

Payrollconstructie is in beginsel legitiem. Vanwege het enkele gebruik van een dergelijke constructie kan geen ambtenaarsverhouding tot stand komen.

CRvB 23-02-2017, ECLI:NL:CRVB:2017:642, m.nt. H. van Essen

Instantie

Centrale Raad van Beroep

Datum

23 februari 2017

Magistraten

Mrs. N.J. van Vulpen-Grootjans, J.J.T. van den Corput en H. Lagas

Zaaknummer

16/4145 AW

Noot

H. van Essen

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Ambtenarenrecht (V)

Ambtenarenrecht / Aanstelling

Brondocumenten en formele relaties

ECLI:NL:CRVB:2017:642, Uitspraak, Centrale Raad van Beroep, 23-02-2017

Wetgeving

(Art. 1 AW; art. 7:690 BW; art. 7:691 BW)

Essentie

Payrollconstructie is in beginsel legitiem. Vanwege het enkele gebruik van een dergelijke constructie kan geen ambtenaarsverhouding tot stand komen.

Samenvatting

Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care4Care/StiPP), oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat het gebruikmaken van een payrollconstructie in beginsel legitiem is en dat vanwege het enkele gebruik van een dergelijke constructie geen ambtenaarsverhouding tot stand kan komen. Dit laatste zou, conform vaste rechtspraak (o.a. CRvB 15 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4177), anders kunnen zijn gelet op de bedoeling van de inlener om kennelijk toch een ambtenaarsverhouding tot stand te brengen of andere feiten en omstandigheden op grond waarvan de payrollwerknemer heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden, aldus de Centrale Raad van Beroep. In het onderhavige geval is hiervan niet gebleken en ook in andere gevallen zal hiervan niet snel sprake zijn. Tot eenzelfde oordeel kwam de Centrale Raad van Beroep in een soortgelijke zaak (CRvB 18 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1837).

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 12 mei 2016, 16/54 (aangevallen uitspraak)

[appellante] te [woonplaats] (appellante)

het bestuur van de werkorganisatie CGM (bestuur)

Uitspraak

1. De procedure

1.1.

Appellante is van 1 januari 2014 tot en met 30 juni 2014 op basis van een payrollovereenkomst tussen haar en Tempo-Team Payroll Services bv werkzaam geweest bij de gemeente Cuijk als [naam functie].

1.2.

Hierna is appellante in de periode van 1 juli 2014 tot en met 31 maart 2015 werkzaam geweest voor het bestuur, rechtsopvolger van de gemeente Cuijk, als [naam functie] op basis van drie aansluitende payrollovereenkomsten met Tempo-Team Payroll Services bv.

1.3.

Op 8 juni 2015 heeft appellante het bestuur verzocht om te bevestigen dat zij een vaste aanstelling heeft bij de werkorganisatie CGM in de functie van [naam functie].

1.4.

Bij brief van 25 juni 2015 heeft het bestuur aan appellante te kennen gegeven dat zij geen vaste aanstelling heeft.

1.5.

Bij besluit van 11 december 2015 (bestreden besluit) heeft het bestuur het bezwaar tegen de brief van 25 juni 2015 primair niet-ontvankelijk en subsidiair ongegrond verklaard.

1.6.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat het bestuur het bezwaar terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, omdat appellante geen ambtenaar is in de zin van artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zodat voor haar niet de mogelijkheid van bezwaar openstond tegen de brief van 25 juni 2015. Volgens de rechtbank is geen sprake van een aanstelling en was er ook geen bedoeling van het bestuur om appellante als ambtenaar aan te stellen. Evenmin was sprake van een situatie waarin appellante heeft mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk had plaatsgevonden.

1.7.

Appellante heeft op hierna te bespreken gronden hoger beroep ingesteld.

2. Overwegingen

De Raad komt tot de volgende beoordeling.

2.1.

Op grond van artikel 1:3 van de Awb wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

2.2.

Op grond van artikel 8:2, eerste lid, onder a ten eerste, van de Awb, wordt met een besluit gelijkgesteld een andere handeling van een bestuursorgaan waarbij een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Ambtenarenwet (AW) als zodanig belanghebbende is.

2.3.

Op grond van artikel 8:4, derde lid, onder a, van de Awb kan geen beroep worden ingesteld – en gezien artikel 7:1 van die wet kan dus ook geen bezwaar worden gemaakt – tegen een besluit tot benoeming of aanstelling, tenzij beroep wordt ingesteld door een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de AW als zodanig.

2.4.

Op grond van artikel 1, eerste lid, van de AW is ambtenaar in de zin van deze wet degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn.

2.5.

Vaststaat dat appellante nimmer bij de gemeente Cuijk of haar rechtsopvolger, de werkorganisatie CGM is aangesteld als ambtenaar in de zin van artikel 1 van de AW. Een schriftelijk besluit daartoe heeft het bevoegd gezag nooit genomen. Volgens vaste rechtspraak (uitspraak van 15 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4177) sluit dit niet uit dat toch een ambtenaarsverhouding kan ontstaan. Daartoe moet dan wel duidelijk blijken van een bij het bevoegd gezag aanwezige bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden.

2.6.

Appellante heeft in dit verband aangevoerd dat de payrollconstructie een schijnconstructie is en dat eigenlijk sprake was van een aanstelling als ambtenaar, nu het materiële werkgeverschap bij het bestuur lag. Appellante wordt in dit standpunt niet gevolgd. Daartoe wordt verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 4 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2356), waaruit kan worden afgeleid dat een payrollovereenkomst moet worden gezien als een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In die uitspraak heeft de Hoge Raad tevens overwogen dat, voor zover de toepassing van artikel 7:691 van het BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de artikelen 7:690 en 7:691 van het BW voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen aan te stellen. De Raad ziet geen aanleiding om in de situatie van appellante tot een ander oordeel te komen. Er is geen reden om aan te nemen dat de gehanteerde payrollconstructie niet legitiem is te achten. Niet bestreden is bovendien dat het bestuur voor een payrollovereenkomst heeft gekozen omdat de inbedding van de receptiedienst nog niet structureel was en er nog geen overeenstemming was over de verdeling van de bekostiging ervan over de meer dan twintig gebruikers van het Dienstencentrum. Ook gelet op die onzekerheid was het niet ongeoorloofd om gebruik te maken van een (vorm van) uitzendovereenkomst. Er is dan ook geen grond voor het oordeel dat, vanwege het gebruiken van een payrollconstructie, een ambtenaarsverhouding tot stand zou zijn gekomen.

2.7.

Met de rechtbank wordt geoordeeld dat ook overigens niet is gebleken dat het bestuur de bedoeling had een ambtenaarsverhouding tot stand te brengen. Evenmin is sprake van een situatie op grond waarvan zij heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden. Integendeel, uit het inhuren van appellante door middel van een payrollconstructie, kon zij duidelijk begrijpen dat het bestuur juist geen ambtenaarsverhouding tot stand wilde brengen. De opmerking van een leidinggevende tegen een collega, dat het dienstverband met appellante tot een einde is gekomen omdat anders een aanstelling voor onbepaalde tijd zou ontstaan, en de omstandigheid dat de persoon die na 31 maart 2015 de werkzaamheden als [naam functie] heeft verricht, na een sollicitatie in 2016 is aangesteld als ambtenaar op een functie op de inmiddels ingestelde [functie-pool], maken het voorgaande niet anders.

2.8.

Gelet op het voorgaande is appellante met de brief van 25 juni 2015 niet in enige hoedanigheid van ambtenaar als zodanig rechtstreeks in haar belang getroffen. Geconcludeerd wordt dan ook dat geen bezwaar en beroep openstond tegen deze brief. Gelet op het ontbreken van ambtenaarschap staat bovendien vast dat het bezwaar van appellante geen betrekking heeft op enig besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb, terwijl evenmin sprake kan zijn van een met een besluit gelijk te stellen andere handeling waarbij een ambtenaar als zodanig in zijn belang is getroffen. Het bezwaar is dus terecht niet-ontvankelijk verklaard.

2.9.

Uit 2.1 tot en met 2.8 volgt dat het hoger beroep niet slaagt en dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

2.10.

Voor een veroordeling in de proceskosten bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: H. van Essen^[1]

Naschrift

1.

In de afgelopen jaren stond de (on)geoorlooftheid van de payrollconstructie en daarmee de vraag wie jegens de payrollwerknemer kwalificeert als werkgever, ofwel het payrollbedrijf (als formele werkgever) ofwel de inlener (als materiële werkgever), meermaals ter discussie. Even leek het er zelfs op dat de inlener aan het kortste eind zou trekken en de payrollconstructie volledig in de ban zou raken. Dit terwijl inleners, zowel in de private als publieke sector, juist gretig gebruikmaakten van dergelijke constructies, teneinde 'verlost' te zijn van de lasten die het werkgeverschap normaliter met zich meebrengen. Gelet op de recente tendens in de rechtspraak kunnen inleners, waaronder veel gemeenten, over het algemeen (vooralsnog) weer opgelucht ademhalen. Dit lijkt evenwel een kwestie van tijd.

2.

In de onderhavige uitspraak zag de Centrale Raad van Beroep zich gesteld voor, kort samengevat, de vraag of vanwege het (enkele) gebruik van een payrollconstructie een ambtenaarsverhouding tot stand was gekomen, omdat (1) een payrollconstructie een schijnconstructie zou zijn; en (2) het materiële werkgeverschap bij de inlener ligt, waardoor eigenlijk sprake zou zijn van een aanstelling als ambtenaar. De Centrale Raad van Beroep beantwoordt deze vraag, in dit geval, ontkennend. Tot eenzelfde oordeel kwam de Centrale Raad van Beroep, anders dan de rechtbank in eerste aanleg, in een soortgelijke zaak (vergelijk CRvB 18 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1837 met Rechtbank Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699).

In het hiernavolgende ga ik allereerst nader in op de motivering die de Centrale Raad van Beroep ten grondslag legt aan de onderhavige uitspraak c.q. voormeld ontkennend antwoord. Daarna ga ik in op de gevallen waarin voormelde vraag mogelijk toch bevestigend kan worden beantwoord, alsmede op de laatste geluiden uit de politiek. Ik sluit af met een conclusie.

3.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care/StiPP*), dat er geen reden is om aan te nemen dat de gehanteerde payrollconstructie niet legitiem te achten is. In het arrest *Care4Care/StiPP* heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat een payrollconstructie moet worden gezien als een uitzendrelatie als bedoeld in artikel 7:690 en 7:691 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'), mits voldaan wordt aan de voorwaarden die in artikel 7:690 BW worden gesteld aan een uitzendrelatie, ongeacht of het payrollbedrijf een allocatiefunctie vervult. Dit laatste is evenwel discutabel, doordat de parlementaire geschiedenis allerminst duidelijk is op dat punt (zie voor een mooi overzicht: Conclusie A-G bij *Care4Care/StiPP* (ECLI:NL:PHR:2016:238) en J. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', Tijdschrift voor Ontslagrecht 2017). Hetgeen ook met zoveel woorden door de Hoge Raad wordt onderkend, doordat de Hoge Raad, kort gezegd, aangeeft dat de wetgever aanzet is, voor zover de uitleg van de Hoge Raad, in het licht van de bedoeling van de wetgever, onjuist en/of onwenselijk mocht zijn. Daarnaast kan ook een rechter in voorkomend geval, afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval, anders oordelen op grond van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, aldus de Hoge Raad. Ik kom hier zo dadelijk nog op terug. Hoe dan ook, met het arrest *Care4Care/StiPP* is de payrollconstructie als het ware (voor)alsnog gelegitimeerd, ondanks dat een uitdrukkelijke wettelijke grondslag hiervoor ontbreekt.

Het oordeel van de Hoge Raad heeft grote gevolgen (gehad) voor (de discussie rondom) de payrollconstructie. Voorheen werd (in de rechtspraak) nog wel eens aangenomen dat een payrollconstructie een schijnconstructie is waar doorheen dient te worden geprikt, zodat niet het payrollbedrijf maar de inlener kwalificeert als werkgever (o.a. Rechtbank Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, Rechtbank Oost-Nederland 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, Rechtbank Den-Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340 en Rechtbank Noord-Nederland 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692). Thans is, met het arrest *Care4Care/StiPP* en de onderhavige uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, klip en klaar dat een payrollconstructie, in beginsel, een geoorloofde constructie is, waarbij het payrollbedrijf (en dus niet de inlener) kwalificeert als werkgever. Met andere woorden, het enkele feit dat gebruik wordt gemaakt van een payrollconstructie kan niet (langer) tot gevolg hebben dat sprake is van een ongeoorloofde constructie waar doorheen dient te worden geprikt. Dit neemt niet weg dat een payrollconstructie, onder bijkomende omstandigheden, alsnog ongeoorloofd kan zijn aldus de Centrale Raad van Beroep, al laten de gevallen waarin hiervan sprake zou kunnen zijn zich moeilijk bedenken, niet in de laatste plaats gelet op de toch wel, overigens mijns inziens terechte, strikte uitleg van deze eventuele bijkomende omstandigheden door de Centrale Raad van Beroep in voornoemde uitspraken.

4.

Deze bijkomende omstandigheden zouden bijvoorbeeld kunnen volgen uit de bedoeling van de inlener c.q. partijen en/of de feiten en omstandigheden van het geval. Om die reden vervolgt de Centrale Raad van Beroep door, onder verwijzing naar vaste rechtspraak (o.a. CRvB 15 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4177 en CRvB 30 mei 2002,

ECLI:NL:CRVB:2002:AE4035), te oordelen dat niet gebleken is dat: (1) de inlener de bedoeling had om een ambtenaarsverhouding tot stand te brengen; of (2) van feiten of omstandigheden op grond waarvan de payrollwerknemer heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden. Meer concreet lijkt de Centrale Raad van Beroep in het onderhavige geval (en ook in de soortgelijke zaak CRvB 18 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1837) te oordelen dat inherent aan een payrollconstructie is dat de inlener juist geen ambtenaarsverhouding tot stand wilde brengen. Met dit in het achterhoofd, lijkt het op voorhand vrijwel uitgesloten dat bijkomende omstandigheden alsnog zouden kunnen maken dat een payrollconstructie toch niet geoorloofd is, althans dat hier doorheen dient te worden geprikt.

5.

Blijft over dat een payrollconstructie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en daarmee ongeoorloofd, kan zijn, dan wel in strijd kan zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierbij denk ik in ieder geval aan situaties waarbij een werknemer c.q. ambtenaar eerst (tijdelijk) in dienst is bij de inlener en vervolgens aansluitend, op verzoek van de inlener, (formeel) in dienst treedt bij een payrollbedrijf, om vervolgens (wederom) te werk te worden gesteld bij de inlener, enkel en alleen met als doel om als inlener 'verlost' te zijn van de lasten die het werkgeverschap, in het bijzonder een vaste aanstelling, met zich meebrengen, zonder dat de werknemer c.q. ambtenaar hierover (voldoende) wordt geïnformeerd. In die situaties blijft het mijns inziens verdedigbaar (en wenselijk) dat rechters zich (op zijn minst) kritisch zullen opstellen jegens dergelijke payrollconstructies en dat rechters in voorkomend geval zelfs door dergelijke payrollconstructies heen prikken met een beroep op de redelijkheid en billijkheid of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In de (lagere) rechtspraak zijn hiervan reeds een aantal voorbeelden te vinden (o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340 en Rechtbank Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY0861). Hoewel in deze uitspraken werd aangenomen dat in beginsel sprake was van een geoorloofde payrollconstructie, althans stond dit niet ter discussie, werd niettemin door deze constructie heen geprikt en zodoende de inlener aangemerkt als werkgever. Reden hiervoor was kort gezegd dat de inlener, bij wie de werknemer eerst in dienst was geweest, de werknemer niet dan wel onvoldoende had geïnformeerd over de rechtspositionele en financiële consequenties van de payrollconstructie (voor de werknemer), noch had de werknemer duidelijk en ondubbelzinnig ingestemd met de payrollconstructie (bijvoorbeeld door het aangaan van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf). Heeft de inlener de werknemer c.q. ambtenaar daarentegen voldoende geïnformeerd, dan lijkt de inlener weinig te vrezen te hebben, ook niet als de payrollconstructie enkel ten doel heeft om te voorkomen dat een ambtenaar een vaste aanstelling zou verkrijgen (zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 18 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:528).

Overigens, het feit dat voornoemde rechtspraak dateert van voor het arrest *Care4Care/StiPP* is wat mij betreft irrelevant, nu genoemd arrest onverlet laat dat een payrollconstructie in voorkomend geval op basis van de redelijkheid en billijkheid of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ongeoorloofd kan zijn. Met andere woorden, het arrest *Care4Care/StiPP* vormt mijns inziens zeker niet in alle gevallen een vrijbrief voor het ongelimiteerde gebruik van de payrollconstructie. Inleners, waaronder gemeenten, dienen steeds bedachtzaam en zorgvuldig om te gaan met dergelijke constructies.

6.

Ook in de politiek staat de (on)geoorloofdheid van de payrollconstructie al langer ter discussie. Dit heeft er zelfs toe geleid dat de Rijksoverheid per medio 2016, onder het mom van het geven van het goede voorbeeld, is gestopt met het gebruikmaken van payrollconstructies (*Stcrf.* 2014, 10082). Recent hebben ook gemeenten afgesproken om (op termijn, waarschijnlijk per 1 juli 2018) alleen nog maar van de payrollconstructie gebruik te maken als dat echt niet anders kan, bijvoorbeeld ingeval van piek-/niet-structurele werkzaamheden. In andere gevallen dient het personeel bij gemeenten vanaf dat moment in principe een aanstelling te krijgen. Voorts wordt het gebruik van de payrollconstructie door gemeenten (op termijn, waarschijnlijk eveneens per 1 juli 2018) ontmoedigd, doordat gemeenten hebben afgesproken dat zij aan payrollwerknemers voor hetzelfde werk eenzelfde beloning zullen betalen (inclusief pensioen, sociale zekerheid, etc.) als aan ambtenaren met een aanstelling bij die gemeente (zie uitgebreid het Principeakkoord CAO Gemeenten d.d. 4 juli 2017). Daarnaast bestaan er allerlei initiatieven om het gebruik van de payrollconstructie (in de private sector) te ontmoedigen door de positie van de payrollwerknemer te versterken en zo te voorkomen dat deze constructies vooral worden gebruikt voor ontduiking of ontwijking van al dan niet bij cao of rechtspositieregeling geregeld arbeidsvoorwaarden en regelingen. Een mooi voorbeeld hiervan is de zogenoemde Motie Hamer ([Kamerstukken II 2013/14, 33818, 43](#)), waarin de regering wordt verzocht te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers werkzaam bij de inlener en de eigen werknemers bij de inlener.

Naar aanleiding van het arrest *Care4Care/StiPP* zijn er tot slot Kamervragen gesteld aan de betrokken minister. In reactie hierop heeft de minister te kennen gegeven (begrijpelijkerwijs) het oordeel van de Hoge Raad te respecteren, maar sluit hij niet uit dat de wetgever, op termijn, met aanvullende wetgeving komt ten aanzien van de payrollconstructie (*Aanhangsel Handelingen II 2016/17, 654*). Gelet op (al) het voorgaande kan ik mij goed voorstellen dat de wetgever alsnog een standpunt inneemt over de (on)geoorloofdheid en/of (on)wenselijkheid van de payrollconstructie in zijn algemeenheid en/of dat de wetgever alsnog de mogelijkheden om gebruik te kunnen maken van de payrollconstructie aan banden legt of

ontmoedigt. Met andere woorden, het blijft opletten met de payrollconstructie.

7.

Kort en goed kunnen inleners, waaronder gemeenten, vooralsnog redelijk veilig gebruik (blijven) maken van de payrollconstructie, mits de payrollwerknemer in voorkomend geval voldoende wordt geïnformeerd over (de gevolgen voor) zijn rechtspositie en de constructie afdoende, bij voorkeur schriftelijk, wordt geregeld. Dit is voor gemeenten evenwel een tijdelijke situatie, gelet op het Principeakkoord CAO Gemeenten d.d. 4 juli 2017. Voort verwacht ik dat (ook) de wetgever op termijn met beperkende wetgeving zal komen ten aanzien van de payrollconstructie, waardoor het (nog) minder aantrekkelijk of zelfs verboden wordt om van een dergelijke constructie gebruik te maken. Al met al lijkt de payrollconstructie, zeker binnen gemeenteland, toch wel zijn langste tijd gehad te hebben.

Voetnoten

[\[1\]](#)

H. van Essen is werkzaam als advocaat ambtenarenrecht, arbeidsrecht en onderwijsrecht bij Nysingh advocaten – notarissen te Zwolle.