

## Juridisch duidelijkheid over payrolling en allocatieve functie

Recent zijn vier arresten gepubliceerd van het Hof Amsterdam<sup>1</sup>, het Hof Den Haag<sup>2</sup> en het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>3</sup> die tezamen zorgen voor duidelijkheid over de juridische status van payrolling en ( het ontbreken van) de allocatieve functie.

Belangrijkste conclusie van de uitspraken van het Hof Amsterdam en het Hof Den Haag is dat een onderneming geen allocatieve functie hoeft te hebben om onder artikel 7:690 BW te kunnen vallen, zolang wel aan de andere vereisten van dat artikel wordt voldaan (zoals ter beschikking stellen). In een andere uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden wordt de payrollwerkgever als juridisch werkgever geaccepteerd. Hieronder volgt een nadere analyse van de vier uitspraken.

### Payrollwerkgever is juridisch werkgever

Omdat bij payrolling sprake is van een driehoeksverhouding tussen werknemer, werkgever en opdrachtgever kan er soms verwarring ontstaan bij wie nu het juridisch werkgeverschap ligt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft hier in zijn arrest op 2 september jl. duidelijkheid over geboden en laten blijken dat de payrollonderneming als juridisch werkgever wordt aangemerkt.

#### *Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014*

In deze zaak werd de payrollonderneming door de opdrachtgever verzocht om de payrollfunctie op zich te nemen. De opdrachtgever had werknemer reeds een arbeidsovereenkomst toegezegd maar was nog bezig een aparte personeels-B.V. op te richten. Het verzoek van de opdrachtgever aan de payrollonderneming zag toe op de verloning tot het moment dat de personeels-B.V. zou zijn opgericht. Het opzetten van de personeels-B.V. duurde echter langer dan verwacht. De payrollonderneming had een bepaalde tijd contract (voor 1 maand) met werknemer afgesloten en verlengde dit drie keer waardoor van rechtswege een onbepaalde tijd contract ontstond. Opdrachtgever liet, toen de personeels-B.V. eenmaal was opgericht, daaropvolgend weten dat zij de werknemer niet meer nodig had. De payrollonderneming heeft vervolgens de werknemer doorbetaald nadat deze geen werk meer had bij opdrachtgever. De payrollonderneming en de opdrachtgever vinden beide dat zij niet verantwoordelijk zijn voor de financiële gevolgen die voortvloeien uit het onbepaalde tijd contract.

De vraag die centraal staat in dit arrest betreft of de payrollonderneming heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.

Het Hof stelt dat de payrollonderneming bij payrolling een arbeidsovereenkomst met de werknemer sluit, die feitelijk werkzaam is bij de opdrachtgever.

Het Hof oordeelt vervolgens dat de payrollonderneming door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (voor de duur van een maand) aan te gaan met werknemer, zelf jegens de opdrachtgever de juridische verantwoordelijkheid voor de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen op zich heeft genomen. Dit past volgens het Hof bij het beoogde doel van een opdrachtgever ingeval van een payrollconstructie om de administratieve en juridische verantwoordelijkheid voor zijn werkgeverschap uit handen te geven aan de payrollonderneming.

Voorts overweegt het Hof dat de omstandigheid dat de payrollonderneming voor de door haar verleende diensten een fee aan de opdrachtgever doorberekende bevestigt dat de payrollonderneming meer was dan alleen een administratief doorgeefluik.

### Allocatieve functie geen vereiste voor uitzendovereenkomst

Lange tijd is er een juridische discussie gevoerd over of het ontbreken van een allocatieve functie er toe zou kunnen leiden dat een onderneming geen werkgever in de zin van artikel 7:690 BW kan zijn. Onlangs heeft het Hof Den Haag en het Hof Amsterdam (twee maal) zich hierover uitgesproken.

---

<sup>1</sup> [Gerechtshof Amsterdam 9 september 2014, gepubliceerd op http://www.stippensioen.nl/over\\_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx](http://www.stippensioen.nl/over_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx) en [Gerechtshof Amsterdam 28 oktober 2014, gepubliceerd op http://www.stippensioen.nl/over\\_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx](http://www.stippensioen.nl/over_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx)

<sup>2</sup> [Gerechtshof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035](http://www.stippensioen.nl/over_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx)

<sup>3</sup> [Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6786](http://www.stippensioen.nl/over_stipp/Handhaving/Vonnissen/Default.aspx)

#### *Hof Amsterdam 9 september 2014*

De centrale vraag in de uitspraak van het *Hof Amsterdam* op 9 september 2014 draaide erom of de betreffende onderneming onder de werkingssfeer van het besluit verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten valt.

Het deelnemen in de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten is verplicht gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming (...). De betreffende onderneming houdt zich overeenkomstig de omschrijving in het Handelsregister bezig met het verwerven en uitvoeren van opdrachten op ICT-gebied alsmede met het vinden van opdrachten voor zzp'ers en andere derden op ICT-gebied. De onderneming beroept zich er o.a. op dat zij geen allocatiefunctie verricht en daardoor niet is voldaan aan de eisen (o.a. van artikel 7:690 BW) die het besluit stelt.

Het Hof Amsterdam oordeelt dat de onderneming bedrijfsmatig aan derden medewerkers ter beschikking stelt om in de onderneming van de opdrachtgever werkzaamheden te verrichten.

Vervolgens stelt het Hof dat de werknemers de arbeid onder leiding en toezicht van de derde verrichten. Hiermee wordt voldaan aan de eisen van artikel 7:690 BW en het besluit.

Het Hof oordeelt dat de eis van een allocatieve functie niet in artikel 7:690 is te lezen, noch daaruit voortvloeit.

#### *Hof Amsterdam 28 oktober 2014*

Het oordeel dat de allocatieve functie geen onderdeel vormt van artikel 7:690 en daar ook niet uit voortvloeit wordt nogmaals bevestigd door het *Hof Amsterdam* in de uitspraak van 28 oktober 2014.

Deze zaak draaide om een onderneming die bedrijfsmatig gekwalificeerd medisch specialistisch personeel aan opdrachtgevers (derden) ter beschikking stelt om in de onderneming van die opdrachtgever werkzaamheden te verrichten. Tevens is daarmee meer dan 50% van het premieplichtige loon gemoeid. Bij brief van 24 januari 2011 heeft Stichting pensioenfonds voor personeelsdiensten (StiPP) deze werkgever per 1 januari 2011 aangesloten. De onderneming heeft tegen deze aansluiting bezwaar ingediend. Dit bezwaar is niet gehonoreerd door StiPP.

De onderneming vorderde voor recht te verklaren dat zij niet onder de verplichtstelling van StiPP valt o.a. omdat:

1. zij met haar werknemers arbeidsovereenkomsten (conform artikel 7:610 BW) sluit en geen uitzendovereenkomsten (conform artikel 7:690 BW). De arbeidsovereenkomsten worden namelijk voor een half jaar aangegaan en vervolgens omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd en kunnen om die reden niet als uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW worden gekwalificeerd;
2. de werknemers niet onder leiding en toezicht van de derde, aan wie zij ter beschikking zijn gesteld, werkzaam zijn aangezien de opdrachtgevers wel de instructiebevoegdheid m.b.t. de feitelijke dagelijkse gang van zaken hebben maar geen zeggenschap hebben over de wijze waarop de werknemers hun werkzaamheden uitvoeren. Hierdoor kan de onderneming niet als werkgever in de zin van artikel 7:690 BW worden beschouwd;
3. zij geen allocatieve functie heeft en daarmee niet aan de vereisten van artikel 7:690 BW zou zijn voldaan.

Deze procedure zag er op toe of de onderneming valt onder de werkingssfeer van het besluit en vooral op de vraag of de onderneming moet worden aangemerkt als een uitzendondernemer op wie het besluit van toepassing is. Een belangrijk onderdeel hiervan vormt de vraag of de allocatiefunctie wel of geen vereiste is van artikel 7:690 BW (zie ad.3).

Ad 1. Het Hof stelt dat een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW een arbeidsovereenkomst is en bekijkt of de overeenkomsten die de onderneming met haar werknemers sluit niet alleen 'gewone' arbeidsovereenkomsten zijn (conform artikel 7:610 BW) maar tevens uitzendovereenkomsten omdat zij voldoen aan de in artikel 7:690 BW gestelde vereisten. Daarbij oordeelt het Hof dat het op zich zelf juist is dat het van belang is wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. De onderneming en haar werknemers stond bij het aangaan van de (arbeids)overeenkomst evenwel voor ogen dat die werknemers in het kader van die arbeidsovereenkomsten ter beschikking van een derde zouden worden gesteld en voor die derde werkzaamheden zouden gaan verrichten krachtens een door deze derde verstrekte opdracht. Er is daarbij uitvoering gegeven aan de (arbeids)overeenkomsten overeenkomstig hetgeen de onderneming en

werknemers voor ogen stond. Als die overeenkomst als uitzendovereenkomst gekwalificeerd moet worden stond de onderneming en haar werknemers dus het sluiten van een uitzendovereenkomst voor ogen.

Ad. 2 Met betrekking tot leiding en toezicht stelt het Hof dat de onderneming met haar opdrachtgevers overeen is gekomen dat de instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkzaamheden van de ter beschikking gestelde werknemer bij de opdrachtgever ligt. Daaraan doet niet af dat de desbetreffende werknemers hoogopgeleid zijn en gespecialiseerde werkzaamheden verrichten, of dat er accountmanagers in dienst zijn die de betreffende medewerkers begeleiden. Ook ten aanzien van professionals, die krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn heeft de werkgever een instructiebevoegdheid.

Ad. 3 Het hof overweegt dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult. Bovendien is het Hof het niet eens met het door de onderneming aangedragen verweer dat artikel 7:690 BW uitsluitend van toepassing is indien de werkgever zich met name bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden (oftewel de korte contracten).

Uit de tekst van artikel 7:690 BW volgt volgens het hof dat alle arbeidsovereenkomsten waarbij de werknemer door de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van die derde, uitzendovereenkomsten zijn.

Dat impliceert dat alle werknemers die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst in beginsel onder de werkingssfeer van de verplichtstelling van StiPP vallen. Of deze werknemers langer dan 6 maanden in dienst zijn, een vast dienstverband aangaan met hun werkgever en of die werknemers over capaciteiten beschikken die de derden waar zij te werk worden gesteld niet zelf in huis hebben is daarbij niet van belang.

#### *Hof Den Haag 30 september 2014*

In iets minder expliciete zin heeft ook het *Hof Den Haag* zich over de vraag uitgelaten of de allocatieve functie een onderdeel vormt van artikel 7:690 BW. De zaak van 30 september 2014 had betrekking op een SNCU controle waarbij de onderneming (nadat was gebleken dat een of meer werknemers ter beschikking zijn gesteld aan derden om onder leiding en toezicht van deze derden arbeid te verrichten) diverse malen was aangemaand om in het kader van onderzoek gegevens te verstrekken ter zake van uitzendkrachten die in de periode 2008 en 2009 bij haar in dienst waren. De onderneming heeft dit nagelaten en heeft aan SNCU laten weten dat de onderneming niet onder de werkingssfeer van de CAO van Uitzendkrachten valt en ook niet verplicht is zich aan te sluiten bij het Pensioenfonds voor Personeelsdiensten.

Het Hof overweegt dat zowel de CAO voor Uitzendkrachten als de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche van toepassing is op uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming. Vervolgens geeft het Hof aan dat "als de onderneming zich bezig houdt met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en die arbeidskrachten doorgaans werken onder leiding en toezicht van de opdrachtgever, er dan sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW". De omstandigheid dat de betreffende onderneming met haar werknemers arbeidsovereenkomsten sloot is niet voldoende om te concluderen dat de cao's toepassing missen, omdat een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 ook een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW is.