



GROEP



arbeidsontwikkeling
personeelsdiensten

Payrolling en de ontslagregels

Onderzoek naar de gevolgen voor 18k naar aanleiding van de
wetswijzigingen op het gebied van het ontslagrecht in de Wet
werk en zekerheid en het Ontslagbesluit.

Steffie Schepers
Tilburg, mei 2015



Payrolling en de ontslagregels

Onderzoek naar de gevolgen voor 18k naar aanleiding van de wetswijzigingen op het gebied van het ontslagrecht in de Wet werk en zekerheid en het Ontslagbesluit.

Auteur:	Steffie Schepers
Studentnummer:	2056968
Opleiding:	HBO-rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Afstudeerorganisatie:	Diamant-groep Tilburg
Afstudeerperiode:	9 februari 2015 – 15 mei 2015
Afstudeermentor:	Dhr. Mr. C.J.M.M. de Beer
Eerste afstudeerdocent:	Mw. Mr. M.R.M. Brugman
Tweede afstudeerdocent:	Mw. Mr. M.A. van Bree

Tilburg, mei 2015

Voorwoord

In het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb ik van februari 2015 tot en met mei 2015 stage gelopen op de juridische afdeling van de Diamant-groep. In opdracht van de Diamant-groep heb ik een praktijkgericht juridisch onderzoek verricht naar de ontslagregels met betrekking tot payroll. De doelstelling van dit onderzoek is een advies te leveren welke 18k inzicht verschaft in de wijzigingen van het ontslagrecht met betrekking tot payrollwerknemers, zodat 18k haar werkwijze eventueel kan aanpassen aan deze 'nieuwe' regelgeving en eventuele risico's kan uitsluiten.

Dankzij alle collega's op de juridische afdeling van de Diamant-groep, zal ik mijn afstudeerstage nooit vergeten. De gezellige sfeer op de afdeling en de grapjes die tussendoor rondvlogen, hebben mijn afstudeerperiode ontzettend leuk en leerzaam gemaakt. De sfeer heeft tevens een grote bijdrage geleverd aan het tot stand komen van deze scriptie, want ik kwam iedere dag met veel plezier naar de Diamant-groep om aan mijn scriptie te werken.

Mr. Cees de Beer is ontzettend betrokken geweest bij het uitvoeren van dit onderzoek. Dankzij zijn kennis en kritische blik, kon hij mijn stukken voorzien van goede feedback. Dit heeft zeker bijgedragen aan de verbetering van mijn scriptie. Ook wanneer ik vastliep kon mr. Cees de Beer mij zelf nieuwe dingen laten inzien, waardoor ik tot een ontzettend mooi eindresultaat ben gekomen. Ook mr. Leontien van der Heijden heeft een bijdrage geleverd aan de totstandkoming van deze scriptie. Ze heeft mijn stukken voorzien van goede feedback, waardoor mijn scriptie nog duidelijker is geworden. Met zijn drieën hebben we regelmatig kunnen discussiëren over mijn scriptie, waarvan ik ontzettend veel heb geleerd. Als laatste wil ik dhr. Hans Palmen bedanken voor zijn scherpe blik, waarmee hij de taal- en formuleerfouten in mijn scriptie heeft opgespoord. Mr. Cees de Beer, mr. Leontien van der Heijden en dhr. Hans Palmen, bedankt voor jullie inzet en bijdrage aan deze scriptie.

Mijn afstudeerdocente, mr. Renate Brugman, wil ik bedanken voor haar goede begeleiding en de feedback op mijn stukken. Dankzij haar feedback begon ik met een goed onderzoeksplan en had ik een goede leidraad tijdens dit onderzoek. Mr. Renate Brugman was een erg fijne begeleidster, die altijd tijd voor me had. Tot slot wil ik mijn ouders bedanken voor hun steun en vertrouwen in mij gedurende mijn opleiding HBO-Rechten.

Steffie Schepers

Tilburg, mei 2015

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	6
Begrippenlijst	7
Samenvatting.....	8
1. Inleiding	9
§1.1 De organisatie.....	9
§1.2 Probleembeschrijving.....	10
§1.3 Centrale vraag en deelvragen	11
§1.4 Doelstelling	11
§1.5 Onderzoekopzet.....	11
§1.6 Opbouw rapport en leeswijzer	12
2. Payrolling, uitzenden en detacheren.....	13
§ 2.1 Wat houden uitzenden en detacheren in?	13
§ 2.1.1 Uitzenden	13
§ 2.1.2 Detacheren.....	14
§ 2.1.3 Verschillen tussen uitzenden en detacheren.....	14
§ 2.2 Wat is payrolling?.....	14
§ 2.2.1 Het begrip payrolling	14
§ 2.2.2 Is art. 7:690 BW van toepassing op payrolling?	15
§ 2.2.3 Formeel werkgeverschap bij payrolling	17
§ 2.3 Hoe verhoudt payrolling zich tot uitzenden en detacheren?	18
§ 2.4 Deelconclusie.....	19
3. Wettelijk kader ontslagregels payrolling	20
§ 3.1 Wettelijk kader ontslagregels voor payrolling tot 1 januari 2015	20
§ 3.1.1 Beëindiging van rechtswege	20
§ 3.1.2 Ontbindende voorwaarde	20
§ 3.1.3 Tussentijdse opzegging arbeidsovereenkomst bepaalde tijd	20
§ 3.1.4 Opzegging tijdens proeftijd	21
§ 3.1.5 Ontslag op staande voet.....	21
§ 3.1.6 Beëindiging met wederzijds goedvinden	21
§ 3.1.7 Ontbinding door de rechter	22
§ 3.1.8 Opzegging	23
§ 3.2 Wettelijk kader ontslagregels voor payrolling na 1 juli 2015.....	24
§ 3.2.1 Beëindiging van rechtswege	25
§ 3.2.2 Beëindiging met wederzijds goedvinden	25
§ 3.2.3 Opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst.....	26

§ 3.2.4 Transitievergoeding	31
§ 3.3 Afspiegelingsbeginsel	31
§ 3.4 Deelconclusie.....	33
4. De huidige werkwijze van 18k.....	34
§4.1 Payrollovereenkomst.....	34
§4.1.1 Payrollovereenkomst	34
§4.1.2 ABU-cao	36
§4.1.3 Arbeidsvoorwaardenregeling O&O	37
§4.2 Overeenkomst van opdracht	37
§4.3 Risicoanalyse.....	41
§4.4 Deelconclusie	44
5. Conclusies en aanbevelingen.....	46
Literatuurlijst	53

Lijst met afkortingen

ABP:	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ABU:	Algemene Bond Uitzendondernemingen
Art.	Artikel
BW:	Burgerlijk Wetboek
BOU:	Beleidsregels ontslagtaak UWV
LJN:	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NBBU:	Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen
NJ:	Nederlands Jurisprudentienummer
Ovo:	Overeenkomst van opdracht
StiPP:	Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
UWV:	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VOG:	Verklaring omtrent gedrag
VPO-cao:	cao voor Medewerkers van Payrollondernemingen
WAA:	Wet aanpassing arbeidsduur
Wsw:	Wet sociale werkvoorziening
Wwz:	Wet werk en zekerheid

Begrippenlijst

Detacheringsovereenkomst

De uitzendovereenkomst zonder uitzendbeding.

Opdrachtgever

De derde, aan wie een payrollwerknemer ter beschikking wordt gesteld door een payrollonderneming.

Overeenkomst van opdracht

De overeenkomst tussen opdrachtgever en payrollonderneming, die er toe strekt dat de werkgever een payrollovereenkomst aangaat met een werknemer die door de payrollonderneming ter beschikking wordt gesteld aan de opdrachtgever.

Payrollen

Het door een payrollonderneming ter beschikking stellen van een werknemer aan een derde krachtens een overeenkomst van opdracht.

Payrollovereenkomst

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.

Payrollonderneming

In deze scriptie is dit BV 18k.

Payrollwerknemer

De natuurlijke persoon die met de payrollonderneming een payrollovereenkomst aangaat.

Terbeschikkingstelling

De tewerkstelling door de payrollonderneming van de werknemer bij de opdrachtgever om onder leiding en toezicht van deze opdrachtgever werkzaamheden te verrichten.

Uitzendovereenkomst

De arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW, waarbij de ene partij als werknemer door de andere partij als werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever ter beschikking wordt gesteld aan een derde om krachtens een door deze aan die werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

Samenvatting

Het ontslagrecht wordt door de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) en de nieuwe regels in het Ontslagbesluit aanzienlijk gewijzigd, daarom is het voor 18k noodzakelijk dat wordt onderzocht of de huidige werkwijze rondom payrolling nog in overeenstemming is met de gewijzigde wet- en regelgeving. De volgende vraag staat in dit rapport centraal: *'In hoeverre is de huidige werkwijze van 18k met betrekking tot payrollwerknemers in overeenstemming met de wijzigingen in het ontslagrecht?'* De deelvragen zijn gericht op het in kaart brengen van de gewijzigde wet- en regelgeving en de huidige werkwijze rondom payrolling binnen 18k.

Op het eerste gezicht lijkt payrolling erg veel op uitzenden en detacheren. Bij alle drie de uitzendconstructies is sprake van een driehoeksrelatie waarbij een formele werkgever, werknemer en opdrachtgever zijn betrokken. Het belangrijkste verschil tussen deze uitzendconstructies is dat een payrollonderneming niet zorgdraagt voor de werving en selectie van werknemers, dit doet de opdrachtgever. Mijns inziens kan de payrollovereenkomst worden gezien als een bijzondere uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, welke op basis van de wetsgeschiedenis is uitgesloten voor de toepassing van art. 7:691 BW. Dit heeft tot gevolg dat in de payrollovereenkomst geen uitzendbeding kan worden opgenomen.

Door de invoering van de Wwz verdwijnt de vrije keus die de werkgever had tussen de UWV-route of de ontbindingsprocedure. Uit dit onderzoek blijkt dat 18k haar werkwijze moet aanpassen aan de nieuwe regelgeving, zodat zij de ontslagroute bij de juiste instantie volgt. Per 1 juli 2015 wordt ook de transitievergoeding ingevoerd. Een werkgever is aan haar werknemers een transitievergoeding verschuldigd, indien een dienstverband van 24 maanden of langer wordt beëindigd op initiatief van de werkgever. Dit financiële risico sluit 18k uit in de overeenkomst van opdracht. 18k kan haar werkwijze echter nog op een aantal punten aanpassen, zodat zij nog meer op deze wijziging inspeelt. Bij payrolling wordt een werknemer ter beschikking gesteld aan een derde om onder diens toezicht en leiding arbeid te verrichten. De instructiebevoegdheid ligt dus deels bij de opdrachtgever. Indien de instructiebevoegdheid teveel bij de opdrachtgever wordt neergelegd, kan de rechter oordelen dat geen arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming is gesloten, maar met de opdrachtgever. Binnen 18k vindt de bevoegdheidsverdeling nog niet op alle punten juist plaats. Hierdoor loopt 18k het risico dat de opdrachtgever als formeel werkgever wordt aangemerkt.

Wanneer een payrollovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt, heeft een werknemer op basis van de nieuwe regelgeving het recht om binnen veertien dagen de gegeven verklaring te herroepen. De werkgever dient dit herroepingsrecht aan de werknemer te vermelden. Tijdens mijn afstudeerstage ben ik betrokken geweest bij de aanpassing van de standaard beëindigingsovereenkomst die 18k hanteert. Hierin heb ik aanbevolen om het herroepingsrecht van een werknemer op te nemen. Door deze bepaling op te nemen, voldoet de werkwijze van 18k aan de nieuwe regelgeving.

Vanaf 1 januari 2015 zijn de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend voor het antwoord op de vraag of aan de payrollonderneming toestemming wordt verleend voor het ontslag van de payrollwerknemer. Dit houdt tevens in dat payrollwerknemers in de afspiegeling op gelijke wijze meedoen als de eigen werknemers van de opdrachtgever. Het is dus erg belangrijk dat een opdrachtgever een ontslagdossier over de payrollwerknemers opbouwt en de payrollwerknemers betreft in de afspiegeling.

Tot slot is gebleken dat binnen 18k een werkinstructie met betrekking tot payrolling ontbreekt, wat een behoorlijk afbreukrisico met zich kan meebrengen.

1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal een beschrijving worden gegeven van de organisatie waar het onderzoek voor wordt verricht, zodat een goede beeldvorming van de organisatie ontstaat. Vervolgens worden de probleembeschrijving, centrale vraag, doelstelling, onderzoeksstrategie en de bronnen en methoden beschreven. Tot slot wordt de leeswijzer uiteengezet.

§1.1 De organisatie

Diamant-groep

De Diamant-groep is een leerwerkbedrijf in Tilburg die door subsidiëring mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt passend werk en ontwikkeling biedt. Met behulp van de Diamant-groep kunnen ruim 3.000 mensen hun talenten al werkend inzetten. Op deze manier krijgen zij de kans om mee te doen in de maatschappij.¹ De Diamant-groep is een gemeenschappelijke regeling van zes Brabantse gemeenten. Het gaat om de volgende gemeenten: Tilburg, Goirle, Hilvarenbeek, Dongen, Gilze en Rijen en Alphen-Chaam. Deze gemeenten en de Diamant-groep hebben met elkaar afspraken gemaakt in de Gemeenschappelijke regeling Werkvoorzieningsschap Diamant-groep.

De Diamant-groep voert voor bovenstaande gemeenten de Wet sociale werkvoorziening (hierna: Wsw) uit. Maar de Diamant-groep biedt ook aan mensen die een afstand hebben tot de arbeidsmarkt uit andere sociale regelingen leerwerkplekken. Onder andere aan mensen die vanuit een (langdurige) uitkeringspositie aan het werk moeten. Maar ook aan herintreders en schoolverlaters met een achterstand. De hoofdtaak van de Diamant-groep is dan ook het zoeken en vinden van passend werk voor mensen. Uit het strategisch plan 2011-2014 blijkt dat het streven van de Diamant-groep is werknemers een werkplek te bieden buiten de muren van de Diamant-groep. Inmiddels werken twee van de drie werknemers buiten de muren van de organisatie.

BV 18k

De BV 18k (hierna: 18k) werd in 2005 opgericht als zelfstandig opererende (privaatrechtelijke) organisatie naast de Diamant-groep. 18k houdt zich dagelijks bezig met de vele aspecten rondom arbeidsontwikkeling en personeelsdiensten. Daarnaast biedt 18k via detachering en payrolling dienstverbanden aan op basis van de cao BV 18k en de AVR Onderwijs en Overheid (met ABP-pensioen, afgesloten met de bonden AbvaKabo en CNV). 18k werkt voornamelijk voor de Diamant-groep, de gemeente Tilburg en diverse (semi) overheidsinstellingen. De Diamant-groep is de grootste opdrachtgever van 18k. 18k heeft als primaire doelstelling de Diamant-groep te ondersteunen in haar opdrachten. Hiervoor heeft 18k een veelheid aan mensen, mogelijkheden en middelen ter beschikking.

Verhouding de Diamant-groep en 18k

De Diamant-groep is nauw verbonden met 18k. BV Bepro is enig aandeelhouder van 18k en de Diamant-groep is enig aandeelhouder van BV Bepro (zie bijlage A voor een organogram van de Diamant-groep). Ieder bedrijfs onderdeel van de Diamant-groep wordt vanuit 18k bediend door een personeelsteam. Dit team bestaat uit personeelsadviseurs. Deze zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van taken op het gebied van arbeidsontwikkeling, personele ondersteuning en ziekteverzuimbestrjding. Daarnaast verzorgt 18k ook de totale personeels- en salarisadministratie voor de Diamant-groep. Zoals eerder aangegeven biedt 18k met payrolling dienstverbanden aan. Bij payrolling worden werknemers door 18k ter beschikking gesteld aan een opdrachtgever om arbeid te verrichten. 18k verzorgt payrolling voor de Diamant-groep, maar ook voor andere organisaties. 18k is in dit geval de payrollonderneming (en de formele werkgever) en een derde de opdrachtgever.

¹ 'Over Diamant-groep', www.diamant-groep.nl, geraadpleegd op 19 mei 2015.

§1.2 Probleembeschrijving

Het verschil in rechtspositie tussen werknemers met een contract voor onbepaalde tijd en flexibele werknemers is groter geworden.² Met de Wwz wordt beoogd deze verhouding ten gunste van de flexibele werknemer bij te stellen.³ Het gaat in deze scriptie echter te ver om inhoudelijk diep in te gaan op de wijzigingen van de Wwz. De Wwz houdt kort gezegd het volgende in:

- De wijzigingen in het flexrecht welke ingaan op 1 januari 2015 en 1 juli 2015.
- De wijzigingen in het ontslagrecht welke ingaan op 1 juli 2015.
- De wijzigingen in de werkloosheidswet welke ingaan op 1 januari 2016.

In vervolg op deze wijzigingen zijn per 1 januari 2015 de ontslagregels voor payrolling in het Ontslagbesluit aangepast. De positie van de payrollwerknemers verbeteren en oneigenlijk gebruik van payrolling voorkomen, dat is wat het kabinet en sociale partners willen realiseren met de nieuwe ontslagregels voor payrolling. Maar deze wijzigingen roepen vragen op bij de Diamant-groep en 18k. Onder andere de vraag of zij hun beleid kunnen doorzetten, maar ook of 18k een opdrachtgever kan verplichten om het afspiegelingsbeginsel juist toe te passen. Deze en een aantal andere vragen zullen in deze scriptie worden beantwoord.

In het sociaal akkoord van 11 april 2013 is de afspraak opgenomen dat driehoeksrelaties, waaronder payrolling, in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt, zodat geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer. Daarnaast is afgesproken dat de speciale ontslagregels die nu bij payrolling gelden, zullen worden aangepast.⁴ Naar aanleiding van dit sociaal akkoord is per 1 januari 2015 het Ontslagbesluit aangepast voor payrolling. Door de aanpassing van het Ontslagbesluit worden payrollwerknemers met betrekking tot de ontslagbescherming gelijkwaardig aan de eigen werknemers van de opdrachtgever. De nieuwe regels gelden voor arbeidsovereenkomsten die zijn ingegaan op of na 1 januari 2015. Met ingang van 1 juli 2015 zullen de regels onmiddellijke werking hebben. Dit betekent dat zij dan ook gelden voor alle lopende arbeidsovereenkomsten, ook wanneer deze zijn ingegaan voor 1 januari 2015.⁵

Tot 1 januari 2015 was het beëindigen van een opdracht door de opdrachtgever op zichzelf een bedrijfseconomische reden voor ontslag van de payrollwerknemer. Dit wordt echter aangepast en vanaf 1 januari 2015 zijn de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend voor het antwoord op de vraag of aan de payrollonderneming toestemming wordt verleend voor ontslag van de payrollwerknemer. Dit roept uiteraard vragen op zoals:

- Is er een mogelijkheid voor de payrollonderneming om de opdrachtgever te verplichten een goed ontslagdossier op te bouwen? Of kan de payrollonderneming zich beschermen tegen de extra kosten wanneer deze de payrollwerknemer niet kan ontslaan?
- Kan 18k het huidige beleid met betrekking tot payroll doorzetten?
- Dienen de bestaande overeenkomsten tussen 18k en opdrachtgever aangepast te worden?
- Dienen de bestaande payrollovereenkomsten aangepast te worden?

Al deze vraagstukken dienen opgelost te worden, zodat 18k de juiste werkwijze met betrekking tot het ontslag van payrollwerknemers kan toepassen. De opdracht luidt om een advies en aanbevelingen te geven of het huidige beleid, contracten en werkinstructies in lijn zijn met de nieuwe ontwikkelingen.

² Bakels e.a. 2014, p. 2.

³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 4.

⁴ Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 26-27, www.stvda.nl (zoek op *sociaal akkoord 2013*), geraadpleegd op 3 maart 2015.

⁵ 'Positie flexwerkers sterker', *rijksoverheid*, www.rijksoverheid.nl (zoek op *positie flexwerkers*), geraadpleegd op 4 maart 2015.

§1.3 Centrale vraag en deelvragen

De volgende centrale vraag wordt in deze scriptie beantwoord:

In hoeverre is de huidige werkwijze van 18k met betrekking tot payrollwerknemers in overeenstemming met de wijzigingen in het ontslagrecht?

De centrale vraag wordt beantwoord met behulp van de volgende deelvragen:

1. Wat houdt payrolling in en hoe verhoudt dit zich tot uitzenden en detacheren?
2. Wat is er per 1 januari 2015 gewijzigd met betrekking tot de ontslagregels voor payrolling?
 - a. Wat was het wettelijk kader van de ontslagregels voor payrolling tot 1 januari 2015?
 - b. Wat is het wettelijk kader van de huidige ontslagregels voor payrolling na de aanpassing van het Ontslagbesluit en de Wwz?
3. Wat is de huidige werkwijze van 18k met betrekking tot payrolling?
 - a. Op welke wijze zijn de huidige contracten en werkinstructies ingericht?
 - b. Wat zijn de risico's indien 18k het huidige beleid ongewijzigd voortzet?

§1.4 Doelstelling

Het doel is om op 1 juni 2015 een advies op te leveren welke 18k inzicht verschaft in de wijzigingen van het ontslagrecht met betrekking tot payrollwerknemers, zodat 18k haar werkwijze eventueel kan aanpassen om aan deze 'nieuwe' regelgeving te voldoen en eventuele risico's kan uitsluiten.

§1.5 Onderzoeksopzet

Verantwoording bronnen en methoden

Tijdens dit onderzoek staat het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek het meest centraal. Er zijn diverse rechtsbronnen geraadpleegd, maar in het bijzonder boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en het Ontslagbesluit. Naast rechtsbronnen zijn ook documenten geraadpleegd zoals Kamerstukken, dossiers en rapporten. Voor het literatuuronderzoek zijn verschillende handboeken en vakbladen geraadpleegd. Tot slot is jurisprudentie geraadpleegd. Uit deze bronnen is informatie geselecteerd en geanalyseerd, dit noemt men ook wel een inhoudsanalyse. Het doel van deze inhoudsanalyse is om informatie te vergaren waarmee antwoord kan worden gegeven op de deelvragen. Door de inhoudsanalyse is informatie verkregen om het juridisch kader rondom de ontslagregels met betrekking tot payrolling te beschrijven. Tevens is informatie verkregen om uiteen te zetten hoe payrolling zich verhoudt tot uitzenden en detacheren.

Tijdens dit onderzoek worden meerdere onderzoeksmethoden gecombineerd, zoals interview en documentanalyse, daarom wordt gesproken van triangulatie.⁶ Er is een interview gehouden met een informant binnen 18k (mw. Karolien Rêz) om gewenste informatie uit de praktijk te verkrijgen. Er is gekozen voor een halfgestructureerd interview, omdat in dat geval ook ruimte is voor eigen inbreng van de informant. Naast dit interview heeft een documentanalyse van verscheidene overeenkomsten binnen 18k plaatsgevonden. Door het interview en de documentanalyse is de huidige werkwijze binnen 18k met betrekking tot payrolling uiteengezet.

Betrouwbaarheid en validiteit

Voor het verrichten van een betrouwbaar en valide onderzoek zijn er een aantal punten waar de onderzoekster zich tijdens dit onderzoeksproces aan houdt:

- Er is een onderzoeksplan opgesteld met een duidelijke vraagstelling en doelstelling. Dit onderzoeksplan is de richtlijn van dit onderzoek.
- Het onderzoeksplan zal worden voorgelegd aan de afstudeerdocente en de afstudeerbegeleider, zodat deze het onderzoeksplan kunnen controleren.

⁶ Van Schaaijk 2011, p.80-81.

- De onderzoeksbevindingen worden regelmatig voorgelegd aan de afstudeerdocente en de afstudeerbegeleider.
- Er zullen betrouwbare bronnen worden geraadpleegd zoals:
 - wet- en regelgeving;
 - gepubliceerde boeken;
 - juridische tijdschriften. De artikelen uit juridische tijdschriften die in dit onderzoeksrapport zijn gebruikt, zijn over het algemeen betrouwbaar. Deze stukken zijn namelijk geschreven door auteurs die regelmatig stukken publiceren en verstand hebben van de materie.
- Alle bronnen zullen worden opgenomen in de literatuurlijst.

§1.6 Opbouw rapport en leeswijzer

In dit onderzoeksrapport is gebruik gemaakt van afkortingen, om die reden is ter verduidelijking een lijst met afkortingen opgenomen. Overal waar in dit onderzoeksrapport wordt gesproken over de 'werknemer' of 'hij' wordt tevens de 'werkneemster' en 'zij' bedoeld.

Dit onderzoeksrapport bestaat uit 5 hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk is de inleiding waarin de volgende zaken aan de orde komen: de organisatie, de probleembeschrijving, de centrale vraag en deelvragen, de doelstelling en de onderzoekopzet. In hoofdstuk 2 is kort toegelicht wat payrolling, uitzenden en detacheren inhoudt. Daarnaast is beantwoord hoe payrolling zich verhoudt tot uitzenden en detacheren. In hoofdstuk 3 wordt het wettelijk kader van de ontslagregels rondom payrolling besproken. In hoofdstuk 4 wordt de werkwijze van 18k met betrekking tot payrolling besproken. Maar ook wat de risico's zijn indien 18k het huidige beleid ongewijzigd voortzet. Hoofdstuk 5 is het laatste hoofdstuk van dit onderzoeksrapport. In dit hoofdstuk zijn de conclusies geformuleerd en de daaruit voortvloeiende aanbevelingen aan 18k.

2. Payrolling, uitzenden en detacheren

In onderstaande paragrafen wordt kort toegelicht wat payrolling, uitzenden en detacheren inhouden. Als laatste wordt beantwoord hoe payrolling zich verhoudt tot uitzenden en detacheren.

§ 2.1 Wat houden uitzenden en detacheren in?

Het detacheren en uitzenden van werknemers vindt plaats op basis van een uitzendovereenkomst. Bij beide is sprake van een driehoeksrelatie, waarbij de volgende partijen zijn betrokken: het uitzendbureau/detacheringsbureau, de werknemer en de opdrachtgever. Op de uitzendovereenkomst is in veel gevallen de ABU-cao (Algemene Bond Uitzendondernemingen cao) of de NBBU-cao (Nederlands Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen cao) van toepassing. Aangezien de ABU-cao wordt gevolgd binnen 18k, zal ik me in het vervolg richten op de ABU-cao en niet op de NBBU-cao.

De ABU-cao is vanaf 17 september 2013 algemeen verbindend verklaard. De algemeen verbindend verklaring loopt tot en met 16 september 2015.⁷ De ABU-cao kent een driefasesysteem, waarbij fase A 78 weken duurt, fase B 2 jaar en/of 8 contracten en fase C is voor onbepaalde tijd. Uit art. 12 ABU-cao blijkt dat een uitzendovereenkomst in twee vormen kan worden aangegaan.

- a. Een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Een uitzendovereenkomst met uitzendbeding kan worden aangegaan voor de duur van de terbeschikkingstelling en maximaal tot het einde van fase A. Het uitzendbeding wordt in paragraaf 2.1.1 nader toegelicht.
- b. De detacheringsovereenkomst. Een detacheringsovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd.

In fase A is een werknemer dus werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. In fase A spreekt men dan ook wel van uitzenden. Vanaf fase B is een werknemer werkzaam op basis van een detacheringsovereenkomst. Onderstaand wordt allereerst besproken wat uitzenden inhoudt. Vervolgens wordt besproken wat detacheren inhoudt en tot slot worden de verschillen tussen uitzenden en detacheren kort samengevat.

§ 2.1.1 Uitzenden

Tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht bestaat een uitzendovereenkomst. De uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst waarbij een uitzendkracht door het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever. De rechtsverhouding tussen het uitzendbureau en de opdrachtgever is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).⁸ De duur van de uitzendovereenkomst is afhankelijk van de duur van de opdracht. Zoals eerder aangegeven is op een uitzendovereenkomst een uitzendbeding van toepassing. Wanneer een uitzendbeding is opgenomen, eindigt de uitzendovereenkomst van rechtswege op het moment dat de opdrachtgever de opdracht beëindigt. Een opdracht eindigt wanneer de opdrachtgever van de diensten van de uitzendkracht afziet. Maar ook wanneer een uitzendkracht ziek wordt, brengt dat doorgaans het einde van de opdracht met zich mee. Het uitzendbureau zoekt en selecteert zelf werknemers. De wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst is te vinden in art. 7:690 BW. In dit artikel is het volgende bepaald:

“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.”

⁷ Stcrt. 2013, 11460.

⁸ Bakels 2013.

Wanneer een driehoeksrelatie voldoet aan deze definitie, dan is de bijzondere regeling van art. 7:691 BW van toepassing. In lid 1 van voornoemd artikel is bepaald dat art. 7:668a BW, waarin de zogeheten ketenregeling is neergelegd, pas van toepassing is na 26 weken verrichte arbeid. De ketenregeling houdt (vanaf 1 juli 2015) in dat wanneer meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan zes maanden, dan geldt de laatste (vierde) arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. En indien arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. In lid 2 is bepaald dat een uitzendbeding kan worden opgenomen in de uitzendovereenkomst. Heeft de uitzendkracht in meer dan 26 weken arbeid voor het uitzendbureau verricht, dan verliest het uitzendbeding zijn rechtskracht (art. 7:691 lid 3). Van de regelingen in art. 7:691 lid 1,3 en 7 BW kan bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Deze afwijkmogelijkheid wordt wel beperkt, wat als gevolg heeft dat na 78 weken de ketenregeling altijd van toepassing wordt en het uitzendbeding zijn kracht verliest (art. 7:691 lid 8 BW). De intraconcernuitzending is om oneigenlijke toepassing van de uitzendverhouding te voorkomen uitgesloten van dit bijzondere regime (art. 7:691 lid 6 BW). Intraconcernuitzending betekent dat er binnen één concern wordt uitgezonden.

§ 2.1.2 Detacheren

Een gedetacheerde heeft een formele arbeidsrelatie met het detacheringsbureau en wordt uitgeleend aan een opdrachtgever. Tussen de gedetacheerde en het detacheringsbureau bestaat een detacheringsovereenkomst. Deze overeenkomst kan worden gezien als een uitzendovereenkomst zonder uitzendbeding. Doordat in een detacheringsovereenkomst geen uitzendbeding wordt opgenomen, biedt deze meer zekerheid. Gedetacheerden zijn in dienst bij het detacheringsbureau en worden steeds weer opnieuw uitgeleend.

§ 2.1.3 Verschillen tussen uitzenden en detacheren

Tussen uitzenden en detacheren bestaan een aantal verschillen. Het belangrijkste verschil is dat een uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de opdrachtgever de opdracht beëindigt. Een detacheringsovereenkomst loopt daarentegen door wanneer een opdracht wordt beëindigd. Dit houdt dus in dat een gedetacheerde ook wordt doorbetaald als hij niet werkt, daarom zal een detacheringsbureau proberen zo snel mogelijk werk te vinden voor de gedetacheerde.

§ 2.2 Wat is payrolling?

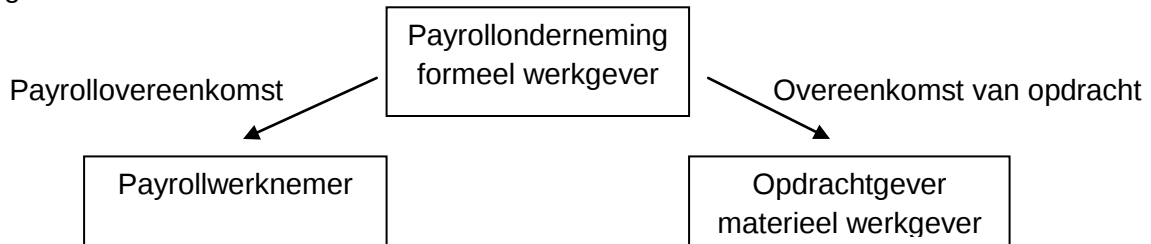
In deze paragraaf wordt beantwoord wat payrolling inhoudt. Allereerst wordt het begrip payrolling besproken. Vervolgens wordt besproken of art. 7:690 BW van toepassing is op payrolling en tot slot wordt het formeel werkgeverschap bij payrolling besproken.

§ 2.2.1 Het begrip payrolling

Payrolling is een fenomeen dat dateert uit de jaren negentig van de vorige eeuw. Het is een niet in de wet geduide rechtsfiguur, welke in verschillende vormen verschijnt. In deze scriptie zal worden aangesloten bij de definitie van payrolling uit de Arbeidsvoorwaardenregeling van 2012 van de Vereniging Payroll Ondernemingen (hierna: VPO). Deze regeling geeft de volgende definitie:

“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.”

Bij payrolling zijn drie partijen betrokken: een payrollonderneming (de formele werkgever), een werknemer en een derde (de opdrachtgever). De payrollonderneming sluit een payrollovereenkomst met de payrollwerknemer, waarin hij zich verplicht tot het verrichten van werkzaamheden bij de opdrachtgever.⁹ De rechtsverhouding tussen de payrollonderneming en de opdrachtgever is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht ex. art. 7:400 BW. Door gebruik te maken van payrolling besteedt de opdrachtgever het formele werkgeverschap uit. Dit houdt in dat de payrollonderneming alle aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en verantwoordelijkheden op zich neemt. De opdrachtgever houdt de werving, selectie en begeleiding van de werknemers in eigen hand. Er wordt een driehoeksverhouding gecreëerd door het materiële en formele werkgeverschap te splitsen. Hieronder staat een figuur welke de driehoeksverhouding weergeeft.



Figuur 1: driehoeksverhouding payroll

Tot 2006 vielen alle vormen van uitzending onder de ABU-cao of de NBBU-cao. Op 1 september 2006 werd de eerste payroll-cao afgesloten, de cao voor Medewerkers van Payrollondernemingen (hierna: VPO-cao). De VPO-cao is op 1 januari 2012 geëxpireerd, waardoor payrolling weer onder de algemeen verbindend verklaarde ABU-cao valt. De VPO heeft als reactie hierop het keurmerk 'Professioneel werkgeverschap' ontwikkeld, en een eigen Arbeidsvoorwaardenregeling opgesteld.

Uit een EIM rapport van 2010 blijkt dat werkgevers om verscheidene redenen gebruik maken van payrolling.¹⁰ Het belangrijkste motief van werkgevers is de verhoging van de flexibiliteit van het personeelsbestand. Het tweede motief is de vereenvoudiging en verbetering van processen zoals salaris- en personeelsadministratie, een betere automatisering van werknemers gerelateerde IT-processen en de inkoop van HR-deskundigheid. Als derde reden wordt genoemd het indekken van financiële risico's zoals wachtgeld, ontslag- en ziekterisico.

§ 2.2.2 Is art. 7:690 BW van toepassing op payrolling?

Payrolling is een bijzondere vorm van uitzenden.¹¹ Omtrent de vraag of payrolling wel of niet onder art. 7:690 BW valt, bestaat in de literatuur veel discussie. Deze discussie bestaat doordat de parlementaire geschiedenis rond art. 7:690 BW onduidelijk is. Hierdoor zijn verschillende interpretaties mogelijk.

Zwemmer is van mening dat de allocatiefunctie 'ingelesen' dient te worden in art. 7:690 BW en komt tot de conclusie dat de payrollovereenkomst niet kan worden aangemerkt als een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Volgens Zwemmer dient daarentegen een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever aangenomen te worden.¹² De allocatiefunctie dient uitgelegd te worden als het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeidskrachten.¹³

⁹ Dijkstra 2009, nr. 5.

¹⁰ EIM 2010, p. 19.

¹¹ Zie art. 8.1 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling.

¹² Zwemmer 2009.

¹³ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

Hoogeveen komt tot de conclusie dat payrollrolling wel onder de definitie van uitzenden valt, maar zij acht dit onwenselijk en pleit voor aanpassing van art. 7:690 BW in die zin dat de allocatiefunctie als constitutief vereiste wordt toegevoegd in art. 7:690 BW. Maar ondanks dat payrollrolling naar de letter van de wet voldoet aan de definitie van de uitzendovereenkomst, meent Hoogeveen dat een payrollonderneming geen beroep toekomt op art. 7:691 BW.¹⁴

De visie van Verburg is dat art. 7:690 BW van toepassing is op payrollrolling, maar zonder de voordelen van art. 7:691 BW.¹⁵ Verburg geeft een uitgebreide en duidelijke uiteenzetting van zijn visie met betrekking tot dit punt. Naar mijn mening sluit de visie van Verburg het meest aan bij wat de wetgever bij de totstandkoming heeft beoogd met art. 7:690 BW (hierna: '690'). Vanwege het vorenstaande zal de onderzoekster zich daarom in deze scriptie op zijn stuk baseren. De visie van Verburg is tot stand gekomen op basis van onderstaande.

De Raad van State heeft in haar advies van 28 januari 1997 aangegeven dat het in '690' verwoorde begrip van de uitzendovereenkomst aanzienlijk ruimer was dan de in de praktijk en rechtsliteratuur gehanteerde definitie. Volgens de Raad van State kon zowel uitzenden (een arbeidsovereenkomst voor de duur van de uitzending) als uitlenen (een voortdurende arbeidsovereenkomst met de uitleener) onder '690' worden gerekend. De Raad van State was van mening dat uitlenen een andere regeling vereist en deed de aanbeveling om de in '690' ontworpen regeling te beperken tot de uitzendrelatie in enge zin. Eventueel zou een afzonderlijke regeling kunnen worden getroffen voor de uitleenrelatie.¹⁶ De ministers waren het niet eens met deze aanbeveling. Ze beoogden met '690' een ruime werkingssfeer en meenden daarom de aanbevelingen niet te moeten volgen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de ministers niet alleen de in de praktijk voorkomende uitzendrelatie onder '690' beoogden te brengen, maar ook alle andere driehoeksrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten.¹⁷ Maar als gevolg van deze ruime werkingssfeer moest men voorkomen dat alle driehoeksrelaties onbedoeld toegang kregen tot de voordelen van art. 7:691 BW. Om deze reden overwogen de ministers het volgende:

"De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen (...) Op alle overige driehoeksrelaties (...) die niet voldoen aan de bijzondere criteria van de uitzendovereenkomst is de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing."¹⁸

Van de ene kant heeft de definitie van de uitzendovereenkomst dus een zeer ruime strekking en voldoet payrollrolling naar de letter van de wet aan deze definitie. Maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het bijzondere uitzendregime en de voordelen van art. 7:691 BW heeft willen reserveren voor bedrijven met een allocatiefunctie. Mijns inziens heeft de payrollonderneming geen allocatieve functie. De payrollonderneming draagt immers geen zorg voor de werving en selectie van de werknemers die bij hem in dienst treden, dat doet de opdrachtgever. Art. 7:691 BW zou dan ook niet van toepassing zijn op payrollrolling.

Daarnaast kan men aansluiting vinden bij de constructie intraconcernuitzenden. Zoals eerder aangegeven is deze constructie uitgesloten van het bijzondere regime van art. 7:691 BW. Payrollrolling lijkt als concept erg veel op intraconcernuitzenden. De payrollonderneming zou gezien kunnen worden als een personeels-BV welke zijn werknemers uitleent aan een werkmaatschappij, de opdrachtgever, zodat deze werkmaatschappij geen werknemers heeft.

¹⁴ Hoogeveen 2012.

¹⁵ Verburg 2013.

¹⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p 8/9.

¹⁷ Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

¹⁸ Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

Voor payrolling zou dan ook hetzelfde moeten en kunnen gelden als voor intraconcernuitzenden. Dit houdt dan in dat payrolling wel onder de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW valt, maar niet onder het regime van 7:691 BW.

Daarnaast is mijns inziens aansluiting te vinden bij de VPO-cao en de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling. In deze cao (geëxpireerd) en arbeidsvoorwaardenregeling wordt gevolgd dat payrolling wel onder de definitie van de uitzendovereenkomst valt, maar niet onder art. 7:691 lid 2 BW. In art. 8 lid 1 VPO-arbeidsvoorwaardenregeling wordt namelijk bepaald dat de payrollovereenkomst een uitzendovereenkomst is, maar de toepassing van art. 7:691 lid 2 BW wordt uitgesloten. Tot slot kan bij jurisprudentie aansluiting worden gevonden. Uit de uitspraken van het Hof Amsterdam¹⁹ en het Hof Den Haag²⁰ blijkt dat een onderneming geen allocatieve functie hoeft te hebben om onder art. 7:690 BW te kunnen vallen, zolang wel aan de andere vereisten van dat artikel wordt voldaan. In een andere uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden²¹ wordt de payrollwerkgever als juridisch werkgever geaccepteerd.

Mijns inziens kan op basis van bovenstaande worden geconcludeerd dat de payrollovereenkomst een bijzondere uitzendovereenkomst is, welke op basis van de wetsgeschiedenis is uitgesloten van de toepassing van art. 7:691 BW. Deze visie zal in deze scriptie worden gevolgd, totdat de Hoge Raad anders bepaalt.

§ 2.2.3 Formeel werkgeverschap bij payrolling

Met wie is een arbeidsovereenkomst gesloten? Dat is natuurlijk een heel belangrijke vraag wanneer je een arbeidsovereenkomst wilt beëindigen. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang hetgeen partijen daadwerkelijk voor ogen stond bij het aangaan van de overeenkomst en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst (de zogenoemde Groen/Schoevers-leer²²). Hierbij dient te worden beoordeeld wie zich als feitelijk werkgever gedraagt. Bij payrolling bestaat over dit punt veel discussie in de rechtspraak. Kenmerkend voor payrolling is namelijk dat een werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een derde om onder toezicht en leiding van deze derde arbeid te verrichten (ook wel instructiebevoegdheid genoemd). De gezagsverhouding ligt in dat geval (deels) bij de opdrachtgever. In de literatuur wordt ook wel gesproken van een splitsing tussen "formeel werkgeverschap" en "materieel werkgeverschap".

In een uitspraak van de rechtbank Oost-Nederland ging het om een payrollonderneming die geen enkele instructiebevoegdheid had en slechts zorgdroeg voor de loonbetaling. De opdrachtgever gaf alle instructies, maakte afspraken over vakantiedagen, te volgen opleidingen en deed de beoordelingen van de werknemer. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat hoewel op papier een arbeidsovereenkomst was gesloten tussen de payrollonderneming en de werkgever, realiter de arbeidsovereenkomst lag tussen de opdrachtgever en de werknemer.²³ De rechter spreekt in zo'n geval ook wel van een schijnconstructie: een constructie om enkel de ontslagbescherming van de werknemer te ontlopen. Wanneer de instructiebevoegdheid teveel bij de opdrachtgever wordt neergelegd, kan de rechter dus oordelen dat geen arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming is gesloten, maar met de opdrachtgever. Dat is natuurlijk een ongewenst rechtsgevolg bij payrolling. Want in dat geval is niet de payrollonderneming de formele werkgever en degene die de arbeidsovereenkomst met een werknemer dient te beëindigen, maar de opdrachtgever.

¹⁹ Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 & Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

²⁰ Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035.

²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6786.

²² HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

²³ Rb. Oost-Nederland, 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108.

Maar waar ligt dan de grens? Uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam kan worden geconcludeerd dat bij uitzenden de instructiebevoegdheid ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden dient te liggen bij de opdrachtgever.²⁴ Dit kan worden doorgetrokken naar payrollong, omdat dit wordt gezien als een bijzondere vorm van uitzenden. Uit jurisprudentie kan de volgende lijn worden getrokken:²⁵

- De opdrachtgever dient slechts een instructiebevoegdheid te hebben ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden. Dit betekent dat deze slechts toezicht heeft op en leiding geeft aan de uit te voeren werkzaamheden.
- De payrollonderneming dient de instructiebevoegdheid ten aanzien van het formele werkgeverschap uit te voeren. Enkel het loon betalen is hiervoor niet voldoende. De volgende instructiebevoegdheden dienen onder andere bij de payrollonderneming aanwezig te zijn:
 - De payrollonderneming beoordeelt het functioneren van de werknemer, bespreekt ontwikkelingspunten en houdt in de gaten of de werknemer voldoende declarabel is ingezet.
 - De werknemer dient zich ziek en hersteld te melden bij de payrollonderneming en niet bij de opdrachtgever.
 - Het opnemen van vakantiedagen, te volgen opleidingen en wisselingen van werkplek dient in overleg met de payrollonderneming te gebeuren.
 - Disciplinaire maatregelen worden door de payrollonderneming opgelegd.
- Tot slot blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Overijssel dat het ook van belang is of de payrollonderneming wordt betrokken bij de totstandkoming van de overeenkomst. De rechter oordeelde dat een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever bestaat, aangezien de payrollonderneming op geen enkele wijze invulling heeft gegeven aan het werkgeverschap en bij de totstandkoming op geen enkele wijze betrokken is geweest.²⁶

In deze scriptie wordt aangesloten bij de lijn die uit de jurisprudentie kan worden getrokken. Naar mijn mening wordt hierin een juiste verdeling gemaakt tussen de instructiebevoegdheid van de formele werkgever en materiële werkgever. De opdrachtgever heeft slechts een instructiebevoegdheid ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden en de payrollonderneming alle overige instructiebevoegdheden. Mijns inziens is dit de juiste invulling van de payrollconstructie.

§ 2.3 Hoe verhoudt payrollong zich tot uitzenden en detacheren?

Op het eerste gezicht lijkt payrollong erg veel op uitzenden en detacheren. Hieronder zullen de belangrijkste verschillen worden aangegeven.

- Een payrollonderneming zoekt en selecteert zelf geen werknemers, dit doet de opdrachtgever. Een uitzendbureau en detacheringsbureau dragen wel zelf zorg voor de werving en selectie van werknemers.
- Een payrollwerknemer wordt exclusief ter beschikking gesteld aan een opdrachtgever. Zonder toestemming van de opdrachtgever kan geen uitlening van de payrollwerknemer plaatsvinden aan anderen. Dit in tegenstelling tot werknemers bij een uitzendbureau waar veelal werknemers voor meerdere opdrachtgevers werken.
- Bij payrollong en detacheren is geen sprake van een uitzendbeding. Bij uitzenden is wel sprake van een uitzendbeding.
- Er bestaat ook een verschil met betrekking tot de ontslagbescherming van werknemers. Dit zal verder worden besproken in hoofdstuk drie.

²⁴ Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:886.

²⁵ Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:886; Rb. Oost-Nederland, 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108; Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749.

²⁶ Rb. Overijssel, 11 maart 2014, ECLI:NL:ROVE:2014:1214.

§ 2.4 Deelconclusie

Uitzenden, detacheren en payrolling vertonen in grote mate overeenkomsten met elkaar. Bij alle drie is sprake van een driehoeksrelatie waarbij een formele werkgever, werknemer en opdrachtgever zijn betrokken. Tussen de formele werkgever en werknemer bestaat, afhankelijk van de uitzendrelatie, een detacheringsovereenkomst, uitzendovereenkomst of payrollovereenkomst. Tussen de formele werkgever en de opdrachtgever bestaat een overeenkomst van opdracht.

Het belangrijkste verschil tussen uitzenden en detacheren is dat in de detacheringsovereenkomst geen uitzendbeding is opgenomen. Hierdoor zal de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigen op het moment dat de opdrachtgever de opdracht beëindigt. Mijns inziens kan de payrollovereenkomst worden gezien als een bijzondere uitzendovereenkomst, welke op basis van de wetsgeschiedenis is uitgesloten voor de toepassing van art. 7:691 BW. Dit heeft tot gevolg dat ook in de payrollovereenkomst geen uitzendbeding kan worden opgenomen. Een ander belangrijk verschil is dat bij payrolling de opdrachtgever de werving, selectie en begeleiding van de werknemer in eigen hand houdt, dit is bij uitzenden en detacheren niet het geval.

In het volgende hoofdstuk zullen de ontslagregels rondom payrolling aan bod komen.

3. Wettelijk kader ontslagregels payrolling

Het huidige ontslagrecht is in hoofdzaak in twee wetten geregeld. In het Burgerlijk Wetboek, boek 7 titel 10, en in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de wettelijke grondslagen met betrekking tot de ontslagregels in het kader van payrolling. Hierbij wordt kort toegelicht welke ontslaggronden er zijn. De onderzoekster zal echter vooral dieper ingaan op het Ontslagbesluit geldend tot 1 januari 2015 en het huidig geldende Ontslagbesluit. De volgende deelvraag wordt tevens beantwoord: wat is per 1 januari 2015 gewijzigd met betrekking tot de ontslagregels voor payrolling? In paragraaf 3.1 wordt ingaan op de wetgeving zoals deze gold tot 1 januari 2015. In paragraaf 3.2 wordt ingaan op de wijzigingen in het Ontslagbesluit en de Wwz. Tot slot geeft de onderzoekster kort haar mening over de gevolgen van deze wijzigingen. Met het oog op de centrale vraag wordt in dit hoofdstuk alleen ingegaan op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever en niet door de werknemer.

§ 3.1 Wettelijk kader ontslagregels voor payrolling tot 1 januari 2015

De rechtsbescherming van payrollwerknemers verschilde tot 2015 aanzienlijk ten opzichte van die van 'gewone' werknemers en andere uitzendkrachten. Dit verschil kwam met name voort uit de beleidsregels die het UWV tot 2015 hanteerde met betrekking tot payrollondernemingen. Om deze ongelijkheid weg te nemen heeft het kabinet maatregelen genomen, met als hoofddoel de positie van de payrollwerknemers te verbeteren. De arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer kan op verschillende wijzen worden beëindigd. In onderstaande sub paragrafen wordt kort ingaan op de meest relevante wijze van beëindiging van dienstverbanden. Vanzelfsprekend staat hierbij de payrollwerknemer centraal. In deze paragraaf wordt gebruik gemaakt van de wetsartikelen zoals deze golden tot 1 januari 2015.

§ 3.1.1 Beëindiging van rechtswege

Beëindiging van rechtswege kan op verschillende wijzen voorkomen. In art. 7:667 lid 1 BW is bepaald dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst, bij wet of door het gebruik is aangegeven. Van rechtswege wil zeggen dat de arbeidsovereenkomst 'automatisch' eindigt, dus zonder voorafgaande opzegging. Daarnaast betekent het dat de voor opzegging geldende voorschriften, zoals toestemming UWV, opzegverboden en opzeggingstermijnen niet van toepassing zijn.

§ 3.1.2 Ontbindende voorwaarde

De duur van een arbeidsovereenkomst kan ook afhankelijk worden gesteld van een ontbindende voorwaarde (art. 6:22 BW). In het arrest Mungra-Van Meir is bepaald dat een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig is indien het gaat om een toekomstige onzekere gebeurtenis welke objectief te bepalen is en niet in strijd is met het gesloten stelsel van ontslag.²⁷ Wanneer de ontbindende voorwaarde intreedt, eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Een voorbeeld van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde kan zijn dat de overeenkomst eindigt op het moment dat de opleiding (voortijdig) wordt beëindigd zonder het behalen van het diploma.

§ 3.1.3 Tussentijdse opzegging arbeidsovereenkomst bepaalde tijd

De overeenkomst voor bepaalde tijd kan slechts tussentijds worden opgezegd indien voor ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen (art. 7:667 lid 3 BW). Men spreekt ook wel van een tussentijds opzegbeding. Indien geen tussentijds opzegbeding is overeengekomen en de werkgever wil de arbeidsovereenkomst toch tussentijds beëindigen, dan bestaat er de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden bij de rechter.

²⁷ HR 6 maart 1992, NJ 1992/509.

§ 3.1.4 Opzegging tijdens proeftijd

Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kunnen de werkgever en werknemer een proeftijd overeenkomen door een zogenoemd proeftijdbeding in de overeenkomst op te nemen (art. 7:652 BW). Een proeftijd is een periode waarin partijen zich van elkaars geschiktheid als partij bij de arbeidsovereenkomst kunnen overtuigen. In art. 7:652 lid 3 en lid 4 BW wordt de maximale duur van de proeftijd beperkt, deze is afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst. Bij cao kan deze termijn worden verlengd tot maximaal twee maanden (art. 7:652 lid 6 jo. art. 7:652 lid 7 BW). Gedurende de proeftijd kunnen beide partijen de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen en zijn de voor opzegging geldende voorschriften dus niet van toepassing. Een proeftijd is nietig wanneer deze niet voor beide partijen gelijk is dan wel op langer dan twee maanden wordt gesteld. Wanneer een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd en de proeftijd blijkt nietig te zijn, dan kan een werknemer de nietigheid van de opzegging inroepen wegens het ontbreken van een ontslagvergunning van het UWV.

§ 3.1.5 Ontslag op staande voet

Er is sprake van een ontslag op staande voet wanneer de arbeidsovereenkomst op grond van een dringende reden door de werkgever of werknemer wordt opgezegd. Bij een terecht gegeven ontslag op staande voet eindigt de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang, de normale opzegebepalingen zijn hierbij niet van toepassing. Om te spreken van een terecht gegeven ontslag op staande voet, dient aan de volgende vereisten te zijn voldaan (art. 7:677 lid 1 BW):

- Objectief dringende reden. Dit houdt in dat de aangevoerde reden voor het ontslag door ieder weldenkend mens als dringend moet worden ervaren.
- Subjectief dringende reden. Dat wil zeggen dat de partij die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden opzegt, de reden ook zelf zo dringend ervaart, dat ontslag in zijn subjectieve beleving móét volgen.
- Mededelen van de reden.
- Onverwijld beëindigen. Onverwijld beëindigen houdt in dat er voortvarend moet worden gehandeld. Maar er is wel ruimte voor het uitvoeren van een zorgvuldig onderzoek naar de feiten.

In art. 7:678 lid 2 BW staan voorbeelden die een dringende reden voor ontslag op staande voet kunnen opleveren, deze lijst is echter niet-limitatief. De Hoge Raad heeft in het Hema-arrest²⁸ en Schoenmaker-arrest²⁹ kenbaar gemaakt dat bij de vraag of er sprake is van een dringende reden, alle omstandigheden van het geval meegewogen dienen te worden. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de volgende gezichtspunten: de aard en de ernst van wat door de werkgever als dringende reden is aangemerkt, de duur en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, persoonlijke omstandigheden van de werknemer zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem hebben.³⁰ De persoonlijke omstandigheden van de werknemer dienen vervolgens te worden afgewogen tegen de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt.

§ 3.1.6 Beëindiging met wederzijds goedvinden

Wanneer partijen in onderling overleg de arbeidsovereenkomst beëindigen, spreekt men ook wel van beëindiging met wederzijds goedvinden. Beëindiging met wederzijds goedvinden komt zowel bij overeenkomsten voor bepaalde als onbepaalde tijd voor. Een specifieke wettelijke regeling ontbreekt. De werknemer kan alleen aan zijn instemming worden gehouden indien er sprake is van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van zijn kant. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval rust er een onderzoeksplicht op de werkgever en wordt van hem verlangd dat hij nagaat in hoeverre de werknemer werkelijk de wil heeft om in te stemmen met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

²⁸ HR 21 januari 2000, JAR 2000,45.

²⁹ HR 12 februari 1999, JAR 1999,643.

³⁰ Van Drongelen e.a. 2012, p. 222.

Wanneer er sprake is van een wilsgebrek, kan de beëindigingsovereenkomst worden vernietigd. Dit is aan de orde wanneer er sprake is van bedrog, bedreiging, dwaling of misbruik van omstandigheden.³¹

§ 3.1.7 Ontbinding door de rechter

De werkgever en de werknemer kunnen de rechter te allen tijde verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen (art. 7:685 lid 1 BW). Deze bevoegdheid kan niet worden uitgesloten of beperkt. De kantonrechter toetst of er voor het ontslag een gewichtige reden bestaat. De gewichtige redenen zijn te onderscheiden in dringende redenen en veranderingen in de omstandigheden.

Dringende reden

De werkgever kan ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken wegens dringende redenen in plaats van de werknemer op staande voet te ontslaan. Dit zal gebeuren wanneer de werkgever niet weet of de reden wel dringend genoeg is. Ook komt het in de praktijk regelmatig voor dat de werkgever na een ontslag op staande voet, een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt. Dit wordt gedaan voor het geval in een procedure blijkt dat het ontslag op staande voet nietig is en de arbeidsovereenkomst derhalve nog steeds voortduurt. Door voorwaardelijke ontbinding aan te vragen, wordt het risico van een oplopende loonvordering beperkt. Uit art. 7:678 lid 1 BW blijkt dat er bij een dringende reden sprake is van een situatie waardoor op grond van de redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. In lid 2 van voornoemd artikel staan voorbeelden (niet-limitatief) die een dringende reden kunnen opleveren.

Verandering in de omstandigheden

Bij verandering in de omstandigheden gaat het om een breed scala aan gronden. De verandering moet van zodanige aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve, direct of op korte termijn moet eindigen. Daarbij wordt vaak een onderverdeling gemaakt in drie categorieën:

1. bedrijfseconomische redenen;
2. een verstoorde arbeidsverhouding;
3. disfunctioneren van de werknemer.³²

Wanneer de werkgever een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient om de arbeidsovereenkomst op korte termijn te laten eindigen, beslist de kantonrechter op dat verzoek door met alle feiten en omstandigheden rekening te houden. De opzegverboden zijn niet rechtstreeks van toepassing op een ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst, maar werpen wel hun schaduw op de ontbindingsprocedure. Er bestaat namelijk een reflexwerking van de opzegverboden. Deze reflexwerking houdt in dat de rechter zich ervan dient te vergewissen of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod (art. 7:685 lid 1 BW). Wanneer er sprake is van een opzegverbod, zal de rechter in het algemeen zeer terughoudend zijn met het ontbinden van de arbeidsovereenkomst. Normaal gesproken wijst de kantonrechter het verzoek wel toe indien de ontslaggrond losstaat van de situatie waarop het opzegverbod betrekking heeft.³³

De rechter heeft nu nog de mogelijkheid om bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering van de omstandigheden een ontslagvergoeding toe te kennen aan de werknemer (art. 7:658 lid 8 BW). Wanneer er sprake is van een dringende reden is een ontslagvergoeding niet mogelijk. Sinds 1 januari 1997 bestaat er een landelijke "kantonrechters formule" om deze vergoeding te berekenen.³⁴

³¹ Zie voor bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden art. 3:44 BW en voor dwaling art. 6:228 BW.

³² Van Drongelen e.a. 2012, p. 294-295.

³³ Geugjes, Van Grinsven & Soemers 2011, p. 312.

³⁴ 'Landelijke aanbevelingen 1639w, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters op 8 november 1996', www.rechtspraak.nl (zoek op *landelijke aanbevelingen 1639w*), geraadpleegd op 20 mei 2015.

Deze formule is per 1 januari 2009 gewijzigd. Kort gezegd luidt de formule als volgt: $A \times B \times C$. A staat voor het aantal gewogen dienstjaren, B voor de beloning (laatstgenoten bruto maandsalaris) en C voor de correctiefactor.³⁵

§ 3.1.8 Opzegging

In het algemeen wordt als hoofdregel gezien dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beëindigd door voorafgaande opzegging ex art. 7:667 lid 6 BW. Om de partij die opzegt te beschermen tegen een onbehoorlijke beïnvloeding, is het mogelijk een opzegging te vernietigen wanneer er sprake is van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden. Aan de opzegging zijn een aantal voorwaarden verbonden. Allereerst dient de opzegging te geschieden tegen het einde van de maand (art. 7:672 lid 1 BW). Daarnaast dient een opzegtermijn te worden gehanteerd, welke afhankelijk is van de duur van het dienstverband (art. 7:672 lid 2 BW). Deze termijn kan schriftelijk worden verlengd. Verkorting van deze termijn kan daarentegen slechts bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan (art. 7:672 lid 5 BW). Alvorens tot opzegging kan worden overgegaan dient er een preventieve toetsing van het ontslag plaats te vinden. Deze preventieve toetsing wordt uitgevoerd door het UWV. Het UWV dient voorafgaande toestemming te verlenen wanneer de werkgever het dienstverband wil opzeggen (art. 6 BBA). Dit noemt men ook wel het verlenen van een ontslagvergunning. Indien een werkgever opzegt zonder toestemming van het UWV, is deze opzegging vernietigbaar (art. 9 BBA).

Het UWV toetst allereerst of er voor het ontslag een redelijke grond bestaat zoals in de wet genoemd (art. 3:1 Ontslagbesluit). In de wet zijn de volgende gronden te vinden waarop een aanvraag voor een ontslagvergunning kan worden gebaseerd:

1. bedrijfseconomische redenen (art. 4:1 Ontslagbesluit);
2. arbeidsongeschiktheid (art. 5:2 Ontslagbesluit);
3. overige ontslagredenen (art. 5:1 Ontslagbesluit).

Om ontslagaanvragen zorgvuldig en uniform te beoordelen zijn door het UWV de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: BOU) opgesteld. Voor payrollwerknemers bestaat er bij het UWV een aangepast beleid ten opzichte van 'gewone' werknemers. Onderstaand zal alleen worden ingegaan op de beleidsregels voor payrollondernemingen (hoofdstuk 16 BOU), aangezien dit van belang is voor deze scriptie.

De ontslagaanvraag bij het UWV wordt door de payrollonderneming ingediend. Bij de opzegging van een payrollovereenkomst spelen in principe alleen bedrijfseconomische redenen een rol. Wanneer de opdrachtgever de payrollopdracht beëindigt is er namelijk sprake van verval van een arbeidsplaats bij de payrollonderneming. Voor de payrollonderneming is er dan, wanneer er geen directe herplaatsing mogelijk is, een bedrijfseconomische reden voor het indienen van een ontslagaanvraag bij het UWV voor de betrokken werknemer.

Normaal dient een werkgever de bedrijfseconomische reden aan de hand van schriftelijke stukken, zoals jaarstukken, omzetcijfers en prognoses aan te tonen.³⁶ De payrollonderneming dient daarentegen slechts aannemelijk te maken dat de opdrachtgever de payrollopdracht heeft beëindigd. De payrollonderneming hoeft hierbij niet aan te geven wat de reden is voor de beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever, noch wordt deze door het UWV getoetst. Indien de payrollonderneming zelf de payrollopdracht beëindigt, is uiteraard wel een duidelijke toelichting nodig.³⁷

³⁵ Voor aanvullende informatie kunt u www.kantonrechtersformule.nl of www.rechtspraak.nl (zoek op: aanbevelingen kantonrechtersformule) raadplegen, geraadpleegd op 25 mei 2015.

³⁶ Hoogeveen 2012.

³⁷ Meijer e.a. 2013, p 144-145.

Daarnaast toetst het UWV wat de werkgever zoal heeft ondernomen om ontslag te voorkomen, voor zover de werkgever mogelijkheden voor herplaatsing heeft. Een payrollonderneming dient zich, net als iedere andere werkgever, dus wel in te spannen om ontslag te voorkomen. Als een overtollige werknemer herplaatst kan worden, is niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de payrollwerknemer noodzakelijk is en zal dus geen ontslagvergunning worden verleend. Bij een ontslagverzoek moet daarom blijken dat de payrollonderneming is nagegaan of er bij andere bij haar aangesloten opdrachtgevers geschikte vacatures zijn of op korte termijn vrij komen waar een overtollig geworden werknemer voor in aanmerking zou kunnen komen. Ook moet blijken dat de payrollonderneming de werknemer op het bestaan van deze vacatures heeft gewezen en hem met de betreffende opdrachtgever in contact heeft gebracht.³⁸

Als laatste spelen de opzegverboden een rol bij de opzegging van een payrollovereenkomst. Wanneer men een payrollovereenkomst opzegt terwijl er sprake is van een opzegverbod, dan is deze opzegging vernietigbaar (art. 7:677 lid 5 BW). De werknemer kan in dat geval binnen twee maanden na opzegging een beroep doen op de vernietigingsgrond. De volgende opzegverboden zijn in de wet te vinden:

- ziekte (art. 7:670 lid 1 BW);
- wegens en tijdens zwangerschap en bevalling (art. 7:670 lid 2 BW);
- wegens het opnemen van ouderschapsverlof (art. 7:670 lid 7 BW);
- het zogenoemde politieke verlof (art. 7:670 lid 6 BW);
- tijdens dienstplicht (art. 7:670 lid 3 BW);
- wegens een OR-lidmaatschap (art. 7:670 lid 4 BW);
- wegens een lidmaatschap vakbond (art. 7:670 lid 5 BW);
- overgang van onderneming (art. 7:670 lid 8 BW);
- wegens een verzoek om aanpassing arbeidsduur (art. 3 WAA);
- wegens het niet verlenen van instemming aan het werken op zondag (art. 7:670 lid 9 BW);
- gelijke behandeling mannen en vrouwen (art. 7:647 lid 1 BW).

In sommige gevallen is het toch mogelijk om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, ondanks het bestaan van een opzegverbod. De wet kent de volgende uitzonderingen (art. 7:670b BW):

1. tijdens de proeftijd of wegens een dringende reden;
2. indien de werknemer schriftelijk met de opzegging instemt;
3. indien de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (of een onderdeel van);
4. wanneer een werknemer niet of onvoldoende meewerkt aan de re-integratie.

In sommige gevallen neemt het UWV een wederindiensttredingsvoorwaarde op in de ontslagbeschikking (art. 4:5 Ontslagbesluit). In geval van payrolling wordt deze voorwaarde echter niet opgenomen in de ontslagbeschikking, omdat deze voorwaarde volgens het UWV niet aansluit bij het wezen van de driehoeksrelatie.³⁹ De wederindiensttredingsvoorwaarde houdt in dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van de ontslagtoestemming geen werknemer in dienst mag nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij de werknemer voor wie de ontslagvergunning is verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten.

§ 3.2 Wettelijk kader ontslagregels voor payrolling na 1 juli 2015

Op 29 november 2013 werd, naar aanleiding van het sociaal akkoord, het Wetsvoorstel werk en zekerheid bij de tweede kamer ingediend.⁴⁰

³⁸ Meijer e.a. 2013, p 146.

³⁹ Meijer e.a. 2013, p 147.

⁴⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 1-2.

Dit heeft geleid tot een wet waarin met name het ontslagrecht op veel punten ingrijpend wordt gewijzigd. Met de Wwz beoogt de wetgever een pakket van samenhangende aanpassingen te presenteren om te komen tot een meer activerende arbeidsmarkt, het groeiende verschil tussen mensen met een vast en flexibel contract te bestrijden en weeffouten in het historisch gegroeide stelsel van ontslagrecht te herstellen.⁴¹ De inwerkingtreding van het gewijzigde ontslagrecht is 1 juli 2015, behoudens een aantal uitzonderingen. Wanneer een wetswijziging eerder van kracht is, zal dit worden aangegeven. Met de komst van de nieuwe ontslagregels wordt het BBA ingetrokken.⁴² In vervolg op de wijzigingen in het ontslagrecht zijn per 1 januari 2015 de ontslagregels voor payrollrolling in het Ontslagbesluit aangepast. Het kabinet en sociale partners willen met deze aanpassing de positie van de payrollwerknemers verbeteren en oneigenlijk gebruik van payrollrolling voorkomen. De nieuwe regels in het Ontslagbesluit zijn ook opgenomen in de Ontslagregeling die per 1 juli 2015 het Ontslagbesluit vervangt. Deze Ontslagregeling is echter iets uitgebreider, aangezien deze meteen inspeelt op de wetswijzigingen in het BW per 1 juli 2015 met betrekking tot het ontslagrecht. In deze paragraaf worden de belangrijkste wijzigingen met betrekking tot het ontslag van payrollwerknemers uiteengezet. Er zal gebruik worden gemaakt van de wetsartikelen in het BW geldend vanaf 1 juli 2015 en de regels uit het Ontslagbesluit welke al geldend zijn vanaf 1 januari 2015, hierbij zal tevens de nieuwe Ontslagregeling worden aangehaald.

§ 3.2.1 Beëindiging van rechtswege

In art. 7:668 BW wordt de aanzegplicht geïntroduceerd, welke is ingegaan per 1 januari 2015. De aanzegplicht houdt in dat voordat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, de werkgever de werknemer schriftelijk moet informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, en bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten. De aanzegtermijn geldt ook voor opvolgende contracten van zes maanden of langer. Deze verplichting geldt niet wanneer het einde niet op een kalenderdatum is gesteld of als de overeenkomst is aangegaan voor een periode korter dan zes maanden. Maar ook in geval van een uitzendovereenkomst waarin een uitzendbeding als bedoeld in art. 7:691 lid 2 BW is opgenomen geldt de aanzegplicht niet.⁴³ Indien de aanzegverplichting niet wordt nagekomen, is de werkgever de werknemer een vergoeding verschuldigd gelijk aan een maandloon, of bij niet-tijdige nakoming een vergoeding naar rato van de vertraging. Is de werkgever de aanzegplicht in het geheel niet nagekomen en wordt de overeenkomst na het verstrijken van de overeengekomen tijd voortgezet, dan wordt de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668 lid 4 sub a BW voortgezet voor dezelfde tijd, maar ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden.⁴⁴ Ook in dit geval is de werkgever een vergoeding verschuldigd.

§ 3.2.2 Beëindiging met wederzijds goedvinden

De mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst middels een schriftelijke beëindigingsovereenkomst te beëindigen, wordt in de wet opgenomen (art. 7:670b BW). Deze wijze van beëindiging noemt men ook wel beëindiging met wederzijds goedvinden. Voor de beëindigingsovereenkomst gaat eenzelfde regime gelden als voor de instemming met opzegging. De werknemer heeft het recht om binnen veertien dagen de verklaring buitengerechtelijk te ontbinden (ook wel herroeping genoemd). Deze mogelijkheid is wel beperkt: als een werknemer zijn instemming heeft herroepen, dan mag hij dat binnen zes maanden na zijn herroeping niet nogmaals doen. Wanneer de werkgever verzuimt om het ontbindingsrecht te vermelden aan de werknemer, wordt de termijn van veertien dagen verlengd tot 21 dagen.

⁴¹ Bakels e.a. 2014, p. 1.

⁴² Stb. 2014,274.

⁴³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 20-21.

⁴⁴ Bakels e.a. 2014, p. 9.

§ 3.2.3 Opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Opzegging tijdens proeftijd art. 7:652 BW

Aangezien een werknemer nauwelijks ontslagbescherming heeft tijdens de proeftijd, zijn per 1 januari 2015 in het BW grenzen gesteld aan de mogelijkheid om een rechtsgeldig beroep te doen op een proeftijdbeding. Allereerst is in lid 4 bepaald dat de proeftijd bij een tijdelijk contract van ten hoogste een half jaar is verboden. Daarnaast zijn de gronden waarop een proeftijdbeding nietig is uitgebreid in lid 8. In dit artikel is onder andere het volgende bepaald:

“Elk beding waarbij een proeftijd is overeengekomen is nietig, indien het beding is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en dezelfde werkgever, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige arbeidsovereenkomst.”

Met deze bepaling legt de wetgever het uitgangspunt zoals deze al in de rechtspraak gold vast. Het is dus niet mogelijk een proeftijd overeen te komen in een opvolgende payrollovereenkomst, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige payrollovereenkomst. Men kan hierbij denken aan een nieuwe functie. Indien toch een proeftijd wordt overeengekomen in een payrollovereenkomst waarin de vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer niet wijzigen, dan is dit beding nietig (art. 652 lid 8 BW). Tot slot is het volgende gewijzigd: indien een proeftijd nietig is kan de werknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:681 BW). Billijk geeft een situatie weer die je naar omstandigheden rechtvaardig en redelijk kunt noemen. Een billijke vergoeding is dus een vergoeding die gezien de omstandigheden recht doet aan de schade die is ontstaan.

Opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Art. 7:671 BW geeft aan in welke gevallen de werkgever mag opzeggen. Allereerst mag dit wanneer een werknemer instemt met de opzegging. Dit betekent echter niet dat een werkgever de werknemer altijd eerst moet vragen of hij instemt met zijn ontslag.⁴⁵ De werkgever kan ook direct een eenzijdige beëindigingsroute (via UWV of kantonrechter) inzetten. De werknemer heeft het recht om zijn instemming binnen veertien dagen te herroepen (art. 7:671 lid 2 BW). Na herroeping wordt een eventuele opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden. De werkgever dient de werknemer binnen twee werkdagen na de instemming, schriftelijk te wijzen op zijn herroepingsrecht. Indien de werkgever dit nalaat, wordt de termijn van veertien dagen verlengd tot drie weken. De mogelijkheid om met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan, blijft bestaan naast de instemming met de opzegging. Wanneer een werknemer niet instemt met zijn ontslag kan de werkgever een eenzijdige beëindigingsroute starten. Met de nieuwe ontslagregels verdwijnt de vrije keus die de werkgever had tussen de UWV-route of de ontbindingsprocedure.

Art. 7:669 lid 1 BW geeft aan dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is. Deze gronden worden in lid 3 opgesomd, deze lijst is limitatief. Kort weergegeven zijn dit de volgende gronden: bedrijfseconomische omstandigheden (a), langdurige ziekte (b), veelvuldig ziekteverzuim (c), ongeschiktheid voor de bedongen arbeid anders dan ten gevolge van ziekte (d), verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (e), weigeren arbeid te verrichten wegens gewetensbezwaren (f), een verstoorde arbeidsverhouding (g), en andere omstandigheden waardoor van de werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (h).⁴⁶ Uit de memorie van toelichting blijkt dat deze laatste grond betrekking heeft op bijzondere gevallen die niet terug zijn te voeren op de hiervoor genoemde gronden, zoals detentie en illegaliteit van de werknemer of het ontbreken van de voor de arbeid vereiste tewerkstellingsvergunning.

⁴⁵ Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, 3, p. 26.

⁴⁶ Bakels e.a. 2014, p. 15.

In deze situatie speelt het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer geen rol bij de beoordeling van de geoorloofdheid van het ontslag.⁴⁷ Wanneer een werkgever op grond van bedrijfseconomische redenen of langdurige ziekte de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, dient hij hiertoe toestemming te verzoeken aan het UWV (art. 7:671a lid 1 BW). In alle overige gevallen dient de werkgever de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:671b lid 1 BW). De beëindigingsroute is dus afhankelijk van de ontslaggrond.

Opzegging UWV

De achterliggende gedachte voor de gekozen ontslaggronden die bij het UWV worden behandeld, is ingegeven door het feit dat in de praktijk deze twee gronden het meest voorkwamen bij het UWV.⁴⁸ De volgende punten worden specifiek in de nieuwe regelgeving opgenomen:

- De preventieve toetsing die het UWV uitvoert (art. 7:669 lid 1 BW).
- De mogelijkheid voor de werkgever om ontbinding te verzoeken bij de kantonrechter wanneer hij vindt dat ten onrechte geen toestemming is gegeven (art. 7:671b lid 1 sub b BW).
- De mogelijkheid voor de werknemer om de kantonrechter te verzoeken de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, of onder voorwaarden een vergoeding toe te kennen indien de werknemer vindt dat ten onrechte wel toestemming is gegeven (art. 7:682 lid 1 BW).
- De wederindiensttreedingsvoorwaarde (art. 7:681 lid 1 sub c en d BW).

Ook de opzegverboden blijven behouden. Bij schending van deze opzegverboden kan de werknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:681 lid 1 sub a en b BW). Als laatste zal toestemming om op te zeggen wegens een bedrijfseconomische reden alleen worden gegeven wanneer flexcontracten zijn beëindigd. Voor payrollwerknemers wordt bij ministeriële regeling een uitzondering gemaakt.⁴⁹

Ontbinding door de rechter

De werkgever kan de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een van de redenen uit art. 7:669 lid 2 sub c-h BW, indien de toestemming voor opzegging door het UWV is geweigerd, en op grond van de redenen uit art. 7:669 lid 2 sub a en b BW indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de BOU in een ministeriële regeling wordt neergelegd en een ontbindingsverzoek wordt getoetst aan de criteria die in de wet en daarop gebaseerde lagere regelgeving worden opgenomen. Hierdoor is het denkbaar dat ook de kantonrechter aan de BOU gebonden wordt.⁵⁰ De kantonrechter kan het verzoek tot ontbinding slechts inwilligen indien aan de voorwaarden voor opzegging is voldaan. Dit houdt in dat de werkgever aannemelijk zal moeten maken dat herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt (art. 7:699 lid 1 BW). Tevens kan de kantonrechter de ontbinding weigeren indien de grond voor ontbinding onvoldoende aannemelijk is gemaakt of sprake is van een opzegverbod. In de wet staan de gevallen wanneer de rechter toch kan ontbinden, ondanks het bestaan van een opzegverbod. Dit kan wanneer het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de omstandigheid waar het opzegverbod op ziet, of als er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen (art. 7:671b lid 2 jo. lid 6 BW).

⁴⁷ Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46.

⁴⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 25.

⁴⁹ Kamerstukken II 2013/14, 38 818, nr. 3. p. 106.

⁵⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr.3, p. 31 en 78.

Deze uitzondering geldt echter alleen indien sprake is van een zogenoemd tijdens opzegverbod (art. 7:670 lid 1 tot en met lid 4 en lid 10 BW), maar niet bij een opzegverbod wegens een bepaalde omstandigheid (art. 7:670 lid 5 tot en met lid 9 BW) of indien sprake is van discriminatoir ontslag.⁵¹ Opmerkelijk is dat het bedrijfseconomisch ontslag niet onder de uitzondering wordt geschaard. Hierdoor kunnen de opzegverboden ingeval van bedrijfseconomische gronden niet worden doorbroken. Dat dit niet een weeffout is, maar een bewuste keuze van de wetgever, blijkt uit de memorie van toelichting. Hierin staat dat de reden voor de 'uitsluiting' is dat in de wet (art. 7:670a lid 3 BW) staat aangegeven wanneer een arbeidsovereenkomst, ondanks het bestaan van een opzegverbod, ingeval van een ontslag om bedrijfseconomische gronden toch kan worden opgezegd.⁵²

Bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan de kantonrechter aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen, naast het recht van de werknemer op de transitievergoeding. De transitievergoeding zal later nog worden toegelicht. De kantonrechter mag zelf de hoogte van de billijke vergoeding bepalen op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Hoe dit zich in de praktijk zal ontwikkelen moet nog blijken. Tot slot staat op grond van art. 7:683 BW hoger beroep en cassatie open tegen de ontbindingsbeschikking. Dit schorst de tenuitvoerlegging van de beschikking niet.

Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt zonder instemming van de werknemer of de benodigde toestemming van het UWV, dan kan de werknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:681 lid 1 sub a BW). De buitengerechtelijke vernietiging vervalt hiermee. Een billijke vergoeding wordt toegekend indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Door de vernietiging blijft de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht in stand en blijft de werkgever ook het loon verschuldigd. Tot slot wordt nog aandacht aan het volgende besteed. Wat dien je als werkgever te doen wanneer er zowel een a- of b-grond is als een grond uit de overige categorie? Blijkens het Nader Rapport is het mogelijk gelijktijdig een verzoekschrift bij de kantonrechter en een verzoek tot toestemming bij het UWV in te dienen.⁵³ De oordelende instantie zal zich moeten beperken tot de ontslaggrond waarvan hij beoordelingsbevoegd is. De werkgever kan dus voor meerdere ankers gaan liggen. Of daarmee het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en goedkoper wordt, kan men zich afvragen.

Wijzigingen Ontslagbesluit en Ontslagregeling

Met ingang van 1 januari 2015 zijn de regels voor de beoordeling van een ontslagaanvraag voor een payrollwerknemer gewijzigd. Dit leidt tot vernieuwing van de BOU. In paragraaf 6a van het Ontslagbesluit zijn zodanige regels gesteld dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers niet afwijkt van de ontslagbescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde opdrachtgever. Als gevolg hierop is voor het beëindigen van een payrollovereenkomst niet meer voldoende grond dat de opdrachtgever de payrollopdracht heeft beëindigd. Op grond van art. 6a:1 Ontslagbesluit en art. 20 Ontslagregeling zijn de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend voor de vraag of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer. Deze wijziging betekent onder meer het volgende:

- Wanneer een opdrachtgever de overeenkomst opzegt met de payrollonderneming, bijvoorbeeld omdat hij meent dat de werknemer onvoldoende functioneert, zal de payrollonderneming de arbeidsovereenkomst met de werknemer willen opzeggen. Wanneer er sprake is van disfunctioneren dient een payrollonderneming een ontbindingsverzoek in te dienen bij de kantonrechter. De kantonrechter zal alleen toestemming verlenen indien aan de voorwaarden voor een ontslag wegens onvoldoende functioneren bij de opdrachtgever is voldaan.

⁵¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr.3, p. 32.

⁵² Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr.3, p. 32.

⁵³ Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, nr. 4, p 49-50.

De aanvraag wordt dus op gelijke wijze beoordeeld als wanneer de opdrachtgever voor de eigen werknemer een ontbindingsverzoek zou indienen. Indien de opdrachtgever geen goed ontslagdossier opbouwt, zal het voor de payrollonderneming hoogstwaarschijnlijk onmogelijk zijn om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van disfunctioneren. Daarom is het erg belangrijk dat de opdrachtgever een volledig dossier opbouwt over al haar werknemers.

- In de situatie waarin een opdrachtgever een overeenkomst opzegt vanwege het feit dat er onvoldoende werk is, zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat het vervallen van een arbeidsplaats bij de opdrachtgever noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering. Daarnaast dient de voordracht voor ontslag van de desbetreffende payrollwerknemer in overeenstemming te zijn met de toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij de opdrachtgever. Dit zou kunnen betekenen dat de ontslagvergunning voor de payrollwerknemer wordt geweigerd, omdat de arbeidsplaats van een eigen werknemer van de opdrachtgever bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel zou moeten vervallen. Toepassing van het afspiegelingsbeginsel hoeft niet indien bij de opdrachtgever andere regels gelden voor het bepalen van de ontslagvolgorde, zoals bijvoorbeeld bij de overheid of in het onderwijs het geval kan zijn. In dat geval dient de voordracht voor ontslag in overeenstemming te zijn met de bij de opdrachtgever geldende regels (art. 6a:1 lid 2 Ontslagbesluit en art. 21 Ontslagregeling).
- Wanneer een payrollonderneming besluit zijn bedrijf te beëindigen zal, beoordeeld naar de omstandigheden bij de opdrachtgever, de bedrijfsbeëindiging door de payrollonderneming niet leiden tot het vervallen van een arbeidsplaats bij de opdrachtgever. Indien wel toestemming zou worden verleend zou dit er toe leiden dat aan de payrollwerknemer niet de ontslagbescherming wordt geboden waar hij aanspraak op zou kunnen maken als hij rechtstreeks in dienst was geweest bij de opdrachtgever. Wat de situatie is als de payrollonderneming zijn bedrijf beëindigt, terwijl hij geen ontslagvergunning krijgt voor de bij hem in dienst zijnde werknemers, is tot op heden niet duidelijk. Als de reden voor het beëindigen van de overeenkomst is gelegen in het beëindigen van het bedrijf van de opdrachtgever, of in het faillissement van de opdrachtgever, komen er arbeidsplaatsen te vervallen bij de opdrachtgever. In dat geval is er dus sprake van omstandigheden bij de opdrachtgever die aanleiding kunnen zijn voor het verlenen van toestemming voor opzegging aan de payrollwerkgever.⁵⁴
- Uit art. 20 onderdeel a Ontslagregeling blijkt dat voor de toepassing van paragraaf twee tot en met vijf van deze regeling de payrollwerknemer geacht wordt in dienst te zijn bij de opdrachtgever. Paragraaf twee gaat over regels met betrekking tot een redelijke grond voor ontslag, paragraaf drie gaat over regels met betrekking tot herplaatsing en de redelijke termijn, paragraaf vier gaat over regels met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Tot slot gaat paragraaf vijf over de regels met betrekking tot het eerst beëindigen van andere arbeidsrelaties. Bovenstaande betekent bijvoorbeeld dat bij het beëindigen van een payrollovereenkomst om bedrijfseconomische redenen, ook moet worden voldaan aan de verplichting tot herplaatsing binnen een redelijke termijn.
- In art. 20 onderdeel b Ontslagregeling is bepaald dat de opdrachtgever geacht wordt de werkgever van de payrollwerknemer te zijn bij de toepassing van artikel 7:671a lid 5 BW. In art. 7:671a lid 5 BW zijn arbeidsrelaties aangewezen die de werkgever in ieder geval moet beëindigen, voordat toestemming kan worden verleend om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen. Het gaat hierbij onder andere om de arbeidsrelatie met personen die niet op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam zijn en de overeenkomsten met betrekking tot ingeleende personen. Een werkgever kan dus pas overgaan tot ontslag van zijn vaste werknemers (onbepaalde tijd) als hij de tijdelijke ingehuurd werknemers heeft ontslagen. In art. 17 Ontslagregeling zijn echter bepaalde arbeidsrelaties aangewezen, welke van de plicht in art. 7:671a lid 5 BW zijn uitgezonderd.

⁵⁴ *Stcr.* 2014, 33286, p. 3-4.

Payrolling is uitgezonderd wanneer het gaat om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de resterende looptijd meer bedraagt dan 26 weken. Dit geldt voor zover zij niet op grond van toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt. Zonder deze regeling, zou gelden dat bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen een werkgever eerst afscheid zou moeten nemen van zijn payrollwerknemers. Door deze regeling doen payrollwerknemers dus op dezelfde wijze mee in de afspiegeling als de eigen werknemers van een opdrachtgever.⁵⁵ Het afspiegelingsbeginsel wordt in paragraaf 3.3 nader toegelicht.

Bovenstaande betekent ook dat de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend zijn voor de bevoegdheid van het UWV respectievelijk de kantonrechter om het ontslag preventief te toetsen.⁵⁶ Daarnaast is er nog een belangrijke wijziging. Deze wijziging houdt in dat het UWV bij het verlenen van een opzegvergunning, hieraan een wederindiensttredingsvoorwaarde verbindt (art. 6a.2 Ontslagbesluit en art. 22 Ontslagregeling). Ook hiermee wordt de ontslagbescherming van de payrollwerknemer gelijk gebracht aan de ontslagbescherming van werknemers rechtstreeks in dienst bij de opdrachtgever.

In art. 6a:1 lid 3 Ontslagbesluit wordt geregeld dat wanneer een payrollonderneming tevens uitzendwerkgever is als bedoeld in Bijlage B bij het Ontslagbesluit, Bijlage B niet van toepassing is. Wanneer Bijlage B wel van toepassing zou zijn, is dit niet in overeenstemming met de regeling. Het is namelijk de bedoeling dat de bescherming van de payrollwerknemer gelijk is aan de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever.

In art. 6a.3 Ontslagbesluit en in art. 23 Ontslagregeling is bepaald in welke situaties de omstandigheden bij de opdrachtgever niet bepalend zijn. Dat is het geval indien de overeenkomst tussen de payrollonderneming en opdrachtgever op initiatief van de payrollonderneming wordt beëindigd, omdat de opdrachtgever de financiële verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst gedurende een periode van ten minste drie maanden in het geheel niet is nagekomen. De payrollonderneming dient hierbij wel aan te tonen dat hij heeft getracht nakoming van de overeenkomst af te dwingen. In de memorie van toelichting is aangegeven dat een payrollonderneming dit kan doen door bijvoorbeeld inzage te verschaffen in zijn boekhouding, alsmede door een bewijs van het inschakelen van een deurwaarder om de opdrachtgever te bewegen aan zijn verplichtingen te voldoen. Wanneer deze situatie zich voordoet dan kan de payrollonderneming vanwege bedrijfseconomische redenen toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst verzoeken. Wel dient een payrollonderneming zich in te spannen om ontslag te voorkomen. Wanneer een overtollige werknemer herplaatst kan worden, is niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de werknemer noodzakelijk is en zal geen ontslagvergunning worden verleend. Bij een ontslagverzoek moet dan ook blijken dat de payrollonderneming is nagegaan of er bij andere bij hem aangesloten opdrachtgevers geschikte vacatures zijn. Ook moet blijken dat de payrollonderneming de payrollwerknemer op het bestaan van de vacatures heeft gewezen en hem met de desbetreffende opdrachtgever in contact heeft gebracht.⁵⁷ Uit art. 23 Ontslagregeling blijkt ook dat in bovenstaand geval het afspiegelingsbeginsel en de wederindiensttredingsvoorwaarde niet gelden. Tot slot geldt ook de verplichting uit art. 7:671a lid 5 BW niet. Dit betekent dat de toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen kan worden verleend, zonder dat de payrollonderneming arbeidsrelaties of inleenovereenkomsten als bedoeld in art. 7:671a lid 5 BW heeft beëindigd.

⁵⁵ *Stcrt.* 2015, 12685, p.24-26.

⁵⁶ *Stcrt.* 2015, 12685, p. 26.

⁵⁷ *Stcrt.* 2015, 12685, p. 27.

De nieuwe regels zullen uitsluitend van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten die zijn ingegaan op of na 1 januari 2015. Zoals eerder aangegeven worden de nieuwe regels ook opgenomen in de Ontslagregeling die per 1 juli 2015 het Ontslagbesluit vervangt. De Ontslagregeling heeft onmiddellijke werking, zodat deze regels vanaf 1 juli 2015 ook gelden voor alle lopende arbeidsovereenkomsten.⁵⁸

§ 3.2.4 Transitievergoeding

Nog een belangrijke wijziging is de invoering van de transitievergoeding (art. 7:673 BW). Met de invoering van de transitievergoeding vervalt de kantonrechttersformule. De transitievergoeding is bedoeld als compensatie voor het ontslag, maar ook om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De hoogte van de vergoeding wordt bepaald aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst. Over de eerste tien jaar van de arbeidsovereenkomst is de vergoeding gelijk aan een zesde van het maandsalaris voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het maandsalaris over elke daaropvolgende periode van zes maanden (art. 7:673 lid 2 BW).⁵⁹ De hoogte van de vergoeding wordt beperkt tot € 75.000,00 of een bedrag gelijk aan ten hoogste het in geld vastgestelde loon over twaalf maanden, indien dat loon hoger is dan dat bedrag. Als sprake is van overgang van onderneming gaan de rechten en plichten verbonden aan de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger. Dat geldt ook voor reeds opgebouwde rechten op een transitievergoeding.⁶⁰

Het recht op de transitievergoeding bestaat als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is beëindigd door opzegging na toestemming van het UWV, door ontbinding door de rechter of, in geval van een tijdelijk contract, dit contract op initiatief van de werkgever niet aansluitend wordt verlengd nadat dit van rechtswege is geëindigd. Wanneer de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer is geëindigd als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever geldt dit recht ook. Er is geen recht op een transitievergoeding bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Werkgever en werknemer bepalen immers zelf onder welke voorwaarden de arbeidsovereenkomst eindigt. De transitievergoeding is ook niet verschuldigd in de volgende gevallen:

- Wanneer sprake is van ontslag als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.
- Indien een werknemer de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid twaalf uur of minder per week bedroeg. De maanden voor zijn achttiende verjaardag tellen ook niet mee voor de berekening van de omvang van de toetsing.
- Wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere of lagere overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt.

§ 3.3 Afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel dient te worden toegepast om bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen te bepalen welke werknemer binnen een categorie uitwisselbare functies voor ontslag moet worden voorgedragen. Kort samengevat wordt het personeel per categorie uitwisselbare functies in leeftijdsgroepen ingedeeld, waarna het personeelsbestand zo wordt ingekrompen dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft en binnen een leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking komt (art. 4:2 lid 1 Ontslagbesluit en art. 11 Ontslagregeling).

⁵⁸ Stcrt. 2014, 33286, p. 5.

⁵⁹ Voor werknemers van 50 jaar of ouder bestaan afwijkende regels (art. 7:673a BW).

⁶⁰ Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 39.

Er bestaat een rangorde tussen de groepen werknemers. Het gaat om de volgende groepen:
Groep 1: Flexibele werknemers: gedetacheerden, uitzendkrachten, werknemers die zijn ingeleend van een andere bedrijfsvestiging, oproepkrachten/werknemers met een nul-urencontract.

Groep 2: Tijdelijke werknemers van wie het contract binnen 26 weken na datum indiening van de aanvraag eindigt.

Groep 3: AOW-gerechtigden.

Groep 4: Tijdelijke werknemer van wie het contract na 26 weken na datum indienen van de aanvraag eindigt en werknemer met een dienstverband voor onbepaalde tijd.

Bij het vervallen van arbeidsplaatsen wordt de bovenstaande rangorde gevolgd. Dat betekent dat werknemers uit groep 4 pas voor ontslag in aanmerking komen als de noodzakelijke personeelsinkrimping niet (volledig) gerealiseerd kan worden door afscheid te nemen van werknemers uit de groepen 1 tot en met 3.⁶¹ Tot 1 januari 2015 was in de BOU voor payrollondernemingen bepaald dat de bijzondere contractuele relatie het niet toelaat dat het afspiegelingsbeginsel onverkort wordt toegepast. Het afspiegelingsbeginsel is alleen mogelijk op andere payrollwerknemers van de payrollonderneming bij de opdrachtgever, niet op werknemers in vaste dienst bij de opdrachtgever noch op andere werknemers bij de payrollonderneming. Stel bij opdrachtgever A werken twee payrollwerknemers X en Z. Bij opdrachtgever B werkt payrollwerknemer Y. Wanneer opdrachtgever A een payrollwerknemer wil ontslaan dient hij het afspiegelingsbeginsel toe te passen tussen payrollwerknemer X en Z. Stel het afspiegelingsbeginsel wordt door opdrachtgever A niet juist toegepast. Hij zegt de overeenkomst van opdracht met payrollwerknemer X op, terwijl Z voor ontslag in aanmerking komt op basis van het afspiegelingsbeginsel. De payrollonderneming dient dan te trachten om de opdrachtgever alsnog het afspiegelingsbeginsel juist toe te laten passen. Wanneer de opdrachtgever om hem moverende redenen weigert de opzegging te herzien, zal de payrollonderneming zich hieraan moeten conformeren. De payrollonderneming heeft immers geen zeggenschap over het personeelsbeleid bij de opdrachtgever. De payrollonderneming kan dan met beroep op de hardheidsclausule⁶² de overeenkomst met de betreffende werknemer alsnog opzeggen.⁶³

Het speciale beleid dat geldt voor payrollwerknemers vervalt. Wanneer een payroll-overeenkomst wordt opgezegd vanwege bedrijfseconomische redenen, dan dient het afspiegelingsbeginsel bij de opdrachtgever te worden toegepast. De payrollwerknemers doen in de afspiegeling op gelijke wijze mee als de eigen werknemers van de opdrachtgever. Afhankelijk van de payrollovereenkomst vindt indeling plaats in een van de vier groepen. Voorbeeld: wanneer een payrollovereenkomst (voor 20 uur per week) voor onbepaalde tijd bestaat, wordt de werknemer in groep 4 ingedeeld. Hierdoor kan de omstandigheid zich voordoen dat de ontslagvergunning voor de payrollwerknemer wordt geweigerd, omdat de arbeidsplaats van een eigen werknemer van de opdrachtgever bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel zou moeten vervallen. Dit beleid is tot 1 juli 2015 alleen van toepassing op payrollwerknemers met een payrollovereenkomst aangegaan op of na 1 januari 2015. Vanaf 1 juli 2015 is dit beleid op alle payrollwerknemers van toepassing. Alles is er dus op gericht de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming te bieden als ware hij rechtstreeks in dienst bij de opdrachtgever. Tot slot dient de payrollonderneming (en dus niet de opdrachtgever) de bedrijfseconomische redenen en de juiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij het UWV inzichtelijk te maken. De daarvoor benodigde informatie en documentatie kan alleen met behulp van de opdrachtgever worden aangeleverd.

⁶¹ J. Meijer, 'Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2015', zie hoofdstuk 10, p. 10-4, www.werk.nl (zoek op *beleidsregels uwv*), geraadpleegd op 20 april 2015.

⁶² De hardheidsclausule houdt in dat indien een werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd.

⁶³ Meijer e.a. 2013, p. 145-146.

§ 3.4 Deelconclusie

Het ontslagstelsel is ingrijpend gewijzigd. Tot 1 juli 2015 had de werkgever bij eenzelfde ontslaggrond de vrije keus om een ontbindingsprocedure of UWV-procedure te volgen. Deze vrije keus vervalft. Wanneer een werkgever op een van de redenen uit art. 7:669 lid 2 sub a en b BW de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, dient hij hiertoe toestemming te verkrijgen van het UWV. Wanneer sprake is van een van de redenen uit art. 7:669 lid 2 sub c-h BW kan de werkgever de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Met ingang van 1 januari 2015 zijn de regels voor de beoordeling van een ontslagaanvraag voor een payrollwerknemer gewijzigd. Hierdoor worden de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend voor het verkrijgen van een ontslagvergunning. Daarnaast dient, in geval van bedrijfseconomische omstandigheden, het afspiegelingsbeginsel bij de opdrachtgever te worden toegepast. Hierbij doen de payrollwerknemers op gelijke wijze mee als de eigen werknemers van de opdrachtgever.

Of met de wijzigingen in het ontslagrecht door de Wwz het beoogde doel wordt bereikt is nog maar de vraag en zal zich uiteindelijk in de praktijk moeten uitwijzen. Mijns inziens neemt de complexiteit van het ontslagrecht niet af, maar wordt het deels wel sneller en eerlijker. Van de ene kant wordt het sneller omdat men de proceduuretijd in mindering kan brengen op de opzegtermijn (wel moet een maand opzegtermijn overblijven). Maar het wordt minder snel en de complexiteit neemt toe, doordat men na een beslissing van het UWV alsnog naar de kantonrechter kan stappen. Daarnaast kan men tegen een beschikking van de kantonrechter in hoger beroep en cassatie gaan. Hierdoor wordt het ontslagrecht wel eerlijker. Door een (vaste) transitievergoeding wordt het ontslagrecht voor werknemers onderling ook eerlijker. Maar mijns inziens is het niet eerlijk dat ingeval van arbeidsongeschiktheid de werkgever ook een transitievergoeding verschuldigd is. De transitievergoeding heeft als hoofddoel namelijk de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken en enerzijds ook de gevolgen van het ontslag te verzachten. Wanneer sprake is van arbeidsongeschiktheid is transitie naar een ander baan niet mogelijk, daarnaast heeft een werkgever zich al twee jaren ingezet voor de re-integratie van een werknemer. Het zou dan ook eerlijker zijn geweest als ingeval van arbeidsongeschiktheid, indien de werkgever zich als goed werkgever voldoende heeft ingespannen, de gemaakte re-integratiekosten (of deels) zouden mogen worden verrekend met de transitievergoeding. Het is ook maar de vraag of door de transitievergoeding het ontslag minder kostbaar wordt voor de werkgever. Wanneer men via een UWV-procedure een werknemer ontslaat zal men namelijk ook een transitievergoeding dienen te betalen, in de regelgeving tot 1 juli 2015 was men een werknemer niets verschuldigd. Echter zal bij het ontslag van een oudere werknemer de transitievergoeding wel voordeliger zijn dan de kantonrechtersformule, maar of dat eerlijker is, daarover zullen de meningen sterk verdeeld zijn. Het ontslagrecht zal ook eerlijker worden doordat de ontslagaanvraag bij het UWV en de kantonrechter op gelijke wijze wordt beoordeeld.

Met de aanpassing van het Ontslagbesluit wordt de positie van de payrollwerknemer mijns inziens verbeterd. De payrollwerknemer krijgt namelijk dezelfde ontslagbescherming als werknemers rechtstreeks in dienst bij de opdrachtgever. Er bestaat echter wel een ongelijke ontslagbescherming ten opzichte van ander uitzendwerknemers. Een uitzendwerknemer valt namelijk bij de afspiegeling altijd in groep 1 en zal dus bij bedrijfseconomische redenen als eerste voor ontslag in aanmerking komen. Mijns inziens zorgt dit voor een breuk in de gelijkheid van ontslagbescherming voor payroll en uitzenden. In het volgende hoofdstuk zal de werkwijze binnen 18k met betrekking tot payrolling worden toegelicht.

4. De huidige werkwijze van 18k

In het kader van dit onderzoek heeft onderzoekster verscheidene overeenkomsten die binnen 18k worden gehanteerd voor payrolling onderzocht. In dit hoofdstuk worden de bepalingen uit deze overeenkomsten uitgewerkt en indien nodig toegelicht. Vervolgens wordt aangegeven wat de risico's zijn indien 18k het huidige beleid ongewijzigd voortzet. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

Er bestaat binnen 18k geen werkinstructie voor de werknemers over het beleid van payrolling. Dit kan ertoe leiden dat er op verschillende wijzen wordt omgegaan met nieuwe opdrachten of de beantwoording van vragen van klanten. Daarnaast gebruikt 18k in haar overeenkomsten een andere terminologie dan de literatuur. In deze scriptie zal de terminologie uit de literatuur worden gehanteerd. Ook dient te worden opgemerkt dat naast 18k ook 18k-Flex bestaat. 18k-Flex is een zelfstandige dochteronderneming van 18k. Ook 18k-Flex verzorgt payrolling. Wanneer in de arbeidsovereenkomst het StiPP pensioen wordt gevolgd vindt payrolling plaats vanuit 18k-Flex. Wanneer in de payrollovereenkomst het ABP pensioen wordt gevolgd vindt payrolling plaats vanuit 18k. Het is inhoudelijk niet relevant om hier dieper op in te gaan. Tot slot zijn de namen van de opdrachtgevers geanonimiseerd, om deze reden wordt in deze scriptie van de gemeente en de A bedrijven gesproken.

§4.1 Payrollovereenkomst

Binnen 18k worden vijf standaard payrollovereenkomsten gehanteerd. Deze overeenkomsten tonen op veel punten gelijkenis, daarom worden deze gezamenlijk besproken. Allereerst worden alle relevante bepalingen uit deze overeenkomsten voor ontslag weergegeven. Vervolgens wordt in een schema aangegeven of de bepaling in een payrollovereenkomst voorkomt en waar deze dan staat. In het schema wordt tevens aangegeven of de ABU-cao en/of de Arbeidsvoorwaardenregeling BV 18k sector Onderwijs en Overheid (hierna: Arbeidsvoorwaardenregeling O&O) van toepassing wordt verklaard. Tot slot wordt in deze paragraaf de ABU-cao en de Arbeidsvoorwaardenregeling O&O toegelicht.

§4.1.1 Payrollovereenkomst

Duur van de overeenkomst

In iedere payrollovereenkomst wordt de duur van de payrollovereenkomst bepaald. Indien de duur van de overeenkomst is verlopen, eindigt de payrollovereenkomst van rechtswege. Dit geldt uiteraard niet bij de payrollovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Ontbindende voorwaarde

Aan de payrollovereenkomst kan een ontbindende voorwaarde worden gekoppeld. Deze voorwaarde houdt in dat wanneer de werknemer niet binnen de gestelde termijn een verklaring omtrent gedrag overlegt, de payrollovereenkomst van rechtswege eindigt.

Proeftijd

Wanneer in de payrollovereenkomst een proeftijd wordt overeengekomen, staat deze standaard vastgesteld op één maand. Op dit moment wordt in de payrollovereenkomst van ten hoogste zes maanden nog een proeftijd opgenomen. Ook in de opvolgende payrollovereenkomst wordt de mogelijkheid gegeven om een proeftijd overeen te komen. Dit is echter alleen mogelijk indien de opvolgende payrollovereenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige payrollovereenkomst. Binnen 18k vindt een beoordeling plaats of het mogelijk is om in de opvolgende payrollovereenkomst een proeftijd op te nemen. Indien hierover twijfel bestaat, vindt overleg plaats met de juridische afdeling. In de meeste gevallen gaat het om dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden als de eerder aangegane payrollovereenkomst en zal het dus niet mogelijk zijn om een nieuwe proeftijd overeen te komen.

In de payrollovereenkomst B.V. 18k-Flex onbepaalde tijd wordt geen proeftijd opgenomen. Dit is echter wel mogelijk wanneer dit de eerst aangegane payrollovereenkomst is. In dat geval kan een proeftijd van maximaal twee maanden worden overeengekomen. Uit een gesprek met Karolien R   en Nancy Zaandam blijkt dat het beleid binnen 18k is dat geen payrollovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, tenzij de opdrachtgever hier heel specifiek opdracht toe geeft. Maar in dat geval is hier al een overeenkomst voor bepaalde tijd aan vooraf gegaan. Zoals eerder aangegeven kan in een opvolgende payroll-overeenkomst geen nieuwe proeftijd worden overeengekomen (behoudens uitzonderingen). Het is dus begrijpelijk dat de proeftijd niet in deze modelovereenkomst is opgenomen.

Tussentijds opzegbeding

In het tussentijds opzegbeding wordt bepaald dat de payrollovereenkomst zowel door 18k als door de payrollwerknemer tussentijds kan worden opgezegd, met inachtneming van de genoemde opzegtermijn in art. 15 lid 2 ABU-cao. Voor 18k is deze opzegtermijn altijd   n maand. Dit betekent echter niet dat de werkgever de payrollovereenkomst zomaar kan opzeggen. De werkgever dient hiervoor toestemming te verkrijgen van het UWV.

Opname verlof

Uit de payrollovereenkomsten blijkt dat de opdrachtgever de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vaststelt overeenkomstig de aanvraag van de werknemer. Het opnemen van verlof gaat dus in overeenstemming met de opdrachtgever.

Werkzaamheden onder leiding en toezicht opdrachtgever

De werknemer verricht werkzaamheden onder leiding en toezicht van de opdrachtgever.

Gezagsverhouding

De werknemer is gehouden de huishoudelijke regels bij de opdrachtgever stipt na te leven. Daarnaast is de werknemer ook verplicht alle aanwijzingen en instructies van de opdrachtgever en zijn werknemers, in het bijzonder met betrekking tot de veiligheid en het welzijn op de arbeidsplaats, stipt op te volgen.

Concurrentiebeding

Bij het ontslag van een werknemer kan het concurrentiebeding⁶⁴ zwaarwegende gevolgen hebben voor deze werknemer. In de payrollovereenkomsten heb ik geen concurrentiebeding aangetroffen. Ik kan me echter voorstellen dat het in de toekomst voorkomt dat een bedrijf wel een concurrentiebeding wil overeenkomen in de payrollovereenkomst. Daarom wil ik 18k meegeven dat de mogelijkheid tot het opnemen van een concurrentiebeding in een tijdelijk contract per 1 januari 2015 erg is ingeperkt.

⁶⁴ Een concurrentiebeding is het beding waarbij de werknemer beperkt wordt in zijn vrijheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op een bepaalde wijze werkzaam te worden bij andere werkgevers of als zelfstandige.

	Wel of niet aanwezig in de volgende payrollovereenkomst:				
Bepaling ↓	18k-Flex bepaalde tijd ⁶⁵	18k-Flex opvolgend ⁶⁶	18k-Flex onbepaalde tijd ⁶⁷	18k O&O bepaalde tijd ⁶⁸	Met uitgestelde prestatieplicht ⁶⁹
Duur van de overeenkomst	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1
Ontbindende voorwaarde	Wel: Art. 1	Niet	Niet	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1
Proeftijd	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1	Niet	Wel: Art. 1	Wel: Art. 1
Tussentijds opzegbeding	Wel: Art. 2	Wel: Art. 2	Wel: Art. 2	Wel: Art. 2	Niet
Werkzaamheden onder leiding en toezicht van opdrachtgever	Niet	Niet	Niet	Wel: Art. 3	Niet
Opname verlof	Wel: Art. 9	Wel: Art. 9	Wel: Art. 8	Wel: Art. 8	Niet
Gezagsverhouding	Wel: Art. 10	Wel: Art. 10	Wel: Art. 9	Wel: Art. 9	Niet
Van toepassing verklaring ABU- cao	Wel: Art. 13	Wel: Art. 13	Wel: Art. 12	Wel: Art. 11	Wel: Art. 9
Van toepassing verklaring Arbeidsvoorwaardenregeling O&O	Niet	Niet	Niet	Wel: Art. 11	Niet

Figuur 2: schema payrollovereenkomsten

§4.1.2 ABU-cao

Onderstaand zullen de bepalingen uit de ABU-cao worden besproken die bij het ontslag van een payrollwerknemer relevant kunnen zijn.

Ketenregeling (einde van rechtswege)

Tussen 18k en de gemeente is afgesproken dat niet wordt afgeweken van de 24 maanden termijn. Dit houdt in dat maximaal 24 maanden een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan. In de wet is bepaald dat van de ketenregeling bij cao kan worden afgeweken indien sprake is van een uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW (art. 7:688a lid 5 'nieuw' BW). Zoals in hoofdstuk 2 is geconcludeerd, is payrolling een uitzendovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:690 BW. In de ABU-cao wordt afgeweken van de ketenregeling. Dit houdt in dat de periode van 24 maanden wordt verlengd tot 48 maanden en het aantal van drie wordt verhoogd naar zes. Deze afwijking wordt in principe gevolgd bij payrolling. Dit houdt in dat een payrollovereenkomst na bijvoorbeeld drie jaren nog van rechtswege kan eindigen. Echter dient hierbij wel opgemerkt te worden dat na 24 maanden een transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer.

Gezagsverhouding

In artikel 9 is bepaald dat de uitzendkracht werkzaamheden verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. Daarnaast is bepaald dat de uitzendkracht zich dient te houden aan redelijke voorschriften van zowel de uitzendonderneming als de opdrachtgever omtrent het verrichten van arbeid.

⁶⁵ Zie bijlage B voor payrollovereenkomst B.V. 18k-Flex.

⁶⁶ Zie bijlage C voor opvolgende payrollovereenkomst B.V. 18k-Flex.

⁶⁷ Zie bijlage D voor payrollovereenkomst B.V. 18k-Flex onbepaalde tijd.

⁶⁸ Zie bijlage E voor payrollovereenkomst bepaalde tijd B.V. 18k sector Onderwijs en Overheid, gemeente.

⁶⁹ Zie bijlage F voor payrollovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

Ziekmelding

De uitzendkracht is verplicht op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid daarvan melding te doen aan de uitzendonderneming en de opdrachtgever en wel zo vroeg mogelijk, in ieder geval vóór tien uur 's morgens (artikel 52).

§4.1.3 Arbeidsvoorwaardenregeling O&O

In deze paragraaf worden de belangrijkste bepalingen uit de Arbeidsvoorwaardenregeling O&O⁷⁰ met betrekking tot het ontslag besproken.

Gezagsverhouding

Allereerst is in artikel 5 bepaald dat de werknemer verplicht is de overeengekomen arbeid onder toezicht en leiding van de opdrachtgever te verrichten en zich te houden aan redelijke voorschriften van de werkgever en de opdrachtgever omtrent het verrichten van arbeid. Daarnaast is bepaald dat de werkgever is gerechtigd tot het treffen van sancties als bedoeld in artikel 17. Uit de definitielijst blijkt dat met de werkgever 18k wordt bedoeld.

Beëindiging van de payrollovereenkomst bepaalde tijd en onbepaalde tijd (artikel 11)

In dit artikel is bepaald dat de payrollovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt vanwege het verstrijken van de tijd waarvoor zij is aangegaan. Daarnaast is bepaald dat de payrollovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds kan worden beëindigd, tenzij anders schriftelijk is overeengekomen. Ook de payrollovereenkomst voor onbepaalde tijd kan te allen tijde worden opgezegd. Als laatste is bepaald dat elke payrollovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

Proeftijd

Hierin staat aangegeven dat een payrollovereenkomst slechts een proeftijd kan bevatten indien een overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van ten minste drie maanden. Met het oog op de nieuwe regelgeving is dit onjuist en kan alleen een proeftijd worden overeengekomen indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor ten minste zes maanden.

Ziekmelding

De werknemer dient in geval van ziekte dit onverwijld te melden aan zowel de werkgever als de opdrachtgever (artikel 20).

§4.2 Overeenkomst van opdracht

De handelswijze binnen 18k is voor een buitenstaander in eerste instantie erg ingewikkeld, dit komt mede door het verschil in gebruik van de terminologie en het niet bestaan van een vastgestelde werkinstructie. Er bestaat een 'overkoepelende' overeenkomst van opdracht die met de gemeente is gesloten. Er bestaat ook een 'overkoepelende' overeenkomst van opdracht die met de A Bedrijven is gesloten. De overkoepelende overeenkomst is van toepassing op alle 'individuele' overeenkomsten van opdracht die worden gesloten. Bij de gemeente en de A Bedrijven wordt eenzelfde individuele overeenkomst van opdracht gehanteerd. Als laatste bestaat er een individuele overeenkomst van opdracht die 18k sluit met overige opdrachtgevers. Op dit moment wordt voor de gemeente een 'mantel' overeenkomst van opdracht opgesteld. Hierin komen alle algemene bepalingen te staan die worden gehanteerd in de overeenkomst van opdracht. In deze paragraaf worden de overeenkomsten van opdracht besproken. Bij de aanduiding van een artikel wordt overeenkomst van opdracht afgekort tot ovo.

⁷⁰ Zie bijlage G voor de Arbeidsvoorwaardenregeling O&O.

Individuele overeenkomst van opdracht gemeente / A Bedrijven⁷¹

In art. 1 ovo wordt bepaald welke werknemer aan de opdrachtgever wordt uitgeleend. In art. 6 ovo wordt de looptijd van de overeenkomst opgenomen. Wanneer deze looptijd is verstreken, eindigt de overeenkomst van rechtswege. Er kan ook een 'proeftijd' in de overeenkomst worden opgenomen. Met deze proeftijd wordt bedoeld dat de overeenkomst van opdracht de eerste maand iedere dag opzegbaar is. De proeftijd in de overeenkomst van opdracht wordt alleen opgenomen, wanneer ook een proeftijd is opgenomen in de payrollovereenkomst.

In art. 7 ovo wordt bepaald wanneer tussentijdse beëindiging van de overeenkomst plaatsvindt:

- 1) met onmiddellijke ingang op het moment dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer eindigt;
- 2) schriftelijk door opdrachtgever met inachtneming van een aanzegtermijn van minimaal één en maximaal drie maanden en onverminderd de vergoedingsplicht van opdrachtgever ten opzichte van werkgever voortvloeiend uit de oorspronkelijke looptijd van de detacheringovereenkomst. Daarnaast is de opdrachtgever gehouden om aan opdrachtnemer alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waaronder ondermeer, doch niet uitsluitend, de kosten van de juridische bijstand, griffierechten, outplacementkosten en ontbindings- of beëindigingsvergoedingen;
- 3) met wederzijds goedvinden.

Op basis van punt 2 kan de opdrachtgever de overeenkomst van opdracht opzeggen, hierbij dient wel een aanzegtermijn van minimaal één en maximaal drie maanden te worden gehanteerd. Wanneer de overeenkomst van opdracht is beëindigd blijft de vergoedingsplicht (de vergoeding die de opdrachtgever aan de payrollonderneming dient te betalen) doorlopen. Deze vergoedingsplicht blijft doorlopen totdat de oorspronkelijke duur van de overeenkomst van opdracht is afgelopen. Een voorbeeld: de oorspronkelijke duur van de overeenkomst van opdracht is 12 maanden. De opdrachtgever beëindigt de overeenkomst van opdracht tussentijds, waardoor deze na 10 maanden eindigt. Ondanks de beëindiging dient de opdrachtgever nog twee maanden de overeengekomen vergoeding te betalen. In punt 2 wordt ook bepaald dat de opdrachtgever is gehouden om alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de payrollovereenkomst. Door deze bepaling is de opdrachtgever gehouden om bijvoorbeeld (indien verschuldigd) de transitievergoeding of billijke vergoeding te betalen.

Overkoepelende overeenkomst van opdracht⁷²

Aangezien de overkoepelende overeenkomst van opdracht met de gemeente en de overkoepelende overeenkomst van opdracht met de A Bedrijven erg veel gelijkenis vertonen, worden deze gezamenlijk besproken.

Werkzaamheden onder leiding en toezicht opdrachtgever

De werknemer zal onder leiding en toezicht van de opdrachtgever arbeid verrichten. Deze bepaling is in beide overeenkomsten opgenomen in artikel 1.1.

Activiteiten juridisch werkgeverschap en werkwijzer

18k verricht alle activiteiten die uit het juridisch werkgeverschap voortvloeien. Deze bepaling is in beide overeenkomsten opgenomen in artikel 1.3. Er bestaat echter wel een verschil. Bij de gemeente wordt een limitatieve lijst opgesomd van deze activiteiten en er wordt in artikel 2.1 tevens naar de werkwijzer verwezen.⁷³

⁷¹ Zie bijlage H voor de individuele overeenkomst van opdracht.

⁷² Zie bijlage I voor de overkoepelende overeenkomst van opdracht gemeente en de overkoepelende overeenkomst van opdracht de A Bedrijven.

⁷³ Zie bijlage M voor de werkwijzer Gemeente.

Uit deze werkwijzer blijkt onder andere dat 18k de arbeidsovereenkomst opstelt, het arbeidsvoorwaardengesprek voert en zorgdraagt voor de ondertekening. Bij de A Bedrijven wordt verwezen naar de werkwijzer A Bedrijven-18k.⁷⁴ Uit deze werkwijzer blijkt dat 18k de arbeidsovereenkomst opstelt, het arbeidsvoorwaardengesprek voert, de werknemer informeert over de voorschriften bij ziekmelding en zorgdraagt voor de ondertekening. Daarnaast stelt de opdrachtgever de functie en de arbeidsvoorwaarden met de werknemer vast.

Artikel 2

Dit artikel is in beide overeenkomsten verschillend. In de overeenkomst met de gemeente wordt verwezen naar de werkwijzer die is opgesteld waarin de routing van de administratieve handelingen wordt vastgelegd. Daarnaast wordt bepaald dat de opdrachtgever is gehouden om alle administratieve informatie die 18k nodig heeft aan te leveren. Wanneer dit niet gebeurt, is de opdrachtgever aansprakelijk voor de kosten die daaruit voortvloeien. In de overeenkomst met de A Bedrijven is bepaald dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor directe verzuimbegeleiding van de werknemer. Daarnaast doet de opdrachtgever bij verzuim melding aan de payrollonderneming. Hieruit blijkt dat 18k weinig of geen bijdrage levert aan directe verzuimbegeleiding. In dit artikel wordt ook bepaald dat de opdrachtgever zorgdraagt voor de organisatie van functioneringsgesprekken en beoordelingsgesprekken van werknemers. Hierbij dient 18k als formeel werkgever betrokken te worden, die tevens voor ondertekening zorgdraagt.

Duur van de opdracht

In beide overeenkomsten is in artikel 5.1 bepaald dat de opdracht doorgaans wordt aangegaan voor bepaalde tijd. In artikel 5.2 is bepaald dat de opdracht voortduurt tot aan het tijdstip dat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd. Op basis van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat in principe alleen payrollovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan. Dit heeft een voordeel, omdat een payrollovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege afloopt. Aan de overeenkomst van opdracht met de A Bedrijven is tevens toegevoegd dat indien 18k wordt gevraagd werknemers een payrollovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, dit alleen mogelijk is als dit op uitdrukkelijk verzoek van de A Bedrijven geschiedt. Als laatste wordt in beide overeenkomsten bepaald dat de opdrachtgever is gehouden om aan 18k alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de payrollovereenkomst.

Ziekteprotocol⁷⁵

De werkwijze bij ziekte van de werknemer is nader uitgewerkt in het ziekteprotocol, dit protocol is bij beide overeenkomsten hetzelfde en in artikel 9.1 wordt naar dit protocol verwezen. Het is niet van belang om deze protocollen geheel uit te werken. Uit het ziekteprotocol blijkt kort het volgende:

- De werknemer dient zich aan het begin van de werkdag ziek te melden bij de opdrachtgever en 18k.
- 18k zal als werkgever voor de coördinatie en afstemming bij de uitvoering van de Wet Verbetering Poortwachten de rol van casemanager op zich nemen.
- De begeleiding vindt plaats door de opdrachtgever en 18k.
- 18k is verantwoordelijk om de werknemer uit te nodigen voor het verzuimspreekuur.
- 18k verzorgt de verzuimoverzichten en verstuurt de werkhervattingsadviezen naar de opdrachtgever.
- De eindejaar evaluatie vindt plaats met de werknemer, manager (vanuit opdrachtgever) en de verzuimcoach (vanuit 18k). Dit verslag wordt door alle partijen ondertekend.
- De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de uitvoering van de directe verzuimbegeleiding.

⁷⁴ Zie bijlage N Voor de werkwijzer A Bedrijven.

⁷⁵ Zie bijlage O voor het ziekteprotocol.

- De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het opstellen en ondertekenen van het plan van aanpak.
- De opdrachtgever verzorgt de contactmomenten met de werknemer en maakt ook afspraken met de werknemer.
- Indien een werknemer tussen dag 7 en dag 10 nog steeds ziek gemeld staat, volgt een gesprek tussen de verzuimcoördinator (vanuit opdrachtgever) en de casemanager (vanuit 18k). Na overleg wordt een werknemer op verzoek van de casemanager opgeroepen voor een verzuimspreekuur.
- De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het bijstellen van het plan van aanpak.

Individuele overeenkomst van opdracht overige opdrachtgevers⁷⁶

Op deze overeenkomst van opdracht zijn de Algemene Verkoopvoorwaarden B.V. 18k (hierna: algemene voorwaarden) van toepassing. De belangrijkste elementen uit de algemene voorwaarden worden onderstaand in eigen woorden weergegeven.⁷⁷

- De opdrachtgever is gehouden 18k tijdig alle benodigde informatie te verstrekken die redelijkerwijze van belang kan zijn voor een goede uitvoering van de overeenkomst van opdracht. Opdrachtgever staat in voor de juistheid en volledigheid van de aangeleverde informatie (art. 4 lid 1).
- Indien de payrollwerknemer een bedrijfsongeval of een beroepsziekte overkomt, zal de opdrachtgever, indien wettelijk vereist, de bevoegde instanties hiervan onverwijld op de hoogte stellen en ervoor zorgdragen dat daarvan onverwijld een schriftelijke rapportage wordt opgemaakt. Ook dient de opdrachtgever 18k zo spoedig mogelijk over het bedrijfsongeval of de beroepsziekte te informeren en een kopie te verstrekken van de rapportage (art. 22 lid 5).
- In art. 23 wordt bepaald dat de opdracht voortduurt tot aan het tijdstip dat de payrollovereenkomst tussen 18k en de payrollwerknemer rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Tevens is het van belang dat is bepaald dat het tarief ook verschuldigd is wanneer de payrollwerknemer geen arbeid verricht maar wel recht heeft op loondoorbetaling.
- Indien de opdrachtgever de opdracht tussentijds wenst te beëindigen, zal deze beëindiging pas kunnen ingaan wanneer de payrollwerknemer elders in dienst treedt dan wel wanneer 18k voor de payrollwerknemer elders werk heeft gevonden, dan wel nadat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd (art. 27).

De looptijd van de overeenkomst van opdracht wordt bepaald in art. 6 ovo. Een proeftijd wordt overeengekomen wanneer in de payrollovereenkomst een proeftijd is bedongen. Tussentijdse beëindiging van de overeenkomst vindt in de volgende gevallen plaats (art. 7 ovo):

- Met onmiddellijke ingang op het moment dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer eindigt.
- Schriftelijk door opdrachtgever met inachtneming van een aanzegtermijn van minimaal één en maximaal drie maanden en onverminderd de vergoedingsplicht van opdrachtgever ten opzichte van werkgever voortvloeiend uit de oorspronkelijke looptijd van de detacheringsovereenkomst. Daarnaast is de opdrachtgever gehouden om aan opdrachtnemer alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waaronder ondermeer, doch niet uitsluitend, de kosten van de juridische bijstand, griffierechten, outplacementkosten en ontbindings- of beëindigingsvergoedingen.
- Met wederzijds goedvinden.

In art. 8 ovo wordt onder meer aangegeven wat onder de detachingsvergoeding wordt verstaan. Ook blijft de detachingsvergoeding verschuldigd tot aan de datum dat de payrollovereenkomst tussen 18k en werknemer rechtsgeldig zal zijn beëindigd, tevens wordt hier een verwijzing gemaakt naar art. 24 algemene voorwaarden.

⁷⁶ Zie bijlage J voor individuele overeenkomst van opdracht overige opdrachtgevers.

⁷⁷ Zie bijlage K voor de Algemene Verkoopvoorwaarden B.V. 18k.

Deze verwijzing is echter onjuist, art. 24 algemene voorwaarden gaat namelijk over het aangaan van een rechtstreekse arbeidsverhouding tussen payrollwerknemer en opdrachtgever.

In de overeenkomst wordt aangegeven dat de opdrachtgever zorgdraagt voor de re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer op basis van het bij de opdrachtgever geldende verzuimprotocol c. q. de verplichtingen op basis van de Wet verbetering poortwachter en de Procesgang eerste en tweede ziektejaar. Daarnaast dient de opdrachtgever zorg te dragen voor de uitvoering van de administratieve verplichtingen op basis van deze wetgeving, zodat 18k invulling kan geven aan de vereiste meldingen en het inzenden van re-integratieverslagen bij het UWV. Als laatste is de opdrachtgever aansprakelijk voor alle schades, waaronder een verlenging van de loondoorbetalingsplicht, voortkomende uit het niet naleven van de re-integratie verplichtingen (art. 9 ovo).

Wanneer een werknemer ziek is bestaat er een opzegverbod. De werkgever kan de payrollovereenkomst dus niet opzeggen wanneer sprake is van ziekte. Na een ziekteperiode van ten minste twee jaren en aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht, vervalt het opzegverbod (art. 669 'nieuw' BW). De termijn van twee jaren wordt echter verlengd wanneer de wachttijd voor de WIA wordt verlengd (art. 7:670 lid 11 'nieuw' BW). De wachttijd voor de WIA kan worden verlengd wanneer de werkgever zich niet heeft gehouden aan de re-integratie verplichtingen of wanneer de werkgever op ondeugdelijke gronden de re-integratie heeft opgehouden of zelfs heeft tegengewerkt (art. 25 lid 9 WIA). Met het verlengen van de wachttijd voor de WIA wordt dus ook de loondoorbetalingsplicht van de werkgever verlengd.

§4.3 Risicoanalyse

Vooruitlopend op de aankomende (en reeds ingegane) wetswijzigingen zijn een aantal risico's geconstateerd die 18k loopt bij voortzetting van de huidige werkwijze. Deze risico's worden onderstaand uitgewerkt.

Proeftijd

Met de nieuwe regelgeving wijzigt de regeling omtrent de proeftijd aanzienlijk. In de huidige payrollovereenkomsten en arbeidsvoorwaardenregeling O&O wordt nog niet voldaan aan de nieuwe regelgeving. Wanneer 18k haar werkwijze niet aanpast aan de nieuwe regelgeving, loopt 18k het risico dat zij een proeftijd overeenkomt die nietig is. Het opzeggen gedurende een nietige proeftijd kan grote (financiële) consequenties hebben voor 18k. De werknemer kan namelijk de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen. Maar 18k loopt ook een financieel risico wanneer de overeenkomst van opdracht wel een 'proeftijd' bevat en de proeftijd in de payrollovereenkomst nietig is. De overeenkomst van opdracht kan in dat geval namelijk wel rechtsgeldig worden opgezegd in de proeftijd, maar de payrollovereenkomst kan niet zonder meer worden opgezegd. Met de rechtsgeldige opzegging van de opdracht vervalt ook de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k. Wanneer 18k de payrollovereenkomst niet kan opzeggen (en dus loon moet doorbetalen) heeft dit grote financiële gevolgen voor 18k.

Transitievergoeding

Wanneer men na twee jaren een payrollovereenkomst met een werknemer niet voortzet op initiatief van de werkgever, dan is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. Aangezien met payrolling van de ketenregeling kan worden afgeweken, komt het vaker voor dat een dienstverband langer dan twee jaren heeft geduurd. 18k is in dat geval een transitievergoeding verschuldigd, wat een financieel risico oplevert. Om dit financiële risico uit te sluiten, neemt 18k in de overeenkomst van opdracht een bepaling op waardoor de opdrachtgever is gehouden alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de payrollovereenkomst. Hier valt ook de transitievergoeding onder.

Wanneer een opdrachtgever niet op de hoogte is van de transitievergoeding en 18k de opdrachtgever hier niet op wijst, kan een opdrachtgever worden 'verrast' door deze transitievergoeding. 18k loopt in dat geval het risico dat een opdrachtgever een volgende keer niet met haar in zee wil. 18k heeft haar immers niet gewezen op de transitievergoeding.

Aanzegplicht

Wanneer men de aanzegplicht niet nakomt is de werkgever de werknemer een vergoeding verschuldigd van ten hoogste één maandloon, 18k loopt in dat geval een financieel risico.

Herroeping

Binnen 18k komt het voor dat een payrollovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. Wanneer een payrollovereenkomst op deze wijze wordt beëindigd is men gehouden de werknemer te wijzen op zijn herroepingsrecht van 14 dagen. Wanneer 18k dit nalaat, wordt het herroepingsrecht verlengd tot 21 dagen en loopt 18k langer het risico dat een werknemer terugkomt op de beëindiging van de payrollovereenkomst. Dit kan uiteindelijk tot gevolg hebben dat een werknemer nog steeds in dienst is bij 18k. Tijdens dit onderzoek is de onderzoekster samen met mr. Cees de Beer en mr. Leontien van der Heijden betrokken geweest bij de aanpassingen van de model beëindigingsovereenkomsten die 18k hanteert. De onderzoekster heeft aanbevolen om hierin de volgende bepaling op te nemen:

Werknemer heeft vanaf 14 dagen bedenktijd. Het vorenstaande om zich bij deze vaststellingsovereenkomst eventueel juridisch te laten adviseren. Indien werknemer de gegeven instemming wenst te herroepen zal deze dit schriftelijk moeten aangeven bij de werkgever voor

Door deze bepaling op te nemen in de beëindigingsovereenkomst sluit 18k het risico uit dat het herroepingsrecht wordt verlengd tot 21 dagen.

Ontslagdossier en afspiegelingsbeginsel

In geen enkele overeenkomst van opdracht is opgenomen dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de opbouw van een ontslagdossier van de werknemer. Daarnaast is niet opgenomen dat de opdrachtgever het afspiegelingsbeginsel dient toe te passen wanneer men een werknemer om bedrijfseconomische redenen wil ontslaan.

Allereerst het ontslagdossier. Wanneer men een werknemer wil ontslaan bijvoorbeeld op basis van disfunctioneren, dan heeft men een ontslagdossier nodig om zijn functioneren aan te tonen. Hierbij zijn de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend. Wanneer een goed ontslagdossier ontbreekt of een opdrachtgever nalaat dergelijke informatie aan te leveren, zal het hoogstwaarschijnlijk onmogelijk zijn om een werknemer te ontslaan. Dit zal financiële gevolgen hebben voor 18k. De loondoorbetalingsplicht loopt in dat geval immers door. 18k zal hierop moeten anticiperen. In de overeenkomst van opdracht is geen bepaling opgenomen over het aanleveren van de benodigde informatie voor het ontslag van een werknemer. 18k heeft het financiële risico wel op een andere manier uitgesloten:

- In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst van opdracht met overige opdrachtgever is het volgende bepaald: de opdracht duurt voort tot aan het tijdstip dat de payrollovereenkomst tussen 18k en de payrollwerknemer rechtsgeldig zal zijn geëindigd; de opdracht kan slechts tussentijds worden beëindigd indien de payrollovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd. In de individuele overeenkomst van opdracht met overige opdrachtgevers is daarentegen het volgende bepaald: de overeenkomst van opdracht kan tussentijds worden beëindigd, maar hiermee eindigt de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k, voortvloeiende uit de oorspronkelijke looptijd van de overeenkomst van opdracht niet. Bovenstaande bepalingen lijken twee verschillende bepalingen te zijn. Mijns inziens dienen de bepalingen als volgt te worden uitgelegd. Het is mogelijk voor de opdrachtgever om de opdracht tussentijds op te zeggen, wanneer de payrollovereenkomst is geëindigd.

Wanneer de payrollovereenkomst tussendoor niet rechtsgeldig kan worden beëindigd, kan de opdracht ook worden opgezegd, maar blijft de vergoedingsplicht voor de periode dat de opdracht is verstrekt bestaan. Met beide bepalingen wil 18k feitelijk hetzelfde, namelijk zich beschermen tegen het feit dat de payrollovereenkomst nog doorloopt, en zij dus loon verschuldigd is aan de payrollwerknemer, maar zij hiervoor geen inleenvergoeding meer ontvangt.

- In de overeenkomst met de gemeente en de A Bedrijven is het volgende bepaald: de opdracht duurt voort tot aan het tijdstip dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer rechtsgeldig is geëindigd; de vergoedingsplicht blijft ondanks het opzeggen van de opdracht doorlopen tot de oorspronkelijke looptijd van de opdracht. Door deze bepalingen in de overeenkomst op te nemen, blijft de opdrachtgever de vergoedingsplicht verschuldigd die aan de opdracht is gekoppeld totdat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd.

Door bovenstaande bepalingen in de overeenkomst van opdracht op te nemen, beschermt 18k zich dus tegen het feit dat de payrollovereenkomst nog doorloopt, en zij dus loon verschuldigd is aan de payrollwerknemer, maar zij hiervoor geen inleenvergoeding meer ontvangt van de opdrachtgever. 18k legt hiermee het financiële risico wat zij loopt neer bij de opdrachtgever. Met het oog op de recente wijzigingen kan ik me heel goed voorstellen dat een opdrachtgever niet op de hoogte is van de opbouw van een ontslagdossier voor payrollwerknemers. Wanneer 18k haar opdrachtgevers niet wijst op deze nieuwe regelgeving en het financiële risico dat zij lopen, dan kan het voorkomen dat opdrachtgevers in de toekomst geen nieuwe opdracht met 18k zullen aangaan.

Het afspiegelingsbeginsel dient bij het ontslag van een werknemer op basis van bedrijfseconomische redenen te worden toegepast bij de opdrachtgever. Dit is een wettelijke verplichting. Een opdrachtgever kan hierdoor echter voor een nare verrassing komen te staan. Wanneer 18k het achterwege laat om een opdrachtgever hierover te informeren, zal deze dat hoogstwaarschijnlijk niet op prijs stellen. Dit kan opnieuw tot gevolg hebben dat een opdrachtgever geen nieuwe opdracht met 18k zal aangaan.

In bovenstaande gevallen loopt 18k dus het risico dat een opdrachtgever geen nieuwe opdracht met 18k zal aangaan. Dit werkt door in een financieel risico voor 18k, aangezien 18k in dat geval inkomsten misloopt.

Formeel en materieel werkgeverschap

Wanneer de verdeling van de instructiebevoegdheid niet zorgvuldig gebeurt, loopt 18k het risico dat de opdrachtgever als formeel werkgever wordt aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat niet 18k maar de opdrachtgever een arbeidsovereenkomst heeft met de werknemer. Je zou kunnen stellen dat dit handig is voor 18k, want zij hoeft de werknemer immers niet meer te ontslaan. Maar dit is uiteraard een onwenselijke situatie. Indien dit gebeurt loopt 18k de volgende risico's:

- Negatieve publiciteit. Met payrolling wil de opdrachtgever namelijk voorkomen dat zij een arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft. Wanneer dit toch gebeurt, zal 18k negatief in beeld komen bij haar opdrachtgevers. Dit kan tot gevolg hebben dat opdrachtgevers geen overeenkomsten meer met 18k willen sluiten, wat leidt tot minder inkomsten voor 18k.
- Niet nakomen overeenkomst van opdracht. 18k heeft een overeenkomst met de opdrachtgever om een bepaalde werknemer te payrollen. Wanneer blijkt dat een werknemer in dienst is bij de opdrachtgever is er geen sprake van payrolling en zou men dus kunnen stellen dat de overeenkomst van opdracht niet wordt nagekomen door 18k. In dat geval spreekt men ook wel van een tekortkoming in de nakoming of wanprestatie (art. 6:74 BW). Wanneer er sprake is van wanprestatie zou dit kunnen leiden tot ontbinding van de overeenkomst van opdracht en/of een schadevergoeding voor de opdrachtgever. Dit levert een financieel risico op voor 18k.

In bijlage L staan drie schema's waarin staat aangegeven wie de betreffende bevoegdheid uitvoert, de opdrachtgever of 18k. Uit deze schema's kan worden geconcludeerd dat niet alle bevoegdheden bij de juiste partij worden neergelegd, wat tot gevolg kan hebben dat de rechter oordeelt dat niet 18k, maar de opdrachtgever formeel werkgever is. Onderstaand wordt per opdrachtgever aangegeven welke bevoegdheden niet juist worden neergelegd.

Overeenkomst van opdracht gemeente

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k, 18k mag uiteraard wel met de opdrachtgever overleg voeren.
- Verzuimbegeleiding. De volgende bevoegdheden worden niet juist neergelegd:
 - De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het opstellen en ondertekenen van het plan van aanpak. De opdrachtgever mag wel een plan van aanpak opstellen met een werknemer, maar 18k dient wel te bepalen wat in dit plan van aanpak wordt opgenomen en 18k dient ook haar akkoord te geven voor dit plan van aanpak.
 - De opdrachtgever verzorgt de contactmomenten met de werknemer en maakt ook afspraken met de werknemer. Afspraken met de werknemer dienen door 18k te worden gemaakt en niet door de opdrachtgever, aangezien 18k formeel werkgever is.
- Functioneringsgesprekken. Deze worden gevoerd door de opdrachtgever. Dit is echter een taak van 18k.

Overeenkomst van opdracht A Bedrijven

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k.
- Verzuimbegeleiding. De volgende bevoegdheden worden niet juist neergelegd:
 - De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het opstellen en ondertekenen van het plan van aanpak. De opdrachtgever mag wel een plan van aanpak opstellen met een werknemer, maar 18k dient wel te bepalen wat in dit plan van aanpak wordt opgenomen en 18k dient ook haar akkoord te geven voor dit plan van aanpak.
 - De opdrachtgever verzorgt de contactmomenten met de werknemer en maakt ook afspraken met de werknemer. Afspraken met de werknemer dienen door 18k te worden gemaakt en niet door de opdrachtgever, aangezien 18k de formele werkgever is.

Overeenkomst van opdracht overige opdrachtgevers

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k.
- Verzuimbegeleiding. De opdrachtgever draagt zorg voor de re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer op basis van het bij de opdrachtgever geldende verzuimprotocol. Ook dient de opdrachtgever zorg te dragen voor de uitvoering van de administratieve verplichtingen op basis van de wetgeving, zodat 18k invulling kan geven aan de vereiste meldingen en het inzenden van het re-integratieverslag. 18k is echter formeel werkgever en dient zorg te dragen voor de re-integratie. Zij dient onder andere een eigen verzuimprotocol te hanteren en zorg te dragen voor de uitvoering van de administratieve verplichtingen op basis van de wetgeving. De opdrachtgever mag 18k wel ondersteunen in de uitvoering van de re-integratie.
- Functioneringsgesprekken. Deze worden gevoerd door de opdrachtgever. Dit is echter een taak van 18k.

§4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de huidige werkwijze binnen 18k besproken en aan de hand van deze werkwijze is besproken welke risico's 18k loopt indien zij het beleid ongewijzigd voortzet. In deze paragraaf zal ik kort mijn deelconclusie weergeven.

18k stelt de proeftijd in de payrollovereenkomst standaard vast op één maand (indien deze wordt overeengekomen). Dit zou echter in sommige gevallen ook twee maanden mogen zijn. Ook in de opvolgende payrollovereenkomst wordt de mogelijkheid gegeven om een proeftijd overeen te komen. Wanneer 18k haar werkwijze niet aanpast, loopt zij het risico dat een proeftijd nietig is wat kan leiden tot verschillende consequenties en risico's.

Wanneer een payrollovereenkomst van twee jaren of meer wordt overeengekomen, is men bij de beëindiging van de overeenkomst op initiatief van de werkgever een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. Dit levert een financieel risico op voor 18k, wat wordt uitgesloten in de overeenkomst van opdracht. Wanneer hierover niet duidelijk met de opdrachtgever wordt gecommuniceerd, loopt 18k het risico dat een opdrachtgever een volgende keer niet met haar in zee wil.

De aanzegplicht is op dit moment nog niet terug te vinden in de werkwijze van 18k. Wanneer de aanzegplicht niet wordt nagekomen loopt 18k een financieel risico. De werkgever is in dat geval namelijk een vergoeding verschuldigd van ten hoogste een maandloon aan de werknemer. 18k neemt het herroepingsrecht van een werknemer op in de beëindigingsovereenkomst. Hierdoor sluit zij het risico uit dat de termijn van 14 dagen wordt verlengd tot 21 dagen.

In geen enkele overeenkomst van opdracht is terug te vinden dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de opbouw van een ontslagdossier van de werknemer en het afspiegelingsbeginsel juist dient toe te passen. Hierdoor loopt 18k onder andere het risico dat een opdrachtgever in de toekomst niet met haar in zee wil, wat een financieel risico tot gevolg heeft. Tot slot kan worden geconcludeerd dat de bevoegdheidsverdeling tussen 18k en haar opdrachtgevers niet juist plaatsvindt. Hierdoor loopt 18k het risico dat de opdrachtgever als formeel werkgever wordt aangemerkt. Dit kan leiden tot negatieve publiciteit en een financieel risico.

Om bovenstaande risico's verder te beperken ben ik tijdens het schrijven van deze scriptie nauw betrokken geweest bij het opstellen van een mantelovereenkomst van opdracht. Deze 'mantel' kan worden gezien als een overkoepelende overeenkomst van opdracht.

In het volgende hoofdstuk zal ik mijn conclusies en aanbevelingen geven.

5. Conclusies en aanbevelingen

Op basis van het uitgevoerde onderzoek kunnen diverse conclusies worden getrokken. Deze conclusies geven antwoord op de centrale vraag van dit onderzoek en worden in dit hoofdstuk uitgewerkt. Uit de conclusies vloeien een aantal aanbevelingen voort, deze worden tevens in dit hoofdstuk uitgewerkt. De centrale vraag luidt als volgt:

In hoeverre is de huidige werkwijze van 18k met betrekking tot payrollwerknemers in overeenstemming met de wijzigingen in het ontslagrecht?

Werkinstructie

Binnen 18k ontbreekt een vastgestelde werkinstructie voor werknemers over de uitvoering van payrolling. Het vorenstaande kan ertoe leiden dat op verschillende wijzen wordt omgegaan met nieuwe opdrachten of de beantwoording van vragen van klanten. Waar moet onder andere rekening mee worden gehouden als je een werknemer wilt payrollen bij een nieuwe klant? Ook kan het ontbreken van goede instructies ertoe leiden dat onder andere bij vervanging van een werknemer, niet goed wordt gehandeld of wordt gereageerd. Al met al kan het ontbreken van een werkinstructie een behoorlijk afbreukrisico met zich meebrengen.

Aanbeveling

Het wordt aanbevolen om een werkinstructie vast te stellen, zodat alle werknemers eenduidig op de hoogte zijn van de procedures rondom payrolling. In de werkinstructie kan onder andere worden vastgesteld hoe men moet handelen wanneer een nieuwe overeenkomst wordt aangegaan en hoe men moet omgaan met het ontslag van een payrollwerknemer. De volgende onderwerpen dienen dan ook zeker aan de orde te komen:

- het afspiegelingsbeginsel (wanneer en hoe dit dient te worden toegepast);
- het proeftijdbeding (wettelijke regels rondom het aangaan);
- de ontslagroute (dient men naar het UWV te gaan of naar de rechter);
- de transitievergoeding (is deze verschuldigd en zo ja, hoe bereken je deze);
- de aanzegplicht en de herroeping.

Het opstellen van een werkinstructie heeft de volgende voordelen:

- Door middel van een werkinstructie kan goed worden ingespeeld op wetswijzigingen. Men kan namelijk direct de werkinstructie in lijn brengen met de wetswijziging en alle werknemers zijn hier direct van op de hoogte.
- Vragen van klanten kunnen beter, sneller en eenduidiger beantwoord worden.
- Werknemers kunnen elkaar beter vervangen. Een vervangende werknemer is namelijk door de werkinstructie direct op de hoogte van het beleid rondom payrolling.

Tot slot wordt aanbevolen om de werkinstructie te raadplegen bij het opstellen van iedere payrollovereenkomst en overeenkomst van opdracht. Wanneer dit gebeurt kunnen fouten worden voorkomen, bijvoorbeeld het opnemen van een onjuiste proeftijd.

Proeftijd

Per 1 januari 2015 zijn in het BW grenzen gesteld aan de mogelijkheid om een rechtsgeldig beroep te doen op een proeftijdbeding. Dit leidt onder andere tot de volgende wijzigingen:

- Een proeftijd bij een tijdelijk contract van ten hoogste een halfjaar is verboden.
- In een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die langer duurt dan zes maanden, maar korter dan twee jaren, kan een proeftijd van maximaal één maand worden opgenomen.
- In een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor twee jaren of langer kan een proeftijd van maximaal twee maanden worden overeengekomen.
- In een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en dezelfde werkgever kan geen proeftijd worden overeengekomen, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige payrollovereenkomst.

Wanneer men een proeftijd in de arbeidsovereenkomst opneemt die niet aan de wettelijke vereiste voldoet, bijvoorbeeld een proeftijd van meer dan twee maanden, dan is deze proeftijd nietig (art. 7:652 lid 8 'nieuw' BW). Het opzeggen gedurende een nietige proeftijd kan grote (financiële) consequenties hebben. De werknemer kan namelijk de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen. 18k neemt nu nog in de payrollovereenkomst van ten hoogste zes maanden een proeftijd op van één maand. En in de arbeidsvoorwaardenregeling O&O is opgenomen dat een payrollovereenkomst een proeftijdbeding kan bevatten, indien een overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van ten minste drie maanden. Er kan dus worden geconcludeerd dat de huidige payrollovereenkomsten en arbeidsvoorwaardenregeling O&O niet in overeenstemming zijn met de nieuwe regelgeving. Wanneer de payrollovereenkomst niet kan worden opgezegd wegens een nietige proeftijd, loopt de loondoorbetalingverplichting door. Indien in de overeenkomst van opdracht wel een proeftijd⁷⁸ is overeengekomen, loopt 18k naast bovenstaande risico's, ook het risico dat de overeenkomst van opdracht wel rechtsgeldig wordt opgezegd. Met deze opzegging vervalt de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k.

Aanbeveling

18k wordt aanbevolen om maatregelen te nemen, zodat zij voldoet aan de nieuwe regelgeving en mogelijke risico's beperkt. De volgende maatregelen worden aanbevolen:

- Art. 13 lid 1 in de arbeidsvoorwaarden O&O als volgt aanpassen:
Een payrollovereenkomst kan slechts een proeftijdbeding bevatten, indien en voor zover de overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van ten minste zes maanden; alsdan geldt de in art. 7:652 BW voorziene maximumproeftijd.
- Daarnaast wordt aanbevolen om in de opvolgende payrollovereenkomst het proeftijdbeding weg te halen om fouten te voorkomen. Wanneer 18k een opvolgende payrollovereenkomst aangaat, gaat het in de meeste gevallen om dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden als in de eerder aangegane payrollovereenkomst. In de meeste gevallen zal het dus niet mogelijk zijn om een nieuwe proeftijd overeen te komen. Mocht uit de werkinstructie blijken dat het opnemen van een proeftijdbeding wel mogelijk is, dan kan deze alsnog worden opgenomen.

Ontslagroute

Met de nieuwe ontslagregels verdwijnt de vrije keus die de werkgever had tussen de UWV-route of de ontbindingsprocedure. Vanaf 1 juli 2015 is het afhankelijk van de ontslaggrond welke ontslagroute dient te worden gevolgd. Wanneer er verschillende ontslaggronden van toepassing zijn, kan de werkgever ervoor kiezen om voor meerdere ankers te gaan liggen. Men kan in dat geval zowel naar de kantonrechter als naar het UWV. De oordelende instantie dient zich hierbij wel te beperken tot de ontslaggrond waarvoor hij beoordelingsbevoegd is. Er wordt geconcludeerd dat de werkwijze van 18k op dit moment nog niet voldoet aan de nieuwe regelgeving, omdat deze pas op 1 juli 2015 ingaat.

Aanbeveling

Met het oog op de wijzigingen wordt aanbevolen om vooraf te bepalen van welke ontslaggrond sprake is, zodat 18k de ontslagroute bij de juiste instantie volgt. Wanneer er meerdere ontslaggronden zijn, wordt aanbevolen om te beoordelen welke grond de meeste kans van slagen heeft. De procedure met de meeste kans van slagen, kan dan worden gevolgd. Het starten van twee procedures brengt namelijk extra kosten met zich mee.

Transitievergoeding

Wanneer een payrollovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en op initiatief van 18k wordt beëindigd, heeft de werknemer recht op een transitievergoeding. Op dit moment is de transitievergoeding nog niet verplicht en past 18k deze dan ook nog niet toe.

⁷⁸ Met deze proeftijd wordt bedoeld dat de overeenkomst van opdracht de eerste maand iedere dag opzegbaar is.

Vanaf 1 juli 2015 zal 18k haar werkwijze echter moeten aanpassen en een transitievergoeding aan de werknemer dienen te betalen. Tijdens dit onderzoek is gebleken dat 18k het financiële risico dat zij loopt met de transitievergoeding uitsluit in de overeenkomst van opdracht. Hierin wordt namelijk bepaald dat de opdrachtgever is gehouden om aan 18k alle kosten te vergoeden die verband houden met de beëindiging van de payrollovereenkomst. Hier valt uiteraard ook de transitievergoeding onder.

Aanbeveling

Het wordt aanbevolen om in eerste instantie met een werknemer niet langer dan 23 maanden een arbeidsovereenkomst aan te gaan, dit om de transitievergoeding te voorkomen. Er kan dan bijvoorbeeld worden gewerkt met drie payrollovereenkomsten van 7 maanden (in dat geval mag een proeftijd worden overeengekomen), 8 maanden en nog eens 8 maanden. Met het oog op de wetswijzigingen kan ik me voorstellen dat een opdrachtgever nog niet op de hoogte is van de transitievergoeding. Nu 18k de opdrachtgever wel verantwoordelijk houdt voor de betaling van de transitievergoeding, wordt 18k aanbevolen om alle opdrachtgevers schriftelijk op de hoogte te brengen rondom de wettelijke regels van de transitievergoeding. Wanneer 18k haar opdrachtgevers niet informeert over deze wetswijziging en een opdrachtgever hierdoor wordt verrast met hoge kosten, kan ik me voorstellen dat een opdrachtgever niet meer met 18k in zee wil. Dit kan tot gevolg hebben dat 18k toekomstige opdrachten misloopt. Door de opdrachtgevers te informeren over de transitievergoeding, behoudt 18k een goede relatie met haar opdrachtgevers.

Aanzegplicht

Per 1 januari 2015 dient de werkgever de werknemer schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, en bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten. Wanneer 18k de aanzegplicht niet of niet tijdig nakomt, kan de werknemer hiervoor een vergoeding eisen van ten hoogste een maandloon. Hierbij is niet van belang of een contract wel of niet wordt verlengd. Op dit moment is de aanzegplicht nog niet in de werkwijze van 18k opgenomen.

Aanbeveling

18k wordt aanbevolen om de administratie goed op orde te houden en zo in te richten dat de aanzegtermijn niet wordt vergeten. 18k zou hiervoor een systeem kunnen ontwikkelen dat twee maanden voor de afloop van een payrollovereenkomst een melding geeft. Er bestaat ook nog een andere mogelijkheid. Indien op voorhand zeker is dat je van een werknemer afscheid neemt na het verstrijken van de duur van de payrollovereenkomst, dan kan de volgende bepaling in de payrollovereenkomst worden opgenomen:

Door ondertekening van deze overeenkomst is werknemer ermee bekend en akkoord dat de overeenkomst niet zal worden voortgezet en hiermee de aanzegtermijn van minimaal één maand in acht is genomen.

Tot slot wordt aanbevolen om de aanzegging aangetekend aan de werknemer te versturen, aangezien de werkgever uiteindelijk zal moeten bewijzen dat de aanzegging daadwerkelijk en tijdig is gedaan.

Herroeping

Vanaf 1 juli 2015 is de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen met wederzijds goedvinden in de wet opgenomen (art. 7:670b 'nieuw' BW). In art. 7:670b lid 2 'nieuw' BW is bepaald dat de werknemer in dat geval het recht heeft om binnen veertien dagen de gegeven verklaring te herroepen. Ook in geval van instemming met de opzegging (art. 7:671 lid 1 'nieuw' BW) heeft de werknemer dit herroepingsrecht. De werkgever dient de werknemer op de hoogte te stellen van zijn herroepingsrecht. Indien de werkgever dit nalaat, wordt het herroepingsrecht verlengd tot 21 dagen. Met deze verlenging, loopt 18k langer het risico dat een werknemer terugkomt op de beëindiging van de payrollovereenkomst.

Wanneer een werknemer terugkomt op de beëindiging, heeft dit tot gevolg dat een werknemer nog steeds in dienst is bij 18k, de loondoorbetalingsverplichting loopt dan in principe ook door. Dit levert dus een financiële consequentie op voor 18k. Tijdens de afstudeerstage is de onderzoekster samen met mr. Cees de Beer en mr. Leontien van der Heijden betrokken geweest bij de aanpassing van de standaard beëindigingsovereenkomsten die 18k hanteert. Hierin heeft de onderzoekster aanbevolen de volgende bepaling op te nemen:

Werknemer heeft vanaf 14 dagen bedenktijd. Het vorenstaande om zich bij deze vaststellingsovereenkomst eventueel juridisch te laten adviseren. Indien werknemer de gegeven instemming wenst te herroepen zal deze dit schriftelijk moeten aangeven bij de werkgever voor

Doordat 18k deze bepaling heeft overgenomen in de beëindigingsovereenkomst, kan worden geconcludeerd dat de werkwijze van 18k overeenkomt met de nieuwe regelgeving.

Aanbeveling

Het wordt wel aanbevolen om de beëindigingsovereenkomst, zodra deze wordt gebruikt en is ingevuld, nog eens te laten controleren door de afdeling Juridische zaken.

Ontslagdossier

Tot 1 januari 2015 was kort gezegd het beëindigen van een opdracht door de opdrachtgever op zichzelf een bedrijfseconomische reden voor het ontslag van een payrollwerknemer. Vanaf 1 januari 2015 zijn echter de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend voor het antwoord op de vraag of aan de payrollonderneming toestemming wordt verleend voor ontslag van de payrollwerknemer. Hierdoor krijgt de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming als 'eigen' werknemers van de opdrachtgever. De opdrachtgever zal 18k moeten voorzien van voldoende informatie om een ontslaggrond aan te kunnen tonen. Dit kan de opdrachtgever doen door een ontslagdossier op te stellen. Indien een goed ontslagdossier ontbreekt loopt 18k het risico dat zij een werknemer hoogstwaarschijnlijk niet kan ontslaan, waardoor de loondoorbetalingsverplichting doorloopt. De huidige werkwijze van 18k voldoet niet meer aan de nieuwe regelgeving. 18k kan namelijk de payrollovereenkomst niet meer simpelweg beëindigen met als grond dat de overeenkomst van opdracht is beëindigd.

In de huidige overeenkomsten van opdracht speelt 18k wel al in op de risico's die zij loopt als gevolg van de nieuwe regelgeving.

- In de algemene voorwaarden die van toepassing is op de overeenkomst van opdracht met overige opdrachtgevers is het volgende bepaald: de opdracht duurt voort tot aan het tijdstip dat de payrollovereenkomst tussen 18k en de payrollwerknemer rechtsgeldig zal zijn geëindigd; de opdracht kan slechts tussentijds worden beëindigd indien de payrollovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd. In de individuele overeenkomst van opdracht met overige opdrachtgevers is daarentegen het volgende bepaald: de overeenkomst van opdracht kan tussentijds worden beëindigd, maar hiermee eindigt de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k, voortvloeiende uit de oorspronkelijke looptijd van de overeenkomst van opdracht niet. Bovenstaande bepalingen lijken twee verschillende bepalingen te zijn. Mijns inziens dienen de bepalingen als volgt te worden uitgelegd. Het is mogelijk voor de opdrachtgever om de opdracht tussentijds op te zeggen, wanneer de payrollovereenkomst is geëindigd. Wanneer de payrollovereenkomst tussendoor niet rechtsgeldig kan worden beëindigd, kan de opdracht ook worden opgezegd, maar blijft de vergoedingsplicht voor de periode dat de opdracht is verstrekt bestaan. Met beide bepalingen wil 18k feitelijk hetzelfde, namelijk zich beschermen tegen het feit dat de payrollovereenkomst nog doorloopt, en zij dus loon verschuldigd is aan de payrollwerknemer, maar zij hiervoor geen inleenvergoeding meer ontvangt.

- In de overeenkomst met de gemeente en de A Bedrijven is het volgende bepaald: de opdracht duurt voort tot aan het tijdstip dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer rechtsgeldig is geëindigd; de vergoedingsplicht blijft ondanks het opzeggen van de opdracht doorlopen tot de oorspronkelijke looptijd van de opdracht. Door deze bepalingen in de overeenkomst op te nemen, blijft de opdrachtgever de vergoedingsplicht verschuldigd die aan de opdracht is gekoppeld totdat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd. Dit houdt dus in dat de opdrachtgever de overeenkomst van opdracht wel kan opzeggen, maar ondanks deze opzegging blijft de opdrachtgever de vergoedingsplicht aan 18k verschuldigd totdat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd.

Door bovenstaande bepalingen in de overeenkomst van opdracht op te nemen, beschermt 18k zich dus tegen het feit dat de payrollovereenkomst nog doorloopt, en zij dus loon verschuldigd is aan de payrollwerknemer, maar zij hiervoor geen inleenvergoeding meer ontvangt van de opdrachtgever. 18k legt hiermee het financiële risico wat zij loopt neer bij de opdrachtgever. Indien een opdrachtgever niet op de hoogte is van de nieuwe regelgeving, zal deze hoogstwaarschijnlijk geen ontslagdossier opbouwen, omdat dit tot 1 januari 2015 niet noodzakelijk was voor het ontslag van een payrollwerknemer. Zolang de payrollovereenkomst niet rechtsgeldig kan worden beëindigd, blijft de opdrachtgever een vergoedingsplicht aan 18k verschuldigd. Indien 18k haar opdrachtgevers niet wijst op de nieuwe regelgeving kan een opdrachtgever dit als nalatigheid van 18k opvatten en loopt zij het risico dat een opdrachtgever in de toekomst geen nieuwe opdracht met 18k zal aangaan.

Aanbeveling

18k wordt aanbevolen om haar opdrachtgevers te wijzen op de nieuwe regelgeving, zodat de opdrachtgever zorg draagt voor de opbouw van een ontslagdossier. Het volgende kan 18k doen om haar opdrachtgevers te wijzen op de nieuwe regelgeving:

- Lopende overeenkomst van opdracht: deze opdrachtgevers kunnen middels een brief op de hoogte worden gesteld over de wijzigingen in het Ontslagbesluit. Hierdoor komen deze opdrachtgevers te weten dat zij verplicht zijn een ontslagdossier op te bouwen en anders het risico lopen dat zij de vergoedingsplicht aan 18k verschuldigd blijven.
- Nieuwe overeenkomst van opdracht: in deze overeenkomst van opdracht kan een bepaling worden opgenomen waarin expliciet wordt vermeld dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de opbouw van een ontslagdossier.

Daarnaast wordt 18k aanbevolen om de eerder genoemde bepalingen die zij opneemt in de overeenkomst van opdracht met overige opdrachtgevers en de algemene voorwaarden die hierop van toepassing zijn meer met elkaar in overeenstemming te brengen, zodat ze voor iedere partij makkelijker te begrijpen is. De bepaling kan als volgt worden gewijzigd:

De overeenkomst van opdracht kan tussentijds worden beëindigd, maar hiermee eindigt de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k niet, zolang de payrollovereenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd.

Vervolgens wordt 18k aanbevolen om alvorens tot ontslag over te gaan, een gedegen onderzoek uit te voeren naar de slagingskans van de ontslaggrond, aangezien de beëindiging van de overeenkomst van opdracht niet meer voldoende is. Tot slot wordt aanbevolen dat 18k in haar werkwijze rekening houdt met de overgangsregeling. Deze overgangsregeling houdt in dat de regels slechts van toepassing zijn voor zover de ingangsdatum van de payrollovereenkomst tussen 18k en de payrollwerknemer ligt op of na 1 januari 2015. De overgangsperiode duurt tot 1 juli 2015. Vanaf 1 juli 2015 gelden de regels ook voor alle lopende payrollovereenkomsten. 18k dient dus goed voor ogen te hebben wanneer een payrollovereenkomst is ingegaan.

Afspiegelingsbeginsel

Wanneer men een werknemer wil ontslaan vanwege bedrijfseconomische redenen dient men het afspiegelingsbeginsel toe te passen. Tot 1 januari 2015 bestond er een aparte regeling bij het UWV voor payrollwerknemers. Dit hield onder andere in dat payrollwerknemers niet op gelijke wijze meededen in de afspiegeling als de eigen werknemers van de opdrachtgever. Daarnaast kon de payrollonderneming de payrollovereenkomst alsnog beëindigen wanneer de opdrachtgever weigerde het afspiegelingsbeginsel tussen payrollwerknemers onderling goed toe te passen. Door de wijzigingen in het Ontslagbesluit doen de payrollwerknemers in de afspiegeling op gelijke wijze mee als de eigen werknemers van de opdrachtgever. Dit kan tot gevolg hebben dat de eigen werknemer van een opdrachtgever moet wijken voor een payrollwerknemer. Op dit moment kan 18k de payrollovereenkomst niet meer beëindigen wanneer een andere werknemer van de opdrachtgever, krachtens het afspiegelingsbeginsel, in aanmerking komt voor ontslag. Er kan dan ook worden geconcludeerd dat 18k haar huidige werkwijze dient aan te passen aan de nieuwe regelgeving. Op dit moment is in de overeenkomst van opdracht al opgenomen dat de opdracht voortduurt tot aan het tijdstip dat de payrollovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd en dat de vergoedingsplicht, ondanks het opzeggen van de opdracht, blijft doorlopen tot de oorspronkelijke looptijd van de opdracht. Dus wanneer een payrollovereenkomst niet kan worden opgezegd, omdat een andere werknemer krachtens het afspiegelingsbeginsel in aanmerking komt voor ontslag, blijft de vergoedingsplicht van de opdrachtgever aan 18k doorlopen. Op deze wijze sluit 18k een financieel risico uit.

Aanbeveling

Wanneer een opdrachtgever de overeenkomst van opdracht wil opzeggen, wordt aanbevolen dat 18k beoordeelt of de opdrachtgever wel rekening heeft gehouden met het afspiegelingsbeginsel, alvorens zij een ontslagprocedure start. Wanneer 18k dit niet controleert, en het afspiegelingsbeginsel niet (juist) is toegepast, kan de payrollovereenkomst namelijk niet worden beëindigd.

Ondanks dat 18k in de overeenkomst van opdracht al inspeelt op de wijzigingen, wordt aanbevolen om in alle nieuwe overeenkomsten van opdracht op te nemen dat de opdrachtgever het afspiegelingsbeginsel dient toe te passen. Daarnaast wordt aanbevolen om opdrachtgevers, waarmee op dit moment al een overeenkomst loopt, op de hoogte te stellen van de regels rondom het afspiegelingsbeginsel. Dit zorgt voor instandhouding van de relatie tussen 18k en haar opdrachtgevers.

Formeel en materieel werkgeverschap

Kenmerkend voor payrolling is dat een werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een derde om onder toezicht en leiding van deze derde arbeid te verrichten. De instructiebevoegdheid ligt dus deels bij de opdrachtgever. Wanneer de instructiebevoegdheid teveel bij de opdrachtgever wordt neergelegd, kan de rechter oordelen dat geen arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming is gesloten, maar met de opdrachtgever. Uit jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de opdrachtgever slechts een instructiebevoegdheid dient te hebben ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden. Er kan worden geconcludeerd dat de verdeling van de instructiebevoegdheden niet goed wordt toegepast in de overeenkomsten van opdracht die 18k sluit. Onderstaand zal per overeenkomst van opdracht worden aangegeven welke bevoegdheid niet goed wordt verdeeld, hierbij wordt tevens aanbevolen hoe dit dan wel dient te worden geregeld.

Overeenkomst van opdracht gemeente

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k, 18k mag uiteraard wel met de opdrachtgever overleg voeren.
- Verzuimbegeleiding. De volgende bevoegdheden worden niet juist neergelegd:

- De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het opstellen en ondertekenen van het plan van aanpak. De opdrachtgever mag wel een plan van aanpak opstellen met een werknemer, maar 18k dient te bepalen wat in dit plan van aanpak wordt opgenomen en 18k dient ook haar akkoord te geven voor dit plan van aanpak.
- De opdrachtgever verzorgt de contactmomenten met de werknemer en maakt ook afspraken met de werknemer. Afspraken met de werknemer dienen door 18k te worden gemaakt en niet door de opdrachtgever, aangezien 18k formeel werkgever is.
- Functioneringsgesprekken. Deze worden gevoerd door de opdrachtgever. Dit is echter een taak van 18k.

Overeenkomst van opdracht overige opdrachtgevers

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k, 18k mag uiteraard wel met de opdrachtgever overleg voeren.
- Verzuimbegeleiding. De opdrachtgever draagt zorg voor de re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer op basis van het bij de opdrachtgever geldende verzuimprotocol. Ook dient de opdrachtgever zorg te dragen voor de uitvoering van de administratieve verplichtingen op basis van de wetgeving, zodat 18k invulling kan geven aan de vereiste meldingen en het inzenden van het re-integratieverslag. 18k is echter formeel werkgever en dient zorg te dragen voor de re-integratie. Zij dient onder andere een eigen verzuimprotocol te hanteren en zorg te dragen voor de uitvoering van de administratieve verplichtingen op basis van de wetgeving. De opdrachtgever mag 18k wel ondersteunen in de uitvoering van de re-integratie.
- Functioneringsgesprekken. Deze worden gevoerd door de opdrachtgever. Dit is echter een taak van 18k.

Overeenkomst van opdracht A bedrijven

- Opname verlof. Dit vindt plaats in overeenstemming met de opdrachtgever. Dit zou echter moeten plaatsvinden in overleg met 18k, 18k mag uiteraard wel met de opdrachtgever overleg voeren.
- Verzuimbegeleiding. De volgende bevoegdheden worden niet juist neergelegd:
 - De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het opstellen en ondertekenen van het plan van aanpak. De opdrachtgever mag wel een plan van aanpak opstellen met een werknemer, maar 18k dient te bepalen wat in dit plan van aanpak wordt opgenomen en 18k dient ook haar akkoord te geven voor dit plan van aanpak.
 - De opdrachtgever verzorgt de contactmomenten met de werknemer en maakt ook afspraken met de werknemer. Afspraken met de werknemer dienen door 18k te worden gemaakt en niet door de opdrachtgever, aangezien 18k formeel werkgever is.

Aanbeveling

Het wordt aanbevolen om met uiterste zorgvuldigheid aandacht te besteden aan de verdeling van de instructiebevoegdheden, omdat het bij een onjuiste verdeling kan gebeuren dat de opdrachtgever als formeel werkgever wordt gezien. Tevens wordt aanbevolen om bovenstaande instructiebevoegdheden in lijn te brengen met de jurisprudentie, aangezien 18k met bovenstaande bevoegdheidsverdeling het risico loopt dat de opdrachtgever als formeel werkgever wordt gezien.

Literatuurlijst

Geraadpleegde boeken

Bakels 2013

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bakels e.a. 2014

H.L. Bakels, W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht, bijlage Wet Werk en Zekerheid*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Drongelen e.a. 2012

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jillinghaus & P.J.D. de Jong-van den Bogaard, *Individueel arbeidsrecht Ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2012.

EIM 2010

EIM, *Payroll-services in Nederland, Bekendheid, markt en marktpotentie*, Zoetermeer: EIM 2010.

Geugjes, Van Grinsven & Soemers 2011

P.M.H.J. van Grinsven en H.C. Geugjes en H.N.M Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Meijer e.a. 2013

J. Meijer e.a., *Ontslagprocedure UWV Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Geraadpleegde artikelen

Dijkstra 2009

R. Dijkstra, 'Payrolling: wie is de werkgever?', *Loonzaken* 2009, nr. 5.

Hoogeveen 2012

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

Van Houte 2011

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payrolling; overeenkomst en verschil', *Arbeidsrecht* 2011-36.

Verburg 2013

L. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *Ars Aequi* 2013-901.

Zwemmer 2009

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* februari 2009-2.

Geraadpleegde jurisprudentie

Rechtbank

Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:886.

Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749.

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

Rb Overijssel, 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214.

Hof

Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.

Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6786.

Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035.

Hoge raad

HR 6 maart 1992, NJ 1992/509.

HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

HR 12 februari 1999, JAR 1999,643.

HR 21 januari 2000, JAR 2000,45.

Geraadpleegde parlementaire stukken

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

Kamerstukken II 1996/97, 25263, B.

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 1-2.

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3.

Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, nr. 4.

Geraadpleegde elektronische documenten

J. Meijer, 'Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2015', zie hoofdstuk 10, p. 10-4, www.werk.nl (zoek op *beleidsregels uwv*), geraadpleegd op 20 april 2015.

'Landelijke aanbevelingen 1639w, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters op 8 november 1996', www.rechtspraak.nl (zoek op *landelijke aanbevelingen kantonrechtersformule*), geraadpleegd op 20 mei 2015.

'Over Diamant-groep', www.diamant-groep.nl, geraadpleegd op 19 mei 2015.

'Positie flexwerkers sterker', *rijksoverheid*, www.rijksoverheid.nl (zoek op *positie flexwerkers*), geraadpleegd op 4 maart 2015.

Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 26-27, www.stvda.nl (zoek op *sociaal akkoord 2013*), geraadpleegd op 3 maart 2015.

Stichting van de Arbeid, 'Visie Stichting van de Arbeid op de ontwikkeling van payroll', p. 8-11, www.stvda.nl (zoek op *visie payroll*), geraadpleegd op 3 maart 2015.

Geraadpleegde wetten, besluiten en verdragen

Stcrt. 2013, 11460.

Stcrt. 2014, 33286.

Stcrt. 2015, 12685.

Stb. 2014,274.