

ANNOTATIE

De payrollonderneming komt in situaties waarin dit slecht zou uitpakken voor de payrollwerknemer niet onder haar werkgeversverplichtingen uit, met een beroep op haar beperkte, formele werkgeverschap; zou de payrollwerknemer wél een beroep kunnen doen op het werkgeverschap van de inlener wanneer het werkgeverschap van (alleen) de payrollonderneming in zijn nadeel is?

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Payrolling is een vorm van uitbesteding van het werkgeverschap die in korte tijd zeer populair is geworden. Eind vorig jaar maakte 8 procent van de bedrijven gebruik van payrolling en verwacht wordt dat dit aantal in enkele jaren naar 28 procent zal stijgen. Volgens de Vereniging van Payroll-ondernemingen (VPO), een in 2006 opgerichte branchevereniging die de belangen van de aangesloten payrollondernemingen behartigt, zijn inmiddels 70.000 werknemers in dienst van een payrollonderneming. Van het begrip payrolling bestaat geen wettelijke definitie. In de praktijk komt payrolling erop neer dat een bedrijf of instelling haar werkgeverschap ex art. 7:610 lid 1 BW uit handen geeft. De inlener werft en selecteert de werknemer, maar de werknemer sluit de arbeidsovereenkomst met een door de inlener aangezochte payrollonderneming. Vervolgens stelt de payrollonderneming de werknemer op

basis van een opdrachtovereenkomst met de inlener exclusief ter beschikking aan de inlener.

2. Payrolling is in de praktijk ontstaan vanuit een behoefte van werkgevers aan minder administratieve rompslomp en aan een flexibeler inzet van werknemers. De werkgever wilde af van de aan het zijn van werkgever verbonden verplichtingen, zoals het verrichten van de loonbetaling, het bijhouden van een salarisadministratie, het betalen van een eventuele ontslagvergoeding en het afdragen van belastingen en premies enz. Doordat partijen de payrollingsovereenkomst vaak kwalificeren als een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW zou het daarbij van toepassing zijnde flexibelere arbeidsovereenkomsten- en ontslagrecht van toepassing zijn. Het is echter aan de rechter (en de wetgever) om te oordelen over de wijze waarop payrolling juridisch gekwalificeerd dient te worden. Nu de payrollonderneming niet de in de wetsgeschiedenis van art. 7:690 BW genoemde allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, zou van uitzending in de zin van art. 7:690 BW weleens geen sprake kunnen zijn. De vraag is dan of het arbeidsrecht toestaat dat een inlener en een payrollonderneming samen afspreken dat de payrollonderneming de formele werkgever van de door de inlener geworven payrollwerknemer zal zijn, terwijl die werknemer permanent en uitsluitend voor die inlener werkzaam zal zijn. Zoals door mij betoogd in mijn bijdrage in het tweede nummer van *TRA* van dit jaar, zou de rechter ingeval van payrolling kunnen oordelen dat de payrollwerknemer op grond van de werkelijke bedoelingen van partijen een arbeidsovereenkomst heeft met de inlener en (tevens) de inlener als werkgever kan aanspreken (vgl. E.M. Hoogeveen, *De inlener en het werkgeverschap*, *ArA* 2007/3). Uit de jurisprudentie is mij nog geen voorbeeld bekend van een beroep door een payrollwerknemer op het werkgeverschap van de inlener. Wel heeft de lagere rechter zich inmiddels in enkele gevallen uitgelaten over payrolling in zaken waarin de payrollwerknemer zich juist beriep op of belang had bij het werkgeverschap van de payrollonderneming en de payrollonderneming hier onderuit trachtte te komen door zich te beroepen op haar beperkte, formele werkgeverschap.

3. In de uitspraak van de kantonrechter te Almelo van 27 juni 2008 (*JAR* 2008/226) trad de payrollwerknemer op 20 juni 2007 in dienst bij Payned Payrolling B.V. en werd hij op basis van een inleenovereenkomst tussen Payned Payrolling B.V. en de inlener uitgeleend aan de inlener. Op 4 december 2007 werd de payrollwerknemer arbeidsongeschikt. Op 4 februari 2008 beëindigde Payned Payrolling B.V. de inleenovereenkomst met de inlener wegens wanbetaling en stopte zij tevens de loondoorbetaling aan de arbeidsongeschikte payrollwerknemer. Payned Payrolling B.V. stopte de betaling van loon aan de payrollwerknemer op grond van een tussen haar en de inlener overeengekomen beding in de inleenovereenkomst op basis waarvan de inlener verplicht was de payrollwerknemer na beëindiging van de inleenovereenkomst in dienst te nemen. De inlener weigerde de

payrollwerknemer echter in dienst te nemen en ging later zelfs failliet. Nadat het UWV de payrollwerknemer vervolgens een ziektebewaakingsverzekering weigerde, vorderde de payrollwerknemer in kort geding loondoorbetaling van Payned Payrolling B.V.

4. Tegenover de kantonrechter stelt Payned Payrolling B.V. zich op het standpunt dat zij als payrollonderneming niets anders doet dan het voor opdrachtgevers uit handen nemen van met name de administratie rondom het inzetten van arbeid en het doen van salarisbetalingen. Er zijn bij haar slechts drie personen werkzaam op haar kantoor. In tegenstelling tot een uitzendorganisatie, zo stelt Payned Payrolling B.V., werft zij geen werknemers. Die worden geworven door de inlener en zijn ook uitsluitend voor die inlener werkzaam. In de arbeidsovereenkomst met de werknemer staat dan ook dat hij is geworven door de inlener en dat partijen met elkaar een arbeidsovereenkomst aangaan met het uitsluitende doel dat de werknemer ter beschikking van de inlener wordt gesteld. Payned Payrolling B.V. heeft na beëindiging van de inleenovereenkomst geen mogelijkheid om de werknemer te herplaatsen. De kantonrechter gaat niet in op dit verweer van Payned Payrolling B.V. en overweegt dat de werknemer ondanks het beding uit de inleenovereenkomst toch in dienst is gebleven bij Payned Payrolling B.V. na de beëindiging van de inleenovereenkomst. Hij overweegt daarbij dat het in de inleenovereenkomst opgenomen beding in casu nadelig uitpakt voor de werknemer - gelet op diens arbeidsongeschiktheid op het moment van beëindigen van de inleenovereenkomst en het daaraan verbonden risico dat de inlener hem niet terug zou willen nemen plus de insolventie van de inlener - en Payned Payrolling B.V. zich daarom jegens de werknemer niet op dit beding kan beroepen. De kantonrechter oordeelt ten slotte dat Payned Payrolling B.V., gelet op de achtergrond van art. 7:628 en 629 BW niet via het beding in de inleenovereenkomst met de inlener onder de loondoorbetalingsverplichting aan de werknemer uit kan komen.

5. In de uitspraak van de kantonrechter te Oost-Gelre van 12 oktober 2009 (380059 HA VERZ 09-99, AR 2009/881) trad de payrollwerknemer op 1 april 2007 in dienst van Please B.V. en werd op basis van een tussen Please B.V. en de inlener gesloten leaseovereenkomst uitgeleend aan de inlener. Please B.V. voert ter zitting aan een payrollonderneming te zijn die louter diensten op het gebied van personeels- en loonadministratie verricht 'ten behoeve van het ter beschikking stellen van medewerkers in het kader van de uitoefening van beroep en bedrijf'. Feitelijk komt het er volgens Please B.V. op neer dat zij een leaseovereenkomst sluit met de inlener in het kader waarvan Please B.V. de door de inlener geselecteerde werknemers in dienst neemt en die tegen vergoeding van de loonkosten, vermeerderd met een fee, exclusief aan de inlener ter beschikking stelt. Please B.V. stelt op papier de functie van werkgever te vervullen, maar dat de inlener in de praktijk als zodanig functioneert. In de leaseovereenkomst kwamen Please B.V. en de inlener overeen dat kosten in verband met de beëindiging van de

arbeidsovereenkomst tussen Please B.V. en de werknemer voor rekening van de inlener zouden komen. Please B.V. verzoekt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer en legt daaraan ten grondslag dat de inlener wordt geconfronteerd met een dusdanige terugloop van projecten dat er voor de werknemer geen werk meer is en de inlener vanwege de daarmee samenhangende drastische terugloop van de omzet niet meer in staat is het salaris van de werknemer te betalen. Zowel Please B.V. als de inlener hebben zich ingespannen ander werk voor de werknemer te vinden, maar dat is niet gelukt. Please B.V. stelt dat vanwege de slechte bedrijfseconomische omstandigheden bij de inlener geen ontbindingsvergoeding zou moeten worden toegekend. De inlener heeft de werknemer eind augustus 2009 rechtstreeks een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedaan, maar de werknemer heeft dit voorstel niet geaccepteerd.

6. De kantonrechter stelt vast dat Please B.V. afdoende heeft onderbouwd dat sprake is van de slechte bedrijfseconomische omstandigheden bij de inlener en de werknemer noch bij de inlener noch bij andere opdrachtgevers van Please B.V. passend (ander) werk kan worden aangeboden. Volgens de kantonrechter valt niet in te zien wat Please B.V. op dit punt nog had kunnen doen of toevoegen. Gelet hierop, overweegt de kantonrechter dat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een verandering van omstandigheden, die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt, de enkele omstandigheid dat de werknemer niet bij de inlener, maar bij Please B.V. in dienst is, zonder betekenis is. De kantonrechter wijst daarom het ontbindingsverzoek van Please B.V. toe, nu de werknemer naar zijn oordeel met de door de inlener en Please B.V. gekozen constructie ook niet in een slechtere positie is terecht gekomen. Anders dan betoogd door Please B.V. is de kantonrechter echter van oordeel dat voor de vraag of ruimte bestaat voor het toekennen van een ontbindingsvergoeding aan de werknemer niet dient te worden gekeken naar de bedrijfseconomische omstandigheden van de inlener, maar naar die van Please B.V. Please B.V. is immers, zo overweegt de kantonrechter, de formele werkgever. Dat Please B.V. de ontbindingsvergoeding op grond van de leaseovereenkomst bij de inlener in rekening kan brengen, doet daarbij niet ter zake en is nu eenmaal de consequentie van de door Please B.V. zelf ontwikkelde constructie, die - naar de kantonrechter aanneemt - is ingegeven door commerciële motieven. Op grond van de gezonde financiële positie van Please B.V. kent de kantonrechter de werknemer een ontbindingsvergoeding toe op basis van de kantonrechtersformule met een correctiefactor $C = 1$.

7. In beide uitspraken beriep de payrollonderneming zich erop slechts de formele werkgever van de payrollwerknemer te zijn en dat (1) niet zij, maar de inlener diende te worden aangesproken op verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst of dat (2) naar de financiële positie van de inlener diende te worden gekeken bij het bepalen van de hoogte van de

ontslagvergoeding. In beide uitspraken ging de kantonrechter hier niet in mee en ging hij uit van een arbeidsovereenkomst van de payrollonderneming met de payrollwerknemer en daarmee van het werkgeverschap van payrollonderneming. Hoe de relatie tussen de payrollwerknemer en de inlener dient te worden geduid, komt in de uitspraken niet aan de orde. Daar was het in deze zaken ook niet om te doen, omdat in beide zaken de inlener in slecht weer verkeerde en juist de payrollonderneming onder haar werkgeverschap uit probeerde te komen. In beide gevallen zou een honorering van het door de payrollonderneming gedane beroep op haar beperkte, formele werkgeverschap in het nadeel van de payrollwerknemer hebben uitgekapt. In de overwegingen van de kantonrechter speelt een belangrijke rol dat de door de payrollonderneming en de inlener gesloten overeenkomst of gekozen constructie niet in het nadeel van de werknemer mag uitpakken. Betekent dit dat de payrollwerknemer in het omgekeerde geval, waarin hij juist belang zou hebben bij het werkgeverschap van de inlener (de payrollonderneming is bijvoorbeeld insolvent geworden), de inlener wel zou kunnen aanspreken als werkgever? In dat geval verkeert de payrollwerknemer als gevolg van de door partijen gekozen constructie, in de woorden van de kantonrechter te Oost-Gelre, in een slechtere positie. Ik acht op basis van de overwegingen van de kantonrechters in deze uitspraken niet denkbeeldig dat de rechter in een dergelijk geval een beroep van de payrollwerknemer op het werkgeverschap van de inlener wel zal toewijzen.