

De payrollconstructie en de Wwz

Een praktijkgerichte uiteenzetting van de gevolgen van de inwerkingtreding van de Wwz voor een bijzondere flexibele arbeidsconstructie.



Afstudeerscriptie HBO-Rechten
Auteur: Dhr. N. (Nick) Duin
Studentnummer: 2057243
Afstudeerorganisatie: Advocatenkantoor Pessers
Afstudeermentor: Dhr. mr. A.B.M. Pessers
Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste Afstudeerdocent: Mw. mr. A. Cobben
Tweede Afstudeerdocent: Dhr. mr. J. Lousberg
Tilburg, 12 januari 2016

De payrollconstructie en de Wwz

Een praktijkgerichte uiteenzetting van de gevolgen van de inwerkingtreding van de Wwz voor een bijzondere flexibele arbeidsconstructie.

Auteur:	Nick Duin
Studentnummer:	2057243
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Studierichting:	HBO-Rechten
Onderwijslocatie:	Tilburg
Eerste afstudeerdocent:	Mw. mr. A. Cobben
Tweede afstudeerdocent:	Dhr. mr. J.P.E. Lousberg
Blok:	E3 & E4
Afstudeerorganisatie:	Advocatenkantoor Pessers te Tilburg
Afstudeermentor:	Dhr. mr. A.B.M. Pessers
Afstudeerperiode:	september 2015 – januari 2016
Classificatie:	Intern

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeeronderzoek 'De payrollconstructie en de Wwz' welke is geschreven in het kader van de afronding van mijn opleiding HBO Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg.

Al vroeg tijdens mijn opleiding kwam ik erachter dat mijn interesse voornamelijk bij het arbeidsrecht ligt. Gelukkig had Advocatenkantoor Pessers voor mij een bijzonder vraagstuk op dat gebied, de payrollconstructie. Daarbij in het bijzonder de wijzigingen die deze bijzondere arbeidsconstructie ondervindt na de inwerkingtreding van de Wwz. Dit rapport bevat naast een juridische kwalificatie van de payrollconstructie ook de wijzigingen op het gebied van de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst c.q. het ontslag en de herplaatsingsinspanningsplicht. Het afstudeeronderzoek is geschreven in het perspectief van de drie betrokken partijen: de payrollwerknemer, de payrollorganisatie en de inlener.

Ik zou graag van de mogelijkheid gebruik willen maken om de heer Pessers te bedanken en in het bijzonder zijn uitstekende begeleiding. Ook wil ik hem bedanken voor de locatie waar ik dit onderzoek heb mogen verrichten, de groene omgeving heeft de inhoud van het onderzoek veel goed gedaan.

Tot slot wil ik mijn afstudeerdocent, mevrouw Cobben, bedanken voor haar begeleiding, hulp en de feedback op mijn stukken.

Nick Duin

Tilburg, januari 2016.

Inhoudsopgave

Samenvatting	7
Lijst van afkortingen	8
1. Inleiding	9
1.1 De afstudeerorganisatie	9
1.2 Aanleiding van het onderzoek	9
1.3 Vraagstelling	10
1.4 Deelvragen	10
1.5 Doelstelling	10
1.6 Belanghebbenden	10
1.7 Methode van onderzoek	11
1.8 Leeswijzer	11
2. Het juridisch kader	12
2.1 De payrollconstructie	12
2.1.1 Vormen van de payrollconstructie	12
2.1.2 Kwalificatie van de soort payrollconstructie.	13
2.2 De uitzendconstructie	14
2.2.1 De allocatieve functie	16
2.2.2 Wat is er veranderd met de komst van de Wwz?	17
2.2.3 Tussenconclusie	18
2.3 De arbeidsovereenkomst	19
2.3.1 Arbeid	19
2.3.2 Werkgeverschap / In dienst van	19
2.3.3 Loon	19
2.3.4 De uitvoering en de bedoeling	20
2.3.5 Komst Wwz	21
2.4 Conclusie	21
3. Wijzigingen in de arbeidsomstandigheden voor de invoering van de Wwz.	23
3.1 Ketenregeling	23
3.1.1 Payrollorganisatie	23
3.1.2 Payrollwerknemer	24
3.1.3 Inlener	24
3.2 Opvolgend werkgeverschap	24
3.2.1 Payrollorganisatie	25
3.2.2 Payrollwerknemer	26
3.2.3 Inlener	26
3.3 Ontslagvergoeding	26
3.4 Omzetting arbeidsovereenkomst	27
3.4.1 Payrollorganisatie	27
3.4.2 Payrollwerknemer	27

3.4.3	Inlener	27
3.5	Beëindiging arbeidsovereenkomst / Ontslag	28
3.5.1	Payrollorganisatie	28
3.5.2	Payrollwerknemer	29
3.5.3	Inlener	29
3.6	Herplaatsingsinspanning	29
3.6.1	Payrollorganisatie	30
3.6.2	Payrollwerknemer	30
3.6.3	Inlener	30
3.7	Deelconclusie	30
4.	Wijzigingen in de arbeidsomstandigheden na de invoering van de Wwz	32
4.1	Ketenregeling.	32
4.1.1	De payrollorganisatie.	32
4.1.2	Payrollwerknemer	33
4.1.3	Inlener	34
4.2	Opvolgend werkgeverschap	34
4.2.1	Payrollorganisatie	34
4.2.2	Payrollwerknemer	35
4.2.3	Inlener	36
4.3	Transitievergoeding	36
4.3.1	Payrollorganisatie	36
4.3.2	Payrollwerknemer	37
4.3.3	Inlener	37
4.4	Omzetting arbeidsovereenkomst	37
4.5	Beëindigen van de arbeidsovereenkomst / Ontslag	38
4.5.1	Payrollorganisatie	38
4.5.1.a	Ontslag via het UWV (Zie bijlage IV)	38
4.5.1.b	Ontslag via de kantonrechter (Zie bijlage V)	39
4.5.1.c	Hoger beroep en cassatie	40
4.5.2	Payrollwerknemer	40
4.5.2.1	Wederindiensttredingsvoorwaarde	40
4.5.2.2	Hoger beroep en cassatie	41
4.5.3	Inlener	41
4.5.4	Afspiegelingsbeginsel	42
4.6	Herplaatsingsverplichting	42
4.7	Deelconclusie	43
5.	Payroll en de praktijk	46
5.1	Conclusie Repay-overeenkomst	46
5.2	Conclusie Randstad-overeenkomst	46

6.	Conclusies en aanbevelingen	47
6.1	Conclusies	47
6.2	Aanbevelingen	51
	Literatuur- en bronnenlijst	52

Bijlage I: Ketenregeling voor juli 2015

Bijlage II: Ketenregeling na juli 2015

Bijlage III: Hoogte transitievergoeding

Bijlage IV: Ontslagroute UWV

Bijlage V: Ontslagroute Kantonrechter

Bijlage VI: Afspiegelingsbeginsel

Bijlage VII: Hoofdstuk 5, Payroll en de praktijk

Bijlage VIII: Arbeidsovereenkomst Repay

Bijlage IX: Personeelswijzer versie 2015.1

Bijlage X: Handelsregister

Bijlage XI: Arbeidsovereenkomst Randstad

Bijlage XII: Checklists

Bijlagen zijn opgenomen in aparte omslag

Samenvatting

De payrollconstructie is een niet in de wet vastgelegde bijzondere overeenkomst. Aangezien er geen vaststaande definitie is van de payrollconstructie heeft de literatuur uitgewezen dat er vijf verschillende vormen zijn. Deze vijf verschillende vormen kan men grofweg verdelen in twee categorieën: in de eerste categorie draagt de inlener zijn juridisch werkgeverschap over aan de payrollorganisatie. Dit gebeurt doordat de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met de payrollorganisatie. De payrollorganisatie stelt de werknemer vervolgens weer exclusief ter beschikking aan de inlener. In de tweede categorie neemt de payrollorganisatie enkel de salarisadministratie over van de inlener. Als partijen deze splitsing van het werkgeverschap goed afspreken is er niets aan de hand, maar zodra de partijen dit nalaten is de werkelijke werkgever niet goed aan te wijzen. Er bestaat dan een mogelijkheid dat de inlener als werkgever wordt gezien, omdat de inlener het werkelijke gezag over de payrollwerknemer heeft.

Per 1 januari 2015 en 1 juli 2015 is de Wet werk en zekerheid in werking getreden. De wetgever beoogt met deze nieuwe maatregelen dat de rechtspositie van de flexwerkers wordt verbeterd en de ontslagroute sneller en eenvoudiger verloopt. De belangrijkste wijzigingen die gelden voor de payrollconstructie zijn als volgt:

- Per 1 juli 2015 is de ketenregeling aangepast, de maximale contractduur voor bepaalde tijd contracten is 24 maanden. Daarnaast is de vierde arbeidsovereenkomst, ongeacht de duur, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. Bij deze regels kan per cao worden afgewezen. Om de keten te doorbreken is een pauze van meer dan zes maanden nodig.
- Het begrip opvolgend werkgeverschap is versoepeld. Men spreekt nu al van opvolgend werkgeverschap als dezelfde werkzaamheden worden verricht. Het is voor de nieuwe werkgever niet meer nodig om inzicht te hebben in de geschiktheid van de werknemer. Bij de overgang naar de payrollconstructie is er sprake van opvolgend werkgeverschap.
- Per 1 juli 2015 trad de transitievergoeding in werking. De payrollorganisatie is deze vergoeding verschuldigd aan werknemers die minstens 24 maanden in dienst zijn geweest, behoudens uitzonderingen. Daarnaast kan de kantonrechter een aanvullende billijke vergoeding aan de werknemer toekennen en kunnen er bepaalde kosten van de vergoeding worden afgetrokken.
- De werknemer moet ondubbelzinnig instemmen met de omzetting naar de payrollconstructie.
- Per 1 juli 2015 is het ontslagrecht veranderd. Aan de hand van artikel 7:669 BW wordt bepaald bij welke instantie de payrollorganisatie de arbeidsovereenkomst mag ontbinden. De payrollorganisatie kan zelf geen keuze maken en mag één ontslaggrond aanvoeren. Het UWV gaat over zaken met betrekking tot bedrijfseconomische redenen en bij langdurige ziekte, de kantonrechter over de resterende gronden zoals wordt bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub c t/m sub h BW. De ontslaggrond moet gebaseerd zijn op omstandigheden bij de inlener. Deze dient dus een personeelsdossier bij te houden van de payrollwerknemer.
- De payrollorganisatie heeft op grond van artikel 7:669 BW echter wel een herplaatsingsverplichting. Hij dient op zoek te gaan naar een vervangende opdrachtgever voor de payrollwerknemer. Als de payrollorganisatie dit nalaat, gaat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet door.
- De payrollwerknemer wordt tegenwoordig betrokken bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel, dit afspiegelen gebeurt bij de inlener.

Naar aanleiding van hetgeen uit het onderzoek is voortgekomen, wordt aan Advocatenkantoor Pessers drie checklists overhandigd waarbij per onderwerp de te nemen stappen worden behandeld.

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
r.o.	Rechtsoverweging
VPO	De Vereniging Payroll Ondernemingen
MvT	Memorie van Toelichting
cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
TAP	Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
Wwz	Wet werk en zekerheid
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
m.nt.	Met noot
Rb.	Rechtbank
ZZP	Zelfstandige zonder personeel
ArA	Arbeidsrecht Actueel
WCAO	Wet collectieve arbeidsovereenkomst
i.c.	In casu
Waadi	Wet Allocatie Arbeidskrachten Door Intermediairs
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de aanleiding en de probleembeschrijving van het onderzoek weergegeven. Eerst wordt echter de organisatie belicht, waarvoor het onderzoek is uitgevoerd. Daarop volgt de aanleiding voor het onderzoek, de centrale vraagstelling en de doelstelling van het onderzoek. Vervolgens wordt de methode van onderzoek met de daarbij horende strategieën vermeld. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer voor het onderzoek.

1.1 De afstudeerorganisatie

Dit onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van Advocatenkantoor Pessers uit Tilburg. Op het kantoor is één werkzame advocaat aanwezig, namelijk de heer A.B.M. Pessers. Het kantoor voert een algemene rechtspraktijk, de meest behandelde zaken hebben echter betrekking op strafrecht en het sociaal zekerheidsrecht.

1.2 Aanleiding van het onderzoek

Het overgrote deel van de Nederlandse beroepsbevolking werkt op basis van een arbeidsovereenkomst voor een werkgever. Deze overeenkomst is leidend in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Door de jaren heen is er echter veel veranderd op het gebied van arbeidsrecht en de onderlinge verhouding tussen werkgever en werknemer.

Om de werknemer te ondersteunen tegen de vaak kapitaalkrachtige werkgever, heeft de wetgever besloten om de werknemer een versterkte positie toe te kennen. Dit heeft zij gedaan door wetten te vormen waarbij de rechten van de werknemer worden gewaarborgd tegen bijvoorbeeld ontslag. Zo mag de werkgever de werknemer niet anders dan om redenen die worden genoemd in de wet ontslaan.

De wereld op het gebied van arbeidsverhoudingen verandert echter sneller dan de wetgever aankan. De werkgevers wensen meer flexibiliteit en minder administratieve taken. Om dit te bewerkstelligen heeft de wetgever zogenoemde flexibele arbeidsconstructies bedacht. Een flexibele arbeidsconstructie is een wijze waarop een organisatie zijn inleen van personeel organiseert.¹ Een voorbeeld van een dergelijke constructie is de uitzendconstructie. Het bijzondere in deze constructie zit voornamelijk in het feit dat de werknemer zijn arbeid niet verricht voor zijn werkgever, het uitzendbureau, maar voor een derde waar hij te werk wordt gesteld. Een opkomende flexibele arbeidsconstructie is de payrollconstructie.² Bij deze constructie is er sprake van een driehoeksverhouding, de payrollwerknemer komt namelijk in dienst van een payrollorganisatie die de payrollwerknemer vervolgens weer uitleent aan een derde (in de praktijk spreekt men over inlener of opdrachtgever).

In 2015 is de Wet werk en zekerheid (hierna *Wwz*) in twee fases in werking getreden. De eerste fase is per 1 januari 2015 in werking getreden en de tweede fase per 1 juli 2015. Sinds 1 januari 2015 zijn de regels betreffende de proeftijd en het concurrentiebeding veranderd. Daarnaast is de aanzegplicht ingevoerd. Hierbij moet de werkgever zijn personeel met een aflopend contract moet aanzeggen of hij dit contract voortzet en zo ja, onder welke voorwaarden. Per 1 juli 2015 is de zogenoemde ketenregeling aangepast waardoor andere regels gaan gelden voor opvolgende arbeidsovereenkomsten. Belangrijker wellicht is dat het ontslagrecht per 1 juli 2015 ingrijpend is gewijzigd.³ Zo is de Ontslagregeling in werking getreden. Deze ministeriële regeling is relevant voor payrollwerknemers omdat deze hen bij ontslag gelijkstelt met de in dienst zijnde werknemers bij de inlener.

¹ <www.laborredimo.nl> zoek op: 'MSP, broker, VMS, marktplaats of niets?', geraadpleegd op 8 september 2015.

² <www.vpo.nl> zoek op: 'Eerste kwartaal 2014', geraadpleegd op 8 september 2015.

³ <www.capra.nl> zoek op: 'Wwz', geraadpleegd op 8 september 2015.

In de memorie van toelichting van de Wwz heeft het kabinet duidelijk gemaakt dat zij wil voorkomen dat driehoeksrelaties - waaronder dus de payrollconstructie - oneigenlijk worden gebruikt.⁴ Aanleiding voor dit onderzoek is dan ook de vraag wat deze wetwijzigingen doen met de rechten van payrollwerknemers op het gebied van de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, omzetting van de arbeidsovereenkomst, het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, het ontslag en de herplaatsingsinspanning. Daarnaast is de vraag wat de wijzigingen met zich meebrengen voor de payrollorganisatie en de inlener.

Advocatenkantoor Pessers is een advocatenkantoor dat regelmatig payrollwerknemers adviseert en bijstaat in procedures die betrekking hebben tot de payrollconstructie. De kans bestaat echter dat het kantoor ook vragen ontvangt van de inlener of een payrollorganisatie. Advocatenkantoor Pessers wil zich voorbereiden op toekomstige zaken waarbij de payrollconstructie centraal staat.

1.3 Vraagstelling

Om deze centrale vraag zo goed mogelijk te beantwoorden is een aantal deelvragen geformuleerd. Het is de bedoeling dat de antwoorden op de deelvragen tezamen het antwoord vormen op de centrale vraag. Onderstaande deelvragen worden gebruikt om sturing en structuur aan te brengen in het onderzoek.

1.4 Deelvragen

Deelvraag 1: Wat is de payrollconstructie en welke (wettelijke) bepalingen zijn er van toepassing op de payrollconstructie voor en ná de invoering van de Wwz?

Deelvraag 2: Hoe was de situatie vóór de invoering van de Wwz bij wijzigingen in de arbeidsomstandigheden?

Deelvraag 3: Hoe is de situatie na de invoering van de Wwz bij wijzigingen in de arbeidsomstandigheden?

Deelvraag 4: Wat zijn de bevindingen van de betrokken partijen?

Deelvraag 5: Hoe adviseerde advocaat eerst zijn cliënten m.b.t. de payroll-constructie?

Deelvraag 6: Welke veranderingen moet de advocaat doorvoeren in zijn advieswerkzaamheden?

1.5 Doelstelling

Op 12 januari 2016 wordt aan de heer Pessers een onderzoeksrapport over de gevolgen van de Wwz voor de payrollconstructie overhandigd met daarin een uiteenzetting van de nieuwe rechten, plichten en regels die gelden voor de payrollwerknemer, payrollorganisatie en de inlener op het gebied van de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, de omzetting van de arbeidsovereenkomst, het ontslag en de herplaatsingsinspanning. Daarnaast worden als praktijkdeel van het onderzoek drie checklists overhandigd waarbij de advocaat gemakkelijk kan zien waar hij op moet letten bij een vraag over de payrollconstructie. Deze checklist is gemaakt voor vragen met betrekking tot de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, omzetting van de arbeidsovereenkomst, het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, het ontslag en de herplaatsingsinspanning afkomstig van een payrollwerknemer, de inlener of een payrollorganisatie.

1.6 Belanghebbenden

Het onderzoek heeft als hoofdbelanghebbende de heer Pessers. Daarnaast is het onderzoek ook interessant voor de payrollwerknemer, de payrollorganisatie en de inlener.

⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr 3, p. 7 (MvT).

1.7 Methode van onderzoek

Voor het beantwoorden van de deelvragen wordt gebruikgemaakt van twee verschillende onderzoeksstrategieën. Voor de eerste drie deelvragen wordt de onderzoekstrategie 'naar het recht' toegepast, door middel van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De wet, jurisprudentie alsmede literatuur zijn hierbij de belangrijkste bronnen. Het geldende recht wordt geïnterpreteerd en de Memorie van Toelichting wordt bekeken voor de achterliggende gedachte achter de wetswijziging(en). Er zal vooral, gezien het ontbreken van een wettelijke basisstructuur voor de payrollconstructie, gekeken worden naar jurisprudentie. Deze is op dit moment echter nog niet toereikend om de vernieuwde wetgeving te behandelen. De jurisprudentie is echter wel bruikbaar voor vraagstukken over het deel waar de Wwz niet op van toepassing is.

De literatuur die voor het onderzoek wordt gebruikt is gezaghebbend, relevant en actueel. De inhoud van deze literatuur wordt getoetst op betrouwbaarheid, waarbij bewust wordt gekozen voor literatuur die geschreven is door verschillende auteurs. Over de betrouwbaarheid van de wet en jurisprudentie hoeft verder niet te worden gespeculeerd. De methode van onderzoek is de inhoudsanalyse. Er wordt namelijk gebruikgemaakt van bestaande bronnen zoals de wet, jurisprudentie en literatuur. De gevonden revelante informatie wordt geselecteerd en vervolgens gestructureerd.

Voor deelvraag vijf wordt de onderzoeksstrategie 'onderzoek naar de praktijk uitgevoerd'. Bij dit hoofdstuk wordt een tweetal overeenkomsten onderzocht op de juistheid op juridisch gebied. Uit deze analyse zal vooral blijken hoe de partijen de wijzigingen hebben doorgevoerd.

Het onderzoek start op 7 september 2015 en eindigt op 12 januari 2016. De validiteit van het onderzoek wordt gewaarborgd door de argumenten te onderbouwen met literatuur en rechtsregels. Gedurende het onderzoeksproces worden verkregen onderzoeksbronnen continu geselecteerd op basis van juridische relevantie. De resultaten moeten tevens relevant zijn om tot beantwoording van de deelvragen te komen. Resultaten die niet tot dat doel leiden worden weggelaten. Op deze wijze is het onderzoek goed afgebakend. De relevante juridische gegevens worden op zodanige wijze verzameld en gestructureerd, dat er uiteindelijk antwoord kan worden gegeven op de centrale vraag.

1.8 Leeswijzer

In deze scriptie is ieder hoofdstuk voorzien van een korte inleiding. In de inleiding wordt kort beschreven wat er in het desbetreffende hoofdstuk wordt behandeld. In hoofdstuk twee zal worden ingegaan op het juridisch kader van de payrollconstructie. Tevens zal daar de vraag worden beantwoord of de payrollconstructie valt op te merken als uitzendovereenkomst of als arbeidsovereenkomst en welke verandering de Wwz daarin mee heeft gespeeld. In hoofdstuk drie worden er zes onderdelen behandeld die over de periode voor de komst van de Wwz gaan, te weten de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, de omzetting van de arbeidsovereenkomst naar de payrollconstructie, het ontslag en tenslotte de herplaatsingsinspanningsplicht. Voornoemde onderdelen worden per betrokken partij besproken. In hoofdstuk vier volgt eenzelfde behandeling als in hoofdstuk drie, alleen nu na de komst van de Wwz. In hoofdstuk vijf volgt er een onderzoek naar de praktijk waarbij twee payroll-overeenkomsten worden geanalyseerd en tot slot volgen in hoofdstuk zes de conclusies en aanbevelingen.

2. Het juridisch kader

De payrollconstructie staat in dit onderzoek centraal. De payrollconstructie zal in dit hoofdstuk eerst worden uitgelegd, omdat het vooralsnog een onduidelijk begrip is. Echt nieuw is de payrollconstructie niet, maar het is wel een bijzondere arbeidsconstructie die de laatste jaren een grote groei heeft doorgemaakt.⁵ Vervolgens volgt de juridische kwalificatie van de payrollconstructie, de vraag is namelijk of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een uitzendovereenkomst. De logische daaropvolgende vraag is welke partij aangemerkt kan worden als werkelijke werkgever, want dit is bij de payrollconstructie niet altijd duidelijk. Door het akkoord in het Sociaal Plan en de komst van de Wwz is het een en ander veranderd op het gebied van arbeidsrecht. In dit hoofdstuk wordt daarom het juridisch kader, de juridische kwalificatie en de benoeming van de betrokken partijen geduid van voor en na de invoering van de Wwz.

2.1 De payrollconstructie

In deze paragraaf wordt ingegaan op de payrollconstructie en de kwalificatie van de constructie. Een ondernemer kan ervoor kiezen om arbeidskrachten in te lenen in plaats van in dienst te nemen. Een van de bekendste manieren van het inlenen van personeel is via de uitzendconstructie.⁶ Een alternatief voor het inlenen van personeel is de payrollconstructie. De payrollconstructie is op zichzelf geen (juridisch) vaststaand begrip en is het makkelijkst te omschrijven als een driehoeksverhouding tussen inlener, payrollwerknemer en de payrollorganisatie.⁷

In beginsel verschilt de payrollconstructie niet veel met de uitzendconstructie.⁸ Het grootste verschil is het verwerven van personeel. In tegenstelling tot de uitzendconstructie gaat bij de payrollconstructie de inlenende partij zelf op zoek naar te verwerven arbeidskrachten. De gevonden arbeidskrachten laat hij vervolgens een arbeidsovereenkomst tekenen bij de payrollorganisatie en de payrollorganisatie stelt de arbeidskracht exclusief ter beschikking aan de inlener. Het juridisch werkgeverschap van de inlener wordt hierbij overgedragen aan de payrollorganisatie.⁹ Op het eerste gezicht lijkt deze constructie dus op de uitzendconstructie uit artikel 7:690 BW.¹⁰ Om te kijken of dat zo is, wordt eerst gekeken naar de gebruikte vorm van de payrollconstructie.

2.1.1 Vormen van de payrollconstructie

Volgens de Stichting van de Arbeid zijn er vijf verschillende vormen van de payrollconstructie.¹¹ Zij hebben echter allen gemeen dat er sprake is van een relatie tussen drie partijen: de payrollwerknemer, de payrollorganisatie en de inlener. Om een helder beeld te vormen worden de vijf vormen hieronder besproken.

1. Allereerst is er de situatie waarbij de payrollorganisatie de salarisadministratie verzorgt voor de inlener. In deze situatie blijft de werknemer onder contract staan bij de inlener, de payrollorganisatie verzorgt alleen de salarisadministratie.
2. Als tweede is er de situatie waarbij de inlener de werving en selectie van nieuwe arbeidskrachten verzorgt. De inlener spreekt met de arbeidskracht af dat deze in dienst treedt bij de payrollorganisatie en vervolgens wordt hij voor een zekere tijd

⁵ 'Payrollbranche vaart wel bij economisch herstel', *nu.nl* 26 mei 2014, <www.nu.nl> (Zoek op *payrollbranche economisch herstel*), geraadpleegd op 1 november 2015.

⁶ 'In Nederland zijn jaarlijks ruim 700.000 mensen werkzaam als uitzendkracht', *arboflexbranche.nl* <www.arboflexbranche.nl> (zoek op: 'Aantal uitzendkrachten per branche'), geraadpleegd op 15 november 2015.

⁷ Zie onder andere Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006/1019; Van Houte, 'Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil', *Arbeidsrecht* 2011/36; Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, 2012, p. 134 e.v.; Loonstra en Zondag 2010: 138 e.v.; Zwemmer in Houweling 2012: 505.

⁸ Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* Deventer: Kluwer 2011/36, p 9-13.

⁹ Er zijn in de praktijk veel begrippen om het juridische werkgeverschap te bespreken, zo spreekt men ook over de formele werkgever of het formele werkgeverschap.

¹⁰ E.M. Hooogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt', *ArbeidsRecht* Deventer: Kluwer 2012/6, p.3-8.

¹¹ Verschillende vormen van payrolling, uitgewerkt in Stichting van de Arbeid, 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', p. 8-11.

ter beschikking gesteld aan de inlener. Het uiteindelijke doel is dat de werknemer langdurig ter beschikking wordt gesteld. Tussen de inlener en de payrollorganisatie is een overeenkomst van opdracht gesloten. De arbeidskracht heeft een arbeidsovereenkomst bij de payrollorganisatie.

3. De derde situatie lijkt op de tweede situatie. De inlener verzorgt de werving en selectie van nieuwe arbeidskrachten. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payrollorganisatie en de werknemer wordt in beginsel langdurig en exclusief ter beschikking gesteld aan de inlener. Tussen de inlener en de payrollorganisatie is een overeenkomst van opdracht gesloten. De arbeidskracht heeft een arbeidsovereenkomst bij de payrollorganisatie. Het verschil met situatie twee is dat er geen wens bestaat om op langere termijn een arbeidscontract aan te gaan. De werknemer zal dan naar alle schijn alleen worden gebruikt voor de uitvoering van een bepaald project of ter vervanging van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer.
4. Bij de vierde situatie besluit de opdrachtgever om (een deel van) zijn werknemers te outsourcen aan een payrollorganisatie. De werknemers treden in dienst bij de payrollorganisatie en worden vervolgens weer beschikbaar gesteld aan de inlener.
5. De vijfde situatie wordt vooral gebruikt als een tijdelijke oplossing. Deze vorm is vooral bedoeld voor ZZP-ers die (nog) geen verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming kunnen krijgen, maar wel in de toekomst als ondernemer willen werken. De ZZP-er zorgt zelf voor opdrachten en bepaalt zelf de tarieven, de payrollorganisatie stelt de ZZP-er ter beschikking van de opdrachtgever, verzorgt de facturatie aan de opdrachtgever en doet de salarisadministratie. De ZZP-er kan zo alsnog zijn werkzaamheden verrichten. Deze variant wordt tijdens deze scriptie buiten beschouwing gelaten.¹²

2.1.2 Kwalificatie van de soort payrollconstructie.

Zoals in het voorgaande is aangegeven zijn er in de hoofdlijnen vijf verschillende vormen van de payrollconstructie te onderscheiden. Deze vijf vormen kan men vervolgens weer onderverdelen in twee varianten, enerzijds om het overzicht te bewaren en anderzijds omdat de varianten op elkaar lijken. De eerste variant is waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft bij de inlener en de payrollorganisatie verzorgt enkel de salarisadministratie. Bij de tweede variant treedt de payrollwerknemer in dienst bij de payrollorganisatie en wordt deze vervolgens ter beschikking gesteld aan de inlener.

Om te kijken welke constructie aan de orde is, dient men zich twee vragen te stellen.

1. Met welke partij heeft de payrollwerknemer de arbeidsovereenkomst gesloten?
2. Is die overeenkomst vervolgens te kwalificeren als arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW? Zo ja, dan is de vraag of de arbeidsovereenkomst onder het begrip uitzendovereenkomst valt zoals bedoeld wordt in artikel 7:690 BW.

Ad 1: In de praktijk heeft de werknemer veelal een arbeidsovereenkomst getekend bij de payrollorganisatie. Zodra hij een arbeidsovereenkomst heeft getekend bij de inlenende partij, is er vrijwel altijd sprake van de eerste variant en beheert de payrollorganisatie alleen de salarisadministratie.

Ad 2: Men kan een arbeidsovereenkomst kwalificeren aan de hand van artikel 7:610 BW. Dat er namelijk "arbeidsovereenkomst" op een overeenkomst staat betekent niet gelijk dat dit een arbeidsovereenkomst is. Er moet dus worden gekeken naar de constitutieve elementen die in de overeenkomst zijn opgenomen met betrekking tot artikel 7:610 BW. De arbeidsovereenkomst wordt in artikel 7:610 lid 1 BW als volgt gedefinieerd:

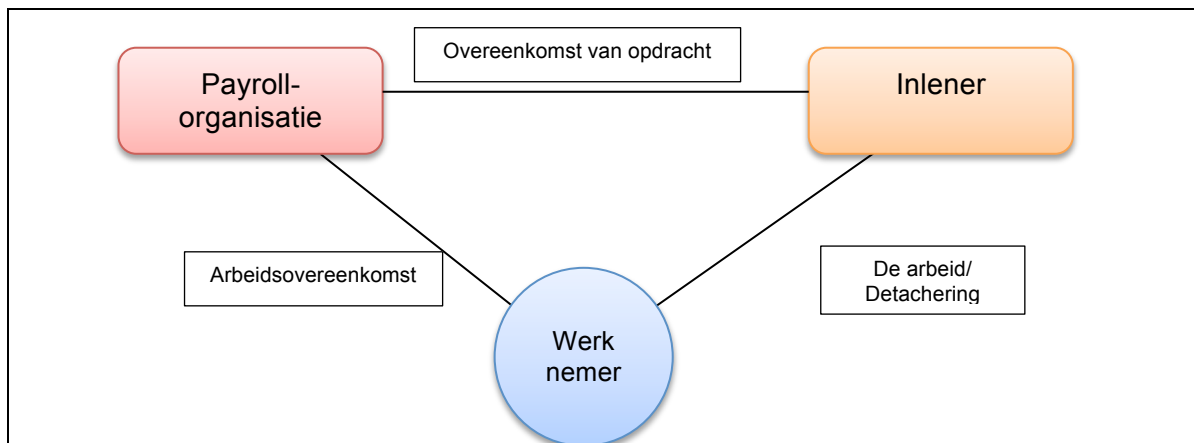
¹² Alle vormen zijn gehaald uit: Stichting van de Arbeid, 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', p. 8-11.

‘De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.’

Men kan uit dit artikel een aantal elementen halen. Dat betreft de gezagsverhouding, het loon en de verplichting tot het verrichten van arbeid.¹³ Mochten deze elementen niet zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst, kan mogelijk sprake zijn van een ander soort overeenkomst. In het kader van eventuele dwingende rechten en bescherming voor de werknemers is het van belang om te kijken of de benoemde elementen aanwezig zijn.¹⁴ Om te zorgen dat er daadwerkelijk sprake is van een payrollconstructie dient er nog een additieve voorwaarde op zijn genomen in de arbeidsovereenkomst, namelijk een element dat de arbeid wordt verricht bij een derde.¹⁵

Er zijn vijf verschillende vormen van de payrollconstructie. Tijdens dit onderzoek wordt er gekozen voor de meest voorkomende variant van de payrollconstructie. Deze is als volgt: *“De arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte - in beginsel langdurige – opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payrollovereenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet door de werkgever. De payrollonderneming vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt. De payrollonderneming is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in geval van re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde.”*¹⁶

Om het één en ander te verduidelijken is de payrollconstructie opgenomen in de onderstaande afbeelding.



2.2 De uitzendconstructie

Veelal wordt er in de literatuur geschreven dat de juridische basis van de payrollconstructie zijn grondslag vindt in artikel 7:690 BW.¹⁷ Dit is het artikel betreffende de uitzendovereenkomst. In deze paragraaf wordt de uitzendconstructie behandeld en wordt er gekeken of de payrollconstructie gekwalificeerd kan worden als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

¹³ Prof. mr. H.L. Bakels. *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2015, hoofdstuk 3.1.2, p. 58.

¹⁴ Prof. mr. H.L. Bakels. *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2015, hoofdstuk 3.1.2, p. 58.

¹⁵ Een andere benaming kan ook zijn "Ter beschikking worden gesteld".

¹⁶ "Wat is payrollen?", *vpo.nl*, <www.vpo.nl> (Zoek op *Wat is payrollen?*), geraadpleegd op 1 september 2015.

¹⁷ Art. 6 lid 6 cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010 en art. 8.1 VPO Arbeidsvoorwaardenregeling.

De definitie van de uitzendovereenkomst is als volgt in artikel 7:690 BW opgenomen:

‘De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.’

In artikel 7:690 BW zijn vier elementen te onderscheiden, namelijk:

- 1) De arbeidsovereenkomst;
- 2) waarbij de werknemer door de werkgever;
- 3) in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten;
- 4) onder toezicht en leiding van een derde.¹⁸

Wanneer aan alle vier de elementen van artikel 7:690 BW wordt voldaan, is er sprake van een uitzendovereenkomst. De definitie van artikel 7:690 BW is ruim. Zij is namelijk van toepassing op tal van driehoeksverhoudingen, zoals de detacheringsconstructie.¹⁹ Binnen de uitzendconstructie wordt er een onderscheid gemaakt tussen het juridisch en materieel werkgeverschap. De juridische werkgever is het uitzendbureau, deze is op papier namelijk de werkgever. Het materiële werkgeverschap ligt bij de inlener, aangezien hij de dagelijkse leiding heeft over de uitzendkracht.

Het bijzondere karakter van een uitzendbureau is de allocatiefunctie die zij vervult.²⁰ De allocatiefunctie wordt als volgt gedefinieerd:

*‘Het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid’.*²¹

Dit houdt in dat de hoofdbedrijfsactiviteit van het uitzendbureau het uitleenen van personeel is en dat zij als werkgever actief op zoek gaat naar toekomstig uitleenbare arbeidskrachten. Een “traditioneel” uitzendbureau vervult deze actieve allocatiefunctie, zij gaat immers actief op zoek naar nieuw te verwerven personeel en benadert (toekomstige) inleners om het personeel daar te plaatsen.²² Een payrollorganisatie vervult deze functie niet omdat zij niet actief op zoek gaat naar personeel.²³ De situatie is echter voor verandering vatbaar en dient per geval te worden bekeken. Een dergelijke veranderlijke situatie kan zijn zodra een payrollorganisatie zich actief op de arbeidsmarkt gaat begeven en werkgevers een aanbod doet om het personeel onder de payrollconstructie te laten werken. De allocatiefunctie die de payrollorganisatie dan vervult, zou passief kunnen doorwerken op de verhouding tussen de organisatie en de werknemer.²⁴ In praktijk zal een payrollorganisatie niet zo snel actief werkgevers benaderen om het personeel op de payroll te zetten.²⁵ De wetgever heeft wel duidelijk gemaakt dat het sporadisch uitleenen van werknemers door werkgevers met een geheel ander soort beroeps- of bedrijfsactiviteit niet onder de allocatiefunctie valt.²⁶ Evenmin als de uitzendorganisatie

¹⁸ prof. mr. F.B.J. Grapperhaus, *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012 p. 173-186.

¹⁹ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

²⁰ E.M. Hoogeveen, *‘De inlener en het werkgeverschap’*, ArA 2007/3, p.10.

²¹ Kamerstukken II 1996/97, 25.263, nr. 3, p. 9-11.

²² Als voorbeeld kan men de website bekijken van Randstad, dit bedrijf zoekt actief werknemers.

²³ Als voorbeeld kan men de website bekijken van Propayroll, <www.propayroll.nl>, er staan geen aanwezige vacatures.

²⁴ ‘Payrolling en de allocatieve functie’, *Wintertaling*, <www.wintertaling.nl> (Zoek op *Payrolling allocatieve functie*), geraadpleegd op 1 november 2015.

²⁵ Daarnaast dient men zich af te vragen wat er onder het begrip *actief benaderen* valt, naar mijn mening valt onder actief benaderen een payroll-organisatie die uit zichzelf en gericht een werkgever benaderd met een op maat gemaakte offerte.

²⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

slechts bemiddelt bij het tot stand komen van arbeidsovereenkomsten tussen een derde en de arbeidskracht.²⁷

2.2.1 De allocatieve functie

In deze paragraaf wordt dieper op de allocatiefunctie ingegaan. De vraag die men zich eerst moet stellen is of een allocatieve functie benodigd is bij de kwalificatie van arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst, deze is immers niet opgenomen in artikel 7:690 BW.

Voormalig minister van Sociale Zaken Donner kwam na Kamervragen met het antwoord dat hij vindt dat de allocatiefunctie niet als constitutief vereiste geldt voor het bestaan van een uitzendovereenkomst en dat een payrollorganisatie was gehouden aan de spelregels die gelden voor de uitzendconstructie zodra de arbeidsovereenkomst valt aan te merken als uitzendovereenkomst.²⁸ Ook huidig staatssecretaris Klijnsma is vooralsnog van mening dat de allocatiefunctie geen onderdeel uitmaakt van de definitie van de uitzendovereenkomst zoals wordt bedoeld in artikel 7:690 BW.²⁹ Zij laat het laatste woord echter over aan de Hoge Raad. In 2015 is er een zaak aanhangig gemaakt bij de Hoge Raad over deze kwestie. Op dit moment is het echter nog niet duidelijk wanneer de zaak wordt behandeld, daarom zal de uitkomst van die zaak ook niet worden meegenomen in dit onderzoek.³⁰

Ook de meest vooraanstaande en aangehaalde onderzoekers op het gebied van de payrollconstructie, mr. J.P.H. Zwemmers en mr. E.M. Hoogeveen, zijn het op dit punt niet met elkaar eens. Zwemmers brengt naar voren dat, kort gezegd, een payrollorganisatie geen allocatiefunctie vervult omdat de payrollorganisatie het personeel niet zelf zoekt.³¹ Daarnaast zegt Zwemmers dat bij de payrollconstructie materieel gezien geen uitzendconstructie beoogd wordt tussen de partijen en dat er tussen de payrollwerknemer en payrollorganisatie een arbeidsovereenkomst is gesloten en wordt beoogd.³² Hoogeveen is echter van mening dat de payrollconstructie voldoet aan de uitzendovereenkomst en volgt daarmee het standpunt van de minister.³³ Zij vindt namelijk dat de allocatiefunctie geen vereiste is voor de uitzendovereenkomst en aangezien de payrollconstructie nu eenmaal aan de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst voldoet, ziet zij het als een bijzondere vorm van uitzenden ziet. Zij pleit er echter wel voor om de allocatiefunctie op te nemen in artikel 7:690 BW.³⁴

De vraag of de allocatiefunctie nodig is bij een uitzendovereenkomst wordt per gerechtshof verschillend beantwoord. Het Hof Arnhem-Leeuwarden redeneert weer anders dan het Hof Amsterdam.³⁵ Het Hof Arnhem-Leeuwarden wijst als eerst op de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW en oordeelde als volgt:

“De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt immers slechts voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen, hetgeen betekent dat terbeschikkingstelling van werknemers doelstelling moet zijn van de bedrijfs- of

²⁷ P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015, hoofdstuk 2.6.

²⁸ Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3.

²⁹ Kamerstukken II 2014/15, ah-tk-20142015-2798, d.d. 8 juli 2015.

³⁰ ‘StiPP en de allocatiefunctie’, *VanDoorne*, <www.vandoorne.nl> (Zoek op *StiPP allocatie*), geraadpleegd op 1 november 2015.

³¹ J.P.H. Zwemmer, ‘Waarom de payroll-onderneming geen (uitzend)werkgever is’, TRA 2009,12

³² J.P.H. Zwemmer, ‘Waarom de payroll-onderneming geen (uitzend)werkgever is’, TRA 2009,12.

³³ E.M. Hoogeveen, ‘Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?’, *ArbeidsRecht* 2012/6, 08-03-2012 p1.

³⁴ E.M. Hoogeveen, ‘Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?’, *ArbeidsRecht* 2012/6, 08-03-2012 p2.

³⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670 en Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.

*beroepsactiviteit van de werkgever, zoals dit naar het oordeel van het hof volgt uit de parlementaire geschiedenis.”*³⁶

Vervolgens verwijst het Hof Arnhem-Leeuwarden naar de wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).³⁷ Het Hof zegt daarover:

“Ook uit de wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) blijkt dat de allocatie voorwaarde ziet op de gebruikmaking van het regime van artikel 7:691 BW. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt door de minister opgemerkt: “De in wetsvoorstel 25263 geopende mogelijkheid van een regime van verminderde rechtsbescherming dient strikt beperkt te blijven tot die situaties waar dit in verband met de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de allocatieve functie van het uitzendwezen daarin gewenst is.””³⁸

De wetgever insinueert gezien de wetsgeschiedenis dat - mocht er geen sprake zijn van een allocatiefunctie of deze functie wordt niet vervuld - er in dat geval geen sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst zoals deze wordt bedoeld in artikel 7:690 BW. De rechtbank Noord Nederland volgt Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn interpretatie van artikel 7:690 BW en dat het vervullen van een allocatieve functie een voorwaarde is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst.³⁹

Nu de payrollorganisatie geen allocatiefunctie mag vervullen valt de payrollconstructie niet onder de werkingssfeer artikel 7:690 BW, als men het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden volgt. Door deze bewering kan derhalve de payrollconstructie ook niet worden aangemerkt als bijzondere vorm van de uitzendconstructie.

Het Hof Amsterdam oordeelde echter weer anders dan het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het Hof oordeelde dat een IT-detacheerder ook viel onder de verplicht gestelde werkingssfeer van een pensioenfonds. Het (mogelijk) ontbreken van het vervullen van een allocatiefunctie stond daar niet aan in de weg, omdat niet uit de bewoordingen van artikel 7:690 BW volgt dat dit een voorwaarde is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst.⁴⁰

2.2.2 Wat is er veranderd met de komst van de Wwz?

Met de komst van de Ontslagregeling heeft de wetgever onder andere een juridische definitie gegeven aan de drie betrokken partijen van payrollconstructie ten tijde van het ontslag.⁴¹ De wetgever heeft echter niet de constructie juridisch benoemd, de vraag is dan ook of deze ministeriële regeling integraal gevolgd mag worden buiten de ontslagprocedure.⁴²

Als de Ontslagregeling wel integraal mag worden gevolgd voor de benoeming van de partijen, blijkt dat de payrollorganisatie geen allocatiefunctie mag vervullen. Artikel 1 onder f Ontslagregeling spreekt namelijk over:

*“De werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt”,*⁴³

³⁶ Kamerstukken II 1996/1997, 25.263, nr. 3, p 33-34 (MvT).

³⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670 r.o. 4.16.

³⁸ Kamerstukken II 1996/1997, 25.264, nr. 5.

³⁹ Rechtbank Noord-Nederland 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205.

⁴⁰ ‘StiPP en de allocatiefunctie’, VanDoorne, <www.vandoorne.nl> (Zoek op *StiPP allocatie*), geraadpleegd op 1 november 2015 en Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.

⁴¹ Hof Amsterdam 28 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

⁴² Een korte conclusie zou ‘nee’ zijn, de Ontslagregeling is immers alleen bestemd voor alle zaken betreffende het ontslag.

⁴³ Artikel 1 onder F Ontslagregeling.

Bij een grammaticale interpretatie van deze zinsnede moet het bedrijfsdoel van de payrollorganisatie zijn het uitlenen van personeel, niet het zoeken en verwerven van personeel.

Met de komst van de Wwz is echter geen definitief antwoord gekomen op de vraag of de allocatiefunctie verplicht is wil er sprake zijn van een uitzendovereenkomst ex. artikel 7:690 BW. Eén van de doelen van de Wwz is de gelijktrekking tussen payrollwerknemer en de “normale” werknemers.⁴⁴ Wat de wetgever echter over het hoofd heeft gezien is het uitzendbeding van artikel 7:691 BW. Dit beding is toepasbaar zodra de arbeidsovereenkomst voldoet aan artikel 7:690 BW. Door het uitzendbeding komt men niet toe aan de Ontslagregeling, dit beding houdt namelijk in dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het einde van de opdracht. Mits dit schriftelijk is overeengekomen. De payrollorganisatie hoeft dan bij de toepassing van het beding geen ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV en zo komt men ook niet toe aan het toetsen van de Ontslagregeling.⁴⁵ Door deze constructie wordt de positie van de payrollwerknemer juist verslechterd in plaats van verbeterd. Mocht de allocatiefunctie wel een verplichting zijn bij de toepassing van artikel 7:690 BW kan deze bijzondere vermijding van de Ontslagregeling niet, de payrollorganisatie vervult immers geen allocatiefunctie.

2.2.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf wordt een tussen-conclusie gegeven van het voorgaande. Zolang de wetgever het nalaat om een wettelijke omschrijving van de payrollconstructie te formuleren of de allocatiefunctie niet expliciet benoemt in artikel 7:690 BW, is het aan de rechter om te oordelen onder welke werkingssfeer de payrollconstructie valt. Omdat de rechters geen eenzijdige mening delen, blijft het gegeven dat de vraag onder welke arbeidsconstructie de payrollconstructie valt per rechtbank/gerechtshof verschillend wordt beantwoord.⁴⁶

Bij het vervolg van dit onderzoek wordt ervan uitgegaan dat de payrollconstructie daadwerkelijk geen uitzendovereenkomst is in de zin van artikel 7:690 BW. Deze keuze is gemaakt omdat de payrollorganisatie geen allocatiefunctie vervult. Haar bedrijfsdoel is namelijk niet gericht op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. De allocatiefunctie is gezien de wetsgeschiedenis een onderdeel van artikel 7:690 BW. Daarnaast is in de Ontslagregeling opgenomen dat een payrollorganisatie geen allocatiefunctie mag uitoefenen wil men geclassificeerd worden als payroll-werkgever. Als de wetgever hier niet voor had gekozen, dan zou het logischer zijn geweest om de payrollwerknemer in het geheel gelijk te trekken met de uitzendkracht, ze vallen dan immers allebei onder het kapstokartikel 7:690 BW en de daarbij standaard bijbehorende Uitzendkrachten cao. Uiteraard is het wezenlijke verschil tussen de payrollwerknemer en een uitzendkracht dat een payrollwerknemer voor een langdurige tijd wordt uitgeleend. Ook speelt mee dat de selectie van toekomstige arbeidskrachten plaatsvindt bij de inlener, niet bij de payrollorganisatie en dat de constructie exclusief gericht is op één bepaalde werknemer. Er is immers bij ziekte geen vervanging.⁴⁷

Uiteraard dient bij de kwalificatie rekening te worden gehouden met veranderlijke omstandigheden zodra de payrollorganisatie zich wel duidelijk gaat bemoeien met de

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33566, nr. 67.

⁴⁵ ‘Is er nog plaats voor StiPP?’, *Sprengersadvocaten*, <www.sprengersadvocaten.nl> (Zoek op *StiPP*), geraadpleegd op 25 oktober 2015

⁴⁶ Een onbedoeld gevolg van geen eenduidig beleid bij de Rechtspraak kan het zo geheten “forum-shopping” worden. De payroll-organisaties zullen het meest gunstige arrondissement kiezen voor de behandeling van eventuele rechtszaken.

⁴⁷ J.P.H. Zwemmer, *‘Pluraliteit van werkgeverschap’*, Deventer: Kluwer 2012 p.137.

arbeidsmarkt.⁴⁸ De vraag is nu of de payrollconstructie voldoet aan de eisen van artikel 7:610 BW.

2.3 De arbeidsovereenkomst

Nu is geconcludeerd dat de payrollconstructie niet onder artikel 7:690 BW valt, worden in deze paragraaf de elementen van artikel 7:610 BW behandeld om te verduidelijken of de payrollconstructie kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. De drie vereisten van artikel 7:610 BW zijn dat de arbeid persoonlijk wordt verricht, er een gezagsverhouding is en dat er loon wordt betaald. Enkel en alleen het woord “arbeidsovereenkomst” op een overeenkomst, betekent immers niet gelijk dat er daadwerkelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.⁴⁹ Het dwingende karakter van artikel 7:610 BW zorgt dat er bij het moment van afsluiten aan alle vereisten dient te worden voldaan: partijen kunnen elementen niet uitsluiten.

2.3.1 Arbeid

Het element persoonlijk arbeid verrichten is –waarschijnlijk– geen probleem, de payrollwerknemer verricht de arbeid immers zelf bij de inlener. Daarnaast wordt de payrollwerknemer bij ziekte niet vervangen.

2.3.2 Werkgeverschap / In dienst van

Wellicht het grootste probleem bij de payrollconstructie zit in de aanduiding van de werkgever. Bij de payrollconstructie maakt men onderscheid tussen een juridische en een materiële werkgever. De inlener is de materiële werkgever, terwijl de payrollorganisatie de juridische werkgever is. Deze tweedeling levert de nodige problemen op, gezien het feit dat de materiële werkgever gezag uitoefent over de payrollwerknemer, terwijl de juridische werkgever geen bevoegdheid heeft om de payrollwerknemer taken toe te wijzen of werkinstructies te geven.⁵⁰ De payrollorganisatie fungeert dan ook alleen maar als uitbeter van het loon en verricht de andere administratieve taken. Het is dan ook goed voor te stellen dat men het gezag als het ware verdeelt in een feitelijk gezag en een contractueel gezag. Het feitelijk gezag ligt bij de inlener en het contractueel gezag bij de payrollorganisatie. Door deze splitsing van het gezag is het ook niet mogelijk dat de payrollorganisatie aansprakelijk wordt voor de eventuele fouten die de werknemer begaat op de werkvloer.⁵¹

2.3.3 Loon

Een ander heikel punt bij de payrollconstructie is de betaling van loon. Het loon is de tegenprestatie die ‘de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd terzake van de bedongen arbeid’.^{52, 53} Bij de payrollconstructie wordt het loon in opdracht van de inlener betaald door de payrollorganisatie. Dit kan gekwalificeerd worden als een administratieve handeling in opdracht van de inlener. De inlener betaalt immers de kosten voor de inlening. De payrollorganisatie moet deze betaling vervolgens overdragen aan de payrollwerknemer, wat gezien kan worden als een loonbetaling via artikel 6:30 lid 1 BW.⁵⁴ Artikel 6:30 lid 1 BW bepaalt dat een verbintenis kan worden voldaan door een derde, in

⁴⁸ Men zou zich hierbij een situatie kunnen bedenken waarbij een uitzendorganisatie náást haar uitzendwerkzaamheden ook payrolling gaat aanbieden aan haar klanten.

⁴⁹ HR 10 oktober 2003, JAR 2003, p. 263; In het arrest Van der Male BV/ Den Hoedt oordeelde De Hoge Raad dat “wanneer de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de elementen van artikel 7:610 lid 1 BW bevat, geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, hoewel partijen de tussen hen gesloten overeenkomst ‘arbeidsovereenkomst’ hebben genoemd”.

⁵⁰ Het lijkt immers niet wenselijk dat de payroll-organisatie zich gaat bemoeien met de bedrijfsvoering van de inlener.

⁵¹ Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2008, JAR 2008/164.

⁵² HR 18 december 1953, NJ 1954, 242.

⁵³ J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 3.

⁵⁴ Zwemmer, ‘De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie’, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2010/1, p. 20.

het geval van de payrollconstructie is de derde de inlener.⁵⁵ Het maakt voor de kwalificatie voor de werkelijke werkgever namelijk niet uit wie het loont betaalt.⁵⁶

2.3.4 De uitvoering en de bedoeling

Om vast te stellen of er tussen de payrollwerknemer en de payrollorganisatie een arbeidsovereenkomst is gesloten dient men ook te kijken naar de bedoeling van de partijen en vervolgens naar de feitelijke invulling van deze overeenkomst.⁵⁷ Want wat op papier staat dient namelijk slechts ter aanwijzing. Daarnaast moet men ook kijken naar de hoedanigheid van de partijen in het licht van de ongelijkheidscompensatie, waarbij mogelijk de initiële partijbedoeling onder omstandigheden moet wijken voor de feitelijke uitvoering.⁵⁸ Het is vervolgens aan de rechter om vast te stellen of de feitelijke uitvoering in overeenstemming is met wat partijen hebben beoogd.⁵⁹

Bij de payrollconstructie is de partijbedoeling dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst afsluit bij de payrollorganisatie, waarna deze werknemer ter beschikking wordt gesteld bij de inlener. De inlener heeft niet de intentie om tussen hem en de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst te sluiten, hij kiest er immers bewust voor om het juridisch werkgeverschap over te dragen aan een derde. De payrollwerknemer kan echter een andere bedoeling hebben. De payrollwerknemer heeft immers de sollicitatieprocedure doorlopen bij de inlener, niet bij de payrollorganisatie. De situatie kan voor hem de verwachting scheppen dat hij in dienst treedt bij de inlener en niet bij de payrollorganisatie. Ook bestaat de situatie waarbij de werknemer solliciteert op een vacature waarin niet staat vermeld dat hij in dienst treedt bij de payrollorganisatie.⁶⁰

De feitelijke situatie aan de kant van de payrollorganisatie maakt het een en ander ook niet duidelijker. Deze organisatie heeft wel de bedoeling om daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst overeen te willen komen met de payrollwerknemer, maar de werknemer heeft in de praktijk weinig tot geen contact met de payrollorganisatie. De rol van de payrollorganisatie komt er kort op neer dat hij zorgdraagt voor de betaling van het loon. In hoeverre de payrollwerknemer deze organisatie kan zien als zijn juridisch werkgever is aldus een terechte vraag.

Daarnaast is recentelijk meer jurisprudentie verschenen waarbij de rechter door het juridisch werkgeverschap van het payrollbedrijf heen kijkt en juist aansluit bij het feitelijke werkgeverschap van de opdrachtgever.⁶¹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de mogelijkheid bestaat dat, zonder dat partijen dat wisten of doorhadden, een arbeidsovereenkomst tussen payrollwerknemer en inlener is gecreëerd.⁶² Dit gebeurt ook als het tegen de bedoeling van de partijen in is, om een arbeidsovereenkomst te vormen.⁶³ Dat een arbeidsovereenkomst gevormd kan worden naar uiterlijke verschijning blijkt uit de rechtspraak, zolang voldaan is aan de elementen van artikel 7:610 BW.⁶⁴ De inlener oefent het gezag uit over de payrollwerknemer en de arbeid wordt verricht bij de inlener. De inlener geeft namelijk de werkinstructies en zal ook de

⁵⁵ E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3, p. 24.

⁵⁶ Ktr. Amsterdam 4 november 1999, *JAR* 2000/32: het enkele feit dat een bepaalde vennootschap op de loonstroken staat vermeld, is onvoldoende om een dienstverband met die vennootschap aan te gaan.

⁵⁷ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (Groen/Schoevers).

⁵⁸ Thuiszorg/PGGM (HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231) en de Gouden Kooi (HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109).

⁵⁹ Zie o.a. HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119 (UvA/Beurspromovendi) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449 (Thuiszorg/PGGM).

⁶⁰ Uiteraard dient de vacature dan afkomstig te zijn van de inlener, niet van de payroll-organisatie.

⁶¹ Rb. Enschede 21 maart 2013, *ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108* en Rb. Enschede 4 april 2013,

ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ6630.

⁶² J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap (diss., Amsterdam UvA)', Deventer: Kluwer 2012, p. 139-142.

⁶³ J.P.H. Zwemmer, 'Payrolling: wie is de werkgever en welke verplichtingen hebben het payrollbedrijf en de opdrachtgever jegens de werknemer?', *Verkeersrecht* 5-2013, p. 171

⁶⁴ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449: "Indien de relatie tussen partijen vanaf het begin en ook blijkens de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de contractuele afspraken aan alle voorwaarden van een arbeidsovereenkomst voldoet, is dat een belangrijke aanwijzing dat tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten – ook al wensen 'werkgever' en 'werknemer' geen arbeidsovereenkomst."

functioneringsgesprekken voeren met de payrollwerknemer. De conclusie kan worden getrokken dat er wordt voldaan aan de eerste twee elementen van artikel 7:610 lid 1 BW. Het derde en laatste element is het loon. Het loon wordt betaald door de payrollorganisatie. Echter, zoals is gebleken uit paragraaf 2.3.3, maakt dit niet uit voor de kwalificatie wie de werkgever is.

2.3.5 Komst Wwz

Gezien het bovenstaande is het logisch dat steeds vaker werd geprocedeerd over de vraag tussen welke partij de arbeidsovereenkomst nou gesloten was. Een aantal rechters kwam tot de conclusie dat de inlenende partij als werkgever dient te worden gezien en dus niet de payrollorganisatie.⁶⁵ De wetgever heeft met de Ontslagregeling geprobeerd de relatie tussen de verschillende partijen te kwalificeren. De Ontslagregeling regelt in artikel 1 de uitleg van de begrippen payrollwerkgever, payrollwerknemer en opdrachtgever (inlener).⁶⁶ De vraag blijft in hoeverre men de Ontslagregeling integraal mag toepassen, de Ontslagregeling is immers alleen van toepassing op ontslagaanvragen.

De kans dat de inlener gezien wordt als werkgever is altijd aanwezig als partijen het nalaten een en ander goed op papier te zetten.⁶⁷ De wetgever lijkt het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen payrollorganisatie en payrollwerknemer wel als uitgangspunt te nemen met de komst van de Ontslagregeling.

2.4 Conclusie

Om een antwoord te geven op de eerste deelvraag, namelijk *“Wat is payrolling en welke (wettelijke) bepalingen zijn er van toepassing op de payrollconstructie voor en ná de invoering van de Wwz?”* wordt een aantal punten duidelijk. Het blijkt dat de payrollconstructie slechts wordt beschreven in de literatuur, omdat een wettelijke grondslag ontbreekt. Ook is gebleken dat er vijf verschillende vormen van de payrollconstructie zijn. In deze scriptie zal de situatie centraal staan waarbij de werknemer wordt geworven en geselecteerd door de inlener, waarna de werknemer formeel een arbeidsovereenkomst overeenkomt met de payrollorganisatie om vervolgens exclusief te werk worden gesteld bij de inlener.

Nu er geen wettelijke bepaling betreffende de constructie is, brengt dit problemen met zich mee voor de kwalificatievraag. De vraag is of de payrollconstructie valt onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW, en dat er dus sprake is van een uitzendovereenkomst, of over onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW. Een groot onderdeel van dat vraagstuk heeft betrekking tot de vraag of de allocatiefunctie een verplicht onderdeel is van artikel 7:690 BW. De allocatiefunctie is kortgezegd het *“bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt”*. Gezien de recente uitspraken is de conclusie dat de allocatiefunctie een verplicht onderdeel vormt van artikel 7:690 BW. Dat een uitzendbureau de allocatiefunctie vervult is duidelijk, zij verwerft en zoekt de nieuwe werknemers immers zelf en is daarnaast actief op zoek naar opdrachtgevers. De payrollorganisatie zoekt geen personeel, deze wordt hem aangereikt door de inlener. Een ander punt is dat bij de uitzendconstructie een werknemer veelal kortstondig wordt uitgeleend, bij de payrollconstructie is de bedoeling dat de werknemer langdurig ter beschikking wordt gesteld. Dit valt onder andere ook te zien aan het feit dat er geen vervanger wordt geregeld zodra de werknemer zich bijvoorbeeld ziek meldt. Nu de payrollconstructie niet onder artikel 7:690 BW valt is de vraag of de payrollconstructie te kwalificeren is als arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Dit is het geval, er is bij de constructie namelijk wel sprake van gezag, arbeid en loon en dus sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.

⁶⁵ Rb. Enschede 21 maart 2013, JAR 2013/95, m. nt. E.M. Hoogeveen.

⁶⁶ Toelichting ontslagbesluit artikel 1

⁶⁷ Vgl. L. G. Verburg, ‘payrolling; Over duiding en verbinding’, *ArsArqui* december 2013/12.

De komst van de Wwz heeft het vraagstuk wie de werkgever is niet geheel weggenomen. Wel is door de komst van de Wwz duidelijker geworden wie valt aan te merken als juridisch werkgever ten tijde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het is echter de vraag bij wie de werknemer moet zijn voor overige werkgeverstaken. Dit is vooral aan de orde als de partijen geen duiding hebben gegeven aan de aanwijzing van de werkgever in de arbeidsovereenkomst en dat de werknemer daar niet ondubbelzinnig mee akkoord is gegaan.

3. Wijzigingen in de arbeidsomstandigheden voor de invoering van de Wwz.

Zoals in hoofdstuk twee is aangegeven, is er voor dit onderzoek gekozen om de payroll-constructie te zien als arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Bepalingen met betrekking tot de uitzendconstructie worden daarom dus ook niet behandeld. Om een vergelijking tussen het heden en het verleden te kunnen maken dient men eerst de oude wetgeving te bekijken. In dit hoofdstuk zal bekeken worden wat de rechten en plichten van de drie verschillende partijen zijn vóór de invoering van de Wwz. Er zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de ketenregeling, opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, omzetting van de arbeidsovereenkomst, het beëindigen van de arbeidsovereenkomst c.q. ontslag en herplaatsingsinspanning.

3.1 Ketenregeling

De ketenregeling bepaalt wanneer het laatste tijdelijke contract in een reeks wordt omgezet in een vast contract. De ketenregeling trad voor het eerst op 1 januari 1999 in werking en was geregeld in artikel 7:668a lid 1 BW (oud).

Op grond van artikel 7:667 lid 1 BW (oud) eindigde in beginsel een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege wanneer deze was afgelopen. Uitzonderingen werden geregeld in artikelen 7:668 BW (oud) en 7:668a BW (oud). Artikel 7:668a BW (oud) bevatte de volgende twee situaties waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd automatisch werd omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd:

- (1) Als arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van de eerste dag na de 36 maanden de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd (art. 7:668a lid 1 sub a BW (oud)).
- (2) Bij meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten welke elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd (art. 7:668a lid 1 sub b BW (oud)).

3.1.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de payrollorganisatie. Artikel 7:668a lid 1 BW (oud) gaat uit van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever, over het algemeen is de payrollorganisatie te zien als werkgever. De payrollorganisatie moet bij verlengen van de tijdelijke arbeidsovereenkomsten rekening houden met de uitzonderingen uit artikel 7:668a BW (oud), anders *kan* de werknemer van rechtswege een onbepaalde tijdcontract verkrijgen.

De payrollorganisatie dient bij het aannemen van een werknemer rekening te houden met het opvolgend werkgeverschap (zie hiervoor paragraaf 3.2). De kans bestaat namelijk dat de keten van arbeidsovereenkomsten al eerder is ingegaan. Daarnaast is het goed om te weten dat artikel 7:668a BW (oud) geen geheel dwingend karakter heeft en dat er bij cao kan worden afgeweken. Voor de payrollconstructie was tot 2012 een cao algemeen verbindend verklaard.⁶⁸

Werkgevers hebben in de loop van de tijd iets bedacht om af te zien van de ketenregeling. Artikel 7:668a lid 1 sub b BW (oud) spreekt namelijk over het doorbreken van de ketenregeling na meer dan drie maanden. Zo komt het voor dat werkgever met de werknemer een beëindigingsovereenkomst ex artikel 3:40 BW sluit, om deze vervolgens

⁶⁸ Op 31 december 2011 is de CAO voor Medewerkers van Payrollondernemingen (VPO-CAO) geëindigd.

na drie maanden en één dag weer in dienst te nemen. Dit is niet in strijd met de wet of misbruik van omstandigheden ex artikel 3:44 BW. De rechter vindt namelijk niet dat de werknemer nadeel ondervindt van de beëindigingsovereenkomst.⁶⁹ Al zijn er voorbeelden waarbij de werknemer wel nadeel kan ondervinden van een dergelijke constructie.⁷⁰ Men moet dan gaan kijken naar het –relatief onduidelijke– begrip goed werkgeverschap, wat in het gedrang is als een werkgever stelselmatig misbruik van de mogelijkheid maakt door deze constructie toe te passen gedurende een zekere periode.⁷¹

3.1.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de payrollwerknemer. De payrollwerknemer wil, in de meeste gevallen, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het is dan goed om te kijken of de werknemer niet bij toeval al in het bezit is van een dergelijke overeenkomst. Zoals besproken heeft artikel 7:668a lid 1 BW (oud) betrekking op een reeks van 36 maanden of een viertal arbeidsovereenkomsten. De payrollwerknemer kan wel te maken krijgen met een payrollorganisatie die besluit om hem langer dan drie maanden in de wacht te zetten. De werknemer kan hier weinig tegen doen, het is dan uitzitten van die termijn of ervoor kiezen op zoek te gaan naar een andere baan. Financieel was het voorheen niet een zodanige ramp, als payroll-werkgever kreeg je in ieder geval het minimum aan WW-rechten: ook precies drie maanden. Voor de zekerheid van een baan was het echter niet een succes.⁷²

3.1.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de inlener. Zodra de inlener de werknemer heeft overgeplaatst naar de payrollorganisatie heeft hij weinig van doen met de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer, deze wordt immers verzorgd door de payrollorganisatie.

3.2 Opvolgend werkgeverschap

Het opvolgend werkgeverschap trad op 1 januari 1999 in werking. Het werd toentertijd geregeld in de artikelen 7:668a BW (oud) en artikel 7:667 lid 4 en 5 BW (oud). De wetgever vond deze invoering noodzakelijk ter voorkoming van de zogenoemde draaideurconstructie.⁷³ Om het geheel sluitend te maken werd ook de situatie waarbij de ter beschikking gestelde arbeidskracht overgaat van een werkgever naar een andere werkgever, die bij dezelfde groep behoort, tot opvolgend werkgeverschap gerekend.⁷⁴ Onder opvolgend werkgeverschap wordt verstaan dat een werknemer, die al geruime tijd voor een werkgever werkt, vervolgens bij een andere werkgever dezelfde functie gaat verrichten.⁷⁵ Deze nieuwe werkgever moet dan tijdens het aanbieden van een contract rekening houden met eerdere gewerkte periodes en contracten. Opvolgend werkgeverschap werd geregeld in artikel 7:668a lid 2 BW (oud).

⁶⁹ Ktr. Dordrecht 8 februari 2007, *RAR* 2007/70; Prg. 2007/41:

⁷⁰ Ktr. Groningen (vzr.) 14 maart 2007, *JAR* 2007/102; *RAR* 2007/81: Een reisleidster werkt op basis van seizoencontracten. Omdat die worden onderbroken door perioden van meer dan drie maanden is geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Maar goed werkgeverschap kan meebrengen dat de werkgever gehouden is weer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden aan een werknemer die al zeventien jaar seizoensarbeid voor hem heeft verricht.

⁷¹ Ktr. Utrecht 12 december 2008, *JAR* 2009/31; Prg. 2009/28.

⁷² 'De nieuwe ketenregeling voor bestaande arbeidsovereenkomsten', *Wet&Recht*, <www.blog.wetrecht.nl> (Zoek op *nieuwe ketenregeling voor bestaande arbeidsovereenkomsten*), geraadpleegd op 25 oktober 2015.

⁷³ De werknemer wordt eerst door de werkgever voor bepaalde tijd in dienst genomen. In de periode daarna wordt de werknemer door een uitzendbureau aan de werkgever uitgeleend. Na afloop van het uitzendcontract neemt de werkgever de werknemer weer in dienst. Zo vervult de werknemer steeds dezelfde functie, afwisselend in dienstverband en via een uitzendbureau.

⁷⁴ Een groep zoals bedoeld wordt in artikel 2:24b BW.

⁷⁵ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26.

3.2.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de payrollorganisatie. Het moge duidelijk zijn dat er bij de payrollconstructie mogelijk sprake is van opvolgend werkgeverschap. De inlener kan er namelijk voor kiezen om zijn personeelsbestand geheel of deels over te plaatsen naar een payrollorganisatie. In die situatie is er sprake van een nieuwe werkgever, maar de werkzaamheden van de payrollwerknemers blijven over het algemeen van dezelfde aard. Mocht artikel 7:668 lid 2 BW (oud) er niet zijn, vervalt de schakel van arbeidscontracten van de werknemer en begint het tellen weer opnieuw. Op die manier wordt het wel heel lastig voor een werknemer om een vast contract te bemachtigen. Om dat misbruik te voorkomen bepaalt lid 2 van artikel 7:668 BW (oud) dat de ketenregeling alsnog van toepassing is als de werknemer een arbeidsovereenkomst aangaat *“met een werkgever die ten aanzien van de te verrichten arbeid redelijkerwijs als opvolger moet worden beschouwd”*.⁷⁶

Er moet dus sprake zijn van het verrichten van arbeid en een werkgever die als opvolger dient te worden beschouwd. Onder verrichte arbeid verstaat men arbeid die redelijkerwijs hetzelfde is als wat de werknemer bij de vorige werkgever uitvoerde.⁷⁷ De opvolgende werkgever is uiteraard degene waar de werknemer vervolgens in dienst treedt.

De Hoge Raad heeft zich ook over het opvolgend werkgeverschap uitgelaten. De Hoge Raad oordeelde dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap indien

“enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever”.⁷⁸

Er is hier sprake van een dubbele eis, mocht er aan één voorwaarde niet worden voldaan is er volgens de Hoge Raad geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Dit blijkt uit het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters.⁷⁹

Er moet dus sprake zijn van ‘zodanige banden’ tussen de oude en de nieuwe werkgever, dat de verkregen inzichten in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Bij de payrollconstructie weten de inlenende partij en de payrollorganisatie van de geschiktheid van de werknemer, de inlener heeft deze werknemer immers zelf uitgekozen en de payrollorganisatie neemt de werknemer in dienst. Opvolgend werkgeverschap geldt ook indien de ene payrollorganisatie de andere opvolgt als werkgever. Dus stel dat de werknemer via payrollorganisatie A ter beschikking wordt gesteld aan de inlener, en vervolgens besluit de inlener dat payrollorganisatie B voortaan zorgdraagt voor de ter beschikking stelling. In dat geval neemt payrollorganisatie B het arbeidsverleden van de werknemer over. De payrollorganisatie is wel verplicht een actieve houding op te stellen naar het arbeidsverleden van de werknemer. Hij moet uitdrukkelijk navraag hebben gedaan naar dit verleden.⁸⁰ Dit is ook in het eigen belang van de organisatie, deze moet immers de keuze maken tussen een payrollovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

⁷⁶ Artikel 7:668 BW (oud).

⁷⁷ Loonstra en Zondag 2008, p. 349.

⁷⁸ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603 en HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601..

⁷⁹ Van Tuinen was eerst werkzaam bij Connexxion, vervolgens trad Wolters in dienst bij Taxicentrale Wolters. Volgens Wolters was er sprake van opvolgend werkgeverschap omdat hij dezelfde werkzaamheden verrichtte als bij Connexxion. De Hoge Raad oordeelde van niet omdat de bedrijven concurrenten waren van elkaar en Wolters dus geen inzicht kan verkrijgen in de hoedanigheid en kwaliteit van de werkzaamheden van Van Tuinen.

⁸⁰ Ktr. Amsterdam 7 juli 2009, JAR 2009/290.

3.2.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de payrollwerknemer. Mocht de payrollwerknemer menen dat hij recht heeft op een onbepaalde tijdcontract dient hij dit te bewijzen.⁸¹ Hij moet kenbaar maken dat sprake is van dezelfde werkzaamheden en dat er hoedanige banden bestaan tussen de oude en de nieuwe werkgever, zodat de nieuwe werkgever als opvolgend werkgever beschouwd kan worden. De payrollwerknemer zal in de praktijk weinig moeite hebben om dit aan te kunnen tonen, hij treedt immers in dienst na overleg met de inlener.⁸²

3.2.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de inlener. Het opvolgend werkgeverschap speelt bij de inlener alleen een rol als hij besluit de werknemer (weer) in eigen dienst te nemen. Hij moet er dan rekening mee houden dat de werkgever al (meerdere) bepaalde tijdcontracten heeft afgesloten bij de payrollorganisatie, waardoor hij waarschijnlijk gelijk een contract voor onbepaalde tijd moet aanbieden aan de payrollwerknemer. Er moet dan uiteraard wel sprake zijn van dezelfde werkzaamheden.

3.3 Ontslagvergoeding

Vóór de invoering van de Wvz was er nog geen transitievergoeding en kon een ontslagvergoeding toegekend worden op basis van de kantonrechtsformule. Voor de volledigheid zal deze kantonrechtsformule kort uiteengezet worden. De kantonrechtsformule is bedacht door de zogenaamde Kring van Kantonrechters en is mogelijk van toepassing als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden via de kantonrechter.⁸³ De kantonrechtsformule had geen wettelijke basis en kantonrechters waren niet verplicht de formule toe te passen. Kort gezegd werd er aan de hand van twee objectieve factoren en een subjectieve factor een ontslagvergoeding berekend. De formule zag er als volgt uit:

$A \times B \times C = \text{ontslagvergoeding}$.
--

A = aantal gewogen dienstjaren, B = maandsalaris van de werknemer en C = Correctiefactor

De objectieve factoren zijn A en B. A is het aantal dienstjaren en B is het salaris van de werknemer. De dienstjaren worden berekend aan de hand van de leeftijd van de werknemer. Hoe ouder de werknemer is, hoe zwaarder de dienstjaren worden meegewogen.

dienstjaren van de werknemer tot zijn 34e levensjaar tellen voor een half maandsalaris per dienstjaar.
dienstjaren vanaf het 35e t/m het 44e levensjaar tellen voor een maandsalaris per dienstjaar,
dienstjaren vanaf het 45e t/m het 54e levensjaar tellen voor anderhalf maandsalaris per dienstjaar,
en tenslotte dienstjaren vanaf het 55e levensjaar tellen voor twee maandsalarissen per dienstjaar.

Een veel minder objectieve factor was de zogenaamde correctiefactor (de C uit de formule). De correctiefactor moet als het ware de hele situatie rondom het ontslag verwerken en kon per situatie afwijkend worden toegepast door de kantonrechter. Een correctiefactor van één was de situatie waarin de werknemer en werkgever beiden niet verwijtbaar waren. Wanneer de werkgever een verwijt kon worden gemaakt valt, werd de

⁸¹ Artikel 150 Rv

⁸² Mocht hij geen weet hebben van de inlener en heeft hij zijn sollicitatie doorlopen bij de payroll-organisatie en is deze actief op zoek gegaan naar een inlener is er wellicht sprake van een uitzendovereenkomst.

⁸³ De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, JAR 2008/300.

correctiefactor hoger dan één. En omgekeerd, wanneer de werknemer een verwijt kon worden gemaakt, werd de correctiefactor lager dan één. De werkgever moet deze vergoeding betalen. Bij de payrollconstructie was dat over het algemeen de payrollorganisatie.

Zoals vermeld was de kantonrechtersformule alleen aan de orde bij ontslag bij de kantonrechter. Bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst door middel van een beëindigingsovereenkomst werd het aan de partijen overgelaten om de hoogte van een eventuele ontslagvergoeding te bepalen. De payrollorganisatie moet deze vergoeding betalen, zij is immers de werkgever van de payrollwerknemer. De payrollorganisatie kan echter overleggen met de inlener hoe ze de kosten verdelen; hier staan de partijen vrij in.

3.4 Omzetting arbeidsovereenkomst

Het betreft hier de situatie waarbij de al bestaande arbeidsovereenkomst wordt omgezet naar de payrollconstructie.

3.4.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de omzetting van de arbeidsovereenkomst besproken voor de payrollorganisatie. De payrollorganisatie faciliteert alleen bij deze situatie. De organisatie moet echter wel letten op het opvolgend werkgeverschap in verband met de duur van de overeenkomst (zie hiervoor paragraaf 3.2). Dit is wel een uitstekend moment om afspraken te maken met de inlener over bijvoorbeeld de verdeling van de kosten bij een ontslag.

3.4.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de omzetting van de arbeidsovereenkomst besproken voor de payrollwerknemer. Veelal is de situatie benauwend voor de payrollwerknemer als hij hoort dat zijn werkgever zijn contract wil omzetten naar de payrollconstructie. De oude werkgever kan deze omzetting niet ambtshalve verrichten, hij heeft hiervoor ondubbelzinnig instemming nodig van de werknemer.⁸⁴ Een mondelinge toezegging is dus niet voldoende.⁸⁵

3.4.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de omzetting van de arbeidsovereenkomst besproken voor de inlener. De inlener kan besluiten dat hij zijn personeelsbestand op de payroll zet bij de payrollorganisatie. Redenen hiervoor kunnen uiteenlopen van het voorkomen van vast dienstverband of bijvoorbeeld het niet willen betalen voor de kosten van een zieke werknemer. De inlener moet alvorens de overgang naar de payrollconstructie onderzoeken of de werknemer akkoord wil gaan. Hij moet onderzoeken of de wil van de werknemer overeenkomt bij het aangaan van een payroll-overeenkomst.⁸⁶ Mocht er sprake zijn van een verslechtering van arbeidsomstandigheden voor de payroll-werknemer moet de inlener onderzoeken of de werknemer weet waar hij of zij aan begint met de payrollconstructie.⁸⁷ Als de inlener dit niet aannemelijk maken heeft de werknemer alsnog een arbeidscontract bij de inlener, ook al heeft deze al getekend bij de payrollorganisatie. Bij de overzetting moet de werknemer ondubbelzinnig en duidelijk instemmen. Het enkel informeren van de werknemer over de juridische gevolgen van het eindigen van de bestaande arbeidsovereenkomst is onvoldoende.⁸⁸

⁸⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340.

⁸⁵ Rechtbank Oost-Nederland 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108.

⁸⁶ Gerechtshof Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY9401.

⁸⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340 r.o. 5.8.

⁸⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340 r.o. 5.9

Mocht de inlener besluiten om de payrollwerknemer (weer) bij hem in dienst te nemen dient hij te letten op het opvolgend werkgeverschap van paragraaf 3.2. Voorts moet hij uiteraard de arbeidsvoorwaarden bespreken met de werknemer en de overeenkomst van opdracht tussen hem en de payrollorganisatie opzeggen.

3.5 Beëindiging arbeidsovereenkomst / Ontslag

Een van de meest ingrijpende gebeurtenissen bij een arbeidsovereenkomst is het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het kan echter iedereen overkomen, ook de mensen die werken onder de payrollconstructie. De reden voor ontslag hoeft niet altijd aan één van de partijen te liggen, deze kunnen immers prima functioneren. Een reden voor ontslag kan ook zijn dat de functie komt te vervallen. Er is dan geen sprake van disfunctioneren, maar van bedrijfseconomische redenen. Een andere reden - geheel in de sfeer van de payrollconstructie - is de situatie waarbij de inlener de overeenkomst tussen hem en de payrollorganisatie stopzet. Voor die reden heeft in 2009 het UWV samen met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een onderdeel toegevoegd aan de Beleidsregels Ontslagtaak (hierna: beleidsregels) waardoor het Ontslagbesluit van toepassing werd verklaard op ontslagaanvragen van payrollwerknemers.⁸⁹ Deze aanvulling is gekomen omdat de payrollconstructie een bijzondere contractuele relatie tussen drie partijen is waarbij de zeggenschap bij de inleende partij ligt, maar het juridisch werkgeverschap bij de payrollorganisatie.

3.5.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het ontslag besproken voor de payrollorganisatie. Wanneer de inlener besluit de inleenovereenkomst te beëindigen, dient de payrollorganisatie ontslag aan te vragen bij het UWV op grond van bedrijfseconomische redenen. De payrollorganisatie hoefde voorheen enkel als argument aan te voeren dat de inleenovereenkomst tussen de payrollorganisatie en de inlener is stopgezet. Hij moest dit uiteraard wel bewijzen, maar hij behoeft geen redenen aan te voeren waarom de inlener de opdracht heeft beëindigd. Het UWV ging toetsen of het ontslag op bedrijfseconomische gronden is gerechtvaardigd op grond van hoofdstuk 16 van de beleidsregels.⁹⁰ Het UWV toetste dus alleen aan de omstandigheden bij de payrollorganisatie, niet bij de inlener.

Door de komst van de Beleidsregels (oud) behoeft de payrollorganisatie geen rekening te houden met de opzegverboden en een opzegtermijn. De payrollorganisatie diende gemotiveerd aan te geven waarom de werknemer niet langer in dienst kon zijn.⁹¹ De constructie kon worden beëindigd als de inlener een betalingsachterstand heeft of als de inlener de opdracht beëindigde.

De payrollorganisatie diende wel rekening te houden met het afspiegelingsbeginsel. Dit beginsel is een verplicht criterium bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen om te bepalen welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen. Het personeel wordt per functie in leeftijdsgroepen ingedeeld, waarna het personeelsbestand wordt gewijzigd zodat de leeftijdsopbouw binnen deze functie zoveel mogelijk gelijk blijft. Vervolgens wordt gekeken welke werknemer het kortst in dienst is, deze komt namelijk als eerst voor ontslag in aanmerking. Voor een payrollorganisatie was dit een lastige opgave. Bijlage B van het Ontslagbesluit (oud) was niet van toepassing omdat geconcludeerd is dat de payroll-overeenkomst een arbeidsovereenkomst is en geen uitzendovereenkomst.⁹² Het afspiegelen bij de payrollconstructie lijkt onnodig omdat de payrollorganisatie dan personeel moet gaan ontslaan dat ergens anders werkzaam is, wat de wetgever ook heeft

⁸⁹ Stichting van de Arbeid, brief aan het Ministerie van Sociale Zaken en werkgelegenheid: *Visie Stichting van de Arbeid ontwikkeling van payrolling*, 11 mei 2012, p. 15.

⁹⁰ UWV WERKbedrijf, Beleidsregels Ontslagtaak 2012, hoofdstuk 16 paragraaf 3.

⁹¹ J.P.H. Zwemmer, Commentaar op Gerechtshof Leeuwarden 03-04-2012, LJN BW0819 werknemer/Persoonality Payrolling B.V.

⁹² Hoogeveen 2007, p. 11.

geconcludeerd. De payrollorganisatie kon een beroep doen op de hardheidsclausule van artikel 4:2 lid 3 Ontslagbesluit (oud). De payrollorganisatie kon het afspiegelen alleen toepassen op de werknemers die bij de inlener werken waar ontslag dreigt.⁹³ In deze constructie is het mogelijk dat een werknemer in aanmerking komt voor ontslag, terwijl vervanging van deze werknemer bij de opdrachtgever niet redelijkerwijs kon worden gerealiseerd. De payrollorganisatie ging namelijk niet over de inrichting van het personeelsbestand van de inlener.

Naast de situatie via het UWV was ook ontslag mogelijk via de kantonrechter ex artikel 7:685 BW (oud). De payrollorganisatie moest via deze route een schadevergoeding betalen. Van deze mogelijkheid werd in de praktijk niet veel gebruikgemaakt.⁹⁴

3.5.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het ontslag besproken voor de payrollwerknemer. Bij het beëindigen van de overeenkomst is de rechtspositie van de payrollwerknemer zwak te noemen. De payrollorganisatie hoeft immers alleen maar duidelijk te maken dat de overeenkomst van opdracht tussen de partijen is beëindigd. Mocht de payrollwerknemer het niet eens zijn met het ontslag kan hij een procedure starten op grond van artikel 7:681 BW (oud) en claimen dat het ontslag kennelijk onredelijk is.⁹⁵ Heeft dit veel kans van slagen? Zwemmer vindt van niet.⁹⁶ De rechter en het UWV hoeven namelijk niet de reden van ontslag op te nemen in hun beoordeling.⁹⁷ Enkel wordt er gekeken of er een herplaatsingsmogelijkheid (Zie hiervoor paragraaf 3.6) is en gekeken wordt of de overeenkomst tussen payrollorganisatie en inlener daadwerkelijk is geëindigd.

3.5.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het ontslag besproken voor de inlener. Zodra de opdracht afloopt of de inlener stopt met de payrollconstructie, moet hij dit overleggen met de payrollorganisatie. Deze zal het ontslag verder afhandelen. Bij een andere situatie wordt de inlener gezien als juridische werkgever.⁹⁸ Als deze situatie zich voordoet dan valt de payrollwerknemer terug op de gewone ontslagbescherming van het toen geldige BW en Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945. De payrollwerknemer wordt zo gelijk behandeld als een rechtstreeks in dienst zijnde werknemer. Er is dan geen verschil in ontslagbescherming. Dat de inlener als juridische werkgever werd gezien kwam voor de invoering van de Wwz steeds vaker voor.

3.6 Herplaatsingsinspanning

De payrollorganisatie die een werknemer wil ontslaan is gehouden aan de herplaatsingsinspanning. De rechter of het UWV wil dat de payrollorganisatie zich inspant voor het zoeken van nieuw werk voor de boventallige werknemer, dit werk moet uiteraard wel passend van aard zijn. Het UWV legt het begrip passend werk als volgt uit:

“Bij het begrip passende functie wordt gekeken naar de subjectieve/persoonlijke mogelijkheden van de werknemer. Daarbij is van belang of de functie voldoende aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de betrokken werknemer, terwijl het loon niet te zeer mag afwijken van wat hij eerder verdiende. Er vindt aldus een beoordeling plaats of de boventallige werknemer geschikt is voor deze

⁹³ Van Drongelen e.a. 2009, p. 136-137

⁹⁴ Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties 2013, p. 18, voor de ontslagvergoeding zie paragraaf 3.4.

⁹⁵ Van der Grinten 2011, p. 428.

⁹⁶ Zwemmer 2012, p. 140; Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties 2013, p. 17-18.

⁹⁷ Hof Leeuwarden 3 april 2012, JAR 2012/133.

⁹⁸ Een dergelijke situatie is voorhanden als de payroll-organisatie en de inlener over dit punt geen duidelijke afspraken maken.

*functie.*⁹⁹

3.6.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf wordt de herplaatsingsinspanning voor de payrollorganisatie behandeld. Het UWV toetst de aangevraagde ontslagvergunning wel aan de vraag of de payrollorganisatie zich genoeg heeft ingespannen om ontslag te voorkomen. Als een overtoollige werknemer herplaatst kan worden, is namelijk niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de werknemer noodzakelijk is en zal dus geen ontslagvergunning worden verleend.¹⁰⁰ De payrollorganisatie moet dus –actief- op zoek gaan naar een andere opdrachtgever/inlener voor de werknemer. De payrollorganisatie moet bij het ontslag aantonen dat hij op zoek is geweest naar een andere inlener. De beleidsregels stellen ook dat de payrollorganisatie de payrollwerknemer moet wijzen op vacatures.¹⁰¹ Maar wat nou als de potentiële nieuwe inlener de payrollwerknemer niet wil hebben? Het UWV heeft in zijn beleidsregels geen verdere maatregelen opgenomen bij dit geval. Men kan dus opmaken dat het enkel de bedoeling is dat de mogelijke vacatures worden geïnventariseerd en dat de payrollorganisatie bij interessante vacatures contacten legt, meer hoeft hij niet te doen.

3.6.2 Payrollwerknemer

De payrollwerknemer dient uiteraard open te staan voor de herplaatsing. Heeft de payrollorganisatie het herplaatsen nagelaten en is de ontslagvergunning alsnog verleend? Dan kan de payroll een procedure starten ex artikel 7:681 BW (oud) en stellen dat het ontslag onredelijk is.

3.6.3 Inlener

De inlener heeft op dit gebied weinig in te brengen, hij hoeft immers geen personeel te herplaatsen. De inlener kan wel eventuele verzoeken krijgen van payrollorganisaties of hij nog openstaande vacatures heeft.

3.7 Deelconclusie

Binnen de payrollconstructie zijn drie partijen betrokken. Dit zijn de payrollorganisatie, de payrollwerknemer en de inlener. Aangezien er geen wettelijke bepalingen zijn voor de payrollconstructie wordt teruggevallen op de bepalingen die gelden voor de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Van de zes onderwerpen wordt nu de conclusie gegeven

De ketenregeling was geregeld in artikel 7:668a BW (oud) en bepaalt wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de volgende twee situaties. 1) Een reeks van bepaalde tijdscontracten die 36 maanden overschrijden zonder tussenpozen van meer dan drie maanden tussen de contracten én 2) een reeks van meer dan drie bepaalde tijdscontracten zonder tussenpozen van meer dan drie maanden tussen de contracten.

In het verlengde van de ketenregeling is het begrip opvolgend werkgeverschap behandeld. Dit begrip houdt in dat een werknemer, die al geruime tijd voor een werkgever werkt, vervolgens bij een andere werkgever dezelfde functie gaat verrichten. Deze nieuwe werkgever moest dan tijdens het aanbieden van een contract rekening houden met

⁹⁹ Hoofdstuk 20-4 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie april 2014.

¹⁰⁰ Hoofdstuk 16-5 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie april 2014.

¹⁰¹ Een vraag die men ook hier weer kan stellen is de vraag of door de actieve zoektocht naar nieuw werk voor de payrollwerknemer de allocatiefunctie niet wordt voltooid. Naar mijn inziens lijkt dit zoeken naar een nieuwe inlener op de werkzaamheden die een uitzendbureau verricht, de payroll-organisaties heeft namelijk geen vacatures.

eerdere gewerkte periodes en contracten. Opvolgend werkgeverschap werd geregeld in artikel 7:668a lid 2 BW (oud). De nieuwe werkgever moest wel inzichten hebben in de hoedanigheid van de verworven arbeidskracht.

Vervolgens wordt het derde onderwerp besproken: de vergoeding op basis van de kantonrechttersformule. Deze vergoeding was slechts van toepassing als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden via de kantonrechter. Er was geen wettelijke basis voor deze formule en de kantonrechter behoefde deze niet toe te passen. Er is sprake van twee objectieve en een subjectieve factor waarmee de ontslagvergoeding werd geregeld. De vergoeding viel hoger uit als de ontbinding te wijten was aan de werkgever en lager als het de schuld van de werknemer betrof. De kantonrechtsformule werd betaald door de werkgever, i.c. de payrollorganisatie.

De meest ingrijpende gebeurtenis bij een arbeidsovereenkomst is het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Er is geconcludeerd dat het ontslaan van payrollwerknemers vrij gemakkelijk is, zodra de overeenkomst tussen payrollorganisatie en inlener wordt beëindigd is er namelijk sprake van een bedrijfseconomische reden. Een ontslagvergunning werd toen aangevraagd bij het UWV, welke de aanvraag vervolgens toetste aan de hand van de situatie bij de payrollorganisatie, niet bij de inlener. Aangezien de arbeidsplaats kwam te vervallen, werd een dergelijke vergunning snel verleend. Geconcludeerd is dat een payrollwerknemer niet in aanmerking kwam voor het afspiegelelingsbeginsel omdat de payrollorganisatie gebruik kon maken van de hardheidsclausule en de payrollorganisatie moeilijk het personeelsbestand bij een ander bedrijf kon wijzigen.

De herplaatsingsinspanning werd als laatste uiteengezet. De payrollorganisatie moet bij dreigend ontslag dan wel beëindiging van de arbeidsovereenkomst op zoek gaan naar een vervangende werkgever voor de payrollwerknemer. Er is geconcludeerd dat deze herplaatsingsinspanning inderdaad slechts bij een inspanning hoeft te blijven. Het UWV stelt namelijk niet dat de payrollorganisatie moet herplaatsen, slechts dat ze er naar moet kijken. Het inventariseren van vacatures was volgens de praktijk reeds afdoende.

4. Wijzigingen in de arbeidsomstandigheden na de invoering van de Wwz

Zoals in hoofdstuk 2 uitvoerig is besproken, is er voor deze scriptie gekozen om de payrollconstructie te zien als arbeidsovereenkomst als bedoeld wordt in artikel 7:610 BW. Bepalingen met betrekking tot de uitzend-constructie van artikel 7:690 BW worden daarom ook niet behandeld. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de gevolgen zijn van de Wwz voor de payrollconstructie. Omdat het arbeidsrecht vele onderdelen kent is er, net als in hoofdstuk 3, voor gekozen om enkel te richten op zes onderdelen. Deze zes onderdelen zijn als volgt: de ketenregeling, het opvolgend werkgeverschap, de transitievergoeding, herplaatsingsplicht, de omzetting arbeidsovereenkomst en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst / ontslag. Om het geheel overzichtelijk te houden worden de gevolgen van de drie betrokken partijen afzonderlijk omschreven.

4.1 Ketenregeling.

Bij de ketenregeling is sprake van een gedaanteverwisseling bij de arbeidscontracten na een bepaalde tijd. Na verloop van tijd verandert een tijdelijk contract in een contract voor onbepaalde tijd. Deze regeling wordt geregeld in artikel 7:668a BW en is per 1 juli 2015 veranderd. De tijdelijke contracten kunnen nu nog steeds tweemaal worden verlengd, maar de totale duur van de keten wordt beperkt tot 24 maanden. De keten wordt daarnaast na de inwerkingtreding van de Wwz pas verbroken bij een tussenpoos van meer dan zes maanden. Kortom, het laatste tijdelijke contract wordt automatisch omgezet in een contract voor onbepaalde tijd indien dat contract het vierde contract in de keten is, of de totale duur van de tijdelijke contracten meer dan 24 maanden bedraagt. De ketenregeling kan worden uitgezonderd voor bepaalde doelgroepen, denk hierbij aan personen die werkzaam zijn in de cultuur- of sportsector.¹⁰²

4.1.1 De payrollorganisatie.

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de payrollorganisatie. Allereerst moet de payrollorganisatie er rekening mee houden dat een overgangsperiode nog steeds actief is. Arbeidsovereenkomsten die zijn afgesloten voor 1 juli 2015 vallen tot hun einde onder de oude regeling. Een tijdelijk contract kan dus niet op 1 juli 2015 plotseling op basis van de nieuwe regeling een contract voor onbepaalde tijd worden.¹⁰³ De vernieuwde regels gelden dus voor arbeidsovereenkomsten die zijn afgesloten vanaf 1 juli 2015. Vanaf 1 juli 2015 kunnen de contracten, zoals eerder vermeld, slechts tweemaal worden verlengd en de totale duur van de keten is beperkt tot 24 maanden.¹⁰⁴ De keten wordt verbroken bij een "pauze" van meer dan zes maanden. Bij de telling van het aantal opeenvolgende arbeidscontracten rekening dient de payrollorganisatie rekening te houden met het begrip opvolgend werkgeverschap zoals wordt bedoeld in lid 2 van artikel 7:688a BW (zie voor een brede toelichting paragraaf 4.2).

Het artikel met betrekking tot de ketenregeling is van driekwart dwingend recht, er kan dus ten voordele en ten nadele van de werknemer worden afgeweken op basis van een cao.¹⁰⁵ De duur van de ketens kan per cao worden bepaald op een maximum van 48 maanden in plaats van 24 maanden. Voor de payroll-overeenkomsten is er geen algemeen verbindend verklaarde cao.¹⁰⁶ Dit sluit echter niet uit dat een payrollorganisatie een cao van toepassing heeft verklaard op zijn arbeidsovereenkomsten.

¹⁰² Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 juni 2015.

¹⁰³ <www.boekel.com>zoek op: 'Wwz: wijzigingen in de ketenregeling per 1 juli 2015 (B)', geraadpleegd op 17 oktober 2015.

¹⁰⁴ Er is een nog ruimere overgangsperiode als de werkgever op 1 januari 2015 onder de werking van een CAO valt die een ruimere bepalingen hanteert, dan mogen die regels - zolang de CAO geldt, maar tot maximaal 1 juli 2016 - worden toegepast

¹⁰⁵ G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., CAO-recht in beweging, SDU Den Haag 2005, p. 121.

¹⁰⁶ Van september 2006 tot en met 31 december 2011 kende de VPO een eigen 'CAO voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen' (VPO-CAO), deze is echter niet verlengd.

Van de tussenpoos van zes maanden kan niet bij cao worden afgeweken. Door de tussenpoos te verhogen naar zes maanden verwacht de regering dat er minder gebruik wordt gemaakt van deze onderbreking en dat werkgevers werknemers eerder een vast contract zullen aanbieden.¹⁰⁷ Een andere factor die daarbij moet helpen ligt in de sfeer van ziekte en arbeidsongeschiktheid. Hoe meer werknemers in de Ziektewet komen ná het uitdienen van hun contract, hoe hoger de premie wordt die de payrollorganisatie moet afdragen.¹⁰⁸

Er zijn echter uitzonderingen op de ketenregeling. De eerste uitzondering die de wet benoemt komt echter niet vaak voor. Een eerste contract van langer dan 24 maanden mag daarna nog één keer worden verlengd voor een maximum van drie maanden. Het contract gaat door deze verlening over de maximale termijn heen, toch eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege na deze termijn.¹⁰⁹ Een andere uitzondering is de werknemers die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt en maximaal twaalf uur per week werken.¹¹⁰ Een wellicht onbedoelde voorwaarde voor de toepasbaarheid van de ketenregeling is dat deze pas begint te lopen zodra de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt.¹¹¹ Wordt de werknemer achttien en heeft hij een lopende arbeidsovereenkomst van meer dan twaalf uur? Dan geldt deze arbeidsovereenkomst als start van de keten en begint de periode van 24 maanden te lopen. De systematiek van artikel 7:668a BW geeft de payrollorganisatie enige flexibiliteit bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten. Aan het einde van het derde contract of na 24 maanden, mits er geen sprake is van artikel 7:668a lid 11 BW, dient hij de payrollorganisatie een heldere keuze te maken. De payrollorganisatie moet kiezen voor een dienstverband voor onbepaalde duur of hij beëindigt het dienstverband met de mogelijke inachtneming van de aanzegplicht.¹¹²

4.1.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de payrollwerknemer. De werknemer heeft, gezien de wettelijke bepalingen, niet zoveel te maken met de ketenregeling. De payrollorganisatie mag in principe zo vaak als hij wil gebruikmaken van de onderbrekingsmogelijkheid van zes maanden. De Hoge Raad staat een dergelijk gebruik van deze wettelijke doorbrekingsgrond toe.¹¹³ Dit is dus niet in strijd met artikel 7:668a BW.¹¹⁴ Een vraag die men zich wel kan stellen is of het stelselmatig gebruikmaken van de onderbrekingsmogelijkheid in strijd is met het goed werkgeverschap zoals wordt bedoeld in artikel 7:611 BW.¹¹⁵

De payrollorganisatie kan wel met de payrollwerknemer afspreken dat de werknemer na de wachttermijn van zes maanden en één dag weer in dienst treedt. De werknemer kan dan bijvoorbeeld ander werk zoeken. In het licht van deze optie verdient het in 2015 gewezen arrest Coenraad vs. Heesen een bijzondere noot.¹¹⁶ In dit arrest wilde de werknemer aansluitend op een reeks van drie contracten nog verder werken maar de werkgever zag op tegen een vast contract. De partijen verzonden een list. Partijen gingen een contract voor onbepaalde tijd aan, en sloten tegelijkertijd een vaststellingsovereenkomst waarin een einddatum van die overeenkomst wordt afgesproken.¹¹⁷ De Hoge Raad ging niet met deze constructie akkoord. Een

¹⁰⁷ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 8, p.12-15.

¹⁰⁸ De Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, Stb. 2012, 464.

¹⁰⁹ Artikel 7:668a lid 3 BW, een uitzondering op deze regel is het leerarbeidtraject. Deze wordt via artikelen 7:668a lid 10 BW juncto 7.2.2 Wet educatie en beroepsonderwijs uitgesloten van deze mogelijkheid.

¹¹⁰ Artikel 7:668a lid 11 BW.

¹¹¹ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 3, p.97.

¹¹² Rb.. Amsterdam 11 mei 2012, AR 2012-0495 (werknemer/Sparkoptimus BV) r.o. 15.

¹¹³ HR 29 juni 2007, JAR 2007/215 (Simpson/Greenpeace)

¹¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938.

¹¹⁵ Rb.. Amsterdam 11 mei 2012, AR 2012-0495 (werknemer/Sparkoptimus BV)

¹¹⁶ HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39.

¹¹⁷ A.R. Houweling, 'Het bepaalde onbepaaldetijdscontract en de vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht', ArA 2015,1, p. 80.

vaststellingsovereenkomst mag alleen dwingend recht, zoals de ketenregeling, doorkruisen als er al een geschil bestaat en is niet bedoeld om een geschil dat nog moet ontstaan te voorkomen.¹¹⁸ Partijen mogen dus niet tijdens het afsluiten van een arbeidsovereenkomst daarnaast gelijk de vaststellingsovereenkomst tot beëindigen van de arbeidsrelatie afspreken.

4.1.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de ketenregeling besproken voor de inlener. Nadat de inlener zijn personeelsbestand heeft overgedragen aan de payrollorganisatie heeft hij weinig te maken met de ketenregeling. Dit is met de komst van de Wwz ook niet veranderd. De afspraken tussen payrollorganisatie en payrollwerknemer zijn voor hem immers van geen belang, de inlener is namelijk geen juridisch werkgever. De ketenregeling heeft alleen van invloed op de inlener zodra hij besluit de werknemer in eigen dienst te nemen.

4.2 Opvolgend werkgeverschap

Met de komst van de Wwz is ook de uitleg en het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap veranderd. Deze verandering is vooral bedoeld voor de opbouw van de transitievergoeding (zie voor de transitievergoeding paragraaf 4.3) en een verbreding van het werkgeverschap-begrip. De wetgever gaat, gezien de vraag naar meer flexibiliteit, uit van het idee dat mens het werk volgt.¹¹⁹ Een onbedoeld gevolg van een breder toepassingsgebied is dat het begrip opvolgend werkgeverschap wellicht kruist met andere varianten van dit begrip bij andere wettelijke regelingen. Dit vormt zich vooral bij de toepassing van het begrip opvolgend werkgeverschap bij het proeftijdbeding en het afspiegelingsbeginsel.¹²⁰ Voor dit onderdeel wordt gebruik gemaakt van het begrip opvolgend werkgeverschap zoals wordt bedoeld in artikel 7:668a lid 2 BW.

Artikel 668a Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.

4.2.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf wordt de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de payrollorganisatie. Dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een onderneming die wordt overgenomen moge duidelijk zijn.¹²¹ Maar hoe zit het als alleen het juridisch werkgeverschap wordt overgedragen? Heeft de werkgever dan nog steeds recht op bijvoorbeeld de doortelling van zijn gewerkte arbeidsjaren? Het antwoord op deze vraag kan men met een “ja” beantwoorden mits er sprake is van dezelfde werkzaamheden.¹²² Een dergelijke constructie waarbij het juridisch werkgeverschap wordt overgedragen is bij de payrollconstructie veelal aan de orde. De payrollorganisatie neemt namelijk de arbeidskracht over van de inlener. De wetgever heeft geprobeerd het begrip opvolgend werkgever, zoals tot de invoering van de Wwz bekend was, uit te kleden. Voor de invoering werd het begrip vaak in één adem genoemd met het arrest Van Tuinen/Wolters.¹²³

¹¹⁸ <www.benthemgratama.nl>zoek op: ‘Omzeiling ketenregeling door vaststellingsovereenkomst niet mogelijk’, geraadpleegd op 16 oktober 2015.

¹¹⁹ S. Palm, Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2015/3.

¹²⁰ S. Palm, Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2015/3.

¹²¹ Zie hiervoor artikel 7:663 BW; door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.

¹²² *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92.

¹²³ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *NJ* 2013/171, m.nt. E. Verhulp; *JAR* 2012/150

Volgens dat gewezen arrest was er, simpel gezegd, sprake van opvolgend werkgeverschap indien er werd voldaan aan een dubbele eis.¹²⁴ Deze dubbele eis is nu komen te vervallen. De wetgever is bij nader inzien tot de conclusie gekomen dat de invulling door dit arrest voor de toepassing van de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de transitievergoeding) te beperkt was.¹²⁵ Er is nu sprake van opvolgend werkgeverschap als de feitelijke situatie voldoet aan de eerste eis, namelijk dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst.¹²⁶ De opvolgende werkgever hoeft dus geen inzicht meer te hebben in de geschiktheid van de werknemer wil er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.¹²⁷ Mocht de payrollwerknemer bij de inlener dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden gaan vervullen als onder zijn vorige werkgever, is er sprake van opvolgend werkgeverschap en wordt de keten van arbeidsovereenkomsten doorgeteld. Deze vernieuwde invulling neemt niet weg dat er wel een degelijke aanleiding moet zijn waardoor de werknemer wordt overgeplaatst naar een nieuwe werkgever. Deze aanleiding vindt zich in de praktijk vaak door een organisatorische of andere wijziging die zich bij één van de werkgevers voordoet. De situatie waarbij een werknemer nu in dienst treedt bij de werkgever valt hieronder of de situatie waarbij een werknemer in dienst treedt bij een andere werkgever.¹²⁸

De payrollorganisatie is nog steeds verplicht een actieve houding op te stellen naar het arbeidsverleden van de nieuwe payrollwerknemer. Hij moet uitdrukkelijk navraag hebben gedaan naar dit verleden.¹²⁹ Dit is ook in het eigen belang van de organisatie, deze moet immers de keuze maken tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

4.2.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de payrollwerknemer. Voor de payrollwerknemer zijn de jaren voorafgaand aan het dienstverband bij de payrollorganisatie in dienst bij de inlener van belang, het moet dan uiteraard wel gaan om dezelfde werkzaamheden. Zodra dat het geval is worden deze dienstjaren meegenomen bij de nieuwe werkgever.¹³⁰ De doortelling van het aantal dienstjaren is vooral in het belang van de mogelijke transitievergoeding (voor meer over de transitievergoeding, zie paragraaf 4.3). Ook het aantal arbeidsovereenkomsten dat een werknemer heeft gekregen voorafgaand de nieuwe werkgever, moeten worden meegeteld. Dit is van belang bij de bepaling of de payrollwerknemer een tijdelijke of een vaste aanstelling verdient. Verder is het aantal voorgaande contracten van belang voor een van rechtswege omzetting naar een vast contract bij de payrollorganisatie.¹³¹ Mocht de werknemer zelf besluiten het contract te beëindigen om in dienst te treden bij een andere werkgever worden de voorgaande contracten niet meegerekend.¹³² Er kan ook sprake zijn van opvolgend werkgeverschap als de werknemer slechts gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden is gaan verrichten.¹³³ De payrollwerknemer dient dus zoveel mogelijk loonstroken van zijn voorgaande werkzaamheden te bewaren.

¹²⁴ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, NJ2013/171, m.nt. E. Verhulp; JAR 2012/150

¹²⁵ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 8, p.14-15.

¹²⁶ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92.

¹²⁷ Deze eis was bij de payrollconstructie nooit een probleem, de werknemer wordt immers op aandragen van de inlener aangenomen.

¹²⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 8, p.14-15.

¹²⁹ Rb. Amsterdam 7 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ3883.

¹³⁰ Artikel 7:668a lid 2 BW.

¹³¹ Artikel 7:668a lid 1 BW.

¹³² Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 8, p.14-15.

¹³³ Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516.

4.2.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het opvolgend werkgeverschap besproken voor de inlener. Het opvolgend werkgeverschap speelt bij de inlener alleen een rol als hij besluit de werknemer in eigen dienst te nemen. Hij moet er dan rekening mee houden dat de werkgever waarschijnlijk al meerdere tijdelijke arbeidsovereenkomsten heeft gehad bij de payrollorganisatie waardoor de mogelijkheid bestaat dat de inlener de werknemer een contract voor onbepaalde tijd moet aanbieden. Net als de payrollorganisatie dient hij actief navraag te hebben verricht naar het arbeidsverleden van de werknemer.¹³⁴

4.3 Transitievergoeding

Een van de meest ingrijpende wijzigingen met de komst van de Wwz is de invoering van artikel 7:673 BW, beter bekend als de transitievergoeding. In tegenstelling tot de vergoeding gebaseerd op de kantonrechtersformule staat de hoogte en de berekenwijze van de transitievergoeding wettelijk vastgelegd.¹³⁵ In beginsel heeft de werknemer recht op een transitievergoeding als deze langer in dienst is geweest dan 24 maanden en het dienstverband op initiatief van de werkgever wordt beëindigd dan wel niet voortgezet. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer of als de werknemer de arbeidsovereenkomst zelf opzegt zijn enkele situaties die leiden tot het verlies van aanspraak op de transitievergoeding.¹³⁶ Het doel van de transitievergoeding is het voorzien in bescherming van de werknemer tegen alle inkomensgevolgen van een ontslag.¹³⁷ Deze paragraaf bevat alleen de hoofdlijnen van de transitievergoeding, zie bijlage III voor de wijze hoe deze vergoeding wordt berekend.

4.3.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de transitievergoeding besproken voor de payrollorganisatie. Mits er aan de voorwaarden wordt voldaan, wordt de transitievergoeding betaald door de payrollorganisatie. Deze plicht wordt teniet gedaan als het ontslag is te wijten aan de payrollwerknemer, al kan de kantonrechter dan alsnog anders bepalen.¹³⁸ In beginsel staat het partijen vrij een hogere vergoeding af te spreken dan de transitievergoeding aangeeft door middel van een beëindigingsovereenkomst. Dit kan bijvoorbeeld ook zijn vastgelegd in de cao. De wetgever heeft de transitievergoeding niet als minimumnorm gezien, het is in zijn ogen afdoende en eventuele aanvullingen voortkomend uit cao's zijn niet noodzakelijk maar mogen uiteraard wel.¹³⁹

De hoogte van de vergoeding wordt bepaald door de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer. Er dient bij de transitievergoeding wel rekening gehouden te worden met opvolgend werkgeverschap. De dienstjaren die de payrollwerknemer niet onder payrollconstructie werkzaam was bij de inlener, tellen namelijk mee.¹⁴⁰ Bij de uitzonderingen die gelden op de transitievergoeding is bepaald dat alleen de situatie die speelt bij de werkgever leidend zijn. Als de werknemer ontslagen wordt omdat de inlener failliet is gegaan, dan heeft dat geen invloed op de uitkering van de transitievergoeding. Pas als de payrollorganisatie failliet verklaard wordt, is er geen transitievergoeding verschuldigd.¹⁴¹ Ontslaat de payrollorganisatie de payrollwerknemer omdat hij bijvoorbeeld diefstal heeft gepleegd bij de inlener? Dan is er geen transitievergoeding verschuldigd, het ontslag is immers het gevolg van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.¹⁴² ¹⁴³

¹³⁴ Rb. Amsterdam 7 juli 2009, JAR 2009/290.

¹³⁵ Voor meer informatie over de kantonrechtersformule, zie paragraaf 3.3.

¹³⁶ Artikel 7:673 lid 1 sub a en artikel 7:673 lid 1 sub b BW.

¹³⁷ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 8, p.38-42.

¹³⁸ Zie hiervoor artikel 7: 673 lid 7 sub c BW juncto artikel 7: 673 lid 8 BW.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 71.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 8, p.39.

¹⁴¹ Artikel 7:673c BW

¹⁴² <www.tavasszy.nl>zoek op: 'Geen transitievergoeding 13 voorbeelden', geraadpleegd op 20 oktober 2015.

¹⁴³ Artikel 7:673 lid 7 sub c BW.

Een andere uitzondering betreft de groep van werknemers die de leeftijd van vijftig jaar of hoger hebben bereikt. Tot 1 januari 2020 hebben zij een verhoogde opbouw van de vergoeding.¹⁴⁴ Deze verhoging geldt echter weer niet voor kleine werkgevers met minder dan 25 werknemers.¹⁴⁵ De hoogte van de vergoeding wordt gemaximeerd op een bedrag van €75.000 of hoger als het jaarsalaris dat bedrag overstijgt. Deze maximalisatie is aanwezig omdat de regering denkt dat dergelijke grootverdieners sneller nieuw werk vinden en de inkomensderving beter kunnen opvangen.¹⁴⁶ Overigens laat deze wettelijke regeling vanzelfsprekend onverlet dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een ruimere vergoeding wordt afgesproken.¹⁴⁷

Naast ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer is de transitievergoeding ook niet verschuldigd aan de werknemer in de onderstaande gevallen:

1. Als het dienstverband eindigt voor het bereiken van de achttienjarige leeftijd én de werknemer gemiddeld maximaal twaalf uur per week heeft gewerkt;
2. De werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt;
3. Als er met de vakbonden afspraken zijn gemaakt over een gelijkwaardige voorziening (in geld of in natura, bv in een cao of sociaal plan);
4. In geval van faillissement, surseance of schuldsanering. Bij overige slechte financiële omstandigheden wel, maar kan er in termijnen betaald worden;
5. Wanneer een contract voor bepaalde tijd eindigt en de werkgever aan werknemer de garantie geeft dat hij binnen zes maanden opnieuw in dienst wordt genomen.¹⁴⁸

4.3.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de transitievergoeding besproken voor de payrollwerknemer. De payrollwerknemer die meer dan 24 maanden in dienst was, heeft recht op een transitievergoeding bij ontslag of het niet verlengen van een tijdelijk contract.¹⁴⁹ Deze transitievergoeding wordt betaald door de payrollorganisatie. De werknemer heeft geen recht of verlaging op de vergoeding als deze ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet ook de tijd bijgerekend worden dat de werknemer al in dienst was bij de inlener, voordat deze overging naar de payrollconstructie.¹⁵⁰

4.3.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van de transitievergoeding besproken voor de inlener. De inlener heeft een grote invloed op de hoogte van de transitievergoeding. De inlener dient namelijk een dossier op te bouwen over de payrollwerknemer voor eventueel mogelijk verwijtbaar gedrag dat een verlaging van de vergoeding kan beteken. De inlener moet dit dossier vervolgens delen met de payrollorganisatie.¹⁵¹

4.4 Omzetting arbeidsovereenkomst

Met de komst van de Wwz is er weinig veranderd voor de omzetting van arbeidscontracten naar de payroll-overeenkomst. Zie voor een bredere toelichting paragraaf 3.4. De payrollwerknemer moet nog steeds ondubbelzinnig instemmen met de omzetting naar de payrollconstructie, de inlener heeft nog steeds de onderzoeksplicht of

¹⁴⁴ Artikel 7:673a BW.

¹⁴⁵ Artikel 7:673a lid 2 BW

¹⁴⁶ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 8, p.38-42.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 8, p.38-42.

¹⁴⁸ <www.rijksoverheid.nl>zoek op: 'Brief Minister Asscher aan Tweede Kamer van 24 februari 2015', geraadpleegd op 20 oktober 2015.

¹⁴⁹ Het tijdelijke contract moet uiteraard wel de duur van 24 maanden hebben overschreden.

¹⁵⁰ Artikel 7:673 lid 4 sub b BW.

¹⁵¹ Dit kan eventueel in strijd zijn met bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens.

de werknemer wel onder de payrollconstructie wil werken. Er dient nog steeds gelet te worden op de omstandigheden van opvolgend werkgeverschap zoals bedoeld wordt in paragraaf 4.2.

4.5 Beëindigen van de arbeidsovereenkomst / Ontslag

Door de intreding van de Wwz en de Ontslagregeling veranderden ook de spelregels betreffende het ontslag. Om het geheel overzichtelijk te houden zullen alleen de hoofdlijnen besproken worden en de regels die expliciet van toepassing zijn op de payrollconstructie. De nieuwe regels zijn van toepassing op alle ontslagaanvragen na 1 juli 2015. Het maakt, in tegenstelling tot de ketenregeling, niet uit of de arbeidsovereenkomst eerder is afgesloten. De wetgever heeft geprobeerd met de invoering van de Ontslagregeling meer zekerheid te bieden aan payrollwerknemers.¹⁵² De regels van het op 1 januari 2015 ingevoerde Ontslagbesluit worden opgenomen in de op 1 juli 2015 in werking getreden Ontslagregeling.¹⁵³ Er staan voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst twee routes open, de ene route loopt via het UWV en de andere route via de kantonrechter. De wet bepaalt welke route er gevolgd moet worden. Leidend voor de beoordeling van de ontslagaanvraag zijn de bedrijfsomstandigheden bij de inlener.

4.5.1 Payrollorganisatie

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het vernieuwde ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst besproken voor de payrollorganisatie. Voordat kan worden overgegaan tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, dient de payrollorganisatie de ontslagaanvraag dan wel het ontbindingsverzoek te laten toetsen door respectievelijk het UWV en de kantonrechter.¹⁵⁴ Aan de hand van artikel 7:669 BW wordt bekeken welke grond aangevoerd wordt ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit is een limitatieve opsomming. De payrollorganisatie dient aldus een keuze te maken op welke grond het dienstverband dient te worden beëindigd. Het primair en secundair aangeven van ontslaggronden is niet toegestaan. Op grond van artikel 7:671 BW kan met instemming van de werknemer de overeenkomst te allen tijde worden opgezegd. Naast de ontbinding en de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan de payrollorganisatie ook kiezen voor een beëindiging met wederzijds goedvinden.¹⁵⁵ De instemming van de werknemer kan ook gevraagd worden aan het UWV.¹⁵⁶

Met de invoering van de Ontslagregeling wordt de payrollorganisatie aangemerkt als juridisch werkgever van de payrollwerknemer. De werkgever dient om toestemming te verzoeken bij het UWV of om ontbinding hebben verzocht bij de kantonrechter.¹⁵⁷ Geheel in de volgorde van artikel 7:669 BW zal eerst de ontslagroute via het UWV worden besproken en daarna de ontslagroute via de kantonrechter.

4.5.1.a Ontslag via het UWV (Zie bijlage IV)

Het UWV kan op grond van artikel 7:671a BW een ontslagtoestemming verlenen aan de payrollorganisatie. Het UWV toetst dan of er redenen als bedoeld worden in artikel 7:669 lid 3 onder a of onder b BW aanwezig zijn. Dit is bij bedrijfseconomische redenen of bij langdurige ziekte van de werknemer. Tegenwoordig is het staken van de opdracht bij de inlener niet meer aan te merken als bedrijfseconomische reden.¹⁵⁸

Het UWV verstaat wel onder bedrijfseconomische redenen als de inlener zijn financiële verplichting gedurende drie maanden niet nakomt.¹⁵⁹ Wanneer de inlener gedurende drie

¹⁵² De Groot 2015, p. 3.

¹⁵³ *Stcr.* 2015, 12685.

¹⁵⁴ Een uitzondering hierop is uiteraard het ontslag op staande voet.

¹⁵⁵ Artikel 7:670b BW

¹⁵⁶ Artikel 6:671a BW

¹⁵⁷ Artikel 7:671a BW en artikel 7:671b BW

¹⁵⁸ Zie toelichting op artikel 5 Ontslagregeling

¹⁵⁹ Zie toelichting op artikel 23 Ontslagregeling.

maanden niet aan zijn financiële verplichtingen aan de payrollorganisatie voldoet, biedt artikel 23 Ontslagregeling de payrollorganisatie de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst, met toestemming van het UWV, te beëindigen. Er hoeft in een dergelijke situatie dus geen sprake te zijn van een redelijke grond zoals wordt bedoeld in artikel 7:669 BW. De payrollorganisatie moet wel zijn uiterste best hebben gedaan om nakoming te vordering. De wetgever heeft als voorbeeld genoemd dat het UWV de boekhouding mag bekijken van de payrollorganisatie en dat de organisatie een deurwaarder heeft ingeschakeld om de vordering betaald te krijgen.¹⁶⁰ Dit alles om misbruik van deze ontslagregel te voorkomen. De payrollorganisatie en inlener kunnen namelijk onderling afspreken dat de inlener niet betaalt zodat de toestemming van het UWV gemakkelijk wordt verkregen. De payrollorganisatie moet in een dergelijke situatie wel voldoen aan de herplaatsingsplicht, echter is het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing op deze situatie.

Voor de toestemming van de ontbinding van het arbeidscontract door het UWV dient de aanvraag te zijn verricht door de werkgever. Een rol van betekenis bij ontslag om bedrijfseconomische reden speelt artikel 7:671a lid 5 BW. Artikel 7:671a lid 5 regelt namelijk dat eerst de aanwezige flexibele arbeidsovereenkomsten moeten worden beëindigd alvorens de werkgever de toestemming verkrijgt om de werknemer met een onbepaalde tijdcontract voor ontslag voor te dragen. Sinds de komst van de Ontslagregeling wordt de overeenkomst met de payrollwerknemer voor dergelijke zaken niet meer gezien als een flexibele arbeidsrelatie, hierdoor hoeft de payrollwerknemer niet eerder te worden ontslagen dan zijn 'gewoon in dienst zijnde' collega's.¹⁶¹ De payrollwerknemer moet dan beschikken over een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De payrollorganisatie dient in overeenstemming met artikel 7:669 lid 1 BW wel aan de verplichting van de herplaatsingsplicht (zie voor een bredere toelichting op dit begrip paragraaf 4.6) te hebben gehouden alvorens er toestemming wordt verleend. Bijkomstig is dat ook het afspiegelingsbeginsel actief wordt voor de werknemers die in dienst zijn op grond van de payrollconstructie (zie hiervoor paragraaf 4.5.3). Mocht de werknemer langdurig ziek zijn, moet de payrollorganisatie het UWV ervan zien te overtuigen dat de arbeid niet binnen 26 weken in aangepaste vorm bij de inlener kan worden verricht.¹⁶² Over hoe deze re-integratie moet worden ingevuld bij de inlener heeft de wetgever niet nader uitgelegd.¹⁶³ De payrollorganisatie is bij opzegging via het UWV verplicht de transitievergoeding te betalen aan de payrollwerknemer.¹⁶⁴

4.5.1.b Ontslag via de kantonrechter (Zie bijlage V)

Wanneer er geen toestemming wordt verleend door het UWV of als er sprake is van één van de redenen als bedoeld wordt in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met sub h BW dient de payrollorganisatie zich tot de kantonrechter te wenden voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁵ De kantonrechter wordt ook aangewend indien de inlener de overeenkomst tussen hem en de payrollorganisatie beëindigt. De kantonrechter gaat vervolgens beoordelen of deze opgegeven reden de ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.¹⁶⁶ De kantonrechter dient op grond van artikel 7:671b lid 3 BW juncto artikel 7:669 lid 5 BW rekening te houden met de Ontslagregeling.

¹⁶⁰ Zie toelichting op artikel 23 Ontslagregeling.

¹⁶¹ Zie toelichting op artikel 20 Ontslagregeling.

¹⁶² Artikel 7:669 lid 3 sub B BW.

¹⁶³ Het e.e.a. wordt wel geregeld in de Wet verbetering poortwachter. In deze wet staat echter niks over of de inlener een re-integratie kan weigeren of dat de payroll-organisatie ook op zoek kan gaan bij andere inleners die wel plek hebben voor een 'zieke' werknemer.

¹⁶⁴ Artikel 7:673 lid 1a BW

¹⁶⁵ Wordt de toestemming niet verleend door het UWV kan de payrollorganisatie alsnog om ontbinding vragen via de kantonrechter ex artikel 7:671b lid 1 sub B BW.

¹⁶⁶ Zie toelichting op artikel 20 Ontslagregeling.

De wetgever heeft in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW een limitatieve opsomming gegeven voor redenen die de ontbinding rechtvaardigen, hierbij is sub h open gelaten voor niet in de wet vernoemde situaties. Het is nu aan de payrollorganisatie om met argumenten te komen die het disfunctioneren van de payrollwerknemer aantonen. Dit zal gebeuren op grond van het dossier dat de inlener bijhoudt. Afgezien van het in artikel 7:669 lid 3 sub e BW genoemde nalaten of verwijtbaar handelen, moet ook bij een ontbindingsverzoek de werkgever zich houden aan de bijscholing en/of herplaatsingsplicht.¹⁶⁷

4.5.1.c Hoger beroep en cassatie

Vóór 1 juli 2015 hadden de betrokken partijen over het algemeen binnen drie maanden duidelijkheid over het ontslag. Echter is het na 1 juli 2015 mogelijk om binnen drie maanden hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van de kantonrechter of het UWV.¹⁶⁸ De werkgever kan eventueel ook nog in cassatie.¹⁶⁹

Het hoger beroep wordt ingesteld door middel van een beroepschrift waarin direct de gronden voor het hoger beroep moeten worden vermeld. Het instellen van hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging van de beschikking niet.¹⁷⁰ De transitievergoeding is vanaf dat moment opeisbaar. Gezien het gegeven dat hoger beroep de tenuitvoerlegging van de beschikking niet schorst, is de werkgever wel het loon verschuldigd over de tijd dat de werknemer nog steeds in dienst is.

4.5.2 Payrollwerknemer

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het vernieuwde ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst besproken voor de payrollwerknemer. De wetgever heeft als één van uitgaansdoelen van de Wwz gesteld dat de payrollwerknemer meer bescherming moet verkrijgen.¹⁷¹ Dit heeft zij onder andere gedaan door de payrollwerknemer deel te laten uitmaken van het afspiegelingsbeginsel (dit beginsel wordt verder behandeld in paragraaf 4.6.4).

4.5.2.1 Wederindiensttredingsvoorwaarde

Een andere bescherming is de wederindiensttredingsvoorwaarde van artikel 7:681 lid 1 sub d en e BW ook van toepassing te verklaren voor payrollwerknemers.¹⁷² De wederindiensttredingsvoorwaarde houdt in dat de inlener niet binnen 26 weken, nadat het UWV toestemming heeft verleend, een andere werknemer in dienst mag nemen voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden nadat hij de payrollwerknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld de werkzaamheden te hervatten. Het maakt in dit geval niet uit of de payrollwerknemer met of zonder tussenkomst van de payrollorganisatie zijn werkzaamheden hervat. Inleners dienen aldus bij hun verwervingsproces rekening te houden met hun oude payrollwerknemers en moeten deze wellicht voor laten gaan.

Deze wederindiensttredingsvoorwaarde geldt in beginsel alleen bij ontbinding via het UWV, echter kan deze op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW ook gelden voor de situaties waarbij het ontslag via de kantonrechter is verlopen. In die situatie is de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer ontbonden wegens bedrijfseconomische redenen nadat het UWV geen toestemming gaf en de werkgever vervolgens om ontbinding via de kantonrechter verzocht.¹⁷³

Mocht er sprake zijn van bedrijfseconomische redenen of het ontslag was te wijten aan dringende redenen, kan de werknemer ook vragen om een billijke vergoeding in plaats

¹⁶⁷ Artikel 7:669 lid 1 BW.

¹⁶⁸ Artikel 7:683 BW.

¹⁶⁹ Artikel 7:683 BW.

¹⁷⁰ Artikel 7:683 BW.

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 5.

¹⁷² Artikel 22 Ontslagregeling.

¹⁷³ Artikel 7:682 lid 4 BW verklaart artikel 7:681 lid 1 sub d BW van overeenkomstig toepassing.

van herstel van de arbeidsovereenkomst.¹⁷⁴ Ook bij een ontbinding wegens een langdurige ziekte kan de werknemer verzoeken om een billijke vergoeding.

4.5.2.2 Hoger beroep en cassatie

De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst, die met toestemming van het UWV is opgezegd, herstellen indien deze opzegging in strijd is met artikel 7:699 lid 3 onderdeel A of B.¹⁷⁵ De werknemer kan eventueel ook om een billijke vergoeding vragen. De werknemer kan dan binnen twee maanden bij de kantonrechter verzoeken om de ontslagtoestemming te vernietigen dan wel om een billijke vergoeding te vragen.¹⁷⁶

Nieuw is de mogelijkheid voor hoger beroep en cassatie. Wanneer de werknemer het niet eens is met het oordeel van de kantonrechter of het UWV kan de werknemer in hoger beroep.¹⁷⁷ De termijn voor het hoger beroep is twee maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.¹⁷⁸ Het instellen van hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging van de beschikking niet.¹⁷⁹ Dit heeft tot gevolg dat de werknemer al eventueel aanspraak kan maken op een WW-uitkering.¹⁸⁰ Ook is de transitievergoeding vanaf dat moment opeisbaar. Mocht de arbeidsovereenkomst zijn ontbonden op verzoek van de werknemer, dan kan hij of zij overigens alleen hoger beroep instellen ten aanzien van de toegewezen vergoeding.¹⁸¹

4.5.3 Inlener

In deze subparagraaf worden de gevolgen van het vernieuwde ontslag dan wel beëindiging van de arbeidsovereenkomst besproken voor de inlener. Zodra de inlener besluit om de overeenkomst tussen hem en de payrollorganisatie stop te zetten is het aan de payrollorganisatie om de arbeidsovereenkomst op te zeggen of om ontbinding te vragen, mocht de payrollorganisatie dit wensen.¹⁸² De payrollorganisatie moet aan de hand van omstandigheden bij de inlener aantonen dat er een redelijke grond voor ontslag bestaat. Er bestaat geen wettelijke regeling die ervoor zorgt dat de inlener dergelijke informatie moet verzoeken aan de payrollorganisatie. Deze invulling wordt dus overgelaten aan de betrokken partijen. De minimale inhoud van een personeelsdossier is gevormd naar uitspraken van de rechter. De inlener moet er zorg voor dragen dat:

- 1) Er regelmatig functioneringsgesprekken gevoerd zijn;
- 2) Bij onvoldoende functioneren aan de werknemer duidelijk maken waar de verbeterpunten liggen;
- 3) Consequenties aan niet-verbeteren verbinden;
- 4) De werknemer tijd gunnen het functioneren te verbeteren;
- 5) De werknemer faciliteren en begeleiden;
- 6) De werknemer bij terugval een tweede kans bieden; en
- 7) Alles zorgvuldig documenteren. Overigens dient de inlener ook aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is.¹⁸³

¹⁷⁴ Zie artikelen 7:681 juncto 7:682 BW.

¹⁷⁵ Artikel 7:682 lid 1 BW

¹⁷⁶ Artikel 7:682 lid 1 sub D BW.

¹⁷⁷ Artikel 7:683 BW.

¹⁷⁸ Artikel 7:686a lid 4 onder A BW.

¹⁷⁹ Artikel 7:683 BW.

¹⁸⁰ Deze werknemer is immers aan te merken als werkloos in de zin van de WW.

¹⁸¹ <www.intermediar.nl> zoek op : "In hoger beroep tegen je ontslag: heeft het zin?" geraadpleegd op 1 december 2015.

¹⁸² Mocht de payroll-organisatie deze werknemers in dienst houden is natuurlijk de vraag of daarbij de allocatiefunctie niet mee wordt voltooid, ze zijn dan immers bezig met vraag en aanbod bij elkaar te brengen.

¹⁸³ Allen uit <www.ploum.nl> zoek op : "Dossieropbouw" geraadpleegd op 1 december 2015. Dit blijkt onder andere uit, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491 en ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

Uiteraard moet er rekening worden gehouden met de Wet bescherming persoonsgegevens bij de vorming van het dossier.¹⁸⁴ De payrollorganisatie kan samen met de inlener meer afspraken maken over bijvoorbeeld de met de beëindiging verband houdende risico's, zoals loondoorbetaling en de eerder besproken wedertewerkstelling. Echter, op het gebied van ontslag en ontbinding van de arbeidsovereenkomst draagt de payrollorganisatie de juridische verantwoordelijkheden, niet de inlener.

4.5.4 Afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel is een verplicht criterium om bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen te bepalen welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen. Met de komst van de Ontslagregeling is er het een en ander veranderd op het gebied van het afspiegelingsbeginsel.¹⁸⁵ Veel artikelen van het oude afspiegelingsbeginsel zijn op grond van artikel 11 Ontslagregeling nog steeds van toepassing. Daarom worden alleen de bepalingen die van toepassing zijn op de payrollconstructie behandeld. Voor een bredere uitleg betreffende het afspiegelingsbeginsel wordt verwezen naar bijlage VI.

Artikel 7:671a lid 5 BW bepaalt dat de werkgever eerst afscheid moet nemen van werknemers die werkzaam zijn

- (a) op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd;
- (b) oproepkracht in de zin van artikel 7:628a BW;
- (c) ingeleende krachten.

De Ontslagregeling zondert in artikel 17 een paar groepen werknemers uit van deze drie groepen. Onder deze uitzondering vallen de payrollwerknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de resterende looptijd meer bedraagt dan 26 weken, te rekenen vanaf de dag waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen is ingediend, voor zover voor deze werknemers uit de toepassing van artikel 11 Ontslagregeling niet voortvloeit dat de overeenkomst met de payrollwerkgever moet worden opgezegd.¹⁸⁶

De verwijzing naar artikel 11 Ontslagregeling houdt in dat de payrollwerknemer mee moet worden genomen bij het afspiegelingsbeginsel en staat de payrollwerknemer op gelijke voet met zijn in dienst zijnde collega.¹⁸⁷ De payrollwerknemers hoeven namelijk niet als eerste ontslagen te worden, de kans bestaat dat een bij de inlener in dienst zijnde werknemer ontslagen dient te worden ten faveure van een payrollwerknemer.

4.6 Herplaatsingsverplichting

Een werkgever met het voornemen om een arbeidsovereenkomst op te zeggen heeft een herplaatsingsverplichting.¹⁸⁸ Deze plicht houdt in dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden beëindigd als herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is. De werkgever dient eventueel middels bijscholing deze herplaatsing vorm te geven. De in de wet genoemde redelijke termijn is gelijk aan de wettelijke opzegtermijn.¹⁸⁹ Hier heeft de wetgever voor gekozen zodat de zorgplicht van de werkgever toeneemt met de lengte van het dienstverband.¹⁹⁰

De Ontslagregeling geeft een nadere uitleg over de herplaatsingsplicht. Er wordt onder andere beschreven wanneer er sprake is van een passende functie en wanneer de

¹⁸⁴ Op grond van het artikel 8 sub f Wbp is het echter toegestaan voor de inlener op deze informatie te delen behoudens de voorwaarden die de wet hieraan stelt.

¹⁸⁵ Het afspiegelingsbeginsel kan krachtens artikel 7:669 lid 6 bij cao buitenspel worden gezet.

¹⁸⁶ Artikel 17 sub C Ontslagregeling

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 43.

¹⁸⁸ Artikel 7:669 lid 1 BW.

¹⁸⁹ Artikel 7:672 lid 2 BW.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 82, p. 127.

redelijke termijn aanvangt. De redelijke termijn is de termijn waarin de payrollorganisatie moet zoeken naar een geschikte herplaatsingsplek.¹⁹¹ Deze termijn start vanaf de datum waarop het UWV oordeelt over het al dan niet opzeggen van de arbeidsovereenkomst of de kantonrechter beslist op het verzoek van ontbinding van de arbeidsovereenkomst of, in het geval van een inleenopdracht, zodra de inleenopdracht afloopt.¹⁹² Als er sprake is van een werknemer met een arbeidshandicap is deze termijn 26 weken.¹⁹³ De payrollorganisatie dient zich in te spannen met de zoektocht om de payrollwerknemer onder te brengen. De herplaatsingsverplichting is namelijk een inspanningsverplichting, geen resultaatsverplichting.¹⁹⁴ De payrollorganisatie kan niet verplicht worden de werknemer te herplaatsen, maar hij moet zich daar uiteraard wel voldoende voor inspannen. De bewijslast ligt op dat moment bij de payrollorganisatie, hij dient aan te tonen dat hij voldoende inspanning heeft geleverd om aan de verplichting te voldoen. De kantonrechter Amsterdam verwacht van de payrollorganisatie dat hij de payrollwerknemer actief begeleidt, initiatief toont en eventuele belemmeringen voor de werknemer in de uitoefening van een passende functie wegneemt (bijvoorbeeld door het aanbieden van scholing).¹⁹⁵ De werkgever dient aan te tonen welke inspanningen zijn geleverd om aan zijn verplichtingen te voldoen. Slechts het aanbieden van interne vacatures is niet genoeg. De werknemer kan eventueel ook met behulp van scholing binnen een redelijke termijn geschikt worden voor de functie. Het is echter niet de bedoeling dat de payrollorganisatie de werknemer een opleiding van meerdere jaren aanbiedt om hem/haar geschikt te maken voor de functie.¹⁹⁶ De werkgever hoeft de werknemer ook niet bij te scholen als er toch geen zicht is op een passende functie. De kosten van de opleiding moeten eveneens redelijk zijn, waarbij nog van belang is hoe de onderneming er financieel gezien voor staat.¹⁹⁷

Op grond van artikel 9 Ontslagregeling wordt de beoordeling van een geschikte herplaatsingsplek nader toegelicht. Herplaatsingsplekken die in aanmerking komen zijn arbeidsplekken waarvoor een vacature bestaat of binnen de redelijke termijn zal ontstaan, en arbeidsplekken van tijdelijke of ingeleende werknemers (niet zijnde payrollwerknemers), tenzij zij werkzaamheden van niet-structurele aard verrichten.¹⁹⁸ Laatst genoemde werknemers (tijdelijk of ingeleend) moeten ook plaats maken voor werknemers met een vast dienstverband als voor deze categorie een ontslag dreigt. De payrollwerknemer hoeft dus geen plaats te maken voor een werknemer met een vast dienstverband. De herplaatsingsplicht is niet van toepassing mocht de payrollwerknemer onbehoorlijk gedrag hebben vertoond, de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, ontslag krijgen tijdens proeftijd, langdurige ziekte of een werknemer die in detentie zit.¹⁹⁹ Uit de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam wordt voorts afgeleid, dat de werkgever geen beroep toekomt op het verstrijken van de redelijke termijn, waarin de werknemer dient te worden herplaatst, wanneer de werkgever niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt op welke wijze is voldaan aan de herplaatsingsverplichting.

4.7 Deelconclusie

De zes onderwerpen zoals die hierboven uitvoerig zijn behandeld zullen in deze conclusie nogmaals kort worden behandeld.

¹⁹¹ Artikel 9 en 10 Ontslagregeling.

¹⁹² Artikel 7:672 lid 2 BW jo. artikel 10 lid 4 Ontslagregeling. Voor de termijn van de inleenopdracht geldt artikel 10 lid 5 Ontslagregeling.

¹⁹³ Artikel 7:672 lid 2 BW jo. artikel 10 lid 3 Ontslagregeling.

¹⁹⁴ <www.flexnieuws.nl> zoek op : "De herplaatsingsverplichting" geraadpleegd op 1 december 2015.

¹⁹⁵ Zie bijlage VI.

¹⁹⁶ Partijen staan hier natuurlijk vrij in, maar het is geen verplichting van de bijscholingsplicht.

¹⁹⁷ <www.kzoadvocaten.nl> zoek op : "De herplaatsingsverplichting" geraadpleegd op 1 december 2015.

¹⁹⁸ Men zal bij toekomstige vacatures wel rekening moeten houden met de wederindienstregeling.

¹⁹⁹ <www.kzoadvocaten.nl> zoek op : "De herplaatsingsverplichting" geraadpleegd op 1 december 2015.

De ketenregeling wordt geregeld in artikel 7:668a BW en bepaalt wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het laatste tijdelijke contract wordt automatisch omgezet in een contract voor onbepaalde tijd indien dat contract het vierde contract in de keten is, of de totale duur van de tijdelijke contracten meer dan 24 maanden bedraagt. Van het aantal tijdelijke contracten kan worden afgeweken per cao. Om in aanmerking te komen voor de ketenregeling moet de werknemer wel de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en minimaal twaalf uur per week werkzaam zijn.

In het verlengde van de ketenregeling is het begrip opvolgend werkgeverschap behandeld. Onder opvolgend werkgeverschap wordt verstaan dat een werknemer, die al geruime tijd voor een werkgever werkt, vervolgens bij een andere werkgever dezelfde werkzaamheden gaat verrichten. Mocht er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap dan moet de nieuwe werkgever rekening houden met eerder gewerkte periodes. Opvolgend werkgeverschap wordt geregeld in artikel 7:668a lid 2 BW. Er is nu sprake van opvolgend werkgeverschap wanneer de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige arbeidsovereenkomst. De opvolgende werkgever hoeft dus, in tegenstelling met oudere wetgeving, geen inzicht meer te hebben in de geschiktheid van de werknemer wil er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Mocht er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap telt de keten door.

Met de komst van de Wwz is de transitievergoeding in werking getreden. Anders dan de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule is de hoogte en berekenwijze van de transitievergoeding in de wet vastgesteld. In beginsel heeft de werknemer altijd recht op een transitievergoeding als deze langer in dienst is dan 24 maanden en het dienstverband niet wordt voortgezet dan wel beëindigd op initiatief van de werkgever. Wanneer de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of zelf de arbeidsovereenkomst opzegt, heeft hij geen recht op de transitievergoeding. De transitievergoeding wordt betaald door de payrollorganisatie.

Vervolgens kwam het ontslag aan bod. De regels betreffende opzegging van de arbeidsovereenkomst zijn sinds de komst van de Wwz compleet veranderd. Allereerst is het belangrijk om te weten dat het ontslag geregeld dient te worden door de werkgever, in het geval van de payrollconstructie is dat de payrollorganisatie. Deze dient vervolgens een keuze te maken tussen twee wegen, de ene weg gaat via het UWV en de andere weg via de kantonrechter. De weg naar het UWV staat alleen open als er sprake is van bedrijfseconomische redenen of ontslag vanwege langdurige ziekte. De weg naar de kantonrechter geldt alleen als er sprake is van een reden benoemd in artikel 7:669 lid 3 onder e tot en met h BW. Daarnaast dient de werkgever eerst te kijken of hij de werknemer kan herplaatsen, waarbij eventuele scholing ook verplicht is. De Ontslagregeling geeft een nadere uitleg over de herplaatsingsplicht. Er wordt onder andere beschreven wanneer er sprake is van een passende functie en wanneer de redelijke termijn aanvangt. Deze termijn start vanaf de datum waarop het UWV of de kantonrechter beslist op het verzoek van ontbinding van de arbeidsovereenkomst of in het geval van een inleenopdracht zodra de inleenopdracht afloopt. Het ontslag wordt beoordeeld aan de hand van de situatie bij de inlener. De inlener dient dus ook een personeelsdossier bij te houden en deze te delen met de payrollorganisatie.

Dit dossier moet bestaan uit het navolgende:

- 1) Er zijn regelmatig functioneringsgesprekken gevoerd;
- 2) Bij onvoldoende functioneren is aan de werknemer duidelijk gemaakt waar de verbeterpunten liggen;
- 3) Er zijn consequenties aan niet-verbeteren verbonden;
- 4) De werknemer is tijd gegund om het functioneren te verbeteren;
- 5) De werknemer is gefaciliteerd en begeleid;
- 6) De werknemer is bij terugval een tweede kans geboden; en
- 7) Alles is zorgvuldig gedocumenteerd. Overigens dient de inlener ook aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is.

Nieuw is de mogelijkheid om in beroep en cassatie te gaan bij een ontslag. Dit kan zowel door de werkgever als door de werknemer gedaan worden. Hoger beroep of cassatie schorst de uitspraak van het UWV of de kantonrechter niet, de mogelijke transitievergoeding is dus opeisbaar en de kans bestaat op een achterstallige loonvordering. Een andere toevoeging is de wederindiensttredingsvoorwaarde van artikel 7:681 lid 1 sub d en e BW, deze is vanaf heden ook van toepassing verklaard op payrollwerknemers. De wederindiensttredingsvoorwaarde houdt in dat de inlener niet binnen 26 weken, nadat het UWV toestemming heeft verleend, een andere werknemer in dienst mag nemen voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden nadat hij de payrollwerknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld de werkzaamheden te hervatten. Het maakt in dit geval niet uit of de payrollwerknemer met of zonder tussenkomst van de payrollorganisatie zijn werkzaamheden hervat. Ook nieuw is dat de payrollwerknemer deel uitmaakt van het afspiegelingsbeginsel. Hij wordt dus gezien als volledige medewerker. Het afspiegelingsbeginsel wordt toegepast bij de inlener, het kan dus voorkomen dat een "normale" werknemer moet wijken voor een payrollwerknemer.

Voorts is met de komst van de Wwz de herplaatsingsverplichting verder aangescherpt. De werkgever dient serieus te kijken of hij de werknemer kan herplaatsen, verwijzen naar interne vacatures is niet meer voldoende. De payrollorganisatie kan ook middels bijscholing aan deze herplaatsingsverplichting voldoen. Het blijft echter bij een inspanning, het is geen verplichting. Als de werkgever geen plek kan vinden, ook niet middels bijscholing, houdt de plicht op en kan worden overgegaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

5. Payroll en de praktijk

In dit hoofdstuk zullen twee payroll-overeenkomsten centraal staan. De allereerste overeenkomst die wordt behandeld is van het bedrijf Repay. De andere overeenkomst is van Randstad. Het betreft hier de overeenkomst tussen payrollwerknemer en de payrollorganisatie. De inlener zal daarom dan ook niet aan bod komen. Vanwege de omvang is de behandeling van deze payroll-overeenkomsten te vinden in bijlage VII.

5.1 Conclusie Repay-overeenkomst

Eerst dient te worden gezegd dat naar mijn mening de payrollovereenkomst niet valt onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW en dat er dus geen sprake is van een bijzondere vorm van de uitzendconstructie, hetgeen Repay en de VPO wel beweren.

Als tweede dient te worden gezegd dat door het VPO-lidmaatschap de rechten van de werknemer beter worden gewaardeerd dan de wet de organisaties voorschrijft. De payrollconstructie heeft altijd het imago gehad van het verloederen van de werknemersrechten. Waar de arbeidsovereenkomst wel in tekort schiet is duidelijkheid. Zo wordt het pas in beding 10.7 duidelijk dat Repay veel andere documenten integraal van toepassing verklaart, dit had qua duidelijkheid beter na beding 2 (na het van toepassing verklaren van de cao) van toepassing worden verklaard. Op het gebied van ziekte en de doorbetalingsregeling schiet Repay wel tekort, er staat namelijk nergens vermeld in hoeverre het loon wordt doorbetaald bij ziekte. Ook houdt Repay zich niet aan de herplaatsingsinspanning bij fase 1 dan wel fase 2 contracten. Ook op het gebied van de gezagsverhouding is het één en ander foutief of onduidelijk geregeld. De AOI vermeldt namelijk andere dingen dan de personeelswijzer. Ook mist de AOI een bepaling waarmee ondubbelzinnig akkoord wordt gegaan dat Repay de juridische werkgever wordt.

5.2 Conclusie Randstad-overeenkomst

Allereerst dient, net als bij Repay, gezegd te worden dat Randstad de payrollconstructie ziet als een bijzondere vorm van uitzenden. Zoals blijkt uit hoofdstuk twee klopt deze constatering niet. Voor de rest valt bij Randstad op dat er duidelijk wordt gevraagd naar het arbeidsverleden en dat de werknemer een bedenktijd heeft van vijf dagen alvorens het aangaan van de overeenkomst. Dit is vooral om de werknemer ondubbelzinnig te laten instemmen met de overeenkomst, wat is verplicht. Het valt wel op dat Randstad veel verschillende documenten van toepassing verklaart, wat verwarrend kan werken. Uiteraard valt ook de foutieve verwijzing naar het detacheringsbegrip op. Het goede aan de overeenkomst is dat er een apart document is voor de toewijzing van de inlener, hierdoor is het duidelijk voor de werknemer wie de daadwerkelijke werkgever is.

6. Conclusies en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk wordt ingegaan op de conclusies en bevindingen die uit het onderzoek zijn voortgekomen. Hiermee wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag die centraal stond in het onderzoek.

Op welke wijze dient de advisering op het gebied van veranderingen in de arbeidsomstandigheden aan een payrollwerknemer, een payrollorganisatie of inlener, door een advocaat te worden aangepast naar aanleiding van de invoering van de Wwz?

Als gevolg van de conclusies wordt er ook een aanbeveling gedaan aan de opdrachtgever, Advocatenkantoor Pessers, waarvoor het onderzoek is verricht. Dit wordt gedaan aan de hand van drie checklists en levert een bijdrage aan de advieswerkzaamheden van de advocaat.

6.1 Conclusies

Door de inwerkingtreding van de Wwz en aanverwante regelingen is het één en ander veranderd op het gebied van arbeidsrecht en met daarin bijzonder de payrollconstructie.

Wettelijke kwalificatie

- De payrollconstructie valt niet onder de reikwijdte van de uitzendovereenkomst zoals wordt bedoeld in artikel 7:690 BW. Dit is gebleken uit de wetsgeschiedenis en recente jurisprudentie. Volgens de memorie van toelichting op artikel 7:690 BW dient er namelijk sprake te zijn van het ter beschikking stellen “in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf”, oftewel de allocatiefunctie. Deze allocatiefunctie ontbreekt echter bij de payrollconstructie. De werving en selectie van toekomstige payrollwerknemers wordt namelijk gedaan door de inlener, niet door de payrollorganisatie. Door het ontbreken van de allocatiefunctie hebben zowel gerechtshoven als kantonrechters besloten dat de payrollconstructie niet valt onder de kwalificatievoorwaarde van artikel 7:690 BW.
- De payrollconstructie is wel aan te merken als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW omdat het beschikt over een gezagsverhouding, betaling van loon en er arbeid wordt verricht.
- Repay en Randstad kwalificeren ten onrechte dat hun arbeidsovereenkomst aan valt te merken als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

Juridisch werkgever

- Bij onderzoek naar de praktijk en de rechtspraak is gebleken dat in de arbeidsovereenkomst duidelijk moet worden aangegeven welke partij aangemerkt moet worden als juridische werkgever. Als dit niet duidelijk is aangegeven, blijkt uit uitspraken dat rechters steeds vaker door de constructie heen zien, en de inlener aangemerkt wordt als juridisch werkgever. Het antwoord op deze vraag moet worden gevormd aan de hand van feiten en omstandigheden van het geval (denk hierbij aan wie de werknemer heeft geworven, de gezagsverhouding, wie gedraagt zich als juridisch werkgever) én de concrete afspraken tussen de partijen bepalen bij wie de werknemer werkelijk in dienst is. Randstad en Repay hebben dit duidelijk gemaakt door op de arbeidsovereenkomst te zetten dat zij de werkgever zijn en dat de werknemer daar ondubbelzinnig akkoord mee is gegaan. Repay benoemt de opdrachtgever expliciet in de arbeidsovereenkomst. Randstad maakt het nog duidelijker door in een apart document in de arbeidsovereenkomst de relatie tussen de inlener en werknemer op te nemen.

Ketenregeling

- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollorganisaties die geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd willen afsluiten met hun werknemers: Sluit in een periode van 24 maanden maximaal drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten af, die tevens deze periode in totaliteit niet overschrijden. Als het maximum aantal van drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten is bereikt wordt de vierde arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit gebeurt ook als de totale duur van de drie arbeidsovereenkomsten de 24 maanden overschrijdt. Om de keten van arbeidsovereenkomsten te doorbreken dient de werkgever een pauze in te lassen van meer dan zes maanden. Advocatenkantoor Pessers kan ook adviseren dat de werkgever een cao van toepassing verklaart op de arbeidsovereenkomsten, want bij cao mag worden afgeweken van het aantal ketens. Als er op 1 juli 2015 sprake is van een lopende cao, waarin gebruik wordt gemaakt van de verruimde ketenregeling, dan kan de werkgever van deze regeling gebruikmaken tot de einddatum van de cao, maar in ieder geval tot 1 juli 2016. De werkgever mag niet bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gelijktijdig een vaststellingsovereenkomst met de werknemer sluiten waarop de einddatum voor de arbeidsovereenkomst wordt afgesproken. Repay en Randstad werken beiden met een fasensysteem, hierdoor is het gemakkelijk te zien wanneer de werknemer recht heeft op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollwerknemers met betrekking tot de ketenregeling: de werkgever mag in principe zo vaak als hij wil gebruik maken van meer dan zes maanden onderbreking van de keten. De werknemer die meer dan drie tijdelijke contract heeft ondertekend of langer in dienst is dan 24 maanden, heeft recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Repay en Randstad laten de werknemer voor de duidelijkheid intreden per fase. Elke fase heeft verschillende rechten voor de werknemer, hier dient goed naar gekeken te worden. Hoe hoger de fase, hoe meer rechten voor de werknemer.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan inleners met betrekking tot de ketenregeling: de inlener heeft in beginsel niet veel te maken met de arbeidsverhoudingen tussen de payrollorganisatie en de payrollwerknemer. Dit is met de komst van de Wwz ook niet veranderd.

Opvolgend werkgeverschap

- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollorganisaties met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap: Voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst dient goed gekeken te worden naar het arbeidsverleden van de payrollwerknemer. Er moet namelijk een keuze worden gemaakt tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd. Repay en Randstad hebben dat gedaan door te vragen of de werknemer al eerder werkzaam was bij de inlener. Payrollorganisaties dienen echter ook rekening te houden met het feit dat als zij een payroll-overeenkomst overnemen of de werknemer eerder heeft gewerkt als uitzendkracht de keten moet worden doorgeteld omdat er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Opvolgend werkgeverschap vervalt binnen de termijn van meer dan zes maanden. Repay en Randstad vragen of de werknemer al eerder in dienst is geweest bij de inlener. Dit is echter niet voldoende, ze moeten ook vragen of de werknemer in het verleden werkzaam was voor de inlener op uitzendbasis of via een andere payrollorganisatie. Als dat het geval is, is er namelijk ook sprake van opvolgend werkgeverschap.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollwerknemers met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap: Er moet worden gekeken naar alle voorgaande arbeidsovereenkomsten van de

werknemer, er is sprake van opvolgend werkgeverschap zodra er sprake is van dezelfde werkzaamheden die worden verricht. Als dit het geval is telt de keten van arbeidsovereenkomsten door. Opvolgend werkgeverschap vervalt binnen de termijn van meer dan zes maanden. Ook het verleden bij eerdere payrollorganisaties en uitzendorganisaties is van belang bij dit vraagstuk.

- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan inleners met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap: Zodra de inlener besluit de werknemer (weer) in eigen dienst te nemen heeft hij pas te maken met het opvolgend werkgeverschap, anders niet.

Transitievergoeding

- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollorganisaties met betrekking tot de transitievergoeding: Artikel 7:673 BW heeft bepaald dat eenieder recht heeft op een vergoeding na een dienstverband van 24 maanden of meer wanneer het dienstverband op initiatief van de werkgever wordt beëindigd dan wel niet voortgezet. Deze vergoeding kan echter worden verminderd met een aantal kosten zoals transitiekosten (bv. omscholing, outplacement) en inzetbaarheidskosten (kosten gemaakt ter bevordering bredere inzetbaarheid van de betreffende werknemer). Als de werknemer op eigen initiatief opstapt of als de werknemer naar oordeel van de rechter ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, is de transitievergoeding niet verschuldigd. Deze vergoeding wordt betaald door de payrollorganisatie. Het is raadzaam om in de overeenkomst op te nemen welke kosten er van de transitievergoeding worden afgetrokken. Randstad heeft geen beding over de transitievergoeding opgenomen. Repay heeft opgenomen dat zij kosten (zoals omscholing) van een mogelijke transitievergoeding zullen aftrekken.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollwerknemer met betrekking tot de transitievergoeding: De payrollwerknemer heeft op grond van artikel 7:673 BW recht op een transitievergoeding na een dienstverband van minimaal 24 maanden wanneer het dienstverband op initiatief van de werkgever wordt beëindigd dan wel niet voortgezet. Dit recht vervalt of de hoogte ervan wordt beperkt als de payrollwerknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. De omscholingskosten kunnen van de transitievergoeding worden afgetrokken. De hoogte van de transitievergoeding is afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst. Voor meer informatie wordt verwezen naar bijlage III.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan inlener met betrekking tot de transitievergoeding: sinds de komst van de Wwz is het aan de inlener om een personeelsdossier op te bouwen. Dit dossier heeft een grote invloed op de mogelijke hoogte van de transitievergoeding, deze wordt namelijk lager of vervalt in zijn geheel zodra het ontslag ernstig te verwijten valt aan de payrollwerknemer.

Omzetting arbeidsovereenkomst

Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren over de omzetting naar de payrollconstructie. Er is weinig veranderd sinds de inwerkingtreding van de Wwz. Gelet op de aanwijzing van de werkgever dient er wel duidelijk overeengekomen te worden wie als werkgever wordt aangemerkt. De payrollwerknemer moet vervolgens ondubbelzinnig instemmen met de omzetting naar de payrollconstructie en de payrollorganisatie als werkgever. Het is aan de inlener om onderzoek te doen of de werknemer wel onder een dergelijke constructie wil werken. Randstad en Repay vragen een paraaf bij elke pagina van het contract en stellen dat de toekomstige werknemer de arbeidsovereenkomst heeft begrepen en de bijbehorende documentatie en daarmee akkoord gaat.

Ontslag

- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan payrollorganisaties met betrekking tot het ontslag: Door de komst van de Wwz en in het bijzonder de Ontslagregeling heeft de payrollwerknemer meer rechten gekregen als er wordt gekeken op het gebied van ontslag. De ontslagprocedure wordt gestart door de payrollorganisatie, echter zijn de omstandigheden bij de inlener leidend voor het ontslag. De payrollorganisatie is afhankelijk van de wet voor de keuze tussen de kantonrechter of het UWV. Bij bedrijfseconomische omstandigheden en langdurige ziekte van de payrollwerknemer dient hij om vervangende ontslagtoestemming te verzoeken bij het UWV. Het beëindigen van een opdracht is met de nieuwe regeling geen bedrijfseconomische reden meer. Bij andere omstandigheden zoals disfunctioneren van de werknemer is de werkgever verplicht om een ontbindingsverzoek in te stellen bij de kantonrechter. Nieuw is echter ook de mogelijkheid om in hoger beroep en cassatie te gaan. Deze rechtsmiddelen hebben echter geen schorsende werking en zullen niet sneller leiden tot duidelijkheid betreffende de vraag of de arbeidsovereenkomst is beëindigd. De payrollwerknemer maakt sinds de komst van de Ontslagregeling ook deel uit van het afspiegelingsbeginsel mits hij een contract heeft voor langer dan 26 weken of over een contract bezit voor onbepaalde tijd.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan de payrollwerknemer met betrekking tot het ontslag: De werkgever kan een ontbindingsverzoek indienen bij de kantonrechter of vervangende toestemming aan het UWV vragen. Als er sprake is van vervangende toestemming van het UWV heeft de advocaat veertien dagen om een verweerschrift op te stellen. Bij een kantonrechter is dat twee maanden. Nieuw sinds de komst van de Wwz is de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie, De termijn van hoger beroep is drie maanden. De payrollwerknemer kan ook om een billijke vergoeding (art. 7:699b BW) of een schadevergoeding (artikel 7:677 lid 2 BW) eisen in plaats van het herstel van de ontbinding. Ook geldt sinds de komst van de Wwz de wederindiensttredingsvoorwaarde. Als de payroll-werknemer erachter komt dat de inlener een vacature heeft voor dezelfde werkzaamheden heeft hij recht om weer in dienst te treden. Hij kan dit vorderen bij de kantonrechter, hij kan echter ook een billijke vergoeding eisen.
- Per 1 juli 2015 kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan de inlener met betrekking tot het ontslag: Van de inlener wordt verwacht dat hij een personeelsdossier opstelt en deze vervolgens deelt met de payrollorganisatie. De inlener moet zich houden aan de wederindiensttredingsvoorwaarde. Bij het selecteren van nieuw personeel moet hij eerst de payrollwerknemer de kans bieden om zijn oude baan weer te hervatten, er moet dan wel sprake zijn van dezelfde werkzaamheden. Sinds de komst van de Wwz dient er ook bij de inlener te worden afgespiegeld alvorens de inlener afscheid mag nemen van zijn ingehuurde kracht.

Herplaatsingsinspanningsplicht

Per 1 juli kan Advocatenkantoor Pessers het volgende adviseren aan de payrollorganisatie omtrent de herplaatsingsinspanningsplicht: De payrollorganisatie heeft een herplaatsingsplicht, hij dient te kijken of hij de werknemer kan herplaatsen, eventueel met bijscholing, ter voorkoming van een ontslag. Dit dient binnen een redelijke termijn plaats te vinden, een redelijke termijn is volgens de wet gelijk aan de wettelijke opzegtermijn. De werkgever dient aan te tonen welke inspanningen zijn geleverd om aan zijn verplichtingen te voldoen. Interne vermelding van vacatures is hiervoor niet voldoende. De werkgever, i.c. de payrollorganisatie, moet actief andere bedrijven hebben benaderd. Er wordt verwacht van de payrollorganisatie dat de payrollwerknemer actief wordt begeleid, initiatief toont en eventuele belemmeringen voor de werknemer in de uitoefening van een

passende functie wegneemt (bijvoorbeeld door het aanbieden van scholing). Repay en Randstad bieden over het algemeen een herplaatsingstraject aan. Repay doet dit echter niet voor Fase A en B-overeenkomsten, mits de werknemer hier expliciet om vraagt. Dit moet echter wel. Randstad gaat ook op zoek naar herplaatsingenplekken voor Fase A-overeenkomsten.

6.2 Aanbevelingen

Met inachtneming van al het hierboven geschreven, heeft de auteur een drietal checklists gemaakt voor Advocatenkantoor Pessers. Gezien de omvang zijn de checklists verplaatst naar bijlage XII. De checklists zijn onderverdeeld per partij en per vraagstuk.

Literatuur- en bronnenlijst

Literatuur

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Wolters Kluwer 1999.

Duk, Jacobs, Sprengers, Grapperhaus, van Voss, Rayer 2005

R.A.A Duk, A.T.J.M Jacobs, L.C.J. Sprengers, F.B.J. Grapperhaus, G.J.J. Heerma van Voss C.W.G. Rayer, *CAO-recht in beweging*, Den Haag: SDU 2005.

Loonstra en Zondag 2008

C.J Loonstra en Wijnand A. Zondag 2008, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008.

Grapperheus 2012

F.B.J. Grapperhaus, *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Heeger-Hertter e.a. 2013

Susanne Heeger-Hertter, Alf Bungener, Maarten Tanja, Pauline Burger, mr. Pauline de Casparis, Johan Zwemmer, Arie Wit, Marita Hoogeveen, Jan Schouten, Nicola Gundt, Eva Cremers-Hartman, Anita Damsteegt, Petra Kroon, Susanne Heeger-Hertter, *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties 2013*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Bakels 2015

H.L. Bakels. *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Heijden, Slooten en Verhulp 2015

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Tekst en commentaar: Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Van Grinsven, Geugjes, Soemers 2015

M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.

Beltzer, Franssen, Jansen, Te Poel & Wiersma 2015

R.M. Beltzer, E.J.A. Franssen, N. Jansen, M.C.A. te Poel, K. Wiersma, *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Boot, Houwling & Keulaerds 2015

G.C. Boot, A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Elektronische bronnen

www.vpo.nl

www.capra.nl

www.wintertaling.nl

www.vandoorne.nl

www.sprengersadvocaten.nl

www.boekel.nl

www.benthegratama.nl

www.tavasszy.nl

www.intermediair.nl

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1996/1997, 25 263, nr. 3.
Kamerstukken II 1996/1997, 25.264, nr. 5.
Kamerstukken II 2013/2014, 33 566, nr. 67.
Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3.
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7.
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 8.
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 43.
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 44.
Kamerstukken II 2014/2015, ah-tk-20142015-2798.
Brief Minister Asscher aan Tweede Kamer van 24 februari 2015 bij aanbidding 2e nota van wijziging van wetsvoorstel aanpak schijnconstructies)

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 18 december 1953, NJ 1954, 242.
HR 14 november 1997, NJ 1998, 149. (Groen/Schoevers):
HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444.
HR 14 april 2006, JAR 2006/119. (UvA/Beurspromovendi)
HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449. (Thuiszorg/PGGM).
HR 29 juni 2007, JAR 2007/215. (Simpson/Greenpeace)
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887. (Gouden Kooi)
HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, NJ 2013, 171,
HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601.
HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39.

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2008, JAR 2008/164.
Hof Leeuwarden 3 april 2012, JAR 2012/133.
Hof Leeuwarden d.d. 12 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY9401.
Hof Amsterdam 28 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.
Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340
Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015. ECLI:NL:GHARL:2015:670
Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516.
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938.

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 4 november 1999, JAR 2000/32
Rb. Dordrecht 8 februari 2007, RAR 2007/70; Prg. 2007/41:
Rb. Groningen 14 maart 2007, JAR 2007/102; RAR 2007/81:
Rb. Amsterdam 7 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ3883.
Rb. Amsterdam 11 mei 2012, AR 2012-0495.
Rb. Oost-Nederland 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108.
Rb. Enschede 4 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ6630.
Rb. Limburg 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829.
Rb. Noord-Nederland 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205.
Rb. Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521.
Rb. Limburg 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.
Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.
Rb. Noord-Nederland 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.
Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

Wet- en regelgeving

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

Burgerlijk Wetboek Boek 7

Ontslagbesluit

Ontslagregeling

Rechtsvordering

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 juni 2015

Regeling UWV Ontslagprocedure

Beleidsregels Ontslagtaak UWV

Vaktijdschriften

Grapperhaus en Jansen 1999

F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, De uitzendovereenkomst, *Monografieën Sociaal Recht* 1999, p. 36/37

Kuyt-Fokkens 2006

Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006/1019;

Hoogeveen 2007

E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3, p.10.

Zwemmer 2009

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payroll-onderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009,12

Zwemmer 2010

J.P.H. Zwemmer, 'De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010/1 p. 19-23.

Van Houte 2011

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payroll; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36.

Zwemmer 2012

Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap', *Monografieën Sociaal Recht* 2012 deel 55.

Hoogeveen 2012

E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt', *ArbeidsRecht* 2012/6.

Verburg 2013

Verburg, L.G. 'Payrolling: over duiding en verbinding', *Ars Aequi* december 2013.

Zwemmer 2014

Zwemmer, J.P.H. 'Uitzenden, payroll, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid', *Arbeidsrecht* 2014, 60.

Zwemmer 2015

J.P.H. Zwemmer, 'Payrolling: wie is de werkgever en welke verplichtingen hebben het payrollbedrijf en de opdrachtgever jegens de werknemer?', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2015, 1, p. 3

Barentsen & Duk 2015

B. Barentsen, R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de Wwz. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2015/67.

Palm 2015

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2015/3.

Bevers 2015

Bevers, E.M. 'Uitzending of payrollling? Of is dat hetzelfde?', *SDU Nieuws Arbeidsrecht*, 2015/144.

De Groot 2015

E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?' *TRA* 2015, 36, p. 14-17.

Hoogeveen 2015

E.M. Hoogeveen. 'Payrolling wordt minder aantrekkelijk gemaakt', *Arbeidsrecht* 2015, 17, p. 15-19.