

236. Payrolling or not? That's the question!

Enkele vormen van terbeschikkingstelling nader beschouwd op basis van de wetsgeschiedenis WAB

MR. C.S.M. ALLEGRA

Met de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans ('WAB') per 1 januari 2020 wordt een aantal maatregelen ingevoerd die de positie van de payrollkracht aanzienlijk versterken. Zo zal het zogenoemde lichtere arbeidsrechtelijk regime niet meer bij payrolling van toepassing zijn én zal de payrollkracht straks recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de opdrachtgever. Maar wanneer is er volgens de WAB dan sprake van payrolling? Veel organisaties die te maken hebben met uitlenen, doorlenen of inlenen worstelen nu met de vraag of in hun situatie vanaf 1 januari 2020 sprake zal zijn van payrolling conform de WAB.

Inleiding

In dit artikel bespreek ik wanneer er volgens de WAB sprake is van payrolling. Vervolgens ga ik nader in op enkele gecompliceerdere vormen van terbeschikkingstelling op basis van de huidige stand van zaken, te weten (i) doorlening/backoffice payrolling, (ii) aanbesteding van uitzendopdrachten en (iii) intra-concern uitzending. Ik sluit af met de conclusie dat deze vormen van terbeschikkingstelling kunnen kwalificeren als payrolling.

1. Doel en consequenties payrolling conform de WAB

Momenteel valt payrolling nog onder de reikwijdte van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW.¹ De regering achtte de ongelijke behandeling van de payrollkracht ten opzichte van de gewone werknemer – anders dan bij de uitzendkracht – onrechtvaardig, omdat bij payrolling – anders dan bij uitzenden – de zogenoemde allocatiefunctie ontbreekt en bij payrolling vaak sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling van de payrollkracht aan één opdrachtgever.² Kortom, in feite is de payrollkracht een gewone werknemer. Dit leidde, aldus de wetgever, tot oneerlijke concurrentie ten opzichte van andere werkgevers in de sector waarin de opdrachtgever werkzaam is en nadelige arbeidsvoorwaarden voor de payrollkracht ten opzichte van de 'eigen' werknemers.

Payrolling onder de WAB blijft mogelijk vanwege de ontzorgende functie die payrolling voor (vooral kleine)

werkgevers heeft. Echter, de maatregelen van de WAB inzake payrolling trekken de positie van payrollkrachten bijna volledig gelijk met die van de 'eigen' werknemer, waardoor kostenvoordelen met ingang van 1 januari 2020 door payrolling (bijna geheel) vervallen en concurrentie op arbeidsvoorwaarden voor werkgevers nauwelijks nog mogelijk is. De regering beoogt hiermee de opdrachtgevers te stimuleren de payrollkracht (uiteindelijk) zelf in dienst te nemen.³ Er wordt onder de WAB een onderscheid gemaakt tussen payrolling en uitzenden, waarbij payrolling in elk geval (ten opzichte van uitzenden) veel duurder wordt.

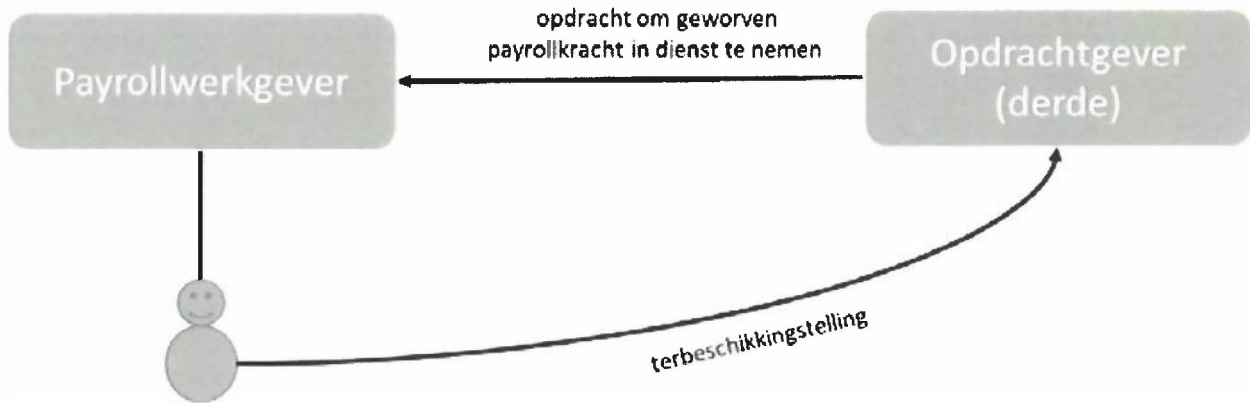
De noodzakelijk geachte maatregelen worden neergelegd in twee wetten. Het nieuwe art. 7:692a BW regelt dat het lichtere arbeidsrechtregime dat van toepassing is op de uitzendovereenkomst buiten toepassing wordt verklaard voor payrolling. Zo mag bijvoorbeeld de payrollwerkgever geen uitzendbeding meer met de payrollkracht afspreken en geldt de reguliere ketenbepaling voor payrollkrachten in plaats van de opgerekte ketenbepaling voor uitzendkrachten. Het nieuwe art. 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ('WAADI') zal voorzien in een apart gelijk behandelingsvoorschrift bij payrolling. Hierdoor heeft de payrollkracht recht op *ten minste* dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemer in een gelijke of gelijkwaardige functie die direct in dienst is van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt (en als deze er niet is, in een gelijke of gelijkwaardige functie in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin deze onderneming werkzaam is).⁴ Dit ziet op alle arbeidsvoorwaarden, zowel op individueel als op collectief niveau en zowel op de primaire

¹ HR 4 november 2016, NJ 2017/370, m.nt. E. Verhulp (C4C/StiPP).

² Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 34.

³ Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38 en 39.

⁴ Zie Stb. 2019, 219.



Figuur 1 Klassieke vorm van payroll, waarbij de opdrachtgever degene is door wie de payrollkracht is geworven en geselecteerd en onder wiens toezicht en leiding de payrollkracht werkt

als de secundaire arbeidsvoorwaarden (inclusief sociale plannen of een van-werk-naar-werk-traject, bedrijfseigen regelingen, enzovoort).⁵ Het ziet ook op pensioen, maar dit ligt wat genuanceerder.⁶ Volgens de regering worden door de bovengenoemde maatregelen de negatieve gevolgen van payrolling ongedaan gemaakt, zonder dat payrolling (gelet op de ontzorgingsfunctie) als zodanig onmogelijk wordt.⁷

2. Kwalificatie payrolling WAB

2.1 Algemeen

De vraag is vervolgens wanneer er sprake is van payrolling in de zin van de WAB. De WAB introduceert twee nieuwe definities van payrolling: één in het nieuwe art. 7:692 BW en één in het nieuwe art. 1 lid 1 onder d WAADI.⁸ Payrolling onder de WAB is *ten minste* een driehoeksrelatie: tussen degene die ter beschikking stelt (de formele werkgever), de persoon die de arbeid verricht én de opdrachtgever die over deze persoon leiding en toezicht uitoefent. Payrolling als driehoeksrelatie⁹ kan worden weergegeven zoals geschetst in figuur 1.

De definities zijn niet gelijklopend. De BW-definitie sluit aan bij de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW: er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst en het gaat dus

per definitie over een werknemer. Daarnaast dient er in de BW-definitie sprake te zijn van bedrijfsmatige terbeschikkingstelling.

In de WAADI is een bredere definitie opgenomen dan in het BW. Ten eerste omvat het begrip 'arbeidskracht'¹⁰ naast de werknemer ook de zelfstandige die onder leiding en toezicht van de opdrachtgever werkt. Daarnaast is de WAADI in principe van toepassing op iedere terbeschikkingstelling tegen vergoeding, ook indien dit – in tegenstelling tot de BW-definitie – niet bedrijfsmatig geschiedt.

2.2 Vereisten payrolling

Beide payroll-definities hebben als gemene deler *twee cumulatieve vereisten*:

1. géén allocatiefunctie; én
2. exclusieve terbeschikkingstelling.

In het eerste vereiste komt tot uitdrukking dat payrolling van uitzenden verschilt doordat de formele werkgever (het payrollbedrijf) géén allocatiefunctie heeft. Bij uitzenden heeft de formele werkgever (het uitzendbureau) wél een allocatiefunctie, dat wil zeggen het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door een actieve werving van de werknemer enerzijds en een actieve werving van de opdrachtgever anderzijds, waarbij de formele werkgever de werknemer vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. De werknemer wordt dus actief geworven en geselecteerd voor werk bij de opdrachtgever door de formele werkgever door wie de werknemer in dienst wordt genomen. Bij payrolling verricht de opdrachtgever de werving en selectie van de werknemer zélf of laat dit door een derde doen (zolang de derde maar niet de werkgever wordt). De geselecteerde werknemers worden vervolgens via de formele werkgever aan de opdrachtgever ter beschikking gesteld. De formele werkgever vervult dus geen actieve rol in het bemiddelen tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt.¹¹ De wetgever verduidelijkt dat niet bepalend is of de uiteindelijke opdrachtgever al dan niet de gehele werving en selectie zelf heeft gedaan. Anders zou de opdrachtgever kunnen regelen dat er sprake is van uitzenden, zolang hij de werving en selectie niet zelf doet, maar dit

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

6 Wat pensioen betreft moet het gaan om een *adequate* pensioenregeling, zie art. 8a lid 4-6 WAADI (nieuw) en de toelichting in de wetgeschiedenis Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 64 en nr. 67.

7 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38 en 39.

8 Art. 7:692 BW (nieuw): '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.' Art. 1 lid 1 onder d WAADI (nieuw): 'het op basis van een overeenkomst van opdracht, die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een arbeidskracht ter beschikking stellen, 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 de arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.' Zie *Stb.* 2019, 219.

9 Gebaseerd op voorbeeld in Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 141.

10 Ik hanteer voor de leesbaarheid in dit artikel het begrip 'werknemer'.

11 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 34.

uitbestedt (of bijvoorbeeld de werving uitbestedt, maar wel zelf selecteert), en de geworven werknemer daarna bij de formele werkgever plaatst. De eigen actieve rol van de formele werkgever blijft dus bepalend.¹² Ook acht de wetgever het onaannemelijk dat bij werving en selectie door een uitzendwerkgever hulp van een andere partij – niet zijnde het UWV of de gemeente – noodzakelijk is die de allocatieve functie van de uitzendwerkgever in stand laat.¹³ Ik meen dan ook dat de gehele werving én selectie bij de formele werkgever moet berusten om de allocatiefunctie intact te laten. Bij verdeling hiervan over meerdere partijen verliest de formele werkgever in principe de allocatiefunctie. Indien in die situaties ook aan de overige elementen van de definitie van payrolling wordt voldaan, is sprake van payrolling en (dus) niet van uitzending.

Het tweede vereiste ziet erop dat de formele werkgever alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Het moet dus gaan om exclusieve terbeschikkingstelling aan één opdrachtgever. Tevens wordt meerdere malen in de wetgeschiedenis aangegeven dat het exclusiviteitsvereiste niet alleen kan worden afgeleid uit een tussen partijen overeengekomen, schriftelijke exclusieve terbeschikkingstelling, maar ook uit de feiten en omstandigheden waaruit op te maken valt hoe partijen hier in de praktijk mee omgaan. Kortom, wezen gaat – ook hier – voor schijn.¹⁴

Gelet op de payroll criteria zou ook bij relatief korte inhuur sprake kunnen zijn van payrolling

De wetgever benoemt in de wetgeschiedenis indicaties (let op: géén criteria) aan de hand waarvan partijen kunnen bezien of de formele werkgever ten behoeve van de werknemer een allocatiefunctie heeft vervuld (onder andere is er wel/geen werving en selectie verricht door formele werkgever, waren de werknemers eerder werkzaam voor de opdrachtgever, is het tijdelijke arbeid, is de functie structureel van aard, enzovoort) en of er sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling (onder andere welke afspraken partijen gemaakt hebben omtrent exclusiviteit, al dan niet schriftelijk, hoe lang de werknemer al (exclusief) werkt bij de opdrachtgever, enzovoort).¹⁵ Het betreffen niet-limitatieve lijsten. De wetgever benadrukt dat géén van de genoemde indicaties op zichzelf staat, maar dat ze tezamen kunnen helpen bij het bepalen of sprake is van een allocatiefunctie en/of exclusieve terbeschikkingstelling.

Of sprake is van payrollen of uitzenden, moet voorts worden beoordeeld aan de hand van de individuele driehoeksrelatie. Het is dus niet zo dat een werkgever die werk-

nemers ter beschikking stelt, ofwel een payrollbedrijf ofwel een uitzendbureau is. De aard van de overeenkomst moet van werknemer tot werknemer worden bepaald.

2.3 Korte inhuur en tijdelijkheid

In de praktijk leeft de indruk dat als het om korte inhuur gaat, er geen sprake zal zijn van payrolling. Los van de vraag wat onder korte inhuur moet worden verstaan, vraag ik me af of dit terecht is.

In de wetgeschiedenis is in het kader van exclusieve terbeschikkingstelling wel opgemerkt dat bij payrolling – anders dan bij uitzenden – ‘*vaak sprake is van langdurige, zo niet permanente, exclusieve terbeschikkingstelling van een werknemer aan één opdrachtgever (...)*’.¹⁶ Maar tijdselementen, zoals de duur van de terbeschikkingstelling en tijdelijkheid van werk maken géén onderdeel uit van de payroll-criteria. De Afdeling advisering van de Raad van State vond de definitie van payrolling te weinig onderscheidend en achtte onder andere de duur van de terbeschikkingstelling en de tijdelijkheid van het werk versus structureel werk relevante factoren bij payrolling. De minister heeft deze factoren vervolgens meegenomen in de indicaties.¹⁷ Echter, hij heeft daarbij specifiek aangegeven dat dit ‘*geen indicatoren zijn die op zichzelf bepalend zijn voor de vraag of er sprake is van uitzenden of payrollen. Voor dit onderscheid is van belang of de werkgever al dan niet een allocatiefunctie heeft vervuld (...). De indicaties kunnen behulpzaam zijn voor de invulling van deze definitie. Hierbij is van belang om te melden dat het hier gaat om indicaties, en niet om criteria die als zodanig van doorslaggevend belang zijn*’.¹⁸ Met andere woorden, de wettelijke definitie is leidend, de indicaties daaraan ondergeschikt. Voorts heeft de regering wederom aangegeven geen maximumduur voor uitzenden te willen voorschrijven.¹⁹ Er geldt dus ook geen ‘vanaf’-termijn voor payrolling.

Indien een opdrachtgever zelf een werknemer werft en selecteert voor een tijdelijke klus van vijf maanden en de werknemer vervolgens in dienst treedt bij de formele werkgever, is er mijns inziens voldaan aan het eerste vereiste (géén allocatiefunctie), ondanks de relatief korte periode van inhuur. Of sprake is van payrolling hangt dan af of voldaan is aan het tweede vereiste, exclusieve terbeschikkingstelling. De VAAN/VVA suggereerde nog dit vereiste te schrappen, omdat partijen hier zelf invloed op hebben en het vereiste dus misbruikgevoelig is. De regering nam deze suggestie niet over, omdat zij meent – kort gezegd – dat niet alleen de partijafpraak bepalend is voor de vraag of aan dit vereiste is voldaan, maar ook voor de wijze waarop partijen daaraan feitelijk uitvoering hebben gegeven.²⁰ Ik meen dan ook dat bij gebrek aan afspraken op dit punt én zelfs bij schriftelijke uitsluiting van exclusieve terbeschikkingstelling, de feitelijke situatie zal kunnen meebrengen dat sprake is van exclusiviteit, ook als partijen anders zijn overeengekomen.

12 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40-41.

13 Kamerstukken I 2018/19, D, p. 46.

14 Bijv. Kamerstukken I 2018/19, 35074, D, p. 53 en Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42, 43, 109 en 110.

15 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40-43.

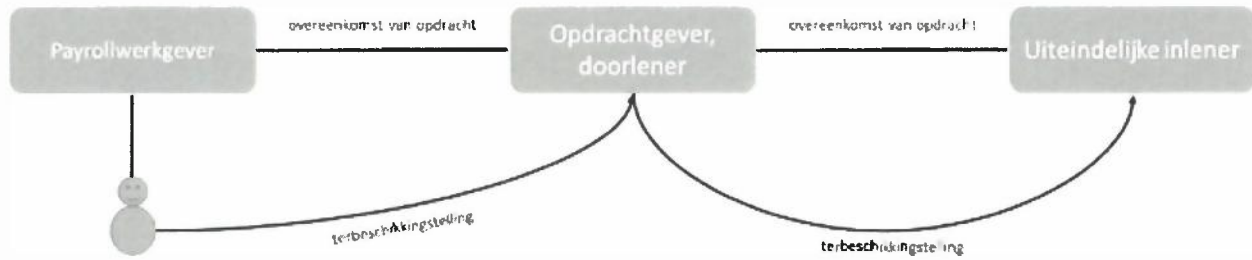
16 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 34.

17 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 4, p. 18 en 19.

18 Kamerstukken I 2018/19, 35074, D, p. 43.

19 Kamerstukken I 2018/19, 35074, D, p. 54.

20 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 109 en 110.



Figuur 2 Voorbeeldsituatie backoffice payroll, waarbij de doorlener (en/of uiteindelijke inlener) werft en selecteert

Indien de werknemer gedurende de opdracht van vijf maanden exclusief voor de klant werkt, kan er volgens mij sprake zijn van exclusieve terbeschikkingstelling en dus van payrolling.²¹

Het voorgaande brengt voor de uitvoeringspraktijk enige onzekerheid mee. Zo rust op de opdrachtgever de nieuwe verplichting om *voorafgaand* aan de terbeschikkingstelling aan de formele werkgever schriftelijk/elektronisch mee te delen welke arbeidsvoorwaarden voor de werknemer gelden (de uitzend- of de payrollarbeidsvoorwaarden). Ook het uitzendbureau dan wel payrollbedrijf heeft een soortelijke verplichting, maar dan jegens de werknemer.²² Voorafgaand aan de terbeschikkingstelling is niet altijd duidelijk of sprake is van payrolling. En mocht er bij aanvang nog discussie mogelijk zijn of aan het exclusiviteitsvereiste is voldaan en of sprake is van payrolling, dan meen ik dat indien de opdracht langer duurt de uitzendovereenkomst gedurende de terbeschikkingstelling kan ‘verkleuren’ tot payrollovereenkomst met alle gevolgen van dien.

Tot zover de bespreking van de klassieke vorm van payrolling. In de volgende paragrafen komen enkele gecompliceerdere vormen van payrolling aan bod.

3 Doorlening/backoffice payrolling

De wetgever is expliciet op meerdere plaatsen in de wetgeschiedenis²³ ingegaan op doorlenen en payrollen. Doorlening komt in verschillende situaties voor en er zijn (minimaal) vier partijen bij betrokken.²⁴ Volgens de wetgever is het doorlenen van de werknemer niet van invloed op de vraag of al dan niet sprake is van payrolling en de daarbij behorende bescherming van de werknemer zoals door de WAB geregeld. Ook bij doorlenen kan dus sprake zijn van payrolling. Zo wijst de wetgever op de zogenoemde backoffice payrolling-situaties. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer de opdrachtgever (doorlener) de werknemer werft

en selecteert en de doorlener opdrachtovereenkomsten sluit met enerzijds de formele werkgever (een payrollbedrijf of uitzendbureau dat ten aanzien van de werknemer als payrollwerkgever fungeert) en anderzijds de uiteindelijke inlener. Op grond hiervan sluit de formele werkgever een contract met de werknemer en wordt deze via de doorlener ter beschikking gesteld aan de uiteindelijke inlener om onder diens toezicht en leiding te werken. Omdat de formele werkgever geen rol heeft gespeeld bij de werving en selectie, is sprake van payrolling.²⁵ Bij varianten die te herleiden zijn tot deze situatie moet op individueel niveau worden geoordeeld of sprake is van payrolling. Deze situatie wordt geschetst in figuur 2.

Volgens de wetgever is de overeenkomst tussen de formele werkgever en de opdrachtgever (de doorlener) bepalend voor de vraag of sprake is van payrolling. De wetgever licht toe daarmee aan te sluiten bij de WAB-definitie én een uitspraak van Hof Amsterdam.²⁶ Als de formele werkgever geen allocatiefunctie vervult, is deze een payrollwerkgever. De wetgever acht het irrelevant dat er bij doorlenen meerdere schakels zijn. Dit zou leiden tot helderheid van het systeem en overeenkomen met hetgeen de wetgever heeft beoogd.

Als bij payrolling sprake is van doorlening, is vervolgens de vraag welke arbeidsvoorwaarden moeten worden toegepast. De wetgever gaat in de wetgeschiedenis expliciet in op de vraag of de arbeidsvoorwaarden van de doorlener of de uiteindelijke inlener gelden.²⁷ Hoewel – vrij vertaald – de overeenkomst in de eerste schakel van de keten (tussen de formele werkgever én de doorlener) bepalend is voor de vraag of sprake is van payrolling, zijn – als dat het geval is – de arbeidsvoorwaarden van toepassing van het bedrijf waar de *uiteindelijke* terbeschikkingstelling plaatsvindt, zoals het nu ook al in de WAADI is geregeld, aldus de wetgever.²⁸ Dit komt in het nieuwe art. 8a lid 1 WAADI tot uitdrukking in de formulering ‘*de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt*’.

21 Het exacte omslagpunt hoeveel tijd bij dezelfde inlener is vereist om de feitelijke uitvoering te laten prevaleren blijft onduidelijk, zie ook F.G. Laagland, ‘Payrolling: the story continues’, TRA 2019/85.

22 Art. 12a WAADI (nieuw) jo. art. 7:655 lid 1 onder I BW (nieuw), Stb. 2019, 219.

23 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 41, 42, 140 en 141 en Kamerstukken I 2018/19, 35074, D, p. 45.

24 Zie ook J.P.H. Zwemmer, ‘Doorlening, toezicht en leiding en de uitzendovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2018/2, p. 8 en Ktr. Haarlem 28 maart 2018, «JAR» 2018/249, m.nt. J.P.H. Zwemmer.

25 Mits uiteraard wordt voldaan aan het tweede vereiste. De wetgever heeft overigens aangegeven dat ook bij doorlening sprake kan zijn van exclusieve terbeschikkingstelling, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43.

26 Hof Amsterdam 12 september 2017, «JAR» 2017/267, m.nt. J.P.H. Zwemmer. Het hof oordeelde dat – kort gezegd – de doorlener de derde is ex art. 7:690 BW onder wiens leiding en toezicht de werknemer arbeid verricht, waardoor er sprake was van een uitzendovereenkomst en de doorlener onder de reikwijdte van een verplichtstellingsbesluit van de uitzendbranche viel.

27 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 41.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 41 en 42.

De kwalificatie van de opdrachtgever (de doolener of de uiteindelijke inlener) wordt dus losgekoppeld van de vraag welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn. Dat is interessant. In het kader van het *huidige* art. 8 WAADI speelt namelijk ook de vraag welke arbeidsvoorwaarden gelden voor de uitzendkracht: die van de doolener of de uiteindelijke inlener. Die vraag wordt nog steeds wisselend beantwoord. Zwemmer wijst er bijvoorbeeld op dat voornoemd arrest van het Hof Amsterdam ertoe leidt dat de werknemer in ‘doorleningsconstructies’ op grond van de ABU-cao slechts aanspraak kan maken op de bij de doolener geldende beloningsregeling, terwijl de werknemer anders, wanneer geen sprake zou zijn van een uitzendovereenkomst (omdat de doolener niet kwalificeert als derde in de zin van art. 7:690 BW) op grond van art. 8 WAADI aanspraak zou kunnen maken op de bij de uiteindelijke inlener geldende beloningsregeling.²⁹ Ook de Kantonrechter Nijmegen³⁰ – gebaseerd op voormelde uitspraak van Hof Amsterdam met een iets andere redenering dan Zwemmer – oordeelde dat de doolener als opdrachtgever kwalificeert met als gevolg dat de uitzendkrachten recht hebben op de beloning conform cao/beloningsregeling van de doolener. Anders oordeelde de Kantonrechter Haarlem³¹ die meende dat een redelijke uitleg van het begrip ‘inlener’ in de NBBU-cao meebrengt dat de eindinlener, te weten de onderneming waar de terbeschikkingstelling *feitelijk en daadwerkelijk* plaatsvindt, als ‘inlener’ moet worden aangemerkt. De uitzendkrachten moesten worden beloond conform de cao van de uiteindelijke inlener.

Indien sprake is van payrolling bij doorlening, gelden de arbeidsvoorwaarden van de uiteindelijke inlener

Waar inzake art. 8 WAADI nog kan worden getwist over de interpretatie van (uitzend)cao’s, is die ruimte er onder de nieuwe payroll-definitie niet. Het nieuwe art. 8a WAADI maakt duidelijk dat niet van de gelijke behandelingsnorm ten nadele van de payrollkracht kan worden afgeweken, noch op individueel niveau, noch bij cao.³² Kortom, op basis van de formulering van het nieuwe art. 8a WAADI én de toelichting in de wetgeschiedenis is duidelijk dat bij payrolling in een doorleenconstructie de payrollkracht recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die van toepassing zijn bij de uiteindelijke inlener.

4. Aanbesteding van uitzendopdrachten en overgang van uitzendkrachten

De minister bevestigde tijdens de plenaire behandeling bij de Eerste Kamer³³ dat er situaties van aanbesteding zijn die na de invoering van de WAB gekwalificeerd zullen worden als payrolling. Hij gaf hierbij het voorbeeld van een overgang van uitzendkrachten bij een aanbesteding, waarbij de uitzendopdracht aan een nieuwe uitzendpartij wordt gegund. In de praktijk gaan de bestaande uitzendkrachten vaak over naar deze nieuwe partij, wat de opdrachtgever ook meestal wenst vanwege de inmiddels opgedane ervaring van de uitzendkrachten bij de opdrachtgever. Er wordt een nieuw contract tussen de werknemer, het nieuwe uitzendbureau en de bestaande opdrachtgever gesloten. Volgens de minister is ‘in dat geval voldaan aan de definitie van payrolling. Er is namelijk geen allocatie van de nieuwe werkgever. De werknemer was immers al geworven en geselecteerd voor de functie en niet door het nieuwe uitzendbedrijf dat dan werkgever wordt. (...)’. Kortom, de minister kwalificeerde dit geval als payrolling.

Zijn standpunt ten aanzien van de aanbesteding van uitzendopdrachten leidde tot enige commotie, met name in de uitzendbranche, waardoor de minister op 24 mei 2019 (daags na de plenaire behandeling, maar nog voor de stemming in de Eerste Kamer) met een brief kwam.³⁴ In deze brief trachtte hij zijn eerdere standpunt te nuanceren door te stellen dat hij niet de suggestie heeft willen wekken dat er bij de bestaande praktijk, waarbij uitzendkrachten de gelegenheid wordt geboden, om bij de nieuwe uitzendwerkgever aan de slag te gaan, altijd sprake is van payrolling. Vervolgens schetste hij drie situaties waarin er onder het nieuwe regime geen sprake van payrolling hoeft te zijn:

1. De nieuwe uitzendpartij heeft zelf de nieuwe opdracht actief geworven. Ook kunnen zowel nieuwe uitzendkrachten worden geworven én zijn de vóór de contractswisseling werkzame uitzendkrachten in de gelegenheid gesteld om in dienst te treden bij de nieuwe uitzendwerkgever, nadat zij gesolliciteerd hebben op één of meerdere vacatures. Dan *kan* er sprake zijn van een allocatiefunctie van de nieuwe werkgever.
2. Ook indien sprake is van overgang van onderneming, blijft er sprake van uitzenden. Er *kan* sprake zijn van overgang van onderneming als een aanzienlijk deel van de uitzendkrachten mee over gaat. In dat geval gaat de uitzendovereenkomst van rechtswege over op het nieuwe uitzendbureau.
3. Het blijft ook *mogelijk*, zoals de minister in het debat heeft geschetst, dat de uitzendkracht in dienst blijft bij zijn huidige werkgever en dat er *mogelijk* kan worden doorgeleend naar het uitzendbureau dat de aanbesteding heeft gewonnen. Voordeel voor de uitzendkracht zou zijn dat hij bij zijn huidige werkgever kan blijven, die *mogelijk* ook ander werk voor hem heeft. Het is aan

29 J.P.H. Zwemmer, ‘Doorlening, toezicht en leiding en de uitzendovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2018/2, par. 5 en E. Cremers-Hartman & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, par. J.5.2.7. ‘Is er sprake van een opdracht-overeenkomst tussen werkgever en derde?’ Deventer: Wolters Kluwer.

30 Ktr. Nijmegen 9 maart 2018, «JAR» 2018/153.

31 Ktr. Haarlem 28 maart 2018, «JAR» 2018/249, m.nt. J.P.H. Zwemmer.

32 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43, zie ook art. 8a lid 7 WAADI, *Stb.* 2019, 219.

33 Verslag EK 2018/19, 29, item 5, p. 14 en 15.

34 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, J, p. 9 en 10.

de aanbestedende dienst en het oude en nieuwe uitzendbureau om hier duidelijke afspraken over te maken.

Inzake de hierboven geschetste situatie onder 1 merk ik het volgende op. Stel dat een opdracht voor tweehonderd uitzendkrachten, reeds werkzaam bij de opdrachtgever, wordt gegund aan twee nieuwe uitzendbureaus, die deze opdracht actief hebben geworven. De tweehonderd uitzendkrachten worden vóór de contractswisseling in de gelegenheid gesteld in dienst te treden bij de nieuwe uitzendbureaus: de uitzendkrachten solliciteren en worden door de nieuwe uitzendbureaus geworven en geselecteerd. Indien het resultaat feitelijk is dat alle (of het merendeel van de) tweehonderd uitzendkrachten (dus weinig of geen nieuwe uitzendkrachten) uiteindelijk weer exclusief bij de opdrachtgever te werk worden gesteld (al dan niet conform de wens van de opdrachtgever), meen ik dat – ondanks het opgetuigde werving- en selectieproces – er toch sprake is van payrolling, tenzij een overgang van onderneming (situatie 2) aan de orde is. Dit kan in mijn ogen slechts anders zijn indien de nieuwe uitzendbureaus wezenlijk invulling geven aan het werving- en selectieproces, de opdrachtgever hier verder geen invloed op heeft en een substantieel deel van de uiteindelijk ter beschikking gestelde uitzendkrachten niet reeds werkzaam was voor deze opdrachtgever (goede mix van ‘oude’ en ‘nieuwe’ uitzendkrachten).

Situatie 2 is afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van overgang van onderneming, wat aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval op basis van de bekende Spijkers-criteria³⁵ moet worden beoordeeld. In bovengenoemd voorbeeld bij de situatie onder 1 zou men kunnen betogen – als een aanzienlijk deel van de uitzendkrachten in feite overgaat naar één nieuw uitzendbureau – dat er sprake is van overgang van onderneming en dus (uiteindelijk) toch geen sprake is van payrolling.

De brief van de minister geeft geen 100% uitsluitel dat in de geschetste situaties nimmer sprake is van payrolling

Wat betreft de hierboven geschetste situatie onder 3 is de formulering zo voorzichtig gesteld dat ook in deze constructie payrolling niet uitgesloten is. Ik meen dat als de uitzendkracht in dienst blijft bij zijn huidige werkgever, wordt doorgeleend naar het nieuwe uitzendbureau dat de aanbesteding heeft gewonnen en geen ander werk doet voor zijn huidige werkgever, er wel degelijk sprake kan zijn van payrolling. Immers, ook hier ontbreekt de allocatiefunctie. Ik merk overigens op dat de minister in deze situatie refereert aan een eerder debat. In dat debat verwijst hij naar een voorbeeld ter onderbouwing waarom de onder 3 geschetste situatie mogelijk is.³⁶ Ik vind deze gezochte aansluiting bij

dit voorbeeld in dit kader niet gelukkig. In dit voorbeeld verzoekt de opdrachtgever namelijk aan uitzendbureau A om tien uitzendkrachten ter beschikking te stellen. Uitzendbureau A werft en selecteert er zelf vijf die hij ter beschikking stelt bij de opdrachtgever. Vijf andere uitzendkrachten worden door uitzendbureau B doorgeleend aan uitzendbureau A, die ze op zijn beurt weer ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. De minister stelde: *‘Ervan uitgaande dat uitzendbureau B deze vijf andere uitzendkrachten eveneens zelf heeft geworven en geselecteerd, is ook op hen het uitzendregime van toepassing. (...) uitzendbureau B heeft in dat geval een actieve rol gespeeld in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Dat de arbeids-overeenkomst met tussenkomst van uitzendbureau A worden doorgeleend aan een opdrachtgever maakt dit niet anders.’* In dit voorbeeld werft en selecteert uitzendbureau B dus voor een nieuwe opdracht die via uitzendbureau A bij uitzendbureau B terecht komt en deze uitzendkrachten hebben niet eerder voor de opdrachtgever gewerkt. Terugkoppelend aan situatie 3 vind ik het wezenlijk anders als de uitzendkrachten van uitzendbureau B al bij de opdrachtgever werkzaam waren en het nieuwe uitzendbureau A vanwege de heraanbesteding ertussen schuift. Naar mijn mening worden de uitzendkrachten van uitzendbureau B dan niet opnieuw geworven en geselecteerd voor de nieuwe opdrachtverlening aan uitzendbureau A, indien de uitzendkrachten bij uitzendbureau B in dienst blijven en nu via het nieuwe uitzendbureau A (die de aanbesteding heeft gewonnen) wederom aan de opdrachtgever worden doorgeleend. Werving en selectie heeft reeds plaatsgevonden in het kader van de oude opdrachtverlening door uitzendbureau B die bij de nieuwe opdrachtverlening deze allocatiefunctie *niet meer* vervult. Ook het nieuwe uitzendbureau A vervult deze functie niet.

Hoe het ook zij, de formulering van voornoemde brief is zodanig dat de minister geen 100% uitsluitel geeft dat in deze geschetste situaties nimmer sprake is van payrolling. Ook in deze situaties is ruimte voor partijen én de rechter om aan de hand van alle omstandigheden van het geval te oordelen dat wel degelijk sprake is van payrolling. Men dient hierop bedacht te zijn.

5 Intra-concern detachering

Het nieuwe art. 8a lid 8 WAADI³⁷ bepaalt dat de gelijke behandelingsbepaling ex art. 8a WAADI van toepassing is op intra-concern detachering, indien er met een eigen ‘uitzendbureau’ (bijvoorbeeld een personeels-bv) *‘in het kader van de uitoefening van beroep of bedrijf’* personeel ter beschikking wordt gesteld binnen de eigen groep. In beginsel zijn intra-concern detacheringen van de WAADI uitgesloten, maar de regering wenst voornoemde vorm van intra-concern uitzenden onder het payrollregime te laten vallen, nu ook hier een allocatiefunctie ontbreekt. Het kan niet zo zijn dat in het geval van bedrijfsmatige terbeschikkingstelling aan de eigen organisatie minder verplichtin-

35 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987/502 (Spijkers).

36 Verslag EK 2018/19, 29, item 5, p. 14 en 15 en Kamerstukken I 2018/19, 35074, D, p. 44.

37 Stb. 2019, 219.

gen zouden gelden. De wetgever verduidelijkt dat beoogd is alleen die vormen van uitzending waarbij sprake is van bedrijfsmatige intra-concern terbeschikkingstelling door een eigen uitzendbureau onder de regeling te laten vallen.

Risico op claims van arbeidskrachten en vakbonden rust primair op de formele werkgever, maar ook inleners kunnen via de WAS aansprakelijk gesteld worden

Het is niet de bedoeling dat *alle* intra-concern detacheringen, ook die waarbij geen sprake is van bedrijfsmatige terbeschikkingstelling, vallen onder de gelijke behandelingbepaling art. 8a WAADI.³⁸ De werknemer die vanuit de personeels-bv binnen het concern ter beschikking wordt gesteld, is een payrollkracht en heeft recht op de dezelfde arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener. Bovendien is het lichtere arbeidsrechtregime niet van toepassing op hem, maar het 'reguliere' arbeidsrecht. De werknemer van onderneming A (welke niet bedrijfsmatig uitzendt) die wordt gedetacheerd naar zusteronderneming B valt niet onder het payrollregime en verkrijgt deze rechten niet.

6. Overig

De arbeidskrachten en vakbonden kunnen in rechte nakoming vorderen van het verbeterde arbeidsvoorwaardenregime voor payrollkrachten en het buiten toepassing laten van het lichtere arbeidsrechtelijke regime. Ook de Inspectie SZW houdt toezicht op de naleving van de WAADI. Dit toezicht wordt door de WAB versterkt doordat de Inspectie na onderzoek in alle gevallen een verslag zal uitbrengen aan de betrokkenen.³⁹ Mocht achteraf sprake blijken te zijn van payrolling in plaats van uitzenden, dan rust het risico voor deze claims primair op de formele werkgever (het uitzend-/payrollbureau). Echter, op grond van de Wet aanpak schijnconstructies (WAS) kunnen partijen ook aankloppen bij de opdrachtgever voor het te weinig betaalde loon: op grond van art. 7:616a BW is de opdrachtgever (eventueel de doorlener) hoofdelijk aansprakelijk en bij doorlening kan op grond van art. 7:616b BW de uiteindelijke inlener worden

aangesproken als de voorliggende partijen geen verhaal bieden.

Gelet op deze hoofdelijke en ketenaansprakelijkheid achtte de regering een extra sanctie op de meldingsplicht van de opdrachtgever ex het nieuwe art. 12a WAADI niet noodzakelijk, omdat de inlener er ook belang bij heeft de juiste arbeidsvoorwaarden aan de formele werkgever door te geven. Dit is volgens mij slechts ten dele waar, omdat de WAS thans ziet op achterstallig *loon* waar de inlener dan eventueel aansprakelijk voor is.

Het gelijke behandelingsvoorschrift ex art. 8a WAADI ziet op het bredere begrip 'arbeidsvoorwaarden'. Ook Laagland constateert dat de payrollwerknemer met zijn claims inzake de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden niet bij de inlener terecht kan, met uitzondering van loon.⁴⁰ Wellicht zal de WAS daarop aangepast moeten worden. In elk geval is het voor de inlener raadzaam om in de relatie met de formele werkgever *contractueel* vast te (bij doorlening: laten) leggen dat zijn leverancier(s) hem vrijwaart c.q. vrijwaren voor alle aanspraken van de betrokken arbeidskrachten. In dat geval is het risico voor de inlener beperkt tot de situatie dat een leverancier failliet gaat.

7. Conclusie

Nu de WAB-maatregelen inzake payrolling per 1 januari 2020 onmiddellijk in werking treden,⁴¹ zijn veel organisaties zich hierop aan het voorbereiden. Bij doorlening, aanbesteding van uitzendopdrachten en intra-concern uitzending kan sprake zijn van payrolling met alle gevolgen van dien. Ik ben het met Briejer⁴² eens dat ook na invoering van de WAB kwaadwillende werkgevers zullen blijven zoeken naar constructies om het payrollregime te ontwijken. Echter, ook welwillende werkgevers en opdrachtgevers hebben momenteel moeite met de kwalificatievraag. Het zal nog wel even duren voordat in de rechtspraak uitgekristalliseerd is wanneer precies sprake is van payrolling.

Over de auteur



Mr. C.S.M. Allegra

Advocaat arbeidsrecht bij Van Benthem & Keulen in Utrecht.

38 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43, 111, 143 en 146.

39 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 5, p. 6.

40 F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', *TRA* 2019/85.

41 Met uitzondering van de bepalingen die zien op de adequate pensioenregeling voor payrollkrachten (art. 8a lid 4-6 WAADI) die per 1 januari 2021 in werking zullen treden.

42 A. Briejer, 'De wetgever en payrolling: waar staan we nu?', *TAP* 2019/114, p. 21.