

Memo van: Prof. mr. L.G. Verburg, hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Datum: 7 mei 2018

Betreft: Reactie in het kader van de internetconsultatie van het Voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), zoals bekend gemaakt op 9 april 2018 (het 'wetsvoorstel')

Deze reactie beperkt zich tot het onderdeel van het wetsvoorstel dat betrekking heeft op payrollen en concentreert zich in het bijzonder op de keuze van de wetgever in het Burgerlijk Wetboek (BW) in het voorgestelde artikel 692 een definitie op te nemen van de payrollovereenkomst. De voorgestelde definitie luidt: "De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand komt 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". Deze definitie is gelijklopend aan de definitie van de payrollovereenkomst in het voorgestelde artikel 1 lid 1 onder g Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

1. Blijkens de memorie van toelichting op het wetsvoorstel (MvT, p. 48/49) is de definitie ontleend aan de definitie van de payrollwerkgever zoals opgenomen in de Ontslagregeling (Regeling van 23 april 2015, 2015-0000102290, zoals nadien gewijzigd). Bij de payrollwerkgever gaat het in art. 1 onder f Ontslagregeling om de overeenkomst die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. De Ontslagregeling kent daarnaast een definitie van de uitzendwerkgever (art. 1 onder i Ontslagregeling), waarbij juist wel sprake moet zijn van de intentie vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen (de allocatiefunctie). Deze allocatiefunctie vergt blijkens de toelichting op de Ontslagregeling een actieve werving van uitzendkrachten en een actieve werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) onderbrengen bij inleners. Er is dus een verschil in aanpak tussen het wetsvoorstel en de regeling in de Ontslagregeling. De Ontslagregeling plaatst de payrollwerkgever tegenover de uitzendwerkgever. In het wetsvoorstel is payrollen een bijzondere vorm van uitzending (als gedefinieerd in art. 7:690 BW). Dit verschil in aanpak houdt geen verband met de omstandigheid dat de Ontslagregeling het werkgeversbegrip van een definitie voorziet, terwijl het wetsvoorstel de (payroll)overeenkomst zelf definieert. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet of het verschil enig effect heeft en of de intentie bestaat de Ontslagregeling geheel in lijn te brengen met de in het wetsvoorstel gekozen aanpak. Het ligt in de rede dat dit gebeurt.
2. Eerder schreef ik (ArA 2017/1, op p. 104-107) te vermoeden dat de praktijk al lang allerlei varianten laat zien waarin het niet zo duidelijk is of een werkgever zich beweegt als uitzendwerkgever dan wel als payrollwerkgever. Ik deed de suggestie het onderscheid tussen uitzendwerkgever en payrollbedrijf niet verder uit te rollen dan

nadat, onder meer in overleg met de sociale partners, was gebleken dat het onderscheid helder en werkbaar is. Ik taxeerde dat geconstateerd zou worden dat er een grijs gebied is waarin het lastig is te bepalen of er sprake is van uitzending of payrolling. De MvT bij het wetsvoorstel zegt niets over een in de praktijk gebleken werkbaarheid van het in de Ontslagregeling gemaakte onderscheid tussen uitzending en payrolling.

3. De Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling) heeft op 19 februari 2018 een advies uitgebracht over het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waaditeneinde te bewerkstelligen dat voor gepayrolde arbeidskrachten dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 837, nr. 4). Dit initiatiefwetsvoorstel (wetsvoorstel 34 837) volgt ten aanzien van payrolling hetzelfde stamien als het wetsvoorstel. De Afdeling adviseert de in wetsvoorstel 34 837 gekozen aanpak, afbakening en vormgeving te heroverwegen. De Afdeling stelt dat de criteria die gebruikt worden om te bepalen voor welke werknemers het uitzendregime geldt onvoldoende rekening houden met de diversiteit van vormen van terbeschikkingstelling en, als gevolg hiervan, onderscheidend vermogen missen. De Afdeling wijst erop dat de verschillende vormen van terbeschikkingstelling van werknemers een grote variatie laten zien, en dat het onderscheid tussen payrolling en uitzending niet eenvoudig is te trekken. De Afdeling gaat in op de verschillende vormen van payrolling en het verschil met uitzending en concludeert dat er sprake is van een diversiteit in vormgeving. Wetsvoorstel 34 837 miskent deze variëteit en scheert in de visie van de Afdeling enerzijds verschillende vormen van payrolling teveel over één kam, terwijl anderzijds te weinig oog is voor de overeenkomsten die tussen payrolling en uitzending kunnen bestaan. De Afdeling adviseert alsnog te voorzien in een criterium dat duidelijk is en onderscheidend vermogen heeft zodat sprake zal zijn van een adequaat en gemotiveerd onderscheid tussen verschillende categorieën uitzendwerknemers. Ook het criterium van de allocatieve functie is in de visie van de Afdeling onduidelijk. De Afdeling adviseert duidelijkheid te bieden en inzichtelijk te maken in welke situaties een dergelijke functie al dan niet aanwezig wordt geacht. In hun reactie van 6 april 2018 op het advies van de Afdeling gaan de initiatiefnemers onder verwijzing naar het feit dat het onderscheid tussen uitzending en payrolling reeds voorkomt in de Ontslagregeling, realiter aan de in het advies van de Afdeling geuite zorgen voorbij.
4. In mijn visie slaat het advies van de Afdeling daarentegen de spijker op de kop en schrijven de initiatiefnemers in hun reactie van 6 april 2018 het advies van de Afdeling ten onrechte - zonder enig inhoudelijk debat aan te durven - weg. Nu het wetsvoorstel ten aanzien van payrolling voor zover hier relevant een zelfde aanpak kiest als wetsvoorstel 34 837, behoort de toelichting op het wetsvoorstel het advies van de Afdeling (wel) ter harte te nemen. Daar komt bij dat het verweer van de initiatiefnemers dat betrekking heeft op (het reeds bestaan van) de regeling van het onderscheid tussen uitzending en payrolling in de Ontslagregeling op drijfzand berust. Uit niets blijkt immers dat de regeling in de Ontslagregeling op duidelijkheid en werkbaarheid is getoetst en houdbaar is gebleken.
5. Ten behoeve van het over de in het wetsvoorstel gekozen aanpak te voeren debat volgen hieronder drie voorbeelden van in de praktijk voorkomende soorten relevante

driehoeksverhoudingen. Voor elk van de drie voorbeelden geldt dat zij zich kunnen voordoen in diverse varianten en gedaanten. Voor alle voorbeelden geldt dat allerhande tussenschakels mogelijk zijn. Ik voorzie elk voorbeeld van kort commentaar en vraagpunten.

- (i) Partij A verleent aan partij B de opdracht een door partij A geworven en geselecteerde werknemer in dienst van partij B aan partij A ter beschikking te stellen om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van partij A.

Commentaar: Het voorbeeld lijkt te gaan om een klassieke vorm van payrolling. Partij A is de opdrachtgever en partij B is het payrollbedrijf. Er zijn echter geen afspraken gemaakt over het alleen met toestemming van partij A bevoegd zijn van partij B de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Is juist dat daarom geen sprake is van een payrollovereenkomst in de zin van het wetsvoorstel? Is van belang dat partij A en partij B allebei aangeven dat partij A inderdaad geen toestemmingsrecht heeft, maar daaraan toevoegen dat partij B de werknemer waarschijnlijk niet spoedig aan een ander (dan partij B) ter beschikking zal stellen (bijvoorbeeld vanwege overwegingen gerelateerd aan het behouden van een goede relatie met partij A)? Wat is rechtens als partij A geen toestemmingsrecht heeft bedongen, maar partij A en partij B wel hebben afgesproken dat partij B in voorkomend geval eerst partij A zal raadplegen omtrent diens zienswijze over een ter beschikkingstelling van de werknemer aan een ander dan partij A? Wat is rechtens als is afgesproken dat partij B zonder toestemming van partij A de werknemer aan een ander ter beschikking kan stellen onder de voorwaarde dat zich een bepaalde situatie voordoet (bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer langer dan drie maanden of in geval van situatieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer of plaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer bij een ander in het ‘tweede spoor’)? Is bij de zojuist bedoelde afspraak bovendien ook niet sprake van een (minimale) vorm van een allocatiefunctie of geldt voor het aanvaarden van een allocatiefunctie een ondergrens en zo ja welke ondergrens? Wat is rechtens als partij A en partij B hebben afgesproken dat de eis van toestemming van partij A voor een ter beschikkingstelling van de werknemer aan een ander vervalt na ommekomst van een bepaalde periode of een bepaalde termijn van vooraankondiging?

- (ii) Partij A verleent aan partij B de opdracht een werknemer te werven en selecteren, waarbij de uitverkoren werknemer in dienst treedt bij partij C, of reeds bij partij C in dienst is, om uit hoofde van dit dienstverband met partij C door partij B ter beschikking te worden gesteld aan partij A om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van partij A.

Commentaar: In dit voorbeeld heeft partij A slechts partij B als contractspartij. Partij B is een uitzendbureau dat de werknemer niet zelf in dienst neemt. Partij C is een andere rechtspersoon. Partij C factureert partij B betreffende het werkgeverschap (kosten/marge), heeft immers geen eigen contractuele band met partij A. Partij B factureert partij A zowel voor het ‘payroll’-deel als voor het deel dat staat voor de werving en selectie. Het wetsvoorstel meent dat het hier gaat om een payrollovereenkomst waarbij de arbeidsvoorwaarden gelden van partij A (MvT p. 49/50), terwijl bij een holistische benadering van de verhoudingen tussen de betrokken partijen veeleer sprake is of kan zijn van een uitzendverhouding (zeker waar tijdelijkheid voorop staat en/of geen exclusiviteit is bedongen). Partij C kan een

payrollbedrijf zijn, maar ook een uitzendwerkgever die partij B in dit specifieke geval helpt aan een werknemer (partij B moet bijvoorbeeld 10 werknemers aan partij A leveren en heeft er zelf maar 9 als uitzender in dienst en spreekt met partij C af dat deze tot 10 aanvult zonder dat de werknemer van partij C bij partij B in dienst treedt). Partij C kan tot hetzelfde concern behoren als partij B, maar dat behoeft niet het geval te zijn. Kleinere uitzenders werken soms buiten concernverband samen en ‘betrekken’ de geworven werknemers van een andere partij (payrollbedrijf of anderszins). Is het juist dat het wetsvoorstel al deze gevallen, soms toevallig van elkaar verschillend, over één kam scheert? Wat is rechtens als een uitzendbureau nog een werknemer tekort komt en een ander uitzendbureau bereid vindt dit tekort aan te vullen, maar de werknemer van dit andere bureau ondanks een gezamenlijk verzoek van de beide uitzendbureaus niet bereid is in dienst te treden van het bureau dat om hulp vroeg: is het redelijk dat als de werknemer vervolgens wel bij de opdrachtgever aan de slag gaat sprake is van payrolling, terwijl sprake is van uitzending als de werknemer wel contractueel overkomt naar het bureau dat om hulp vroeg? Dwingt het wetsvoorstel in dergelijke praktijkgevallen inderdaad tot een overstap van betrokken werknemers, ook in situaties van ter beschikkingstelling van als tijdelijk bedoelde aard? Is het niet vreemd als een opdrachtgever aan een uitzendbureau 50 werknemers vraagt ter beschikking te stellen en dit bureau er 25 zelf kan aanleveren (deze zijn dus bij het bureau in dienst) en de overige 25 van elders betreft dat de ene groep van 25 wordt uitgezonden en bij de andere groep van 25 sprake is van payrolling? Bij krapte op de arbeidsmarkt zal dit vaker in de praktijk (kunnen) spelen. Al deze vormen van samenwerking komen echter ook voor zonder dat krapte op de arbeidsmarkt een rol speelt.

- (iii) Partij A verleent aan partij B de opdracht een werknemer te werven en selecteren, waarbij de uitverkoren werknemer in dienst treedt bij partij C, of reeds bij partij C in dienst is, om uit hoofde van dit dienstverband met partij C door partij C ter beschikking te worden gesteld aan partij A om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van partij A.

Commentaar: Dit voorbeeld verschilt van het vorige voorbeeld in de zin dat partij A nu twee contractspartijen heeft. Partij B werft en selecteert een werknemer in opdracht van partij A en partij C neemt deze werknemer in dienst om in het kader van een rechtstreekse contractuele band (opdrachtovereenkomst) met partij A door deze werknemer arbeid te laten verrichten onder toezicht en leiding van partij A. In dit voorbeeld zal partij B in de praktijk wellicht wat vaker op meer afstand staan van partij C en/of dichter bij partij A. Voorstelbaar is dat partij C in opdracht van partij B tot een dienstverband met de werknemer komt (waar mogelijk tegenover staat dat partij C aan partij B daarvoor een bepaalde beloning verschuldigd is) en voorstelbaar is dat de opdrachtgever zelf partij C als werkgever aanwijst. Denkbaar is voorts dat na verloop van tijd de verhoudingen tussen A, B en C veranderen en partij A zich meer en meer in voorkomend geval rechtstreeks tot partij C wendt als partij A werknemers wil inlenen, ook in die gevallen waarin partij A oorspronkelijk aan partij C kwam via contacten die partij B had. Op welk moment verschuift de verhouding tussen partij A en partij C in dergelijke gevallen van payrolling naar uitzending? Denkbaar is dat juist een omgekeerde beweging zichtbaar is: op welk moment verschuift dan de verhouding tussen partij A en partij C in dergelijke gevallen van uitzending naar payrolling?

6. Ter afsluiting. De voorbeelden, en bijbehorende vraagpunten, maken aanschouwelijk dat het advies van de Afdeling het bij het rechte eind heeft. De aanpak van het wetsvoorstel omtrent payrollling is in deze vorm niet houdbaar. Het wetsvoorstel houdt geen rekening met de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. De gekozen aanpak zal in veel gevallen tot rechtsonzekerheid leiden. Onzekerheid belast de uitzendwereld en daarmee de mogelijkheid de allocatieve functie ruimte te geven. Onzekerheid vormt voorts steevast een rijke voedingsbodem voor geschillen en procedures. Dat is een onwenselijk effect. Het gaat in deze reactie niet om de gedachte tegen te houden wat aan banden moet worden gelegd. Het gaat er om te voorkomen dat het wetsvoorstel een breder terrein van de arbeidsmarkt onnodig beschadigt. Het wetsvoorstel doet er zowel vanuit juridisch als maatschappelijk oogpunt juist aan een andere weg in te slaan. Het lijkt daarbij aan te bevelen te kiezen voor een benadering die recht doet aan de diversiteit in de arbeidsverhoudingen.