

Payrolldefinitie zal leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid in de uitzendsector

ArbeidsRecht 2019/54

De Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) introduceert per 1 januari 2020 in artikel 7:692 BW een definitie voor payroll. Belangrijker: hierdoor worden verschillende driehoeksrelaties niet langer onder het lichte(re) uitzendregime van artikel 7:690 en 7:691 BW geschaard. De regering probeert hierdoor oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. Een te billijken standpunt, maar de introductie van de payrolldefinitie past moeilijk in de vaak complexe(re) uitzendsector en zal tot rechtsonzekerheid leiden.

1. De achtergrond van de wijziging

Onderhoud aan de regelingen op het terrein van flexibele arbeid, het ontslagrecht en de WW is volgens de regering noodzakelijk om een nieuwe balans aan te brengen tussen zekerheid en kansen binnen de arbeidsovereenkomst, een balans die past bij deze tijd.² De regering acht het daarbij van belang dat de keuze voor contractflexibiliteit niet alleen afhangt van een verschil in kosten. Indien werkgevers kiezen voor de flexibiliteit die voor hen zo nodig is, moet deze keuze niet door de huidige instituties en wetgeving leiden tot negatieve gevolgen voor werknemers. Zo is payrolling, aldus de regering, een systeem om werkgevers te ontzorgen, maar kunnen bedrijven het ook gebruiken om minder goede arbeidsvoorwaarden te hanteren dan concurrenten van deze bedrijven.³

De WAB moet aan deze situatie een einde maken. Het doel is om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te beperken en te voorkomen dat de flexibiliteit voor de werk- of opdrachtgever ten koste gaat van de arbeidsmarktpositie van de werkende. Om dit te bereiken beoogt de regering payrolling zo vorm te geven dat het geen instrument is waarmee geconcurrereerd kan worden op arbeidsvoorwaarden,⁴ maar waarmee wel recht wordt gedaan aan de ontzorgende functie die payrolling volgens de regering heeft voor met name de kleine en startende ondernemers.⁵

De regering onderscheidt daarbij verschillende vormen van payrolling. Grofweg stelt zij aan de ene kant de situatie dat het payrollbedrijf arbeidsrechtelijk geen rol vervult. Dit is volgens de regering het geval indien het payrollbedrijf de salarisadministratie verzorgt voor de opdrachtgever en de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever.⁶

Aan de andere kant plaatst de regering de vormen van payrolling waarbij het juridisch werkgeverschap bij het payrollbedrijf ligt. Bij deze vormen van payrolling bestaat er een driehoeksrelatie tussen de (payroll)werkgever, de (payroll)werknemer en de opdrachtgever waarbij het payrollbedrijf de werkgever is en het inlenende bedrijf de opdrachtgever die het toezicht en de leiding uitoefent over de werknemer. Volgens de regering heeft het payrollbedrijf de rol van formele werkgever, zonder dat sprake is van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, anders gezegd: een allocatiefunctie.⁷

Het lijkt de regering een doorn in het oog dat payrolling door twee uitspraken van de Hoge Raad op 4 november 2016 onder de reikwijdte van de uitzendovereenkomst is geschaard⁸ en dat daardoor gebruik kan worden gemaakt van het lichte(re) arbeidsrechtelijke regime dat geldt voor uitzendovereenkomsten (artikel 7:691 BW). De Hoge Raad heeft daarbij opgemerkt dat als het toepassen van de regels van artikel 7:691 BW bij nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met wat de wetgever bij de regeling van de artikelen 7:690 en 7:691 BW voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen aan te stellen. Die handshoof wordt door de regering met de WAB opgepakt.

De regering is van mening dat het toepassen van het uitzendregime bij payrolling leidt tot oneerlijke concurrentie en de werknemer zich in een nadelige positie bevindt ten opzichte van collega's die direct in dienst zijn bij de onderneming onder wiens leiding en toezicht zij werken.⁹

Bij het traditionele uitzenden vervult het uitzendbureau, aldus de regering, een allocatieve functie, gericht op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door een actieve werving van de uitzendkracht (de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en een actieve werving van inleners (al dan niet via internet), waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stellen aan inleners.¹⁰

Bij payrolling neemt, aldus de regering, de opdrachtgever in de regel zelf de werving en selectie van de werknemer voor zijn rekening of laat dat door een derde voor hem doen. De geselecteerde werknemers worden vervolgens via de payrollwerkgever aan de opdrachtgever ter beschikking gesteld. De formele werkgever vervult hier geen functie in het actief bemiddelen tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Daarom wordt het onwenselijk geacht dat bij payrolling gebruikgemaakt kan worden van het lichtere arbeidsrechtelijk regime van artikel 7:691 BW waarvan reguliere

1 Mr. J. (Jordi) Rosendahl is werkzaam als partner arbeidsrecht bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V. te Amsterdam.

2 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 18.

3 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 23.

4 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 23 en 24.

5 *Kamerstukken I* 2018/2019, 35 074, D, p. 52.

6 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 42.

7 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 43.

8 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 en ECLI:NL:HR:2016:2496.

9 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 45.

10 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 45.

werkgevers geen gebruik kunnen maken.¹¹ Het payrollbedrijf ontzorgt hier door als formele werkgever de hieraan verbonden werkgeverstaken te vervullen. Payrolling als systeem om werkgevers te ontzorgen moet volgens de regering mogelijk blijven.

2. De payrolldefinitie (artikel 7:692 BW (nieuw))

De WAB introduceert per 1 januari 2020, in het licht van het hiervoor omschreven doel, in artikel 7:692 (nieuw) BW¹² de volgende definitie:

“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 onderhavig artikel is met name het eerste criterium van deze definitie van belang omdat dit in de praktijk het belangrijkste onderscheid vormt tussen uitzenden en payrollrolling. De regering licht dit criterium toe in de parlementaire geschiedenis van de WAB. Volgens de regering ziet dit criterium op de vraag of de formele werkgever een allocatiefunctie heeft vervuld ten opzichte van de werknemer en de derde. Die allocatiefunctie bestaat eruit dat de uitzendwerkgever een *actieve* rol vervult in het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid door een *actieve* werving van de uitzendkracht en een *actieve* werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens na *actieve* bemiddeling ter beschikking stellen aan de inlener of verschillende inleners.¹³

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever een aantal handvatten gegeven voor de vraag of een allocatieve functie is vervuld. Zo speelt een rol of de formele werkgever de arbeidskracht zelf heeft geworven en geselecteerd (bijvoorbeeld door plaatsing van een vacature, het actief benaderen van potentiële arbeidskrachten en het actief benaderen van opdrachtgevers), of de opdrachtgever bemoeienis heeft gehad bij de werving en het selectieproces, of de werknemer eerder in dienst is geweest bij de opdrachtgever, of sprake is van een tijdelijke of (meer) structurele vraag naar arbeid door de opdrachtgever en of de formele werkgever in zijn geheel geen allocatieve activiteiten ontplooit, zoals het hebben van een vacaturesite.¹⁴

Kortom: de werkgever dient een *actieve* rol te spelen bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt om te kwalificeren als uitzendwerkgever. Is dat niet het ge-

val, dan is bij driehoeksrelaties (kennelijk) sprake van een payrollrolling en is het lichte(re) arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW niet van toepassing.

Volgens de regering leidt dit tot helderheid van het systeem en komt het overeen met wat beoogd is, namelijk dat indien de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de werkgever niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt de werkgever niet het lichte arbeidsrechtelijke regime kan (en mag) toepassen.¹⁵

Deze laatste opmerking lijkt een duidelijke reactie op de opmerkingen van de Hoge Raad in voornoemde arresten. De Hoge Raad zag in de parlementaire geschiedenis immers geen aanleiding te veronderstellen dat de wetgever had beoogd dat het uitzendregime uitsluitend mag worden toegepast als sprake is van een allocatieve functie.

De gekozen definitie heeft echter verstrekkende gevolgen voor de uitzendsector en lijkt niet goed te passen in de huidige praktijk.

3. Verstrekkende gevolgen van de payrolldefinitie

Zoals hiervoor aan de orde kwam beoogt de regering met de introductie van de payrolldefinitie concurrentie op arbeidsvoorwaarden door payrollrolling te voorkomen. De gevolgen zijn echter verstrekkender: het lichte(re) uitzendregime mag niet (meer) worden toegepast.

Dat heeft allereerst (direct) gevolgen voor huidige arbeidskrachten die mogelijk al jaren op basis van het uitzendregime ter beschikking worden gesteld bij opdrachtgevers. De WAB voorziet op dit punt slechts in overgangsrecht voor wat betreft de (uitgestelde en verlengde) ketenregeling, al dan niet bij cao.¹⁶ Dit betekent dat payrollkrachten vanaf 1 januari 2020 recht hebben op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. De regering heeft in de parlementaire geschiedenis bij herhaling opgemerkt dat zij meent dat de periode tussen het aannemen van de WAB en de inwerkingtreding daarvan (ruim) voldoende is om bestaande arbeidsrelaties te heroverwegen en zo nodig aan te passen door nieuwe overeenkomsten te sluiten.¹⁷ Het is echter voorstelbaar dat partijen zich onvoldoende bewust zijn van de impact van de nieuwe wetgeving en/of moeite hebben de huidige arbeidsrelatie juist te kwalificeren (waarover hierna meer). Indien naderhand wordt vastgesteld dat (toch) geen sprake was van een uitzendrelatie zijn de gevolgen groot. Het “normale” arbeidsrecht is dan immers van toepassing, met alle beschermende onderdelen van dien. Tegelijkertijd is het uitzendregime, met onder andere het uitzendbeding, niet (meer) van toepassing.

Daarnaast dient per arbeidskracht te worden onderzocht of sprake is van uitzenden of payrollrolling.¹⁸ Uitzendonderne-

11 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 46.

12 Dezelfde definitie wordt overigens toegevoegd aan art. 1 lid 1 sub d van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

13 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 50 en 51.

14 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 51; *Kamerstukken I 2018/2019*, 35 074, F, p. 34.

15 MvT, Wet Arbeidsmarkt in balans, p. 52.

16 Artikel XIV WAB.

17 *Kamerstukken I 2018/2019*, 35 074, D, p. 45.

18 *Kamerstukken I 2018/2019*, 35 074, D, p. 45.

mingen zullen derhalve op individuele basis moeten nagaan of zij in het verleden een allocatiefunctie hebben vervuld. Gelet op de huidige praktijk, waarover hierna meer, zal dat niet in alle gevallen eenvoudig te achterhalen zijn. Indien echter geen sprake is van een allocatiefunctie geldt dat deze arbeidskrachten per 1 januari 2020 worden beschouwd als payroll werknemers.

4. Knelpunten

De parlementaire geschiedenis roept het beeld op dat bij een uitzendconstructie drie partijen zijn betrokken (opdrachtgever, opdrachtnemer en arbeidskracht) en dat bij een payrollconstructie het payrollbedrijf aan die keten wordt toegevoegd. De payrolldefinitie geeft voor die situatie, waarbij het uitzendbureau de arbeidskrachten onderbrengt bij een payrollonderneming en te werk stelt bij de opdrachtgever, in beginsel duidelijke criteria: in dat geval is sprake van payrolling en mag van het uitzendregime geen gebruik worden gemaakt.

De praktijk is echter weerbarstiger, zoals door prof. mr. L.G. Verburg in 2017¹⁹ en de Afdeling advisering van de Raad van State op 19 februari 2018 al werd opgemerkt.²⁰ In de praktijk wordt door uitzendondernemingen gebruikgemaakt van payrollondernemingen binnen het eigen concern (al dan niet als onderdeel van een franchiseformule), van externe recruiters en van andere uitzend- en/of detacheringsondernemingen. De opdrachtgevers maken op hun beurt niet alleen gebruik van uitzendorganisaties, maar ook van brokers en/of Managed Service Providers (MSP). De keten binnen de uitzendsector bestaat daardoor, in verschillende samenstellingen, vaker wel dan niet uit vijf of meer partijen. Al deze partijen spelen (in meer of mindere mate) een ontzorgende rol en zijn (in meer of mindere mate) betrokken bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod.

4.1 Payrollonderneming binnen het concern en franchise

Uitzendondernemingen kiezen er regelmatig voor om de uitzendkrachten binnen haar eigen concern in een andere vennootschap onder te brengen dan de werknemers die bij het uitzendbureau zelf werkzaam zijn. Die keuze kan worden gemaakt om ervoor te zorgen dat tenminste 50 procent van het premieplichtige loon binnen de vennootschap wordt besteed aan uitzendkrachten (waardoor de Cao voor Uitzendkrachten van toepassing kan zijn), om juist de toepassing van een cao te voorkomen, om de risico's binnen het concern te spreiden, enzovoorts.

Als gevolg hiervan zijn het formele werkgeverschap, de allocatiefunctie en de gesloten overeenkomsten van opdracht met opdrachtgevers binnen het concern in verschillende vennootschappen ondergebracht. Op grond van de nieuwe payrolldefinitie is in dat geval echter geen sprake van uitzenden maar van payrolling en mag geen gebruik worden gemaakt van het lichtere arbeidsrechtelijke regime. Im-

mers: het bij elkaar brengen van vraag en aanbod vindt niet plaats binnen dezelfde vennootschap als waar het personeel in dienst is. De payrolldefinitie lijkt hier haar doel voorbij te schieten.

Dit is mijns inziens nog duidelijker als een uitzendonderneming gebruikmaakt van een franchiseformule. Veelal staan de arbeidskrachten in die situatie om praktische redenen op de payroll bij de franchisegever die verder geen (actieve) bemoeienis heeft met de werving en selectie en het bij elkaar brengen van vraag en aanbod. Dat vindt plaats bij de franchisenemers in de regio. Ook hier zijn de formele werkgever en de vennootschap die vraag en aanbod bij elkaar brengt gescheiden en ook hier lijkt vanaf 1 januari 2020 niet langer sprake te zijn van uitzenden, maar van payrolling.

4.2 Externe recruiters en andere uitzend- en/of detacheringsondernemingen

Het komt vaak voor dat bepaalde uitzendondernemingen exclusief worden aangewezen voor een bepaalde opdracht of (na uitgebreide selectie) door een opdrachtgever worden aangewezen als preferred supplier. Aan deze uitzendondernemingen worden door recruiters en andere uitzend- en/of detacheringspartijen gevraagd en ongevraagd arbeidskrachten aangeboden. Er vanuit gaande dat de aangewezen uitzendonderneming de arbeidskrachten op zijn eigen payroll plaatst, zal het van de situatie afhangen of in die gevallen kan worden gesteld dat de aangewezen uitzendonderneming actief bijdraagt aan het samenbrengen van vraag en aanbod en derhalve conform de nieuwe definitie nog wel kwalificeert als uitzender. Dit terwijl van enig 'misbruik' geen sprake hoeft te zijn.

De regering heeft bovendien expliciet bepaald dat de payrolldefinitie geen gevolgen heeft voor het doorlenen van kandidaten, ervan uitgaande dat de kandidaten door het eerste uitzendbureau zijn geworven en geselecteerd.²¹ Het is onduidelijk of dit ook geldt indien er geen sprake is van doorlenen, maar van het overnemen van een uitzendkracht (feitelijk een transfer van uitzendbureau naar uitzendbureau) om een bepaalde positie te kunnen vervullen bij een opdrachtgever. Bovendien rijst de vraag hoe het overnemende of doorlenende uitzendbureau kan controleren of eerder wel sprake is geweest van een allocatiefunctie.

4.3 Brokers en Managed Service Providers

Een door veel grote bedrijven gehanteerde variant is dat gebruik wordt gemaakt van een zogenaamde "broker". Een goed voorbeeld hiervan is ING dat gebruikmaakt(e) van TCP Direct. Indien gebruik wordt gemaakt van een broker dan zorgt de opdrachtgever (al dan niet intern, al dan niet eveneens uitbesteed) zelf voor het recruitmentproces, maar wordt de kandidaat geplaatst op de payroll van de broker en draagt de broker zorg voor facturatie en declaratie (contracthandling). Een broker plaatst derhalve niet zelf vacatures, is niet betrokken bij de selectie van kandidaten en heeft geen rol in het proces van vraag en aanbod. Het grote voordeel voor de opdrachtgever is dat zij periodiek maar één

¹⁹ ArA 2017/1, p. 104-207.

²⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

²¹ Kamerstukken I 2018/2019, 35 074, D, p. 44.

factuur ontvangt. Op basis van de payrolldefinitie is op alle arbeidskrachten die momenteel via een broker werkzaam zijn per 1 januari 2020 echter het uitzendregime niet langer van toepassing.

Van een Broker moet vervolgens een Managed Service Provider (MSP) worden onderscheiden. Een MSP heeft in de praktijk een sluisfunctie tussen de opdrachtgever en diverse opdrachtnemers (uitzendbureaus). Om ervoor te zorgen dat de opdrachtgever niet zelf hoeft zorg te dragen voor het contact, de contracten (en de daaruit voorkomende facturen) met soms tientallen opdrachtnemers wordt daar een MSP tussengeschoven.

In de praktijk werkt dat als volgt. De opdrachtgever informeert de MSP over een vacature. De MSP plaatst deze vacature in een door haar beheerde portal (een zogenaamd Vendor Management Systeem) waar diverse uitzendondernemingen toegang tot hebben. Deze uitzendondernemingen plaatsen vervolgens op haar beurt cv's van arbeidskrachten in de portal en uiteindelijk (al dan niet na een sollicitatiefase) draagt de MSP de meest geschikte kandidaat voor aan de opdrachtgever.

Of de MSP de kandidaat vervolgens op zijn eigen payroll zet en met het uitzendbureau dat de kandidaat heeft aangeleverd een zogenaamd 'margin only' contract sluit of dat de kandidaat op de payroll blijft bij het uitzendbureau en de MSP de kandidaat als het ware doorleent, maakt mijns inziens voor het antwoord op de vraag of sprake is van uitzenden of payrolling niet uit. Zowel de MSP als het uitzendbureau hebben immers, gelet op de daarvoor door de regering gegeven handvatten, een allocatiefunctie vervuld op de arbeidsmarkt. De regering heeft bovendien expliciet bepaald dat de payrolldefinitie geen gevolgen heeft voor het doorlenen van kandidaten, ervan uitgaande dat de kandidaten door het eerste uitzendbureau zijn geworven en geselecteerd.²² Toch kan de situatie (weer) anders zijn als de kandidaat door de opdrachtgever zelf wordt aangeleverd en de MSP derhalve in beginsel geen (actieve) rol speelt bij de werving en selectie.

4.4 Contractovername

Onduidelijk is tot slot hoe de nieuwe payrolldefinitie moet worden toegepast ingeval de opdrachtgever besluit (om haar moverende redenen) niet langer te willen samenwerken met een bepaalde uitzendonderneming en de opdracht toekent aan een andere uitzendonderneming. Feitelijk een wisseling van leveranciers. Vaak gaan de arbeidskrachten dan over naar de nieuwe leverancier, dat is meestal immers in het belang van alle partijen. In dat geval is geen sprake van doorlening en tevens heeft de nieuwe leverancier in beginsel geen allocatiefunctie vervuld op de arbeidsmarkt. Op basis van de payrolldefinitie zou dit betekenen dat, hoewel de activiteit van de eerste leverancier nog kwalificeert als uitzenden, het tweede uitzendbureau (die de opdracht feitelijk voortzet) aan payrolling doet. Bij overgang van onderneming (7:662 BW) kunnen dezelfde problemen ontstaan.

5. Conclusie

Het lijkt erop dat de praktijk weerbarstiger is dan de wetgever bij de introductie van de payrolldefinitie heeft voorzien. In verschillende situaties lijkt de payrolldefinitie niet goed te passen, heeft de payrolldefinitie een onbedoeld (neven) effect en/of is onduidelijk hoe de arbeidsrelatie moet worden gekwalificeerd. De payrolldefinitie zal de komende jaren voor de circa 900.000 uitzendkrachten waarschijnlijk dan ook leiden tot veel rechtsonzekerheid en juridische procedures, wat, juist in een sector die vraag en aanbod bij elkaar moet brengen, een remmend effect heeft op de arbeidsmarkt.

²² Kamerstukken I 2018/2019, 35 074, D, p. 44.