

# De payrollovereenkomst, een onrustig bezit

Naast uitzendarbeid, is ook payrolling in de onderwijssector aan een flinke opmars begonnen. Waar tot voor kort payrolling voornamelijk voorkwam in het hoger- en middelbaar onderwijs en op universiteiten, vinden tegenwoordig ook het voortgezet en het primair onderwijs de weg naar payrollbureau's.

mw. mr. I.A. Hoen\*

## 1. Inleiding

Vermoedelijk is de reden daarvoor gelegen in de omstandigheid dat op centraal niveau<sup>1</sup> en op decentraal niveau<sup>2</sup> steeds vaker beslissingen worden genomen die direct van invloed zijn op de personeelslasten van onderwijsinstellingen, terwijl het risico van deze - stijgende - personeelslasten niet langer ligt bij het ministerie van OCW, maar bij de onderwijsinstellingen. Deze zijn lang niet altijd zeker dat de personeelslasten geheel kunnen worden gedekt uit de begrote inkomsten. Steeds vaker wordt van onderwijsinstellingen verwacht dat structurele personeelslasten gedekt worden met subsidies, die geen structureel karakter hebben.<sup>3</sup> De voor het personeel geldende langdurige ontslagbescherming heeft na de invoering van de nieuwe financieringssysteematiek in het afgelopen decennium geen wijziging ondergaan. In toenemende mate wordt door onderwijsinstellingen de rechtspositie als knellend ervaren.<sup>4</sup>

Flex-arbeid is daardoor ook in de onderwijssector het antwoord op het probleem van moeilijk beheersbare personeelslasten tegenover onzekere inkomsten. Bij de beëindiging van de werkzaamheden is de onderwijscao niet van toepassing en een instroomtoets bij de Stichting Participatiefonds om de uitkeringslasten

ten laste van het participatiefonds te brengen kan achterwege blijven.<sup>5</sup> Omdat de onderwijsrechtspositie op ingeleend personeel slechts in beperkte mate van toepassing is, kan soms worden bespaard op de personeelslasten. Deze besparingen kunnen nog hoger uitvallen wanneer personeel via een eigen personeels-BV wordt ingeleend. In dat geval is immers geen btw verschuldigd.

Aan de inzet van deze payrollwerknemers zijn voor onderwijswerkgevers echter verschillende haken en ogen verbonden. Onderwijsinstellingen zijn zich hier niet altijd van bewust. In de rechtspraktijk wordt op dit moment bovendien een verschuiving waargenomen inzake de beoordeling van de rechtsverhouding van deze werknemers. Payrolling heeft daarbij de schijn tegen: het lijkt een constructie die tot doel heeft de wettelijke ontslagbescherming te omzeilen. Payrolling krijgt om die reden steeds meer kritiek. De personeels-BV blijft evenmin buiten schot. Alle reden dus om in het licht van de ontwikkelingen in de rechtspraktijk stil te staan bij de rechtspositie van ingeleend personeel in de onderwijssector.

## 2. Juridisch kader van de payrollovereenkomst

Payrolling wordt in de wet niet omschreven en is geen eenduidig begrip. In de meeste gevallen neemt het payrollbedrijf op basis van een opdrachtovereenkomst het werkgeverschap van één of meer werknemers of soms het volledige werknemersbestand over. Sprake is van een outsourcing van het juridisch werkgeverschap. Een variant op de payrollconstructie is de personeels-BV of personeelsstichting. Deze heeft net als de payrollonderneming als hoofdactiviteit om op langdurige basis werknemers ter beschikking te stellen aan een exclusieve opdrachtgever. Anders dan bij de payrollonderneming is de personeels-BV met de opdrachtgever verbonden in een (concern-) groep. De personeels-BV fungeert als het ware als een payrollonderneming in eigen beheer.

De Vereniging van Payrollondernemingen en haar leden betitelen de payrollovereenkomst nog steeds als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst. Op dit type overeenkomst zijn bijzondere regels van toepassing in verband met het specifieke, driezijdige karakter van de uitzendrelatie. Belangrijk element is de afgezwakte ontslagbescherming voor de betrokken werknemer (artikel 7:691 BW), een element waarmee de ontslagbescherming van vast personeel kan worden omzeild. De Vereniging stelt zich op het standpunt dat de payrollovereenkomst een uitzendovereenkomst is omdat deze voldoet aan de elementen<sup>6</sup> uit de definitie van artikel 7:690 BW. Mr. Y.A.E. Houde is een zelfde mening toegegaan.<sup>7</sup>

\* mw. mr. I.A. Hoen is advocaat bij Wille Donker Advocaten te Alphen aan den Rijn

In dezelfde lijn wordt door de advocaat-generaal geredeneerd in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad in 2010. Dat de uitzendrelatie de inleenrelatie volgt en niet andersom, is volgens de advocaat-generaal niet voldoende om aan te nemen dat geen sprake zou zijn van een uitzendrelatie als bedoeld in artikel 7:690 BW. De Hoge Raad concludeert dat het cassatieberoep geen inhoudelijke bespreking behoeft en verwerpt het beroep op grond van artikel 81 RO.<sup>8</sup>

Payrolling wordt in de wet niet omschreven en is geen eenduidig begrip. In de meeste gevallen neemt het payrollbedrijf op basis van een opdrachtovereenkomst het werkgeverschap van één of meer werknemers of soms het volledige werknemersbestand over. Sprake is van een outsourcing van het juridisch werkgeverschap.

Ook het UWV gaat uit van een uitzendovereenkomst tussen de payrollonderneming en de payrollwerknemer. In de beleidsregels is geregeld dat payrollwerkgevers gebruik kunnen maken van de bijzondere ontslagregels voor uitzendwerkgevers. Ten onrechte volgens Zwemmer.<sup>9</sup> Een allocatieve functie binnen de overeenkomst is naar zijn oordeel een vereiste voor een uitzendovereenkomst. Deze allocatieve functie ontbreekt in de payrollovereenkomst. Anders dan bij uitzendbedrijven ligt bij het payrollbedrijf het zwaartepunt van de activiteiten bij de verwerving van de opdracht en niet bij het ter beschikking stellen van werknemers.

De andere vraag die door Zwemmer wordt opgeworpen is of, indien geen sprake is van een uitzendovereenkomst, de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de inlenende werkgever. Literatuur<sup>10</sup> en de rechtspraak was tot voor kort overwegend van mening dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de payrollonderneming en niet met de inlenende werkgever.

De lagere rechtspraak<sup>11</sup> heeft lange tijd de lijn uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 5 april 2002 (ABN AMRO/[...]) gevolgd.<sup>12</sup> In dit arrest zegt de Hoge Raad dat om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar moeten hebben verbonden. Het antwoord op de vraag of zij zich jegens elkaar verbonden hebben, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden. Nu geen arbeidsovereenkomst is aangegaan tussen de ingeleende werknemer en de inlener, zou de rechtszekerheid zich verzetten tegen een geruisloze overgang van het werkgeverschap. In gelijke zin oordeelde het Hof Leeuwarden, dat vond dat tussen de uitgeleende werknemer en inlenende werkgever geen arbeidsovereenkomst kon worden aangenomen, nu de arbeidsovereenkomst was getekend tussen de payrollonderneming en de payrollwerknemer, zodat deze dienden te gelden als partijen bij de gesloten arbeidsovereenkomst.<sup>13</sup> Deze opvatting werd voor het laatst bekrachtigd in een arrest uit 2010. De Hoge Raad wees toen een cassatieberoep waarin de vraag was voorgelegd of tussen de inlenende werkgever en de ingeleende werknemer een arbeidsovereenkomst bestond, nog af onder toepassing van artikel 81 RO. De advocaat-generaal had reeds geconcludeerd tot verwerping van het beroep onder verwijzing naar de literatuur en jurisprudentie waaruit bleek dat voor deze opvatting in de literatuur geen steun bestond.<sup>14</sup>

Volgens Zwemmer verhoudt een dergelijke contractuele benadering van het werkgeverschap zich niet met het dwingendrechtelijk karakter van 7:610 BW. Op grond van deze bepaling is immers de partij onder wier gezag de werknemer de arbeid verricht dwingendrechtelijk gedefinieerd als de werkgever van de werknemer. En dat is niet de payrollondernemer maar de inlener.<sup>15</sup>

### 3. Schuivende panelen

Sinds vorig jaar lijkt het standpunt van Zwemmer voet aan de grond te krijgen, bij de wetgever en in de rechtspraak.

#### Nieuwe wettelijke kaders

In december 2012 heeft de SP met steun van de PvdA in de Tweede Kamer het initiatiefwetsvoorstel 'Zekerheid voor flexibiliteit' ingediend.<sup>16</sup> Het voorstel richt zich tegen de gekunstelde splitsing tussen het formele en het materiële werkgeverschap. Het wetsvoorstel verplicht opdrachtgevers en payrollondernemingen een keuze te maken binnen de bestaande mogelijkheden die het arbeidsrecht biedt: een werknemer sluit óf een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, óf komt in dienst van een uitzendbureau. Het wetsvoorstel hanteert daarbij een rechtsvermoeden: wanneer een payrollbedrijf een werknemer exclusief ter beschikking stelt aan één bepaalde opdrachtgever, terwijl de opdrachtgever zelf de werving en selectie van de werknemer heeft verzorgd, dan gaat de wet ervan uit dat er géén sprake is van een uitzendovereenkomst, maar van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever (van het payrollbedrijf), de feitelijke werkgever dus. Het wetsvoorstel heeft tot doel duidelijkheid te brengen over de rechtspositie van de werknemer: de werknemer weet wie hij moet aanspreken op nakoming van de arbeidsvoorwaarden en vervulling van de overige wettelijke verplichtingen van de werkgever. Bovendien geniet de werknemer dezelfde ontslagbescherming als zijn collega's die rechtstreeks bij de opdrachtgever in dienst zijn. Het wetsvoorstel is geagendeerd ter bespreking in de Tweede Kamer na het Kamerverbes.

Overigens lijkt het wetsvoorstel inmiddels te zijn ingehaald door het in april 2013 tussen kabinet, werkgevers en werknemers gesloten sociaal akkoord. Minister Asscher heeft nieuwe wetgeving aangekondigd om de positie van flexwerkers vanaf 1 januari 2015 te versterken en zo te voorkomen dat inleenconstructies vooral worden benut voor ontduiking of ontwijking van al dan niet bij cao geregelde rechtspositionele regelingen en arbeidsvoorwaarden. Tevens bestaat het voornemen om de bijzondere beleidsregels van UWV ten aanzien van payrolling, af te schaffen.

#### Rechtspraak

In 2012 en 2013 wordt in een reeks van uitspraken de formele benadering van de arbeidsverhouding in de lijn van de uitspraak van de Hoge Raad uit 2002 verlaten.

De eerste van een aantal opvallende uitspraken was afkomstig van de kantonrechter Leeuwarden.<sup>17</sup> In deze casus was in geding of de werknemer een arbeidsovereenkomst had met de payrollonderneming of met de werkgever waar zij haar werkzaamheden feitelijk verrichtte. De kantonrechter stelde vast dat nu de opdrachtge-

ver het feitelijk werkgeversgezag bleef uitoefenen, deze om die reden diende te worden beschouwd als de eigenlijke werkgever in de zin van het Burgerlijk Wetboek en aangesproken kon worden op de werkgeversverplichtingen.

In deze casus was deze conclusie wellicht nog niet zo principieel, aangezien de betreffende werkneemster betwistte dat zij had ingestemd met een indiensttreding bij de payrollonderneming en er evenmin sprake was van een formele arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming. Betoogd zou kunnen worden dat met deze uitspraak de opvatting dat de contractuele relatie bepalend is voor de kwalificatie van de arbeidsverhouding nog niet werd verlaten: ook in deze casus was de getekende overeenkomst leidend. Echter, duidelijk nieuw was het onderscheid tussen formeel en materieel werkgeverschap, evenals de conclusie dat een dergelijk onderscheid niet nadelig mag uitpakken voor de werkneemster.

In gelijke zin oordeelde de kantonrechter Zutphen in een niet-gedepubliceerde beschikking van 12 oktober 2012 waarin een payrollbedrijf vergeefs vroeg om bij de vaststelling van de ontslagvergoeding de slechte bedrijfseconomische situatie van de opdrachtgever te betrekken. Dat de payrollonderneming de ontbindingsvergoeding niet kon verhalen op de materiële (de feitelijke) werkgever, kwam volgens de kantonrechter voor risico van het payrollbedrijf. Ook in deze uitspraak werd bevestigd dat de werknemer geen nadeel mocht ondervinden van de splitsing van het formele en materiële werkgeverschap waar de payrollonderneming en inlener voor gekozen hadden. Gelet op het formele werkgeverschap van de payrollonderneming bestond dan ook geen aanleiding om rekening te houden met de positie van de inlener.

Nog een stapje verder ging de kantonrechter Rotterdam in december 2012. Deze gaf aan de getekende arbeidsovereenkomst geen doorslaggevend belang toe te kennen voor de bepaling van de rechtsverhouding tussen partijen. Het ging volgens de rechter om de gehele arbeidsverhouding waar de werkneemster deel van uitmaakt, waarvan ook de positie van de opdrachtgever als materiële werkgever onderdeel uitmaakte.

Nog een stapje verder ging de kantonrechter Rotterdam in december 2012.<sup>18</sup> Deze gaf aan de getekende arbeidsovereenkomst geen doorslaggevend belang toe te kennen voor de bepaling van de rechtsverhouding tussen partijen. Het ging volgens de rechter om de gehele arbeidsverhouding waar de werkneemster deel van uitmaakt, waarvan ook de positie van de opdrachtgever als materiële werkgever onderdeel uitmaakte. In het licht van de strekking van het BBA 1945 – bescherming tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag – diende door de constructie die partijen aan hun handelingen hebben gegeven te worden heengekeken. Een arbeidsverhouding zoals hier aan de orde dient te worden aangemerkt als een arbeidsverhouding met de materiële werkgever. De derde, die het UWV toestemming voor ontslag verzoekt, had daarom het afspiegelingsbeginsel behoren toe te passen binnen de materiële werkgever. Omdat dit niet was gebeurd, werd de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geweigerd.

Een nog verdergaande - zo niet baanbrekende - uitspraak werd gedaan in een tussenvonnissen van de kantonrechter Enschede van de

rechtbank Oost-Nederland, die aangaf voornemens te zijn de payrollonderneming in zijn ontbindingsverzoek niet-ontvankelijk te verklaren.<sup>19</sup> In deze zaak verzocht de payrollonderneming, Stichting Dienstverlening Welzijn Enschede (verder: SDWE), de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer nadat door de gemeente Enschede de detacheringsovereenkomst was opgezegd. Anders dan in de hiervoor besproken jurisprudentie was geen sprake van een payrollconstructie, waarbij de werknemer uitsluitend een contractuele relatie heeft met de payrollonderneming, maar van een drie-partijenovereenkomst. De werknemer had dus zowel een contractuele relatie met SDWE als met de gemeente Enschede.

De kantonrechter concludeerde allereerst dat het bedrijf van SDWE niet geduid kan worden als een uitzendbureau in de zin van artikel 7:690 BW vanwege het ontbreken van een allocatiefunctie. De werknemer was immers geworven door de gemeente met het oog op werkzaamheden bij de gemeente. Uit de wetsgeschiedenis leidde de kantonrechter af dat die allocatiefunctie, het bij elkaar brengen van vraag en aanbod met betrekking tot arbeid, een belangrijk criterium is bij de beoordeling of sprake is van ter beschikking stellen "in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf".<sup>20</sup> Maar evenmin zag de kantonrechter aanleiding om uit te gaan van een arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de werknemer in de zin van artikel 7:610 BW. De overeenkomst kan slechts worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, als partijen bij het aangaan van de overeenkomst daadwerkelijk de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst te sluiten en daar ook uitvoering aan hebben gegeven. Dit was in deze casus niet het geval. Sterker nog, de werknemer had nooit begrepen dat hij in dienst was getreden bij SDWE. Bovendien had de relatie tussen SDWE en de werknemer enkel bestaan uit de plaatsing van de werknemer op de loonlijst van SDWE en had het er alle schijn van dat de constructie uitsluitend was gekozen om de ontslagbescherming van de werknemer te ontlopen. Nu tussen SDWE en de werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond, kon SDWE volgens de kantonrechter ook niet ontvankelijk worden geacht in haar ontbindingsverzoek. In gelijke zin wordt geoordeeld in een vergelijkbare zaak, eveneens bij Rechtbank Oost-Nederland. Ook in deze zaak wordt door de payrollconstructie heen gekeken en aan de formele arbeidsovereenkomst niet langer een doorslaggevende betekenis toegekend.<sup>21</sup>

In juni 2013 wordt aan de Rechtbank Den Haag na een heraanbesteding van het (payroll)werkgeverschap bij het AgentschapNL werkzame werknemers de vraag voorgelegd welke werkgever kon worden aangesproken voor de kosten van de van de vakantiedagen van de werknemers die waren opgebouwd in de periode dat zij werkzaam waren via de eerste payrollonderneming, maar die waren uitbetaald door de tweede payrollonderneming.<sup>22</sup>

Het agentschap van Economische Zaken, de inlener, (AgentschapNL) meende dat de betaling van de daarmee gemoeide kosten voor rekening kwam van de eerste payrollonderneming omdat deze vakantie-uren reeds in de declaratie van deze payrollonderneming zouden zijn inbegrepen en deze kosten derhalve door haar mochten worden verrekend met de eindafrekening.

In lijn met het Albron-arrest van het Hof van Justitie<sup>23</sup> wordt door de Rechtbank voorop gesteld dat ter bescherming van de rechten

van de werknemers door de arbeidsrechtelijke constructie moet worden heengekeken. Aangenomen wordt dat sprake kan zijn van pluraliteit van werkgeverschap. Het contractuele werkgeverschap berust bij de werkgever met wie de arbeidsovereenkomst is gesloten en het niet-contractuele werkgeverschap bij de onderneming waar de werknemers te werk zijn gesteld. Rechtbank Den Haag stelde echter vast dat het veranderen van payrollonderneming door het Agentschap niet had geleid tot een verandering in de rechtspositie van de werknemers.

Ook na de overgang was het Agentschap de feitelijke werkgever, gaf het Agentschap instructies, hield het de vakantiedagen bij, voerde deze de beoordelingsgesprekken en betaalde het Agentschap ook feitelijk het salaris. De payrollwerknemers waren feitelijk werkzaam in de onderneming van AgentschapNL en bleven dat ook na de overgang naar een nieuwe payrollonderneming. Het contractuele werkgeverschap van het payrollbedrijf kon daarom niet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst in de zin van 7:610 BW. Uit de wijze waarop aan de arbeidsovereenkomst uitvoering is gegeven wordt verder afgeleid dat de werknemers niet werkelijk de bedoeling hebben gehad met BDG of CapitalP een arbeidsovereenkomst te sluiten in plaats van met het Agentschap. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de werknemers niet overgegaan naar een nieuwe onderneming, zodat ook de rechten en plichten van die werknemers evenmin in het kader van artikel 7:663 BW zijn overgegaan en diende het Agentschap daarom de vakantierechten van de werknemers te respecteren en de daaruit voortkomende financiële verplichtingen na te komen.

In deze uitspraak wordt opnieuw onderstreept dat een payrollonderneming weliswaar met de werknemer een contractuele arbeidsrelatie kan aangaan (de arbeidsovereenkomst), maar dat deze arbeidsovereenkomst verder geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis geeft aan het werkgeverschap van de payrollonderneming. In de zin van artikel 7:610 BW blijft de opdrachtgever de feitelijke werkgever en kan deze worden aangesproken op alle plichten die op een werkgever rusten.

#### Hoge Raad

De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan over de payrollovereenkomst en over de vraag of de arbeidsverhouding tussen de payrollonderneming en de payrollwerknemer wel of niet kan gelden als een arbeidsovereenkomst. Nu in het Albron-arrest van 8 april 2013<sup>24</sup> is geoordeeld dat het voor een overgang van rechten en plichten van werknemers bij overdracht van een onderneming, waarin zij feitelijk werkzaam zijn, niet langer nodig is dat zij ook formeel een arbeidsovereenkomst met deze onderneming hebben, zou deze conclusie ook kunnen of zelfs moeten gelden voor de rechten en plichten van payrollwerknemers. Rechtbank Den Haag heeft op deze conclusie in de hiervoor besproken uitspraak inmiddels een voorshot genomen.

Afgaande op de besproken jurisprudentie lijkt het doek voor de payrollconstructie reeds te zijn gevallen. In de meeste gevallen zal payrolling werkgevers geen bescherming meer bieden tegen financiële en rechtspositionele aanspraken van ingeleend personeel. Ook zal met payrolling niet langer de door opdrachtgevers gewenste

flexibiliteit bieden, vaak de reden waarom voor payrolling of voor een personeels-BV werd gekozen.

Afgaande op de besproken jurisprudentie lijkt het doek voor de payrollconstructie reeds te zijn gevallen. In de meeste gevallen zal payrolling werkgevers geen bescherming meer bieden tegen financiële en rechtspositionele aanspraken van ingeleend personeel. Ook zal met payrolling niet langer de door opdrachtgevers gewenste flexibiliteit bieden, vaak de reden waarom voor payrolling of voor een personeels-BV werd gekozen.

#### 4. Risico's van payrolling en de personeels-BV in het onderwijs

Het is gelet op de hiervoor geschetste ontwikkelingen raadzaam de arbeidsrechtelijke en financiële risico's van gesloten payrollovereenkomsten in kaart te brengen. Hetzelfde geldt voor de inleenconstructies, waarbij gebruik wordt gemaakt van een eigen personeels-BV of personeelsstichting, al dan niet in combinatie met detacheringsovereenkomsten. Uit de uitspraak van de kantonrechter Enschede blijkt dat deze detacheringsovereenkomst de inleener niet ontslaat van zijn werkgeversverplichtingen jegens de bij hem gedetacheerde werknemer die bij een stichting of personeels-BV in dienst is.

Onderwijsinstellingen dienen zich ervan bewust te zijn dat voor hen daarnaast bijzondere verplichtingen gelden uit hoofde van de onderwijswetten, de rechtspositionele regelingen voor personeel en de onderwijscAO's, welke extra risico's met zich mee kunnen brengen. Alle reden om de belangrijkste risico's voor onderwijsinstellingen met payrolling nog eens op een rij te zetten.

#### Inzet tijdelijk personeel mogelijk?

Nogal eens wordt voorbijgegaan aan de artikel 3.21 lid 1 CAO PO respectievelijk artikel 8.a.5b resp. 8.b.5b CAO VO waarin wordt voorgescreven dat slechts gebruik mag worden gemaakt van ingeleend personeel in geval van:

- ziekte of buitengewoon verlof,
- activiteiten van kennelijk tijdelijke aard en
- kennelijk onvoorziene omstandigheden.

Hiervan is bij payrolling en de personeels-BV meestal geen sprake. In beide gevallen wordt in de regel langdurige inzet van de betrokken werknemers nagestreefd. Hoewel door de ingeleende werknemers zelf geen rechtstreeks beroep op dit artikel kan worden gedaan, kan door de vakcentrales die partij zijn bij de CAO wél naleving van de CAO worden geëist. Ondanks de aversie van vakcentrales tegen payrolling<sup>25</sup>, hebben deze tot op heden geen poging ondernomen rechtstreeks bij schoolbesturen naleving van deze CAO-bepalingen af te dwingen. Hoewel het gissen is naar de reden van het stilzitten door vakcentrales, kan het zijn dat meer verwacht wordt van centraal ambtelijk overleg, waarbinnen getracht wordt op deze wijze payrolling aan banden te - laten - leggen. Een kader daarvoor zou gelegen kunnen zijn in de Wet Onderwijstoezicht indien uit onderzoek door de onderwijsinspectie naar gehanteerde payrollconstructies of de personeels-BV zou blijken van ondeugde-

lijk personeelsbeleid respectievelijk onvoldoende borging van de kwaliteit van onderwijspersoneel of wanneer de financiële risico's als te hoog worden beschouwd dan wel wet- en regelgeving niet wordt nageleefd.

#### Uitsluiting van rechtspositionele regelingen mogelijk?

In de onderwijscao's wordt beoogd het voordeel van goedkoop ingeleend personeel versus duur 'eigen' personeel weg te nemen. Artikel 3.21 lid 3 CAO PO bepaalt - anders dan de ABU CAO (Algemene Bond Uitzendondernemingen) - dat uitzendkrachten tijdens hun tewerkstelling bij de inlenende instelling met onmiddellijke ingang op dezelfde wijze worden behandeld als de medewerkers die bij de werkgever zelf in dienst zijn. Met uitzendkrachten worden gelijk gesteld werknemers die op basis van andersoortige overeenkomsten te werk worden gesteld bij een werkgever, zoals gedetacheerden of permanent tewerkgestelden. Artikel 3.21 lid 3 gaat echter niet verder dan de bepaling dat de medewerkers aanspraak hebben op hetzelfde salaris, dezelfde toelagen en onkostenvergoedingen als medewerkers die in vaste dienst zijn. Bovendien geldt voor hen hetzelfde taakbeleid en dezelfde arbeidstijdenregeling. De cao vo heeft een vergelijkbare bepaling opgenomen in artikel 8.a.5. lid 3 respectievelijk artikel 8.b.5. lid 3.

Desalniettemin het voorgaande zijn payrollwerknemers uitgesloten van belangrijke arbeidsvoorwaarden.<sup>26</sup> Zo kunnen payrollwerknemers werkzaam in het primair onderwijs geen aanspraak maken op het BBWO en het BZA. De definitie in artikel 1 van beide besluiten sluiten werknemers die niet benoemd of niet zijn aangesteld bij een school uit.<sup>27</sup> In het voortgezet onderwijs kunnen payrollwerknemers evenmin een beroep doen op de regeling sociale zekerheid WOVO uit de cao vo: deze regeling is voorbehouden aan de werknemer die een dienstverband heeft bij de werkgever en in het openbaar onderwijs vo aan de ambtenaar waarop de cao vo als rechtspositieregeling van toepassing is.<sup>28</sup> De payrollwerknemer vo kan slechts aanspraak doen gelden op een reguliere WW-uitkering en tijdens ziekte op de loondoorbetaling zoals in de wet is neergelegd (minimaal 70%).<sup>29</sup>

Met het oog op de recente jurisprudentie is deze uitsluiting niet langer vanzelfsprekend. Wordt aangenomen dat het feitelijk werkgeverschap berust bij de onderwijsinstelling, dan ontstaat mogelijk ook een aanspraak van de payrollwerknemer op de rechtspositionele regelingen uit de onderwijscao's, het BBWO en het BZA.

#### Toepassing van Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) of niet?

Het BBA, op grond waarvan voor opzegging van een dienstverband, voorafgaande toestemming van het UWV is vereist, is niet van toepassing op de arbeidsverhouding van onderwijsgevend personeel dat werkzaam is aan een onderwijsinstelling noch op onderwijsgevend personeel dat bij een openbare onderwijsinstelling is aangesteld.

Omdat de uitzondering is gemaakt ten behoeve van de onderwijsvrijheid van de onderwijsinstelling, wordt aangenomen dat deze uitzondering uitsluitend betrekking heeft op de arbeidsverhouding tussen een onderwijsinstelling en de onderwijsgevende medewerker. Ervan uit wordt gegaan dat de uitzondering niet geldt voor de opzegging van onderwijsgevend (en niet-onderwijsgevend) perso-

neel dat in dienst is bij een payrollonderneming en dat het BBA voor deze werknemers onverkort van toepassing is.

Echter, als wordt aangenomen dat niet de payrollonderneming, maar de inlener de arbeidsverhouding met de payrollwerknemer dient te beëindigen, dan ligt het voor de hand dat de onderwijsinstelling hiervoor geen ontslagvergunning hoeft aan te vragen. Interessante vraag is of in dat geval ook de beroepsprocedures uit de onderwijswet en cao voor de payrollwerknemer moeten worden opengesteld.

Echter, als wordt aangenomen dat niet de payrollonderneming, maar de inlener de arbeidsverhouding met de payrollwerknemer dient te beëindigen, dan ligt het voor de hand dat de onderwijsinstelling hiervoor geen ontslagvergunning hoeft aan te vragen.

Als het gaat om openbaar onderwijs dringt zich onmiddellijk de vraag op of deze nieuwe beoordeling van de payrollovereenkomst betekent dat de payrollwerknemer op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam is. Deze vraag wordt ook door Zwemmer opgeworpen in zijn annotatie bij het vonnis Rechtbank Den Haag, 26 juni 2013. Zwemmer meent dat verschillende argumenten pleiten voor een bevestigende beantwoording van deze vraag.<sup>30</sup> In dat geval zou voor payrollwerknemers ook de daaraan verbonden rechtspositie van toepassing moeten zijn en ook de bezwaar- en beroepsprocedures dienen te worden opengesteld.

#### Recht op ABP pensioen?

Op dit moment zijn de werknemers in de payrollonderneming niet verplicht aangesloten bij het pensioenfonds ABP, hoewel op dit moment wel een vrijwillige aansluiting mogelijk is.<sup>31</sup> Ook hierover zou in de toekomst anders kunnen worden geoordeeld. Wanneer de onderwijsinstelling wordt beschouwd als de feitelijke werkgever is het goed denkbaar dat payrollwerknemers (en het ABP) zich op het standpunt stellen dat pensioenpremie moet worden afgedragen.

## 5. Conclusies en samenvatting

Er bestaat voor onderwijswerkgevers aanleiding lopende payrollovereenkomsten kritisch te bekijken. Niet alleen zijn de mogelijkheden om personeel in te lenen in de onderwijscao's sterk beperkt, zodat in de meeste gevallen moet worden aangenomen dat veel payrollconstructies in strijd zijn met de onderwijscao's, maar ook wordt de payrollovereenkomst anders beoordeeld dan enkele jaren geleden.

Steeds vaker wordt door de rechter bij de bepaling van de juridische, administratieve en financiële aanspraken van werknemers door de payrollovereenkomst heen geprikt, en de feitelijke werkgever aangesproken op de uit de arbeidsovereenkomst voortkomende rechten en plichten. Dit risico treft ook onderwijswerkgevers die gebruik maken van inleenconstructies waarbij gebruik wordt gemaakt van een personeels-BV of personeelsstichting.

De contractuele werkelijkheid is niet langer van doorslaggevend belang. Ook de wetgever heeft het voornemen kenbaar gemaakt paal en perk te stellen aan inleenconstructies die enkel ten doel hebben

de ontslagbescherming en rechtspositionele aanspraken van werknemers te omzeilen.

Onderwijsinstellingen dienen er rekening mee te houden dat zij (nooit opgehouden zijn) feitelijk werkgever (te) zijn van de bij payrollbureau's of in de personeels-BV/-stichting geplaatste medewerkers. Dit brengt met zich mee dat onderwijsinstellingen in de toekomst (vaker) zullen worden aangesproken op de nakoming van de rechtspositionele regelingen in de onderwijscao's, BBWO, het BZA en het ABP reglement. Ook zal bij de beëindiging van dienstverbanden niet langer er vanuit kunnen worden gegaan dat een schot mag worden geplaatst tussen payrollwerknemers (of personeel in de personeels-BV) en het 'eigen' personeel dat in dienst is bij de onderwijsinstelling. Dit kan (grote) financiële gevolgen hebben bij voorgenomen reductie in de formatie. De onderwijsinstellingen wordt geadviseerd om lopende payrollovereenkomsten te heroverwegen, de (financiële) risico's in kaart te brengen en indien nodig hiervoor een voorziening te treffen.

### Noten

1. Convenant Plasterk 2008.
2. CAO PO en VO.
3. Bekend voorbeeld is het besluit in- en doorstroombanen op grond waarvan subsidie werd verleend voor de benoeming van onderwijs ondersteunend personeel. De regeling kwam na enkele jaren - per 1 januari 2004 - te vervallen. Andere regelingen op grond waarvan op structurele basis personeel wordt bekostigd zijn de gewichtenregeling ter bestrijding van achterstanden en - in het voortgezet onderwijs - het postcodebeleid.
4. In het primair en voortgezet onderwijs kan een dienstverband vanwege het opheffen van de functie pas worden opgezegd na één jaar wanneer het ontslagbeleid geldt of pas na twee jaar na het moment dat een sociaal plan is overeengekomen.
5. Per 1 augustus 2013 wordt het begrip "instroomtoets" vervangen door de term "vergoedingsverzoek".
6. 1. terbeschikkingstelling in het kader van beroep en bedrijf aan een derde 2. onder toezicht en leiding van deze derde; 3. krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht
7. Y.A.E. van Houte, uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil, *Arbeidsrecht* 2011/8/19.
8. HR 24 december 2010, B05801, JAR 2011/21.
9. mr. dr. J.P.H. (Johan) Zwemmer verbonden als docent aan de Universiteit van Amsterdam.
10. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten arbeidsovereenkomstenrecht, Kluwer 2011, p. 13.; E. Verhulp in P.F. van der Heiden e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 7:610 BW aant. 2 p. 6, zesde druk, Kluwer 2010.
11. J.P.H. Zwemmer, De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap, in de (lagere) jurisprudentie, TAP 2010/1.
12. ECLI:NL:HR:2002:AD8186.
13. Hof Leeuwarden 23 maart 2010, BL9881, JAR 201, 107.
14. ECLI:NL:HR:2010:bo5801.
15. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, p. 274.
16. Kamerstukken II 2012-13, 33 499, nr. 3.
17. Ktr Leeuwarden, 12/10/2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:8Y0861.
18. Ktr Rotterdam, 21-12-2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299. Zie ook in dit nummer uitspraak nr. 65.
19. Rechtbank Oost-Nederland, 21 maart 2013 ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108.
20. MvT, kamerstukken II, 1996/1997, 25 263 nr 3 pag. 33-34.
21. Rechtbank Oost-Nederland 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178.
22. Rechtbank Den Haag, 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, noot mr. J.P.H. Zwemmer, JAR 2013, nr. 193.
23. HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09).
24. Hoge Raad, 8 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780.
25. Vakcentrales hebben uit onvrede over payrolling per 1 januari 2012 de cao voor payrollondernemingen opgezegd. Sindsdien passen de leden van de Vereniging voor Payrollondernemingen de ABU CAO voor uitzendkrachten toe.
26. Voor payrollwerknemers geldt dat zij voor deze arbeidsvoorwaarden terugvallen op de ABU CAO.
27. De betrokkene in de zin van het BBWO is het personeelslid zoals bedoeld in artikel 34 lid 2 van de WPO/WEC en WVO.
28. CAO VO, bijlage 11 Sociale Zekerheid Wovo.
29. In plaats van een premie aan het Participatiefonds is het payrollbedrijf en de personeels-BV een WW en WIA premie verschuldigd voor toekomstige uitkeringslasten. Het buiten toepassing laten van het BBWO en BZA levert daarom uitsluitend een besparing op indien deze WW-premie lager is dan de premie die voor onderwijspersoneel (in het primair onderwijs) aan stichting Participatiefonds voor het onderwijs moet worden afgedragen of dient te worden gereserveerd voor de collectieve verevening en het eigen risicodragerschap (in het voortgezet onderwijs). Dit zal niet zonder meer voor alle instellingen opgaan. Op dit moment is de af te dragen premie in de sector zakelijke dienstverlening hoger dan de premie die onderwijsinstellingen aan Stichting Participatiefonds afdragen voor de verzekering van de uitkeringslasten bij werkloosheid en ziekte.
30. Annotatie J.P.H. Zwemmer bij vonnis Rb Den Haag, 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, JAR 2013, nr. 193.
31. Het ABP kan in het geval de werknemer gebruik maakt van de mogelijkheid tot waarde-overdracht van het reeds door hem opgebouwde pensioen aan de personeels-BV vragen het bedrag dat het ABP in rekening brengt voor de aankoop van het opgebouwde pensioen en de overgedragen marktwaarde bij te passen. Dit financieel risico is niet op voorhand kenbaar en wordt per individuele werknemer berekend.