumulatieve afbakeningscriteria (geen allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling) situaties mogelijk blijven waarbij sprake is van langdurige terbeschikkingstelling aan één inlener die desondanks gekwalificeerd kunnen worden als reguliere uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Deze situaties doen zich voor indien de formele (payroll)werkgever een allocatiefunctie vervult.<sup>198</sup>

Daartegenover kan worden gesteld dat in de memorie van toelichting bij de Wab indicaties, waaronder tijdelijkheid, zijn opgenomen die meegenomen kunnen worden bij de afweging of de werkgever ten behoeve van de arbeidskracht een voldoende allocatieve functie heeft vervuld. Tijdelijkheid speelt in deze zin een rol bij de afbakeningscriteria. Echter, deze indicaties betreffen geen criteria die als zodanig doorslaggevend zijn.<sup>199</sup> Derhalve schiet naar mijn mening de nieuwe regelgeving voor payrolling op onderdeel (a) tekort om de toets aan de Uitzendrichtlijn te doorstaan.

Daarbij is het ten aanzien van onderdeel (b) eveneens twijfelachtig of de nationale regeling voorziet in een enkele maatregel die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd ter omzeiling van de bepalingen in de Uitzendrichtlijn.

Bij de regulering van payrolling kan niet gezegd worden dat de wetgever geen oog had voor de bescherming van payrollwerknemers tegen misbruik hiervan. De regering achtte een bijzonder regime voor payrollwerknemers gerechtvaardigd wegens het ontbreken van de allocatiefunctie, waarmee wordt bedoeld dat de toepassing van het lichtere arbeidsrechtelijk regime behoort tot de allocatieve functie van uitzenden.<sup>200</sup> Bij deze uitleg is naar mijn mening onterecht niet stil gestaan bij het tijdelijkheidsbegrip uit de Uitzendrichtlijn, terwijl juist het gebrek aan deze tijdelijkheid een apart regime voor payrolling rechtvaardigt en niet het gebrek van een allocatiefunctie. De allocatiefunctie is immers, in tegenstelling tot het tijdelijkheidsbegrip, niet als vereiste opgenomen in de Uitzendrichtlijn.

Desalniettemin lijkt op onderdeel (b) de nieuwe regelgeving voor payrolling de toets aan de Uitzendrichtlijn wel te doorstaan. Volgens het HvJ EU dient misbruik van de Uitzendrichtlijn aangenomen te worden indien het door de richtlijn beoogde evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid wordt verstoord omdat door achtereenvolgende opdrachten de zekerheid voor werknemers wordt ondermijnd. Op basis van dit gegeven acht Hoogeveen, in haar annotatie bij het voornoemde arrest, de regelgeving omtrent payrolling niet strijdig met de Uitzendrichtlijn, temeer omdat onze nationale regelgeving juist vele waarborgen op het gebied van zekerheid voor de werknemer kent, zoals de gelijke beloningsnormen van artikel 8 en 8a Waadi en de verschillen tussen uitzending en payrolling.<sup>201</sup> Hier moet naar mijn mening echter de volgende kanttekening worden geplaatst. In hoofdstuk 3 van dit werk is gebleken dat de maatregelen die met de Wab ten behoeve van payrolling zijn genomen, hoewel beoogd, niet leiden tot meer rechtszekerheid voor payrollwerknemers en dat daarbij de afbakeningscriteria voor het onderscheid tussen payrolling en (reguliere) uitzending misbruikgevoelig zijn. Het valt aldus te betwijfelen of de regelgeving voor payrolling geen ondermijning van de zekerheid voor (payroll)werknemers met zich meebrengen, waardoor de payrollmaatregelen op dit onderdeel alsnog onvoldoende in lijn zijn met de Uitzendrichtlijn.

#### 4.4 Conclusie

Het maken van een onderscheid tussen een payrollwerknemer en een uitzendkracht is conform de Uitzendrichtlijn. Sterker nog, de Uitzendrichtlijn noopt tot het opnemen van aparte regelgeving ten aanzien van permanente terbeschikkingstelling, waar payrolling op toeziet, om zodoende het tijdelijke karakter van de uitzendarbeid te waarborgen.

Daarentegen is de manier waarop de Wab met de regelgeving voor payrolling het onderscheid maakt tussen payrolling en (reguliere) uitzending onvoldoende in lijn met de Uitzendrichtlijn. Immers, door het

<sup>198</sup> S. van der Plas, 'Ontbreken van 'redelijke tijdelijkheid' kan leiden tot misbruik van uitzendarbeid', *blog.allenoverly.com* 11 november 2020. Van der Plas stelt hier dat deze situaties gerechtvaardigd worden door de allocatiefunctie.

<sup>199</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 40; *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 4, p. 18-19; Zie ook Allegra, *TAP* 2019/236, p. 6.

<sup>200</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 49-50.

<sup>201</sup> HvJ 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR* 2020/289, m.nt. E.M. Hoogeveen, p. 2831-2832.

ontbreken van een tijdelijkheidselement in definitie van de payrollovereenkomst, blijft het mogelijk dat langdurige terbeschikkingstelling aan één inlener gekwalificeerd kan worden als reguliere uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.

Daarbij heeft de Wab met de nieuwe regelgeving voor payrolling weliswaar voldoende maatregelen genomen die voorkomen dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd ter omzeiling van de bepalingen in de Uitzendrichtlijn, maar daarbij moeten wel de kanttekeningen worden geplaatst dat gebleken is dat deze maatregelen niet leiden tot meer rechtszekerheid voor payrollwerknemers en de afbakeningscriteria voor het onderscheid tussen payrolling en uitzending, in ieder geval deels, misbruikgevoelig zijn.

## Hoofdstuk 5 Conclusie en aanbevelingen

### 5.1 Conclusie

In dit laatste hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de in paragraaf 1.2 geformuleerde centrale onderzoeksvraag. Deze luidde als volgt:

- Zijn de bepalingen in de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) die betrekking hebben op de payrollovereenkomst voldoende in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG) en worden de doelstellingen van de Wab ter zake payrolling middels deze wet bereikt of is het wenselijk om, gelet op de actuele wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur, de payroll-constructie op een andere wijze vorm te geven?

Met betrekking tot het eerste deel van de vraag - of de bepalingen in de Wab die betrekking hebben op de payrollovereenkomst voldoende in overeenstemming zijn met de Uitzendrichtlijn - luidt de conclusie dat dit niet zo is. In hoofdstuk 4 is vastgesteld dat hoewel de Uitzendrichtlijn gelet op de doelstellingen noopt tot het opnemen van een apart regime voor payrolling waarbij sprake is van permanente terbeschikkingstelling, om zodoende de tijdelijkheid van uitzendarbeid te waarborgen, de wetgever er met de Wab niet in is geslaagd om een apart regime voor payrolling te realiseren dat voldoende in overeenstemming is met de Uitzendrichtlijn. Het ontbreken van een tijdelijkheidselement in de definitie van de payrollovereenkomst leidt tot ongerijmdheid met de Uitzendrichtlijn, omdat daardoor de situatie mogelijk blijft dat langdurige terbeschikkingstelling aan één inlener gekwalificeerd wordt als reguliere uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.

Daarbij zijn kanttekeningen te plaatsen bij de maatregelen die middels de Wab voor payrolling zijn genomen ter voorkoming dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd ter omzeiling van de bepalingen in de Uitzendrichtlijn. Deze maatregelen hebben weliswaar het doel gehad om meer rechtszekerheid te creëren voor de payrollwerknemer, gebleken is echter in hoofdstuk 3 dat dit beoogde doel niet is behaald en dat bovendien de afbakeningscriteria voor het onderscheid tussen payrolling en uitzending, in ieder geval deels, misbruikgevoelig zijn.

Dit raakt tevens het tweede gedeelte van de vraag, waarbij antwoord moet worden gegeven of de doelstellingen van de Wab ter zake payrolling middels deze wet bereikt worden of dat het wenselijk is, gelet op de actuele wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur, de payrollconstructie op een andere wijze vorm te geven.

De conclusie luidt dat niet alle doelstellingen van de Wab ter zake payrolling zijn bereikt. In hoofdstuk 3 kwam aan bod dat met de Wab wordt beoogd om ten aanzien van payrolling het ontzorgende karakter voor werkgevers te behouden, maar tegelijkertijd de rechtspositie van payrollwerknemers verbeterd dient te worden door hen meer zekerheid te bieden. Hiertoe zijn met de Wab maatregelen genomen om de concurrentie op arbeidsvoorwaarden door afwenteling van kosten en risico's tegen te gaan, die is ontstaan door de verschillen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van payrollwerknemers in vergelijking tot werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever. De maatregelen zijn in hoofdstuk 3 uiteengezet en betreffen kort gezegd: de introductie van de definitie van de payrollovereenkomst in het BW en de Waadi, het buiten toepassing verklaren van bijzondere bepalingen in het BW die zien op de uitzendovereenkomst, het verruimen van de ketenregeling en het opnemen van een apart gelijke behandelingsvoorschrift voor payrolling in de Waadi.

In hoofdstuk 3 is gebleken is dat de Wab erin is geslaagd om het ontzorgende karakter van payrolling voor werkgevers te behouden. De rechtspositie van payrollwerknemers is daarentegen niet verbeterd. De genoemde maatregelen bevatten onduidelijkheden door een labyrint van complexe regelgeving waardoor geen rechtszekerheid wordt geboden aan de payrollwerknemer en bovendien een toevlucht van (schijn)constructies met zelfstandigen te verwachten is. Tevens is geconstateerd dat de twee cumulatieve criteria die gehanteerd worden ter afbakening van de reguliere uitzendovereenkomst - het ontbreken van een allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling - niet geschikt zijn. Door de vele verschijningsvormen van payrolling, die in hoofdstuk 2 zijn belicht, is het onderscheid tussen payrolling en uitzending minder eenvoudig te trekken dan met de afbakeningscriteria mogelijk is. Daarbij is vastgesteld dat het criterium 'exclusieve terbeschikkingstelling' misbruikgevoelig is, zeker nu de Hoge Raad recent heeft bepaald dat de partijbedoeling geen rol meer speelt bij de kwalificatievraag van de arbeidsovereenkomst.



Gelet op de actuele wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur, waarop bovenstaande conclusie is gebaseerd, is het wenselijk om de payroll-constructie op een andere wijze vorm te geven.

## **5.2 Aanbevelingen**

Nu de conclusie van dit werk luidt dat het wenselijk wordt geacht dat de payroll-constructie anders vormgegeven wordt, wordt in deze afsluitende paragraaf een aanbeveling gedaan hoe dit gedaan zou kunnen worden. Naar mijn mening is de volgende optie interessant om in overweging te nemen.

Door tijdelijkheid deel uit te laten maken van de afbakening tussen de payrollovereenkomst en een (reguliere) uitzendovereenkomst, wordt de tijdelijkheid van uitzendarbeid in de Uitzendrichtlijn gewaarborgd en wordt duidelijkheid gecreëerd wat de (Europeesrechtelijke) rechtszekerheid ten goede komt. Dit kan bereikt worden door in de definitiebepaling van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW een tijdelijkheidsbegrip op te nemen. Een apart regime voor payrolling is mijns inziens dan overbodig. Deze permanente terbeschikkingstellingsvorm kan op deze manier slechts nog onder de reguliere uitzendovereenkomst (en het daaraan gekoppelde lichtere arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW) vallen indien het wat tijdsduur betreft een tijdelijke payrollovereenkomst betreft, wat in lijn is met de Uitzendrichtlijn. Bij deze optie is bovendien de complexe regelgeving die nu geldend is indien sprake is van een payrollovereenkomst, niet langer van kracht wat tevens de nationale rechtszekerheid ten goede komt en zodoende een einde maakt aan het 'koorddansen over een labyrint van complexe regels'.

Wegens de wens om de ontzorgende functie van de werkgever bij payrolling te behouden is met de Wab bewust niet gekozen voor het aanscherpen van de definitie van artikel 7:690 BW. Naar mijn mening gaat dit argument bij bovengenoemde optie niet op omdat in de situatie waarbij payrolling slechts toeziet op ontzorgen, het juridisch werkgeverschap niet verschuift naar het payrollbedrijf, maar blijft bij de inlener. In dat geval is aldus sprake van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tussen de payrollwerknemer en de inlener. Deze mogelijkheid verdwijnt niet met het aanscherpen van artikel 7:690 BW door daarin tijdelijkheid op te nemen.

## Literatuur- en jurisprudentielijst

### Aangehaalde en geraadpleegde literatuur

#### **Allegra, TAP 2019/236**

C.S.M. Allegra, 'Payrolling or not? That's the question!', TAP 2019/236, p. 4-10.

#### **Ambtenbrink & Vedder 2017**

F. Ambtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

#### **Bakels e.a. 2019**

H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2019.

#### **Berkhout, ArA 2010/2**

D.F. Berkhout, 'Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen', ArA 2010/2, p.70-87.

#### **De Bok & Doorn, ArbeidsRecht 2020/25**

J.T. de Bok & H.L. Doorn, 'Is de draaideur nu definitief stilgezet?', *ArbeidsRecht* 2020/25, p. 20-24.

#### **Bos & De Graaff, ArbeidsRecht 2006/12**

A.M. Bos & E.V. de Graaff, 'Payrolling, het outsourcen van werkgeverschap', *ArbeidsRecht* 2006/12, p. 17-22.

#### **Bouwens 2014**

Bouwens, *Boekbesprekingen*: J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, RMThemis 2014/3.

#### **Briejer, TAP 2018/59**

A. Briejer, 'Euforie in de payrollsector na Care4Care, maar voor hoelang?', TAP 2018/59, p. 4-11.

#### **Briejer, TAP 2019/114**

A. Briejer, 'De wetgever en payroll: waar staan we nu?', TAP 2019/114, p. 19-22.

#### **Doorn, ArbeidsRecht 2019/55**

H.L. Doorn, 'Pas op: het overgangsrecht van de WAB', *ArbeidsRecht* 2019/55, p. 21-25.

#### **Dorenbos, Mourits & Waterman, TAO 2016/4**

K. Dorenbos, R. Mourits & C. Waterman, 'Care4Care/StiPP: vloek of zegen? Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356', TAO 2016/4, p. 154-169.

#### **Van Genderen e.a. 2018**

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

#### **Geugjes, ArbeidsRecht 2013/30**

H.C. Geugjes, 'Van draaideur naar harmonicadeur', *ArbeidsRecht* 2013/30, p. 17-21.

#### **De Groot, TRA 2015/36**

E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?', TRA 2015/36, p. 14-17.

#### **Groustra, ArbeidsRecht 2012/26.**

W.O. Groustra, 'Reactie op het artikel 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', E.M. Hoogeveen, *ArbeidsRecht* 2012/6', *ArbeidsRecht* 2012/26, p. 28-29.

#### **Gunaydin & Schikhof, TPV 2014/51**

D. Gunaydin en R. Schikhof, 'Onduidelijkheid over de uitzendovereenkomst en de allocatiefunctie', TPV 2014/51.

#### **Hoogeveen, ArA 2007/3**

E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', ArA 2007/3.

#### **Hoogeveen, ArbeidsRecht 2012/6**

E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', *ArbeidsRecht* 2012/6, p. 3-8.

#### **Hoogeveen, ArbeidsRecht 2015/17**

E.M. Hoogeveen, 'Payrolling wordt minder aantrekkelijk gemaakt', *ArbeidsRecht* 2015/17, p. 15-19.

#### **Van Houte, ArbeidsRecht 2011/36**

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36, p. 9-13.

#### **Van Houte 2017**

Y.A.E. van Houte, 'De uitzendovereenkomst', in: D.J.B. De Wolff (red.) & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (Monografieën Sociaal Recht nr. 25)*, Deventer: Kluwer 2017.

**Houweling, TRA 2010/56**

H. Houweling, 'De Nederlandse aanpak van 'flexicurity'? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010/56.

**Houweling, Keulaerds & Kruit 2016**

A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA Evaluatieonderzoek WWZ 2016*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

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

A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht', *ArA* 2013/2, p. 3-61.

**Laagland, TRA 2018/26**

F.G. Laagland, 'Payroll: waarom moeilijk doen als het ook makkelijk kan?', *TRA* 2018/26, p. 1-2.

**Laagland, TRA 2018/75**

F.G. Laagland, 'Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders', *TRA* 2018/75, p. 26-27.

**Laagland, TRA 2019/85**

F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', *TRA* 2019/85, p. 34-35.

**Laagland & Van Braak, TRA 2020/22**

F.G. Laagland & M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22, p. 3-11.

**Lamers & Ermers 2014**

A.H. Lamers & J.H. Ermers, 'De mythe van flexibele arbeid', in: A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmakers, *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving*, Zutphen: Juridische Uitgeverij Paris 2014, p. 145-157.

**Van Peijpe, TRA 2011/34**

T. van Peijpe, 'EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip', *TRA* 2011/34.

**Rosendahl, ArbeidsRecht 2019/54**

J. Rosendahl, 'Payrolldefinitie zal leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid in de uitzendsector', *ArbeidsRecht* 2019/54, p. 17-20.

**Van Schadewijk, TRA 2018/47**

M.A.N. van Schadewijk, 'Op zoek naar een visie op Europees werkgeverschap', *TRA* 2018/47, p. 10-15.

**Sick & Wevers, TRA 2017/16**

P.Th. Sick & A.M. Wevers, 'De allocatiefunctie "alloceren"?', *TRA* 2017/16, p. 17-20.

**Sick, TRA 2018/69**

P.Th. Sick, 'Haastige spoed... Inleiding bij het thema Wet arbeidsmarkt in balans', *TRA* 2018/69, p. 13-14.

**Tanja & Den Hoed, TRA 2017/15**

M. Tanja & J. den Hoed, 'De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen', *TRA* 2017/15, p. 9-16.

**Verburg, AA 2013/907**

L.G. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *AA* 20130907, p. 907-914.

**Verhulp, TRA 2014/24**

E. Verhulp, 'De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na inwerkingtreding Wetsvoorstel Werk en Zekerheid?', *TRA* 2014/24, p. 16-21.

**Verschoor, ArbeidsRecht 2019/52**

M.H. Verschoor, 'Wet arbeidsmarkt in balans: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2019/52, p. 4-12.

**Van der Voet 2017**

G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 707-749.

**Waterman, TAO 2017/4**

C.L. Waterman, 'Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip', *TAO* 2017/4, p. 218-222.

**De Wolff & Verhulp 2017**

D.J.B. de Wolff (red.) & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (Monografieën Sociaal Recht nr. 25)*, Deventer: Kluwer 2017.

**Zwemmer, TRA 2009/12**

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollondernemingen geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009/12, p. 5-11.

**Zwemmer 2012**

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

**Zwemmer, ArbeidsRecht 2014/60.**

J.P.H. Zwemmer, 'Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/60, p. 63-69.

**Zwemmer, TvO 2017/1**

J.P.H. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *TvO* 2017/1, p. 30-41.

**Zwemmer, Payrolling 2017**

J.P.H. Zwemmer, 'Payrolling', in: D.J.B. De Wolff (red.) & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (Monografieën Sociaal Recht nr. 25)*, Deventer: Kluwer 2017.

**Zwemmer, ArbeidsRecht 2018/2**

J.P.H. Zwemmer, 'Doorlening, toezicht en leiding en de uitzendovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2018/2, afl. 1, p. 8-12.

**Zwemmer 2018, TAP 2018/11**

J.P.H. Zwemmer, 'VAAN-VvA-Wab-Payrolling', *TAP* 2018/11(4), p. 7-13.

**Online bronnen**

<https://www.abu.nl/themas/payrolling>.

H. Feyli, 'Aanpassing Waadi voor payrolling in strijd met Uitzendrichtlijn?', *flexnieuws.nl* 15 december 2017.

H. Mouselli, 'Payrollmaatregelen Wab 'missen visie in Europese context'', *flexmarkt.nl* 11 februari 2019.

S. van der Plas, 'Ontbreken van 'redelijke tijdelijkheid' kan leiden tot misbruik van uitzendarbeid', *blog.allenoverly.com* 11 november 2020.

L.G. Verburg, 'Memo over payrolling ten behoeve van de internetconsultatie Wet arbeidsmarkt in balans', *Internetconsultatie.nl* 7 mei 2018.

L.G. Verburg, 'Onduidelijke definitie payrolling leidt tot een juridisch slagveld', *abu.nl* 11 april 2019.

**Parlementaire stukken**

*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3  
*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 6.  
*Kamerstukken II* 2012/13, 33566, nr. 15.  
*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3.  
*Kamerstukken II* 2013/14, 33838, nr. 7.  
*Kamerstukken II* 2017/18, 34700, nr. 34.  
*Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 2.  
*Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 25074, nr. 4.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 34837, nr. 4.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 34837, nr. 11.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 1.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 2.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3.  
*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4.  
*Kamerstukken I* 2018/19, 35074, nr. E.  
*Kamerstukken II* 2019/20, 31311, nr. 235.

## Jurisprudentie

### *Hof van Justitie van de Europese Unie*

HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR* 2020/289, m.nt. E.M. Hoogeveen.

### *Hoge Raad*

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG:4158, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173, *NJ* 1991/417.

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

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

HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, *NJ* 2007/446 (*Van der Male/Den Hoedt*).

HR 10 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AP2651, *NJ* 2005/239 (*Diosynth/De Groot*).

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, *NJ* 2007/447 (*Beurspromovendi*).

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, *NJ* 2007/449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*).

HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287 (*werknemer/Gemeente Amsterdam*).

Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2016:238, bij HR 4 november 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care4Care*).

### *Gerechtshof*

Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.

Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670.

### *Rechtbank*

Rb. Den Haag (zittingsplaats Delft) 12 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7359.

**Engelstalige scriptietitel:**

The payroll agreement as *lex specialis* of the temporary employment contract under the Dutch “Balanced Labour Market Act”

*An investigation into the consequences of the “Balanced Labour Market Act” for the payroll agreement from a Dutch and European law perspective*

**Samenvatting (1.016 tekens)**

Op 1 januari 2020 is de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) in werking getreden. Deze wet beoogt onder andere de rechtspositie van payrollwerknemers te verbeteren en heeft derhalve grote gevolgen voor de payrollovereenkomst met zich meegebracht. De payrollovereenkomst is als bijzondere vorm van de uitzendovereenkomst gereguleerd in het BW en de Waadi, wat zowel op nationaal als Europeesrechtelijk niveau heeft geleid tot juridische knelpunten. Dit onderzoek bevat een tweeledige doelstelling waarbij de knelpunten belicht worden: enerzijds zijn de bepalingen in de Wab die betrekking hebben de payrollovereenkomst aan de Uitzendrichtlijn getoetst en anderzijds is onderzocht of de doelstellingen van de Wab op het gebied van payrolling middels deze wet worden bereikt. Afgesloten wordt met de conclusie dat het wenselijk is om de payroll-constructie – gelet op de actuele wet- en regelgeving, rechtspraak en literatuur – anders vorm te geven. Daarbij wordt een aanbeveling gedaan met een mogelijke oplossing hiertoe.

**Trefwoorden:**

- Wab
- Payrollovereenkomst
- Art. 7:692 BW
- Uitzendovereenkomst
- Waadi
- Uitzendrichtlijn