
De invloed van de Wet Werk en Zekerheid

*Op de rechtspositie van uitzend- en
payrollwerknemers*



‘s-Hertogenbosch, 12 januari 2016

1^e Afstudeerdocent
2^e Afstudeerdocent
Afstudeermentor
Opdrachtaever

dhr. mr. J. Lousberg
mevr. mr. S. Gruyters-De Greef
dhr. mr. F. Smid
DAS Rechtsbiistand



Afstudeerscriptie voor DAS Rechtsbijstand

*'De invloed van de Wet Werk en Zekerheid op de rechtspositie van
uitzend- en payrollwerknemers'*



's-Hertogenbosch, 12 januari 2016

Afstudeerder

Eveline van Duijnhoven

2059301

1^e Afstudeerdocent

dhr. mr. J. Lousberg

2^e Afstudeerdocent

mevr. mr. S. Gruyters-De Greef

Afstudeermentor

dhr. mr. F. Smid

Opdrachtgever

DAS Rechtsbijstand

Opleiding

HBO-Rechten, Juridische Hogeschool te Tilburg

Afstudeerperiode

september '15 t/m januari '16



Voorwoord

Voor mijn afstudeerperiode kreeg ik de opdracht om een onderzoeksrapport op te stellen. Dit onderzoeksrapport moest een praktijkgericht juridische onderzoeksrapport worden en dus was het van belang dat ik dit onderzoek bij een bedrijf ging uitvoeren.

DAS Rechtsbijstand was bereid om mij de afstudeerplek aan te bieden die ik nodig had. In samenspraak met mijn teamleidster mevr. mr. B.C.S.J. van den Berg en begeleidster mevr. J.M. Sanders heb ik een onderzoeksoopdracht weten te formuleren. Tijdens het uitvoeren van het onderzoek heb ik begeleiding gehad van dhr. mr. F. Smid.

Het door mij opgestelde onderzoeksrapport moet beschouwd worden als een advies/aanbeveling. Het doel van dit onderzoek is de centrale vraag van DAS te beantwoorden en hen te voorzien van een advies.

Dit onderzoeksrapport is tot stand gekomen door middel van samenwerking met DAS en in het bijzonder met het bachelorteam uit 's-Hertogenbosch waarvan ik deel uitmaakte. Het onderzoek is gebaseerd op een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De nieuwe Wet Werk en Zekerheid komt veel ter sprake en er is dan ook veel over te vinden en te schrijven. Een nieuwe wet brengt altijd onzekerheid met zich mee en het is daarom extra van belang dat hier onderzoek naar gedaan wordt. Door het gebruik van rechtsbronnen en literatuur wordt een goed beeld gevormd van de nieuwe wet en hoe deze wet in de praktijk tot zijn recht gaat komen. Voor DAS is het van belang om goed op de hoogte te zijn van de wijzigingen die de Wet Werk en Zekerheid met zich meebrengt. Op die manier kunnen ze cliënten van het juiste advies blijven voorzien.

Veel dank gaat uit naar mijn collega's van DAS die mij geholpen hebben met het vinden van de juiste informatie, maar die er ook voor gezorgd hebben dat ik een enorm fijne afstudeerperiode heb gehad. Speciale dank gaat daarbij uit naar mijn begeleidsters mevr. mr. B.C.S.J. van den Berg en mevr. J.M. Sanders. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar dhr. mr. F. Smid die mij enorm geholpen heeft met het uitvoeren van mijn onderzoek. Zijn kennis en ervaring met het uitvoeren van onderzoeken hebben mij het juiste zetje in de goede richting gegeven.

Verder gaat veel dank uit naar mijn afstudeerdocent dhr. mr. J. Lousberg. Bij hem kon ik altijd terecht met vragen aangaande mijn onderwerp. Zijn kennis en vaardigheden hebben mij dan ook enorm geholpen.

Als laatste wil ik een dankwoord richten aan iedereen die mij verder gesteund heeft gedurende mijn complete studietijd. Hiervoor wil ik vrienden, klasgenoten en mijn familie bedanken. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar mijn ouders die mij in al die jaren zijn blijven steunen en altijd in mij geloofd hebben.

Dit onderzoeksrapport is bestemd voor alle betrokkenen en geïnteresseerden van DAS. Middels dit rapport wil ik DAS een advies geven omtrent de nieuwe Wet Werk en Zekerheid en de invloed die de wijzigingen hebben op de rechtspositie van uitzend- en payrollwerknemers.

Ik wens u allen veel leesplezier!

Eveline van Duijnhoven

Studente aan de Juridische Hogeschool te Tilburg

Stagiaire bij het bachelorteam 's-Hertogenbosch van DAS Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch

's-Hertogenbosch, 12 januari 2016.



Samenvatting

De arbeidsmarkt is aan veranderingen onderhevig. Mede om deze veranderingen in goede banen te leiden is de Wet Werk en Zekerheid ontwikkeld. De nieuwe Wet Werk en Zekerheid is grotendeels per 1 januari 2015 en deels per 1 juli 2015 in werking getreden¹. Middels deze wet wordt gestreefd naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt. Bij DAS bestaat er onduidelijkheid over uitzend- en payrollovereenkomsten. Doordat steeds meer gebruik wordt gemaakt van dit soort overeenkomsten is er behoefte aan meer duidelijkheid en kennis omtrent deze overeenkomsten, zodat zowel werknemers als werkgevers hier goed over geïnformeerd kunnen worden.

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal: *wat betekenen de wijzigingen naar aanleiding van de Wet Werk en Zekerheid in de rechtspositie van uitzendkrachten en payrollers voor de advisering van DAS?*

Op 12 januari 2016 wordt een onderzoeksrapport ingeleverd bij de heer mr. F. Smid, jurist arbeidsrecht en ondernemingsrecht bij DAS Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch, met daarin een advies over de veranderingen van de WWZ op het gebied van uitzend- en payrollovereenkomsten en hoe men hier bij DAS in de praktijk het beste mee om kan gaan.

Om een verantwoord antwoord te kunnen geven op de centrale vraag is gebruik gemaakt van verschillende onderzoeksmethode. Zo is gebruik gemaakt van literatuur, wetgeving, jurisprudentie, media en dossiers van DAS.

Bij de uitzendovereenkomst en de payrollovereenkomst is er sprake van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie. Dit maakt beide overeenkomsten dan ook bijzonder. De uitzendovereenkomst vindt zijn juridische basis in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. De payrollovereenkomst is niet wettelijk gedefinieerd, maar kan bestempeld worden als arbeidsovereenkomst.

Met invoering van de WWZ zijn er diverse wettelijke bepalingen gewijzigd. De belangrijkste wijzigingen voor wat betreft de uitzend- en payrollovereenkomst hebben betrekking op het uitzendbeding, de ketenbepaling, de aanzegtermijn, de loondoorbetalingsverplichting, het ontslag en de transitievergoeding. Voor wat betreft de uitzendovereenkomst is de ABU-cao en de NBBU-cao van groot belang. Voor uitzendovereenkomsten geldt namelijk dat er vaak middels cao van wettelijke bepalingen afgeweken kan worden.

Voor de payrollovereenkomst is vooral de nieuwe Ontslagregeling van belang. Payrollwerknemers worden met deze nieuwe Ontslagregeling gelijkgesteld met werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever.

Uit de conclusies en aanbevelingen blijkt dat de rechtspositie van uitzend- en payrollwerknemers niet drastisch veranderd is. De wettelijke bepalingen die gewijzigd zijn voor uitzendwerknemers hebben met name betrekking op de termijnen. Deze termijnen werden vaak door de ABU-cao of NBBU-cao al gebruikt.

De echte veranderingen zitten vooral in bepalingen die voor de WWZ nog niet bestonden. Het gaat dan met name om de aanzegtermijn, de loondoorbetalingsverplichting, het ontslag en de transitievergoeding. Voor de payrollwerknemer is vooral de verandering op het gebied van ontslag van belang.

De advisering binnen DAS hoeft dan ook niet ingrijpend veranderd te worden. Er moet met name rekening gehouden worden met de nieuwe bepalingen en de toepassing daarvan. Ook moet rekening gehouden worden met de nieuwe termijnen en wat cao's daarover bepalen. Om dit helder te krijgen en de cliënten van een goed advies te voorzien, kan gebruik gemaakt worden van de checklist en de beslisboom.

¹ De wijzigingen van art. 7:627 en 7:628 lid 1 BW treden pas per 1 april 2016 in werking.



Inhoudsopgave

Voorwoord	
Samenvatting	
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	11
1.1 Probleembeschrijving:	11
1.2 Centrale vraag:	12
1.3 Doelstelling:.....	12
1.4 Verantwoording.....	12
1.5 Leeswijzer.....	12
Hoofdstuk 2: De uitzend- en payrollovereenkomst	13
2.1 Wat is een uitzendovereenkomst?	13
2.1.1 Juridische aspecten	13
2.2 Wat is een payrollovereenkomst?	18
2.2.1 Juridische aspecten	18
2.3 Welke cao is van toepassing en wat is de invloed van deze cao?	20
2.3.1 Uitzending.....	20
2.3.2 Payrolling	22
2.4 Wie is verantwoordelijk voor het werkgeverschap?	23
2.4.1 Uitzending.....	23
2.4.2 Payrolling	24
2.5 Verantwoording.....	26
Hoofdstuk 3: De invloed van de Wet Werk en Zekerheid op uitzend- en payrollovereenkomsten	27
3.1 Waarom is de WWZ ingevoerd?	27
3.1.1 Welke problemen bestonden er?	27
3.1.2 Wat zijn de veranderingen in hoofdlijnen?	28
3.2 Wat is er veranderd na invoering van de WWZ?	28
3.2.1 Wettelijke veranderingen uitzending	28
3.2.2 Wettelijke veranderingen payrolling	36
3.3 Verantwoording.....	38
Hoofdstuk 4 De praktijk.....	39
4.1 Dossier 1:.....	39
4.1.1 De feiten.....	39
4.1.2 Juridische behandeling DAS	40

4.1.3	Juridisch kader.....	41
4.2	Dossier 2.....	42
4.2.1	De feiten.....	42
4.2.2	Juridische behandeling DAS	42
4.2.3	Juridisch kader.....	43
4.3	Verantwoording.....	43
Hoofdstuk 5	Conclusies.....	45
5.1	Probleembeschrijving:	45
5.2	Centrale vraag:	45
5.3	Soort overeenkomsten	45
5.3.1	Uitzendovereenkomst.....	45
5.3.2	Payrollovereenkomst	46
5.4	Veranderingen met betrekking tot uitzendovereenkomsten	47
5.5	Veranderingen met betrekking tot payrollling	48
5.6	De praktijk.....	49
Hoofdstuk 6	Aanbevelingen	51
	Literatuurlijst.....	53

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Probleembeschrijving:

Uit onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS) blijkt dat werkgevers steeds meer gebruik maken van flexibele contracten waaronder uitzend- en payrollovereenkomsten.²³ Werkgevers hebben hier verschillende motieven voor. De motieven zijn in het kort: volatiliteit, aard van het werk, arbeidsvolume, beschikbaarheid, kosten, risico's en werving.

Uit het onderzoek blijkt dat het belangrijkste motief voor werkgevers om gebruik te maken van flexibele arbeidscontracten te maken heeft met volatiliteit. Volatiliteit heeft te maken met het flexibel in kunnen zetten van personeel. Dit komt vooral bij uitzendwerk sterk naar voren. Voor payrolling geldt dat het belangrijkste motief voor werkgevers de kostenpost is.

Zowel werkgevers als werknemers hechten grote waarde aan flexibiliteit. Voor werknemers geldt dat ze hun werkende leven soepel willen combineren met hun privéleven. Werkgevers daarentegen hebben de behoefte om hun personeelsbestand soepel aan te kunnen passen gedurende onzekere tijden. Ook de regering wil graag flexibiliteit in de economie behouden, maar vindt ook dat er voorkomen moet worden dat mensen langdurig en onvrijwillig ingeschakeld worden op basis van onzekere flexibele contracten.⁴

Flexibele contracten kunnen voor werknemers ook onzekerheid teweegbrengen. Werknemers hebben bij flexibele contracten vaak geen vaste werkdagen, hebben geen zekerheid op een vast contract en er bestaat vaak onduidelijkheid over de vraag waar het werkgeverschap zich bevindt.

De arbeidsmarkt is aan veranderingen onderhevig zoals we hierboven hebben gezien. Om deze veranderingen in goede banen te leiden is de Wet Werk en Zekerheid ontwikkeld. De WWZ heeft als doel om het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker te maken en de positie van flexwerkers te versterken.⁵

De nieuwe Wet Werk en Zekerheid is per 1 juli 2015 in werking getreden waarbij een deel al op 1 januari 2015 zijn intreden heeft gedaan.⁶ De Wet Werk en Zekerheid (hierna WWZ) heeft onder andere als doel het arbeidsrecht aan te passen aan die veranderende arbeidsverhoudingen in de samenleving. Middels deze wet wordt gestreefd naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt. Hierbij zal de rechtspositie van flexwerkers verbeterd worden.⁷ Het invoeren van een nieuwe wet gaat niet altijd zonder slag of stoot. Er zullen altijd nieuwe vragen en problemen ontstaan. Zo ook bij DAS Rechtsbijstand.

DAS is van oudsher een rechtsbijstandsverzekeraar waar juridische en financieel juridische kennis voor iedereen toegankelijk gemaakt wordt. DAS heeft 22 vestigingen in Nederland. DAS is er voor zowel particulieren als ondernemers. Ook als particulieren en ondernemers geen rechtsbijstandsverzekering hebben afgesloten kunnen zij bij DAS terecht.

Elke nieuwe wet brengt onduidelijkheden en onzekerheden met zich mee. Bij DAS bestaat er wat dat betreft vooral onduidelijkheid over uitzendovereenkomsten en

² CBS, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt*, Den Haag: CBS 2014, p. 3.

³ 'Meer flexwerkers in Nederland', *Nu.nl* 18 september 2015, Nu.nl (zoek op flexwerk)

⁴ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 3, p. 4.

⁵ 'Nieuw ontslagrecht, achtergrond', *stibbe.com* 11 oktober 2015, stibbe.com (online services, nieuw ontslagrecht, achtergrond)

⁶ *Stb.* 2014, 274.

⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 2, p. 1.

payrollovereenkomsten. De nieuwe regels omtrent deze overeenkomsten zijn grotendeels per 1 januari 2015 in werking getreden.⁸ Doordat steeds meer gebruik gemaakt wordt van dit soort overeenkomsten, is er behoefte aan meer duidelijkheid en kennis omtrent deze overeenkomsten, zodat zowel werknemers als werkgevers hier goed over geïnformeerd kunnen worden.

1.2 Centrale vraag:

Wat betekenen de wijzigingen naar aanleiding van de Wet Werk en Zekerheid in de rechtspositie van uitzendkrachten en payrollers voor de advisering van DAS?

1.3 Doelstelling:

Op 12 januari 2016 wordt een onderzoeksrapport ingeleverd bij de heer mr. F. Smid, jurist arbeidsrecht en ondernemingsrecht bij DAS Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch, met daarin een advies over de veranderingen van de WWZ op het gebied van uitzend- en payrollovereenkomsten en hoe men hier bij DAS in de praktijk het beste mee om kan gaan.

1.4 Verantwoording

Gedurende dit onderzoek is gebruik gemaakt van de bronnen wetgeving, literatuur en media. Deze bronnen zijn gekozen om zo tot een effectieve, efficiënte, betrouwbare en valide antwoord te komen op de centrale vraag. De bron wetgeving is vooral gericht op het aspect betrouwbaarheid en validiteit. Het zijn bronnen die met de grootste zorg zijn samengesteld en betrouwbaar zijn omdat ze tegenover iedereen gelden. De bronnen literatuur en media zijn meer gericht op effectiviteit en efficiëntie. In de literatuur kun je gericht op zoek naar antwoorden op vragen. Vaak kun je op onderwerp zoeken waardoor je snel en effectief een antwoord op je vraag kunt formuleren. Dit geldt ook voor het gebruik van media bronnen. Op internet kun je effectief en efficiënt zoeken door de juiste zoekopdracht in te geven. Hierbij moet er wel op gelet worden dat het betrouwbare bronnen zijn. De methoden die tijdens dit onderzoek gebruikt worden zijn de inhoudsanalyse en het bekijken van praktijkdossiers. De inhoudsanalyse is een effectieve en efficiënte manier om een antwoord op een vraag te vinden. Het analyseren van een tekst gaat snel op het moment dat je weet waar je naar op zoek bent. Het onderzoeken van praktijkdossiers geeft een beeld van welke problemen er spelen bij DAS omtrent uitzend- en payrollovereenkomsten.

1.5 Leeswijzer

Dit onderzoek bevat zes hoofdstukken. Dit hoofdstuk, de inleiding, betreft hoofdstuk 1. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de uitzend- en payrollovereenkomst. Daarin wordt beschreven wat verstaan wordt onder een uitzend- en payrollovereenkomst en in het kort beschreven welke wettelijke bepalingen op deze overeenkomsten van toepassing zijn. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens ingegaan op de Wet Werk en Zekerheid (WWZ). Eerst wordt in het kort beschreven wat de WWZ inhoudt en waarom deze nieuwe wetgeving ontwikkeld is. Vervolgens zullen de wettelijke veranderingen naar aanleiding van de WWZ besproken worden voor zowel de uitzend- als de payrollovereenkomst. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens ingegaan op de praktijk. Er worden twee dossiers besproken die bij DAS behandeld zijn en die relevant zijn voor dit onderzoek.

In hoofdstuk 5 volgen de conclusies die uit de voorgaande hoofdstukken getrokken kunnen worden om ten slotte in hoofdstuk 6 een aanbeveling te geven aan de hand van de conclusies.

⁸ Stb. 2014, 274.

Hoofdstuk 2: De uitzend- en payrollovereenkomst

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de uitzend- en payrollovereenkomst. In paragraaf 2.1 wordt de definitie van een uitzendovereenkomst besproken en wordt vermeld welke juridische aspecten verbonden zijn aan deze overeenkomst. Daarna zal in paragraaf 2.2 een definitie van de payrollovereenkomst worden gegeven en tevens de wettelijke bepalingen die horen bij deze overeenkomst. Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 ingegaan op de cao's die van toepassing kunnen zijn op de uitzend- en payrollovereenkomst en wat de invloed van deze cao's kan zijn. Ten slotte wordt in paragraaf 2.4 weergegeven wie verantwoordelijk is voor het werkgeverschap bij de uitzend- en payrollovereenkomst.

2.1 Wat is een uitzendovereenkomst?

Bij een uitzendovereenkomst is er sprake van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie tussen de werknemer, het uitzendbureau en de opdrachtgever (de derde, waar werknemer feitelijk werkzaam is). Binnen deze driehoeksrelatie is de werknemer in dienst bij het uitzendbureau en verricht werkzaamheden voor de opdrachtgever.⁹

Uitzendovereenkomsten hebben altijd een belangrijke rol gespeeld bij aanbod van en vraag naar arbeid. Het ging daarbij zowel om het aan elkaar koppelen van werkzoekende en werkaanbieder als het vervullen van de flexibilitateitsbehoefte van ondernemers. Deze twee aspecten worden ook wel de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst genoemd.¹⁰ Deze allocatiefunctie wordt nader besproken in paragraaf 2.1.1.1.

2.1.1 Juridische aspecten

Voorheen was de uitzendovereenkomst niet (duidelijk) geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Het kabinet achtte het wenselijk om duidelijke regelgeving over uitzendovereenkomsten in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, via het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid heeft dit per 1 januari 1999¹¹ geresulteerd in afdeling 11, titel 10 van boek 7 Burgerlijk Wetboek.¹²

De definitie van de uitzendovereenkomst en de plaatsing in titel 10 van boek 7 Burgerlijk Wetboek geven aan dat er sprake is van een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst.¹³ Dit brengt met zich mee dat alle bepalingen uit titel 10 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek op de uitzendovereenkomst van toepassing zijn.¹⁴ De artikelen 7:690 en 7:691 Burgerlijk wetboek zijn specifiek op de uitzendovereenkomst van toepassing. Deze zullen in dit hoofdstuk dan ook behandeld worden. Art. 7:690 Burgerlijk Wetboek geeft de definitie van een uitzendovereenkomst weer. Middels dit artikel kan getoetst worden of er daadwerkelijk sprake is van een uitzendovereenkomst. In art. 7:691 Burgerlijk Wetboek worden bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst behandeld, ook wel aangeduid als het verlichte arbeidsrechtelijke regime. Deze twee belangrijke artikelen voor de uitzendovereenkomst zullen hier achtereenvolgens worden behandeld.

2.1.1.1 Definitie van de uitzendovereenkomst

De definitie van de uitzendovereenkomst luidt volgens art. 7:690 Burgerlijk Wetboek als volgt:

⁹ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 45.

¹⁰ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 306

¹¹ Stb. 1998, 300.

¹² Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

¹³ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 309.

¹⁴ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 306.

*‘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’.*

De definitie van de uitzendovereenkomst bevat de volgende elementen:

1. In het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever
2. Terbeschikkingstelling aan een derde
3. Onder toezicht en leiding van een derde
4. Overeenkomst van opdracht

1. Kader van uitoefening beroep of bedrijf van de werkgever:

Bij de uitoefening van beroep of bedrijf van de werkgever is het van belang dat de terbeschikkingstelling een doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn. Bedrijven die incidenteel arbeidskrachten ter beschikking stellen vallen hier dus niet onder.

2. Terbeschikkingstelling aan een derde:

De uitzendonderneming stelt een uitzendkracht ter beschikking aan een derde. De derde is in dit geval de opdrachtgever en degene met wie de uitzendonderneming een overeenkomst van opdracht heeft gesloten. De uitzendkracht sluit geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, dit berust op een feitelijke relatie. De uitzendkracht verricht zijn werkzaamheden bij de opdrachtgever waardoor aan de opdrachtgever een aantal werkgeversverplichtingen opgelegd worden. Deze werkgeversverplichtingen worden in paragraaf 2.4 verder besproken.

3. Onder toezicht en leiding van een derde:

De uitzendkracht verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever zijn werkzaamheden. Hierdoor krijgt de opdrachtgever rechtstreekse zeggenschap over de invulling van de te verrichten arbeid. De begrippen toezicht en leiding worden niet uitgelegd bij de toelichting van art. 7:690 Burgerlijk wetboek. Uit jurisprudentie blijkt dat er sprake is van toezicht en leiding indien de werknemers de werkzaamheden ‘rechtstreeks in opdracht van de derde verrichten’.¹⁵ Hierbij moet de derde dus ook zeggenschap hebben over de verrichtingen van de arbeidskrachten. Art. 7:660 Burgerlijk Wetboek hangt hiermee samen. Indien hiervan geen sprake is en het toezicht en de leiding bij de uitzendwerkgever blijft, is niet voldaan aan de definitie van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek en is er dus geen sprake van een uitzendovereenkomst.¹⁶ Indien dit het geval is moet er gekeken worden of er sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek.

4. Overeenkomst van opdracht:

De terbeschikkingstelling van de uitzendkracht is gebaseerd op een overeenkomst van opdracht tussen de uitzendwerkgever en de derde (inlener). Een overeenkomst van opdracht is opgenomen in art. 7:400 Burgerlijk Wetboek. De definitie van een overeenkomst van opdracht luidt als volgt:

‘de overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken’.

¹⁵ HR 21 november 1997, JAR 1998/16 en HR 15 april 1991, BNB 1992, 291.

¹⁶ Tanja, Flexibele arbeidsrelaties 2015

Aanneming van werk kan dus niet tot een uitzendovereenkomst leiden. De Stichting van de Arbeid (STAR) gaf hierbij ook aan dat diensten die in hun geheel als pakket worden uitbested, zoals catering, beveiliging en schoonmaak, verricht worden in het kader van aangenomen werk en daarbij dus niet onder de definitie van uitzendovereenkomst vallen.¹⁷

De allocatiefunctie

Naast deze vereisten die voortkomen uit het wetsartikel zelf, wordt er in de wetsgeschiedenis ook nog gesproken over de allocatiefunctie. De allocatiefunctie wordt omschreven als: *'het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid'*. In de literatuur en jurisprudentie bestaat er veel discussie over dit extra vereiste en de vraag of het wel of niet een vereiste is om aan de definitie van de uitzendovereenkomst te voldoen.

Zo oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de allocatiefunctie een vereiste is om te voldoen aan de uitzendovereenkomst. Het hof oordeelt als volgt:

*'Het hof is met Velocitas van oordeel dat in een geval als het onderhavige de zogenoemde allocatiefunctie voor de toepasselijkheid van de CAO Uitzendkrachten geldt. Deze allocatiefunctie is weliswaar niet in de CAO en evenmin in de wetstekst opgenomen maar het hof is van oordeel dat deze als zodanig noodzakelijk is om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt immers slechts voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen, hetgeen betekent dat terbeschikkingstelling van werknemers doelstelling moet zijn van de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de werkgever, zoals dit naar het oordeel van het hof volgt uit de parlementaire geschiedenis'.*¹⁸

De Rechtbank Noord-Nederland oordeelt ook dat de allocatiefunctie een vereiste is om te voldoen aan een uitzendovereenkomst. De kantonrechter oordeelt hier dat het uitzendbureau geen enkele allocatieve functie heeft vervuld of van plan was te vervullen. De kantonrechter is daarom van oordeel dat er geen uitzendovereenkomst tot stand is gekomen.¹⁹

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelt echter dat de allocatiefunctie geen vereiste is om te voldoen aan art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Het hof oordeelt dat:

*'Artikel 7:690 BW uitsluitend van toepassing is indien de werkgever zich met name bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van pieken of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden'*²⁰

In een andere uitspraak oordeelt het Gerechtshof Amsterdam wederom dat de allocatiefunctie geen vereiste is om te voldoen aan art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Het hof stelt dat in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek niet te lezen is dat de allocatiefunctie een vereiste is om aan de definitie van een uitzendovereenkomst te voldoen. Het hof stelt tevens dat deze eis ook niet voortvloeit uit het wetsartikel.²¹

Er bestaat dus nog altijd onduidelijkheid over de vraag of de allocatiefunctie wel of geen vereiste voor een uitzendovereenkomst is. Indien er twijfel bestaat over het bestaan van een driehoeksrelatie en daarmee een uitzendovereenkomst, zal de rechter aan de hand van feiten en omstandigheden van de betreffende overeenkomst bepalen of er al dan niet aan de vereisten van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek wordt voldaan dan wel aan de vereisten van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek.²² Bij elke situatie dient dus opnieuw beoordeeld te worden of

¹⁷ Loonstra & Zondag 2015, p. 2217 t/m 2221.

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670.

¹⁹ Rb. Noord-Nederland 1 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205.

²⁰ Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

²¹ Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:4616.

²² Loonstra & Zondag 2015, p. 2215.

de allocatiefunctie wel of geen vereiste is om aan de definitie van een uitzendovereenkomst te voldoen.²³

Soort overeenkomst

Het is van belang om te bepalen of een overeenkomst een arbeidsovereenkomst of een uitzendovereenkomst is om te bepalen welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn. Verdedigbaar is dat uit de definitie van de uitzendovereenkomst afgeleid kan worden dat een uitzendovereenkomst ook een arbeidsovereenkomst is. Hier wordt in de praktijk echter verschillend over geoordeeld. Er bestaan namelijk twee visies op dit gebied. De eerste visie ziet erop dat art. 7:690 Burgerlijk Wetboek een uitzendovereenkomst bestempelt als arbeidsovereenkomst en dat het niet noodzakelijk is dat er getoetst wordt aan de voorwaarden van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek. Op grond van de tweede visie kan er pas sprake zijn van een uitzendovereenkomst als eerst wordt voldaan aan de voorwaarden uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek. In deze visie wordt de uitzendovereenkomst gezien als bijzondere arbeidsovereenkomst.²⁴

Asscher-Vonk verdedigt de eerste visie waarbij er niet eerst getoetst hoeft te worden aan de voorwaarden van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek. Volgens Asscher-Vonk moet er namelijk gekeken worden naar de tekst van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek waarbij de uitzendovereenkomst zonder meer als arbeidsovereenkomst bestempeld wordt.²⁵

Ook Verhulp verdedigt dit standpunt en geeft aan dat uit de parlementaire geschiedenis en de tekst van art. 7:690 burgerlijk Wetboek geconcludeerd kan worden dat niet aan de vereisten van art. 7:610 burgerlijk Wetboek voldaan hoeft te worden.²⁶

De tweede visie wordt onderbouwd door Grapperhaus en Jansen en door literatuur die voorziet in artikelsgewijs commentaar. Er wordt gesteld dat eerst voldaan moet worden aan de voorwaarden uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek alvorens gekeken kan worden naar de voorwaarden uit art. 7:690 Burgerlijk Wetboek.²⁷

Er bestaat nog een derde variant. Bij deze variant stelt Zwemmer²⁸ dat de artt. 7:610 en 7:690 Burgerlijk Wetboek als het ware samen gezien moeten worden. Hij geeft daarbij aan dat de elementen arbeid, loon en gezag (die volgen uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek), naast de voorwaarden uit art. 7:690 burgerlijk Wetboek, getoetst moeten worden binnen de driehoeksverhouding.²⁹

Indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst is het de vraag waar die arbeidsovereenkomst zich bevindt. Uit de arresten van de Hoge Raad uit 1977, 1980 en 1988 volgt dat er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de uitzendwerknemer en het uitzendbureau. De uitzendwerknemer is namelijk verplicht om werkzaamheden bij de opdrachtgever (derde) te verrichten met inachtneming van de aanwijzingen van die opdrachtgever.³⁰ In de arresten werd geen algemene regel geformuleerd waarmee bij uitzending altijd een arbeidsovereenkomst bestond met het uitzendbureau, dit hangt telkens af van de feitelijke omstandigheden van het geval. Van doorslaggevend belang is de vraag of de uitzendkracht op grond van zijn overeenkomst met het uitzendbureau verplicht is om werkzaamheden bij een opdrachtgever (derde) te verrichten en de aanwijzingen van die

²³ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 46.

²⁴ Wits, *TRA* 2013/15

²⁵ Asscher-Vonk, *SMA* 1997, p. 376-380.

²⁶ Verhulp, *SR* 2001/4.

²⁷ Grapperhaus & Jansen, *SR* 1999/15, p. 25.; Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 309.; Loostra & Zondag 2015, p. 2211.

²⁸ Johan Zwemmer is docent en onderzoeker bij de vakgroep arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en tevens advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

²⁹ Zwemmer, *SR* 2012/55, p. 87 en 195.

³⁰ HR 14 oktober 1977, *NJ* 1978, 31, HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 633 m. nt. Stein en HR 18 november 1988, *NJ* 1989, 344.

opdrachtgever op te volgen. Indien dat het geval is, is er sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerknemer en het uitzendbureau.³¹

2.1.1.2 Verlichte arbeidsrechtelijke regime

Zoals hierboven vermeld bevat art. 7:691 Burgerlijk Wetboek bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst. Dit betreft het zogenoemde verlichte arbeidsrechtelijke regime. De regels zijn voornamelijk een aantal uitzonderingen voor de uitzendovereenkomst ten opzichte van de gewone arbeidsovereenkomst. Het betreft hier de ketenregeling, het uitzendbeding en uitbetaling van loon. Deze drie uitzonderingen zullen hieronder nader toegelicht worden. Er wordt uitgegaan van de wetsartikelen na invoering van de Wet Werk en Zekerheid. De oude termijnen/regelingen worden tussen haakjes erachter gezet. In hoofdstuk 3 zal nader ingegaan worden op de veranderingen die de Wet Werk en Zekerheid met zich mee heeft meegebracht.

Ketenregeling

De ketenregeling bepaalt wanneer elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, omgezet worden in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De bepaling van de ketenregeling is terug te vinden in art. 7:668a Burgerlijk Wetboek. De ketenregeling bevat twee mogelijkheden om voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in aanmerking te komen. Er wordt voldaan aan de ketenregeling op het moment dat er sprake is van meer dan drie elkaar opvolgende contracten (art. 7:668a lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek) of als een periode van 24 maanden (voorheen 36 maanden) wordt overschreden (art. 7:668a lid 1 sub a Burgerlijk Wetboek). De contracten worden als opvolgend gezien als ze elkaar met een tussenpoos van 6 maanden of minder (voorheen niet meer dan 3 maanden) opvolgen.³²

In art. 7:691 lid 1 Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de ketenregeling van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek op een uitzendovereenkomst van toepassing is op het moment dat de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht in het kader van de uitzendovereenkomst. Art. 7:691 lid 8 sub a Burgerlijk Wetboek bepaalt dat deze termijn van 26 weken bij cao kan worden verlengd tot maximaal 78 weken (voorheen zat hier geen maximum aan). Indien de periode van 26 weken (of maximaal 78 weken bij cao bepaald) doorlopen is gaat de termijn voor de ketenregeling van start.

Binnen de ketenregeling zijn voor de uitzendovereenkomst ook nog uitzonderingen opgenomen. Art. 7:668a lid 5 Burgerlijk Wetboek geeft aan dat de periode van 24 maanden, zoals bedoeld in lid 1 sub a van dat artikel, bij cao kan worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden (voorheen zat hier geen maximum aan). Daarbij kan het aantal van drie contracten, zoals bedoeld in lid 1 sub b, worden verhoogd naar ten hoogste zes contracten (voorheen zat hier geen maximum aan).

Uitzendbeding

In de uitzendovereenkomst kan op grond van art. 7:691 lid 2 Burgerlijk Wetboek ook een uitzendbeding worden opgenomen. Een uitzendbeding is pas rechtsgeldig als het schriftelijk in de uitzendovereenkomst is opgenomen. Het uitzendbeding houdt in dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de opdrachtgever eindigt op verzoek van de opdrachtgever. Een beroep op een uitzendbeding hoeft niet te worden gemotiveerd. Ook de uitzendwerknemer kan gebruik maken van het uitzendbeding. Indien er een uitzendbeding is overeengekomen mag de werknemer zonder opgave van reden de uitzendovereenkomst opzeggen. Op grond van art. 7:691 lid 3 Burgerlijk Wetboek kan op het uitzendbeding een beroep worden gedaan gedurende de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid heeft verricht op basis van de uitzendovereenkomst. In art. 7:691 lid 8 sub a Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de

³¹ Zwemmer 2012, p. 79.

³² Kamerstukken II, 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 12.

termijn van 26 weken bij cao kan worden verlengd tot maximaal 78 weken (voorheen zat hier geen maximum aan).

Uitbetaling van loon

De uitbetaling van loon ligt bij uitzendovereenkomsten wat gecompliceerder dan bij reguliere arbeidsovereenkomsten. Voor de reguliere arbeidsovereenkomsten geldt dat werknemers loon betaald krijgen op het moment dat de overeengekomen arbeid niet verricht kan worden door een oorzaak die voor rekening van de werkgever komt. Dit wordt bepaald in art. 7:628 lid 1 Burgerlijk Wetboek.³³ Uitzendovereenkomsten hebben een andere functie dan arbeidsovereenkomsten. Er wordt gebruik gemaakt van uitzendovereenkomsten om veranderingen in de arbeidsmarkt op te vangen en in te kunnen spelen op vraag en aanbod naar arbeid. Voor een werkgever is de regeling van art. 7:628 lid 1 Burgerlijk Wetboek dan ook niet gunstig aangezien partijen bij uitzendovereenkomsten meer vrijheid genieten. Er is dan ook voor uitzendovereenkomsten een uitzondering gemaakt op de loondoorbetalingsverplichting van art. 7:628 lid 1 Burgerlijk Wetboek.³⁴ Deze uitzondering is terug te vinden in art. 7:691 lid 7 Burgerlijk Wetboek. De uitzondering houdt in dat gedurende de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht de loondoorbetalingsverplichting niet van toepassing is (voorheen was er geen uitzondering op de loondoorbetalingsverplichting). Op grond van art. 7:691 lid 8 Burgerlijk Wetboek kan deze termijn bij cao worden uitgebreid tot ten hoogste 78 weken.

Voor wat betreft loonbetaling bij uitzendkrachten is er nog een andere bijzondere bepaling. Op grond van art. 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) dient een uitzendwerknemer een gelijk loon te verdienen in vergelijking met werknemers die in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst zijn van de inlener.³⁵

2.2 Wat is een payrollovereenkomst?

De constructie van payrolling is een vorm van dienstverlening die nog betrekkelijk jong is. Payrolling bestaat eveneens vaak op basis van een driehoeksrelatie. Er zijn alleen wel enkele verschillen met de driehoeksrelatie van de uitzendovereenkomst. Bij payrolling geeft de opdrachtgever het juridische en financiële werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf. Er zijn verschillende vormen van payrolling, maar de meest voorkomende payrollvorm als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding is degene waarbij de opdrachtgever de werknemer werft en selecteert en waarbij het payrollbedrijf de werknemer vervolgens in dienst neemt. Het payrollbedrijf stelt de werknemer vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever. Het kan echter ook voorkomen dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt waarna het payrollbedrijf de werknemers ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. Bij payrolling als driehoeksverhouding worden alle aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en verantwoordelijkheden door de payrollonderneming op zich genomen. Hieronder vallen onder andere het betalen van loon, bijhouden van de salarisadministratie, betalen van een eventuele ontslagvergoeding en het afdragen van belastingen en premies. Payrolling is aanzienlijk lager in kosten dan een uitzendbureau, omdat de opdrachtgever zelf de werknemers werft en selecteert. Dit hoeft de payrollonderneming niet te doen.³⁶

2.2.1 Juridische aspecten

Payrolling is in tegenstelling tot uitzending niet wettelijk geregeld.³⁷ De Vereniging Payrollondernemingen (VPO) is een branchevereniging die de belangen van de aangesloten

³³ Art. 7:628 lid 1 BW wordt (waarschijnlijk) per 1 april 2016 gewijzigd. De wijziging houdt in dat de werkgever het loon door moet betalen op het moment dat de werknemer de arbeid geheel of gedeeltelijk niet kan verrichten door een oorzaak die voor rekening van de werkgever komt.

³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3. p. 20.

³⁵ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 47/48.

³⁶ Zwemmer, TRA 2009/12, p. 3.

³⁷ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 45.

payrollondernemingen behartigd. De VPO stelt zich op het standpunt dat payrolling 'een bijzondere vorm' van de arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Dit zou kunnen betekenen dat een payrollwerknemer in dezelfde juridische positie staat als een uitzendwerknemer. Hiervoor moet eerst voldaan worden aan de vereisten die in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek gesteld worden. In de wetsgeschiedenis wordt echter ook ingehaakt op de allocatiefunctie van de uitzendovereenkomst. Aan dit vereiste zou een payrollovereenkomst dus ook moeten voldoen.

2.2.1.2 Uitzendovereenkomst of arbeidsovereenkomst?

Als gekeken wordt naar de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek dan kan de payrollovereenkomst hieronder vallen. Het probleem doet zich voor bij de allocatiefunctie. Payrolling vervult op de arbeidsmarkt niet de allocatiefunctie, omdat het niet gericht is op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.³⁸

Uitzendovereenkomst

In de literatuur en jurisprudentie bestaat veel discussie over het feit of de allocatie wel of geen vereiste is voor een payrollovereenkomst om te voldoen aan de vereisten van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 7:690 BW betrekking heeft op driehoeksrelaties waarbij de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarktverhouding³⁹, dit houdt in dat een payrollbedrijf aan dit vereiste moet voldoen om de payrollovereenkomst als uitzendovereenkomst aan te merken. Een payrollbedrijf vervult deze allocatiefunctie niet op de arbeidsmarkt, omdat een payrollbedrijf niet gericht is op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.⁴⁰ Ook Zwemmer is van mening dat een payrollovereenkomst geen uitzendovereenkomst is in de zin van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek, omdat een payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.⁴¹

De Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) is echter van mening dat de payrollovereenkomst een 'bijzondere vorm' van de arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Dit komt onder andere tot uiting in de definitie die de VPO geeft voor een payrollovereenkomst (zie verder paragraaf 2.3.2).

Van Houte is het eens met de VPO en ook van mening dat payrolling onder de reikwijdte van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek valt ondanks het ontbreken van de allocatiefunctie. Volgens Van Houte is in de wetsgeschiedenis steun te vinden voor deze opvatting. Van Houte stelt dat de regering met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik heeft beoogd.⁴²

Ook in de jurisprudentie komt de vraag naar voren of een payrollovereenkomst gezien moet worden als een uitzendovereenkomst of als een arbeidsovereenkomst. In mei 2015 oordeelde de kantonrechter⁴³ dat er geen sprake was van een uitzendovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek, omdat er niet voldaan was aan de allocatiefunctie. Hij refereerde daarbij aan het arrest van het Hof Arnhem Leeuwarden⁴⁴ en de wetsgeschiedenis van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek.

In juli 2014 oordeelde de kantonrechter Amsterdam dat de allocatiefunctie bij payrolling geen vereiste is om te voldoen aan een uitzendovereenkomst. Hier was sprake van een uitzendovereenkomst met een payrollbedrijf zonder dat daarbij de allocatiefunctie vervuld werd. De overweging van de kantonrechter was dat in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk is

³⁸ Zwemmer 2012, p. 137

³⁹ Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p.9.

⁴⁰ Houweling & Van der Voet 2012, p. 506 en 507.

⁴¹ Zwemmer 2012, p. 137

⁴² Houte, *ArbeidsRecht* 2011/36, p. 10/11.

⁴³ Rb. Noord-Nederland 1 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670

⁴⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015

overwogen dat ook andere driehoeksrelaties dan de uitzendrelatie onder art. 7:690 Burgerlijk Wetboek kunnen vallen.⁴⁵

Arbeidsovereenkomst

Indien niet aan de definitie van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek voldaan kan worden, kan er sprake zijn dat de payrollovereenkomst een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek. Om dat te kunnen beoordelen moet de payrollovereenkomst voldoen aan de vereisten die in art. 7:610 Burgerlijk Wetboek aan de arbeidsovereenkomst gesteld worden.⁴⁶ Om een overeenkomst als arbeidsovereenkomst aan te merken moet voldaan worden aan de voorwaarden: loon, arbeid en gezagsverhouding. Ook dient er naar de bedoeling van partijen gekeken te worden. Hierbij is het arrest Groen/Schoevers van belang. In het arrest Groen/Schoevers oordeelde de Hoge Raad dat er bij de beoordeling van een arbeidsovereenkomst niet alleen naar de vereiste uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek gekeken moet worden, maar ook naar de werkelijke bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst.⁴⁷ Daarbij speelt de functie van het payrollbedrijf een belangrijke rol.⁴⁸

De wetgever lijkt bij de totstandkoming van de WWZ en de minister bij de wijziging van het Ontslagbesluit het bestaan van een arbeidsovereenkomst wel tot uitgangspunt te nemen. De arbeidsovereenkomst zal zich dan bevinden tussen het payrollbedrijf en de werknemer. Dit blijkt uit de nieuwe ontslagbescherming waarbij het payrollbedrijf aan moet tonen, aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever of het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever, dat een redelijke grond voor ontslag bestaat (zie verder paragraaf 3.2.2).

2.3 Welke cao is van toepassing en wat is de invloed van deze cao?

Middels een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) kunnen aanvullende of afwijkende afspraken opgenomen worden. Deze afspraken kunnen afwijken van de wettelijke afspraken aangaande arbeidsvoorwaarden. Afspraken in een cao mogen in beginsel nooit in strijd zijn met dwingend recht, het is een aanvulling op de wet. Middels cao kan van driekwart dwingend recht worden afgeweken. Driekwart dwingend recht is te herkennen doordat in de wettelijke bepaling wordt aangegeven dat er middels schriftelijke overeenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst van de bepaling kan worden afgeweken.

Binnen uitzending en payroll zijn diverse cao's van toepassing. Hieronder worden de verschillende cao's besproken en wordt weergegeven wat de invloed van de cao is.

2.3.1 Uitzending

Bij uitzendovereenkomsten bestaan er twee verschillende cao's die van toepassing kunnen zijn. Het gaat hier om de cao voor uitzendkrachten van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU-cao) en de cao voor uitzendkrachten van de Nederlandse Bond voor Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU-cao). Welke cao van toepassing is, is afhankelijk van de bond waarbij de uitzendwerkgever is aangesloten. Indien een uitzendwerkgever bij geen van beide bonden is aangesloten dient hij de ABU-cao toe te passen op het moment dat die algemeen verbindend is verklaard.⁴⁹ De ABU-cao is in ieder geval tot 16 september 2015 algemeen verbindend verklaard waardoor alle uitzendondernemingen tot die datum gehouden zijn de ABU-cao toe te passen. Dit geldt echter niet voor de uitzendondernemingen die zijn aangesloten bij de NBBU. Hieronder zal ingegaan worden wat de gevolgen zijn indien er een cao van toepassing is.

⁴⁵ Rb. Amsterdam 4 juli 2014.

⁴⁶ Houweling & Van der Voet 2012, p. 507.

⁴⁷ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 en JAR 1997/263 (Groen/Instituut Schoevers B.V., h.o.d.n. Schoevers Opleidingen).

⁴⁸ Zwemmer 2012, p. 142.

⁴⁹ Van den Brink & Kruit 2015, p.25.

2.3.1.1 ABU-Cao

De ABU-cao kent een looptijd van 5 november 2012 tot 4 november 2017. De partijen bij de ABU-cao hebben ervoor gekozen de cao reeds met ingang van 1 juli 2015 aan te passen aan de nieuwe wettelijke regels die voortvloeien uit de Wet Werk en Zekerheid. Dit hadden ze pas per 1 juli 2016 hoeven doen, omdat de cao voor 1 juli 2015 is afgesloten. Voor cao's die voor 1 juli 2015 zijn afgesloten geldt namelijk het overgangsrecht.

De ABU-cao kent drie verschillende fasen, namelijk A, B en C. Deze verschillende fasen zullen hieronder worden toegelicht.

Fase A:

De uitzendkracht bevindt zich in fase A gedurende de eerste 78 weken waarin hij arbeid verricht voor de uitzendwerkgever, art. 13 lid 1 sub a ABU-cao. Gedurende deze fase is het uitzendbeding van toepassing (art. 13 lid 1 sub c ABU-cao) en geldt er geen loondoorbetalingsplicht. De telling in fase A begint opnieuw op het moment dat er een onderbreking is van meer dan zes maanden tussen twee uitzendovereenkomsten (art. 13 lid 1 sub d ABU-cao).

Fase B:

Indien de uitzendwerknemer de periode van 78 weken van fase A heeft doorlopen komt hij in fase B terecht, art. 13 lid 2 sub a ABU-cao. In deze Fase is het uitzendbeding niet meer van toepassing en is de loondoorbetalingsverplichting niet meer uitgesloten. Fase B heeft een duur van maximaal vier jaar, art. 13 lid 2 sub b ABU-cao. Gedurende de periode van vier jaar kunnen maximaal zes uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd afgesloten worden. Indien er een onderbreking is van meer dan zes maanden tussen twee uitzendovereenkomsten, wordt de uitzendwerknemer teruggezet naar fase A en begint de telling opnieuw, art. 13 lid 2 sub d ABU-cao.

Fase C:

Indien na de periode van vier jaar van fase B de uitzendovereenkomst wordt voortgezet komt de uitzendwerknemer in fase C terecht. Dit gebeurt ook indien binnen een periode van zes maanden na afloop van fase B een nieuwe uitzendovereenkomst met dezelfde uitzendwerkgever wordt gesloten, art. 13 lid 3 sub a ABU-cao. In fase C heeft de uitzendwerknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, art. 13 lid 3 sub b ABU-cao.⁵⁰

De verschillende fasen zijn van belang om te bepalen welke bepalingen uit de cao op de uitzendwerknemer van toepassing zijn.

2.3.1.2 NBBU-Cao

De NBBU-cao kent een looptijd van 1 juni 2014 tot 31 mei 2019. Ook deze cao is voor 1 juli 2015 tot stand gekomen, maar heeft de nieuwe wettelijke regelingen die voortvloeien uit de Wet Werk en Zekerheid nog niet toegepast in de cao. Dit hoeven ze ook pas per 1 juli 2016 te doen. De NBBU-cao werkt eveneens met fasen. Deze verschillende fasen zullen hieronder worden toegelicht. Deze fasen zijn gebaseerd op de bepalingen die tot 1 juli 2016 zullen gelden.

Fase 1:

De uitzendkracht is werkzaam in fase 1 gedurende de eerste 26 weken waarin hij arbeid verricht voor de uitzendwerkgever, art. 13 lid 1 sub a NBBU-cao. In fase 1 is het uitzendbeding van toepassing (art. 13 lid 2 sub b NBBU-cao) en wordt de loondoorbetalingsverplichting uitgesloten (art. 13 lid 2 sub c NBBU-cao).

⁵⁰ Van den Brink & Kruit 2015, p. 25.

Fase 2:

Indien de uitzendwerknemer de periode van 26 weken heeft doorlopen komt hij terecht in fase 2. De periode van fase 2 bedraagt 104 weken, art. 13 lid 1 sub b NBBU-cao. Per 1 juli 2016 zal deze duur verkort worden naar 52 weken. Ook in fase 2 is het uitzendbeding van toepassing en wordt de loondoorbetalingsverplichting uitgesloten, art. 13 lid 2 sub b en c NBBU-cao. Indien er gedurende fase 2 voor een periode van 26 weken geen arbeid wordt verricht, valt de uitzendkracht terug naar fase 1 en begint de telling opnieuw. Tussen fase 1 en 2 zit dus eigenlijk geen verschil.

Fase 3:

Indien de uitzendwerknemer fase 2 heeft doorlopen vangt fase 3 aan. Fase 3 heeft een duur van maximaal vier jaar, art. 14 lid 1 sub a NBBU-cao. Vanaf fase 3 is het uitzendbeding niet meer van toepassing en is de loondoorbetalingsverplichting niet langer uitgesloten, art. 14 lid 2 sub c NBBU-cao. Gedurende fase 3 kunnen maximaal zes uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd worden overeengekomen. Indien er een onderbreking tussen twee uitzendovereenkomsten plaatsvindt van meer dan zes maanden dan begint de telling in fase 1 opnieuw, art. 14 lid 1 sub a en b NBBU-cao.

Fase 4:

Indien de uitzendwerknemer fase 3 heeft doorlopen en binnen 6 maanden een nieuwe uitzendovereenkomst sluit, komt de uitzendwerknemer in fase 4 terecht. In fase 4 ontstaat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De uitzendwerknemer valt terug naar fase 1 indien er een onderbreking van meer dan 6 maanden heeft plaatsgevonden.⁵¹

De verschillende fasen zijn van belang om te bepalen welke bepalingen uit de cao op de uitzendwerknemer van toepassing zijn. Let op: per 1 juli 2016 zullen de verschillende fasen aangepast worden.

2.3.2 Payrolling

De Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen (payroll-cao) kwam in 2006 voor het eerst tot stand. De payroll-cao is van toepassing op payrollbedrijven die lid zijn van de VPO en waarvan de bedrijfsactiviteiten uitsluitend bestaan uit payrollen en dus niet uit bijvoorbeeld uitzenden of detacheren. In de cao werd payrolling gedefinieerd als:

'Payroll-overeenkomst: 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 payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet door de werkgever. De werkgever vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt en de dienstverlening van de ter beschikking stellende werkgever richt zich in het bijzonder op betaling van het loon en de daarmee samenhangende loonadministratie. De werkgever is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in geval van re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde.'

⁵²

De payroll cao was geldig van september 2006 tot en met 31 december 2011. Als gevolg van het beëindigen van de payroll cao zijn payrollondernemingen die lid zijn van de VPO, sinds 1 januari 2012 gebonden aan de ABU-cao. De VPO heeft in reactie hierop het keurmerk 'Professioneel werkgeverschap' ontwikkeld waarmee tevens werking wordt gegeven aan de eigen VPO-Arbeidsvoorwaardenregeling. Met deze

⁵¹ Van den Brink & Kruit 2015, p. 26.

⁵² Houweling & Van der Voet 2012, p. 505.

arbeidsvoorwaardenregeling wil de VPO zich onderscheiden door zoveel mogelijk de arbeidsvoorwaarden te bieden van de onderneming en/of sector waarin de payrollmedewerker feitelijk werkzaam is. Dit allemaal ten gunste van de payrollmedewerker.

⁵³ Op deze manier wil de VPO extra arbeidsvoorwaarden creëren voor de payrollmedewerker aanvullend op de bepalingen van de ABU-Cao. In de arbeidsvoorwaardenregeling is dezelfde definitie opgenomen voor de payroll-overeenkomst als in de vervallen payroll-cao.

Werkingssfeer:

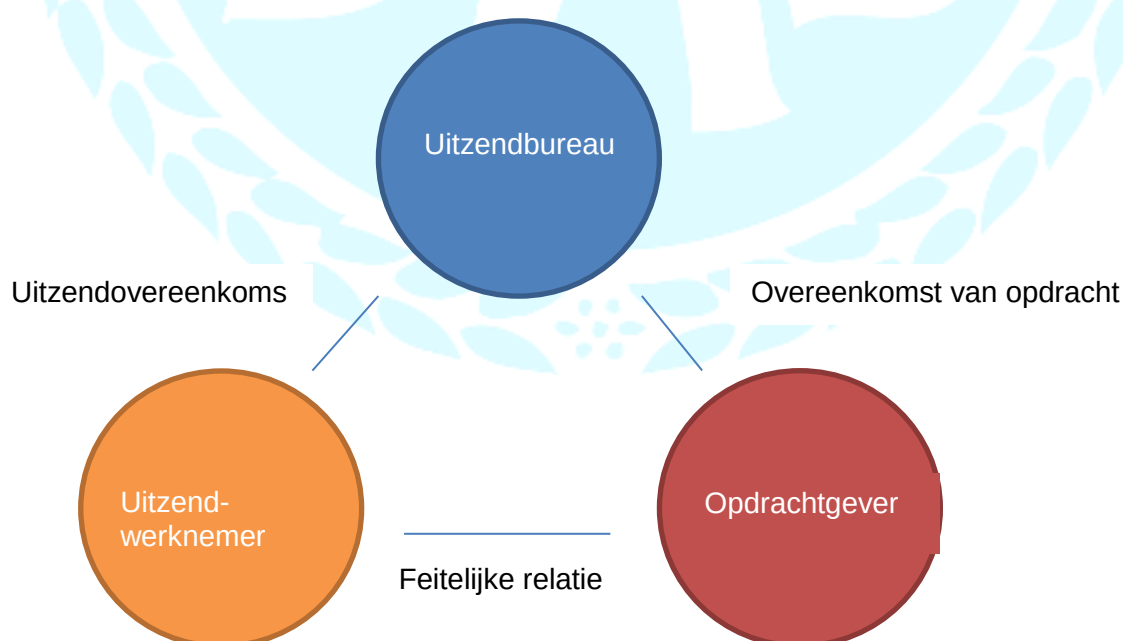
De arbeidsvoorwaardenregeling van de VPO is van toepassing op iedere payrollovereenkomst die door de payrollonderneming, die lid is van de VPO, met een werknemer wordt aangegaan. Daarbij is van belang dat de payrollonderneming waarmee een payrollovereenkomst wordt aangegaan valt onder de werkingssfeer van de ABU-cao of de ABBU-cao, art. 2 VPO-arbeidsvoorwaardenregeling.

2.4 Wie is verantwoordelijk voor het werkgeverschap?

Bij zowel de uitzendovereenkomst als de payrollovereenkomst kan er sprake zijn van een driehoeksverhouding. Er ontstaat daardoor discussie over het werkgeverschap. Het is niet direct duidelijk wie de werkgever is en wie de verantwoordelijkheden van een werkgever draagt. Dit heeft ook te maken met de vraag welke overeenkomsten er bestaan en tussen welke partijen deze overeenkomsten zijn gesloten. Voor een werknemer kan hier verwarring en onduidelijkheid over bestaan. Het is van belang om in kaart te brengen wie welke verantwoordelijkheden van het werkgeverschap op zich moet nemen. Hieronder zal dit voor zowel uitzending als payrolling in kaart gebracht worden.

2.4.1 Uitzending

Bij uitzending is de uitzendwerknemer in dienst bij het uitzendbureau, tussen hen bestaat dus een uitzendovereenkomst. De uitzendwerknemer verricht zijn werkzaamheden onder toezicht en leiding van de opdrachtgever. Tussen de uitzendwerknemer en opdrachtgever bestaat geen rechtsverhouding, maar een feitelijke relatie. Er bestaat ook nog een rechtsverhouding tussen het uitzendbureau en de opdrachtgever. Het uitzendbureau stelt namelijk een uitzendwerknemer ter beschikking aan de opdrachtgever middels een overeenkomst van opdracht. In figuur 1 zijn de verschillende rechtsverhoudingen ten opzichte van elkaar weergegeven.



⁵³ 'Payroll cao', *vpo.nu* 22 oktober 2015, *vpo.nu* (zoek op: payroll cao)

Figuur 1 Rechtsverhoudingen bij uitzending

Nu duidelijk is hoe de rechtsverhoudingen in elkaar zitten en waar welke overeenkomst zich bevindt, kan gekeken worden naar het werkgeverschap. De werkgever in juridische zin is het uitzendbureau, maar de opdrachtgever vervult een feitelijk werkgeverschap. Het uitzendbureau dient zich aan alle wettelijke verplichtingen die horen bij het werkgeverschap te houden. Aan het feitelijk werkgeverschap van de opdrachtgever zitten juridische consequenties vast.⁵⁴ De opdrachtgever kan hierdoor naast of in plaats van het uitzendbureau als werkgever aangemerkt worden. Voor dit onderzoek wordt alleen gekeken naar de verplichtingen voor de feitelijke werkgever op grond van titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek. Het uitzendbureau en de opdrachtgever kunnen op grond van de bepalingen uit titel 7.10 Burgerlijk Wetboek hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden jegens de uitzendwerknemer voor:

1. Schade van de uitzendwerknemer als gevolg van een bedrijfsongeval, art. 7:658 lid 4 Burgerlijk Wetboek
2. Voldoening aan de uitzendwerknemer van het toepasselijke minimumloon en de minimumvakantiebijslag, art. 7:692 Burgerlijk Wetboek.⁵⁵

Deze twee gronden zullen hieronder kort worden toegelicht.

1. Schade als gevolg van bedrijfsongeval

Op grond van art. 7:658 lid 4 Burgerlijk Wetboek is de zorgplicht ook op de opdrachtgever van toepassing. Hierdoor is de opdrachtgever mede aansprakelijk indien de uitzendwerknemer schade lijdt wegens het niet nakomen van de zorgplicht.⁵⁶ Dit wordt ook wel de inlenersaansprakelijkheid genoemd. Deze inlenersaansprakelijkheid werd als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid aan art. 7:658 Burgerlijk Wetboek toegevoegd. Deze toevoeging vond zijn oorsprong in vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.^{57,58}

2. Minimumloon en minimumvakantiebijslag

De opdrachtgever moet op grond van art. 7:692 Burgerlijk Wetboek het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag aan de uitzendwerknemer voldoen op grond van de Wet Minimum Loon (WML). Per 1 juli 2015 is dit wetsartikel met invoering van de Wet Werk en Zekerheid en de Wet aanpak schijnconstructies echter komen te vervallen.

2.4.2 Payrolling

De rechtsverhoudingen bij payrolling lijken op het eerste oog op die van uitzending, er zitten echter wat meer haken en ogen aan. Bij payrolling sluit het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst (of uitzendovereenkomst) met de payrollwerknemer. Er ontstaat tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever een overeenkomst van opdracht en tussen de opdrachtgever en de payrollwerknemer een feitelijke relatie. Tot zover zijn er geen verschillen tussen de rechtsverhoudingen bij payrolling en bij uitzending. Zie figuur 2 voor een overzicht van de rechtsverhoudingen.

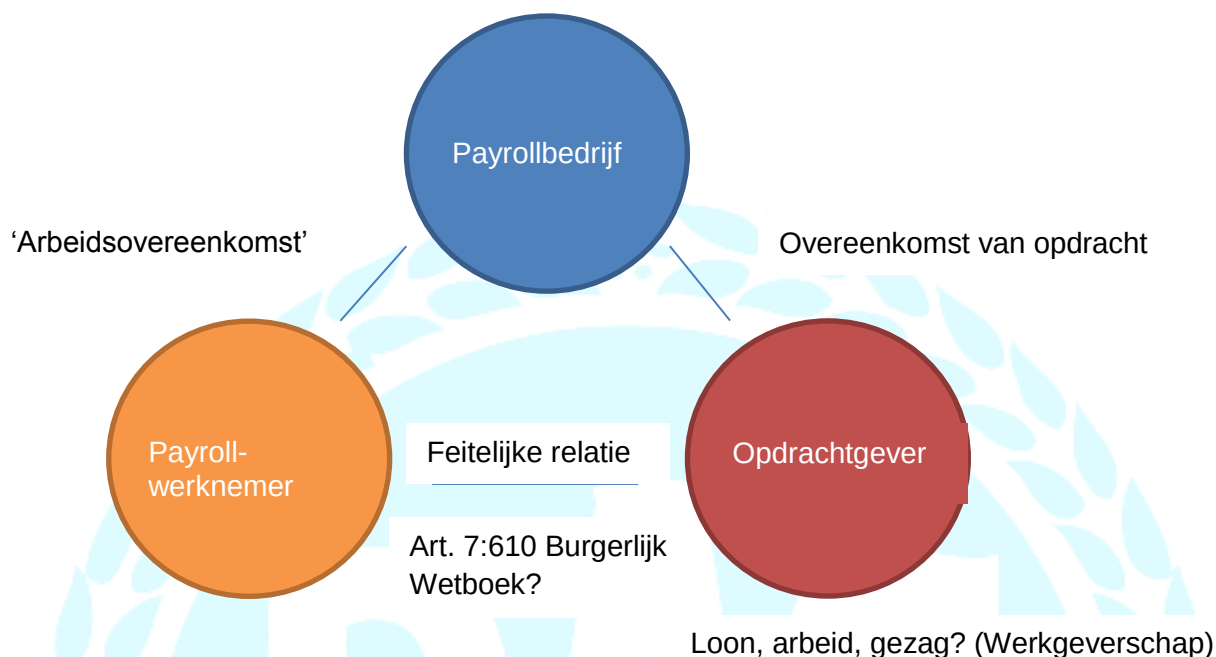
⁵⁴ Zwemmer 2012, p. 98.

⁵⁵ Houweling & Van der Voet 2012, p. 495/496.

⁵⁶ Houweling & Van der Voet 2012, p. 496.

⁵⁷ HR 15 juni 1990, NJ 1990/716 (Stormer/Vedox)

⁵⁸ Houweling & Van der Voet 2012, p. 497.



Figuur 2 Rechtsverhoudingen bij payrolling

Het grote verschil zit in de vraag wie aan te merken is als de werkgever en ook de verplichtingen van een werkgever met zich meedraagt. Het payrollbedrijf dient enkel en alleen voor het juridische en administratieve werkgeverschap. Aan het feitelijke werkgeverschap wordt door het payrollbedrijf niet voldoende betekenis gegeven. Het is de vraag of de arbeidsovereenkomst zich dan wel tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf bevindt. Of dat gesteld moet worden dat de arbeidsovereenkomst zich bevindt tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever. Voor de beantwoording van deze vraag dient naar zowel de elementen van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek als naar de bedoeling van partijen gekeken te worden. De bedoeling van partijen volgt uit het arrest Groen/Schoevers zoals hierboven al eens is aangehaald. Op grond van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek moet gekeken worden naar de elementen loon, arbeid en gezag. De elementen arbeid en gezag zijn over het algemeen altijd aanwezig in de relatie tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever. De payrollwerknemer is namelijk onder toezicht en leiding van de opdrachtgever werkzaam. In de relatie tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf ontbreken de elementen arbeid en gezag. Tussen hen bestaat alleen een relatie, omdat het payrollbedrijf de payrollwerknemer in dienst heeft genomen om de juridische en administratieve werkgeversverplichtingen te voldoen namens de opdrachtgever.⁵⁹ Het element loon is een ingewikkelder vraagstuk, omdat het loon wordt betaald door het payrollbedrijf.⁶⁰ In art. 7:610 lid 1 Burgerlijk Wetboek wordt ten aanzien van het loon bepaald dat: 'de werknemer zich verbindt (...) tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'. Uit deze definitie volgt niet dat de werkgever het loon persoonlijk aan de werknemer moet uitbetalen. In het arrest Zaal/Gosink⁶¹ wordt steun gezocht bij het gegeven dat de loonbetaling aan een derde uitbesteedt kan worden.⁶² Door deze

⁵⁹ Zwemmer, TRA 2009/12.

⁶⁰ Zwemmer 2012, p. 145.

⁶¹ HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 (Zaal/Gosink) en bevestigd in HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (Huize Bethesda).

⁶² Houweling & Van der Voet, p. 510/511.

loonbetaling door een derde kan voldaan worden aan het element loon uit art. 7:610 lid 1 Burgerlijk Wetboek en kan daardoor de opdrachtgever als werkgever aangemerkt worden. Zoals in paragraaf 2.2.1.2 is beschreven bevindt zich tussen het payrollbedrijf en de werknemer een arbeidsovereenkomst. Dit volgt uit de nieuwe ontslagbescherming van de payrollwerknemer. Het payrollbedrijf is verantwoordelijk voor het aantonen van een juiste ontslaggrond bij de opdrachtgever en functioneert daarmee als werkgever van de payrollwerknemer.

Het is dus afhankelijk van waar de arbeidsovereenkomst zich bevindt wie als werkgever aangemerkt kan worden en daarmee aan de verplichtingen van een werkgever moet voldoen.

2.5 Verantwoording

Voor dit hoofdstuk is gebruik gemaakt van wetgeving en literatuurstudie. Voor de wettelijke bepalingen is voornamelijk boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gebruikt. Om de wetsartikelen op bepaalde punten uitgebreider te behandelen is gebruik gemaakt van literatuur, jurisprudentie en media. De uitzendovereenkomst kan met behulp van wetgeving op een verantwoorde en betrouwbare manier uitgelegd worden. De wet is een betrouwbare en efficiënte bron. De payrollovereenkomst komt niet in de wet terug, dus daar was literatuurstudie voor nodig. Er is gebruik gemaakt van bronnen van bekende personen op dit gebied zoals de heer Zwemmer. Ook in jurisprudentie wordt gesproken over payrollovereenkomsten, waardoor ook dit een betrouwbare en efficiënte bron is geweest. De bronnen zijn zoveel als mogelijk van recente aard zodat een actueel beeld geschetst kan worden.

Hoofdstuk 3: De invloed van de Wet Werk en Zekerheid op uitzend- en payrollovereenkomsten

In dit hoofdstuk worden de wijzigingen die de Wet Werk en Zekerheid met zich meebrengt in kaart gebracht. De wijzigingen die hier besproken worden hebben betrekking op uitzend- en payrollovereenkomsten. In paragraaf 3.1 wordt omschreven waarom de WWZ is ingevoerd. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2 beschreven welke veranderingen er hebben plaatsgevonden na invoering van de WWZ. Er wordt daarbij eerst ingegaan op de wettelijke veranderingen voor uitzendovereenkomsten en ten slotte wordt ingegaan op de wettelijke veranderingen voor payrollovereenkomsten.

3.1 Waarom is de WWZ ingevoerd?

De Wet Werk en Zekerheid (hierna: WWZ) is voor verschillende doeleinden ingevoerd. De maatschappij verandert en arbeidsverhoudingen veranderen hierin mee. Hierdoor is het van belang dat ook de wetgeving op dit gebied van onderhoud wordt voorzien. De WWZ zorgt ervoor dat het achterstallige onderhoud op de gebieden flexrecht, ontslagrecht en de Werkloosheidswet grotendeels weggewerkt wordt. Het doel van de WWZ is dan ook om het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker te maken en de rechtspositie van flexwerkers te versterken.⁶³ In dit onderzoek zal alleen het onderdeel flexrecht en een klein deel van het ontslagrecht onderzocht worden. De Werkloosheidswet wordt buiten beschouwing gelaten.

Het arbeidsovereenkomstenrecht biedt van oudsher bescherming aan de werknemer en schept duidelijke kaders voor de werkgever. Dit geldt voor zowel het ontslag als voor het werken op basis van flexibele contracten.

Het flexrecht en ontslagrecht waren aan vernieuwing toe. De laatste wijziging van het flexrecht dateert alweer uit 1999 met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Destijds werd met dit voorstel gewerkt aan een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. Deze wet vormt een goed uitgangspunt voor de WWZ om op voort te bouwen en daar waar nodig door veranderende omstandigheden aanpassingen aan te brengen.

Voor de laatste vernieuwing op het gebied van ontslagrecht moet verder terug in de tijd worden gekeken. Sinds de Tweede Wereldoorlog is het ontslagrecht in essentie ongewijzigd gebleven.⁶⁴ Er bestaat behoefte aan een eenvoudiger, sneller en eerlijker ontslagstelsel. Daarnaast moet het minder kostbaar worden voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een nieuwe baan voor werknemers.⁶⁵

3.1.1 Welke problemen bestonden er?

Doordat flexibele contracten steeds vaker gebruikt worden, kan dit tot verschillende problemen leiden. Op het moment dat werknemers langdurig en tegen hun zin in werkzaam zijn op basis van een flexibel arbeidscontract, ontstaat er voor hen onvoldoende perspectief op de arbeidsmarkt. Dit houdt in dat ze minder ontslagbescherming genieten, als eerst de klappen vangen bij een veranderende markt, minder toegang tot scholing hebben⁶⁶ en minder carrièreperspectieven genieten.⁶⁷ Met de invoering van de WWZ moet dit probleem grotendeels getackeld worden.

⁶³ 'Nieuw ontslagrecht, achtergrond', *stibbe.com* 11 oktober 2015, *stibbe.com* (online services, nieuw ontslagrecht, achtergrond)

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr.3, p. 2.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr.3, p. 5.

⁶⁶ Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat werkgevers minder investeren in scholing voor werknemers die werkzaam zijn op flexibele basis, dan werknemers die in vaste dienst zijn.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 10.

3.1.2 Wat zijn de veranderingen in hoofdlijnen?

De grootste verandering die de WWZ meebrengt op het gebied van flexrecht en ontslagrecht is dat de positie van de werknemers met een flexibel arbeidscontract versterkt wordt.⁶⁸ Zowel werknemers als werkgevers hechten waarde aan flexibiliteit. Voor werkgevers geldt dat ze hun personeelsbestand aan willen passen aan de veranderende arbeidsmarkt. Voor werknemers geldt dat ze hun privé- en werklevens op een soepele manier met elkaar willen combineren.⁶⁹ Het huidige flexrecht met bijbehorende flexibele arbeidscontracten geeft diverse mogelijkheden om dit in te kleden.

Zoals omschreven in hoofdstuk 2, richt dit onderzoek zich op twee vormen van flexibele arbeidscontracten namelijk payrolling en uitzending. Deze vormen van flexibele arbeid worden steeds vaker toegepast, wel lijkt het erop dat ze in toenemende mate steeds vaker op een oneigenlijke manier gebruikt worden.⁷⁰ Er wordt voorbij gegaan aan het doel waar deze vormen van arbeidscontracten in eerste instantie voor bedoeld waren. Mensen werken steeds langer op basis van een uitzend- of payrollovereenkomst waardoor het uitzicht op een vaste arbeidsovereenkomst lijkt te verdwijnen. Dit moet voorkomen worden, zo vindt de regering.⁷¹ Om deze trend een halt toe te roepen is de WWZ dan ook in het leven geroepen. Er moet voorkomen worden dat driehoeksrelaties (uitzendarbeid, payrolling, contracting) oneigenlijk gebruikt worden.^{72, 73} De werknemer moet binnen een driehoeksrelatie een sterkere positie krijgen, waardoor ze ook eerder door kunnen stromen naar een vast arbeidscontract.

De veranderingen voor uitzending en payrolling na invoering van de WWZ worden hieronder behandeld.

3.2 Wat is er veranderd na invoering van de WWZ?

De veranderingen voor uitzend- en payrollovereenkomsten worden hieronder nader toegelicht, waarbij eerst wordt ingegaan op uitzending en vervolgens op payrolling.

3.2.1 Wettelijke veranderingen uitzending

Met invoering van de WWZ zijn er veranderingen opgetreden in een aantal wettelijke bepalingen voor de uitzendovereenkomst. In hoofdstuk 2 is de uitzendovereenkomst al uitgebreid aan bod gekomen. Hier wordt alleen ingegaan op de wettelijke veranderingen die van belang zijn voor de uitzendovereenkomst. De veranderingen hebben betrekking op het uitzendbeding, de ketenbepaling, de aanzegtermijn, de loondoorbetalingsverplichting en het ontslag van een uitzendwerknemer. Deze onderwerpen zullen achtereenvolgens behandeld worden, daarbij zal ingegaan worden op de situatie voor invoering van de WWZ en na invoering van deze wet.

3.2.1.1 Het uitzendbeding

Het uitzendbeding zoals omschreven in art. 7:691 lid 2 Burgerlijk Wetboek geeft de mogelijkheid om schriftelijk een beding overeen te komen tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer. Dit beding houdt in dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de opdrachtgever eindigt. De reden waarom de opdrachtgever de terbeschikkingstelling beëindigd is niet van belang. Ook de uitzendwerknemer kan een beroep doen op het uitzendbeding om de

⁶⁸ 'Positie flexwerkers sterker', *rijksoverheid.nl* 4 november 2015, rijksoverheid.nl (zoek op: flexwerkers)

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr.3, p.4.

⁷⁰ 'Meer flexwerkers in Nederland', *nu.nl* 18 september 2015, nu.nl/economie/4128351/meer-flexwerkers-in-nederland.html

⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p.4.

⁷² Oneigenlijk gebruik houdt in dat mensen langdurig en onvrijwillig worden ingeschakeld op flexibele contracten door één en dezelfde werkgever waar het in feite structurele werkzaamheden betreft.

⁷³ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr.3, p.7 en 10.

uitzendovereenkomst te beëindigen. Op grond van art. 7:691 lid 3 Burgerlijk Wetboek vervalt het uitzendbeding nadat de uitzendwerknemer meer dan 26 weken arbeid heeft verricht voor de uitzendwerkgever. Op het moment dat het uitzendbeding niet meer van toepassing is vervalt ook de bevoegdheid van opzegging op deze grond. Het uitzendbeding verliest na deze periode dus zijn kracht en vanaf dat moment is de ketenbepaling van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek van toepassing.⁷⁴ Tot zover zijn er geen verschillen tussen voor en na invoering van de WWZ.

Op basis van het nieuwe art. 7:691 lid 8 Burgerlijk Wetboek, dat sinds 1 januari 2015 in werking is getreden, mag van de termijn van 26 weken bij cao worden afgeweken tot een maximum van 78 weken. Voorheen was art. 7:691 lid 7 Burgerlijk Wetboek van toepassing en gold de bepaling dat van de termijn van 26 weken onbepaald bij cao kon worden afgeweken. Zo ontstond er weinig zekerheid voor een uitzendwerknemer, de terbeschikkingstelling kon namelijk op elk moment beëindigd worden door de inlener. Door hier een beperking aan te brengen wil de wetgever meer zekerheid voor een uitzendwerknemer creëren.

In de ABU-cao werd voorheen geen gebruik gemaakt van de onbeperkte afwijking van het uitzendbeding. Volgens art. 13 uit de ABU-cao gold tot 1 juli 2015 al dat in fase A er sprake was van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding voor de duur van 78 weken. In het vernieuwde art. 13 ABU-cao dat sinds 1 juli 2015 in werking is getreden is alleen de tijd tussen twee uitzendovereenkomsten veranderd. Voor 1 juli 2015 moest er opnieuw begonnen worden met tellen indien er tussen twee uitzendovereenkomsten een onderbreking van meer dan 26 weken plaatsvond. Na 1 juli 2015 moet er opnieuw begonnen worden met tellen indien er een onderbreking is van meer dan zes maanden. Dit komt uiteindelijk op hetzelfde neer. Voor wat betreft de ABU-cao is er niets veranderd door de WWZ.

In de NBBU-cao wordt in art. 13 NBBU-cao de duur van het uitzendbeding besproken. Indien er sprake is van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding, dan is dit uitzendbeding geldig gedurende fase 1 en 2. Op grond van art. 13 lid 1 sub a en b NBBU-cao is de totale duur van fase 1 en 2 130 weken. Middels de NBBU-cao wordt dus wel degelijk afgeweken van het uitzendbeding.

In de NBBU-cao is verder bepaald dat deze termijn pas vanaf 1 juli 2016 wijzigt in een maximum van 78 weken zoals in art. 7:691 lid 3 Burgerlijk Wetboek omschreven is.

3.2.1.2 De ketenbepaling

De ketenregeling van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek houdt in dat elkaar opvolgende tijdelijke contracten na verloop van tijd overgaan in een vast contract. Op grond van art. 7:691 lid 1 Burgerlijk Wetboek gaat bij uitzendovereenkomsten de ketenbepaling pas gelden na verloop van 26 weken. Pas wanneer deze 26 weken verstreken zijn wordt gekeken naar het aantal contracten of de doorlopen periode. De periode van 26 weken is door invoering van de WWZ niet veranderd. Wel is de afwijkingsmogelijkheid bij cao veranderd. Voor invoering van de WWZ kon op grond van art. 7:691 lid 7 burgerlijk Wetboek onbepaald worden afgeweken van deze periode van 26 weken. Een werknemer zat dus lange tijd in onzekerheid. Op basis van de WWZ kan van deze periode van 26 weken op grond van het nieuwe lid 8 van art. 7:691 Burgerlijk Wetboek bij cao worden afgeweken. De periode kan worden verlengd tot ten hoogste 78 weken.

Voor invoering WWZ

In lid 1 van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek wordt ingegaan op de voorwaarde wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overgaat in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op basis van het oude recht ging bij meer dan drie elkaar opvolgende

⁷⁴ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 47/48.

contracten (sub b) of wanneer een periode van drie jaar werd overschreden (sub a), het tijdelijke contract over in een vast contract. Er was sprake van elkaar opvolgende contracten op het moment dat ze elkaar met een tussenperiode van drie maanden of minder opvolgden.

In lid 2 van dit artikel werd gesproken over het opvolgend werkgeverschap. Met dit lid werd voorkomen dat de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, werd omzeild doordat er gebruik werd gemaakt van verschillende werkgevers.

Bij uitzending wordt het uitzendbureau als de juridische werkgever gezien (zie paragraaf 2.4.1.). Om te bepalen of er sprake is van opvolgend werkgeverschap, moet gekeken worden naar de positie van het uitzendbureau. Op basis van het oude recht was sprake van opvolgend werkgeverschap op het moment dat elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers geacht werden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid. Er moest dus gekeken worden naar de werkzaamheden die een werknemer verricht bij verschillende werkgevers. Daarbij was het van belang dat er pas sprake was van opvolgend werkgeverschap op het moment dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en dat tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestonden dat de nieuwe werkgever al inzichten had verkregen over de geschiktheid van de werknemer. Het zogenoemde 'bandencriterium'.⁷⁵

In lid 3 van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek werd een uitzondering gegeven op lid 1 sub a. Op het moment dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst die aangegaan was voor de duur van 36 maanden en er volgde onmiddellijk op deze arbeidsovereenkomst een overeenkomst voor niet meer dan drie maanden, dan was lid 1 onderdeel a niet van toepassing.

Op grond van lid 5 kon van de gehele ketenbepaling middels een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) worden afgeweken. Er zat geen maximumtermijn aan het afwijken bij cao. Voor uitzendovereenkomsten waren deze afwijkingen vastgelegd in de ABU-cao en de NBBU-cao. Het kon voorkomen dat onbeperkt werd afgeweken en een werknemer daardoor nooit een vast contract zou krijgen. Er werd dan aan het doel van de ketenbepaling voorbij gegaan. Het doel van de ketenbepaling hield namelijk in dat na verloop van tijd voor werknemers zekerheid ontstond in de vorm van een vast contract.⁷⁶

Op basis van de ABU-cao kwam men voor 1 juli 2015 pas aan een overeenkomst voor onbepaalde tijd na een periode van 2 jaar of wanneer er meer dan acht arbeidsovereenkomsten overeengekomen waren, art. 13 van de oude ABU-cao. Er werd dus gebruik gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid, maar dit werd niet onbeperkt gedaan.

De NBBU-cao wordt pas per 1 juli 2016 gewijzigd en voor 1 juli 2015 gelden dus dezelfde regels als na 1 juli 2015.

Na invoering WWZ

Met de WWZ wil men het doel van de ketenbepaling nieuw leven inblazen. Per 1 juli 2015 is de ketenregeling aangepast. Met het wetsvoorstel wordt de afwijkingsmogelijkheid met betrekking tot het maximale aantal contracten en de maximale duur dan ook beperkt. Het wetsartikel is dan ook veranderd. De veranderingen zullen hieronder per lid besproken worden.

Lid 1 van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek bepaalt voortaan dat er na drie arbeidsovereenkomsten (sub b) of na 24 maanden (sub a) een contract voor onbepaalde tijd

⁷⁵ HR 11 mei 2012, LJN BV9603 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters)

⁷⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 12.

volgt. De periode tussen twee arbeidsovereenkomsten mag maximaal zes maanden bedragen. Van deze termijn kan alleen nog maar onder bepaalde voorwaarden bij cao worden afgeweken.⁷⁷ Met deze aanpassing wil men bereiken dat een werknemer eerder in aanmerking komt voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Of dat ook daadwerkelijk zal gaan gebeuren moet de toekomst uitwijzen.

In lid 2 is een belangrijke aanpassing aangebracht. Voor wat betreft het opvolgend werkgeverschap hoeft niet meer voldaan te worden aan het vereiste dat tussen de nieuwe werkgever en vorige werkgever zodanige banden bestaan dat de nieuwe werkgever al inzichten had verkregen over de geschiktheid van de werknemer. Door deze wijziging is te verwachten dat het eenvoudiger te bewijzen is dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap dan voorheen.

Het kan voorkomen dat een werknemer die eerst werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst en nu op basis van een uitzendovereenkomst gaat werken en vice versa, sprake is van opvolgend werkgeverschap. Ook wanneer een werknemer achtereenvolgens in dienst is bij verschillende uitzendwerkgevers, maar werkzaam is bij dezelfde opdrachtgever is er sprake van opvolgend werkgeverschap. Dit volgt uit art. 7:691 lid 5 Burgerlijk Wetboek, maar geldt ook ten aanzien van art. 7:668a lid 2 Burgerlijk Wetboek.⁷⁸

In lid 3 wordt ingegaan op de uitzondering die geldt op lid 1 sub a. Met ingang van de WWZ is de duur van de arbeidsovereenkomst aangepast. Op het moment dat er een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van 24 maanden en er volgt onmiddellijk op deze arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor ten hoogste drie maanden, is art. 7:668a lid 1 sub a Burgerlijk Wetboek niet van toepassing.

Op grond van lid 5 kon voorheen onbeperkt van de ketenregeling afgeweken worden middels cao. Door invoering van de WWZ is deze afwijking aan banden gelegd. Deze beperking houdt in dat middels cao de periode van 24 maanden zoals bedoeld in lid 1 sub a van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek kan worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden. Tevens kan het aantal van drie arbeidsovereenkomsten zoals bedoeld in lid 1 sub b, worden verhoogd naar ten hoogste zes arbeidsovereenkomsten. Deze afwijkingen gelden alleen indien er sprake is van een uitzendovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek of in geval van specifieke functies of functiegroepen die vanwege de bedrijfsvoering gebruik mogen maken van deze afwijkingsmogelijkheid. Voor dit onderzoek is van belang dat voor uitzendovereenkomsten bij cao kan worden afgeweken. Zoals hierboven omschreven is op een uitzendovereenkomst de ABU-cao of de NBBU-cao van toepassing.⁷⁹

Per 1 juli 2015 zijn de regels in de ABU-cao veranderd en is gebruik gemaakt van de maximale afwijkingstermijnen en arbeidsovereenkomsten. Dit betekent dat voortaan een uitzendwerknemer pas na 48 maanden en/of na meer dan zes arbeidsovereenkomsten in aanmerking komt voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De NBBU-cao gaat nog uit van de onbeperkte afwijkingsmogelijkheid. De termijnen waar de NBBU-cao echter gebruik van maakt zijn gelijk aan de nieuwe regelgeving. In art. 14 lid 1 sub a en b NBBU-cao staat dat er na een periode van 48 maanden en/of wanneer er meer dan zes arbeidsovereenkomsten zijn overeengekomen er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Met de invoering van de WWZ zijn aan art. 7:668a Burgerlijk Wetboek enkele bepalingen toegevoegd. Het betreft de leden 6 t/m 11, de leden 6 en 11 zijn met betrekking tot de

⁷⁷ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 14.

⁷⁸ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 48/49.

⁷⁹ De Wolff, *ArbeidsRecht* 2014/37.

uitzendovereenkomst van belang. De rest van de bepalingen zullen dan ook buiten beschouwing worden gelaten.

In lid 6 van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek wordt gesteld dat bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van lid 2, het opvolgend werkgeverschap.

In lid 11 worden jongeren die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en gemiddeld niet meer dan 12 uur werkzaam zijn buiten de ketenregeling gehouden. Dat wil zeggen dat op het moment dat de werknemer de leeftijd van 18 jaar bereikt, de ketenregeling op hem van toepassing is en er dan pas begonnen wordt met de telling.

3.2.1.3 De aanzegtermijn

Met invoering van de WWZ is per 1 januari 2015 de aanzegtermijn in het leven geroepen middels aanpassing van art. 7:668 Burgerlijk Wetboek. Voortaan geldt dat wanneer er een arbeidsovereenkomst voor meer dan zes maanden is aangegaan de werkgever, uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, schriftelijk de werknemer moet informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst (lid 1).

Indien de werkgever deze verplichting niet of niet tijdig nakomt is hij aan de werknemer een vergoeding verschuldigd. De hoogte van de vergoeding bedraagt één maandloon indien de werkgever in zijn geheel niet aan de verplichting voldoet. De vergoeding wordt naar rato bepaald op het moment dat de werkgever niet tijdig aanzegt (lid 2).

De aanzegverplichting geldt niet indien de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd.

Deze aanzegtermijn is ingevoerd om de werknemer meer zekerheid te bieden en hem in de gelegenheid te stellen om ander werk te zoeken indien zijn arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd.

Met betrekking tot de uitzendovereenkomst geldt deze verplichting niet indien er sprake is van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding.⁸⁰

3.2.1.4 De loondoorbetalingsverplichting

Op grond van art. 7:628 lid 1 Burgerlijk Wetboek bestaat, hoewel de werknemer geen arbeid heeft verricht in die specifieke situatie, toch een loondoorbetalingsverplichting. Dit wetsartikel bepaalt dat de werknemer het recht op loon behoudt indien de overeengekomen arbeid niet wordt verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.

Voor invoering van de WWZ bestond er geen specifieke uitzondering voor uitzendovereenkomsten op de loondoorbetalingsverplichting. Er bestonden wel uitzonderingen op grond van art. 7:628 Burgerlijk Wetboek. Via lid 5 kon van de loondoorbetalingsverplichting worden afgeweken gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Dit kon echter alleen indien dit schriftelijk was overeengekomen. Lid 7 van art. 7:628 Burgerlijk Wetboek gaf vervolgens nog de mogelijkheid om, indien de termijn van zes maanden uit lid 5 was verstreken, bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan ten nadele van de werknemer af te wijken van het wetsartikel.

Met invoering van de WWZ is er een specifieke regeling voor uitzendovereenkomsten gekomen op het gebied van de loondoorbetalingsverplichting. Gezien het bijzondere karakter van een uitzendovereenkomst werd het wenselijk geacht dat er een beperking op

⁸⁰ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 198.

de loondoorbetalingsverplichting bestaat.⁸¹ De uitzondering op de loondoorbetalingsverplichting is terug te vinden in art. 7:691 lid 7 Burgerlijk Wetboek. Deze uitzondering is met invoering van de WWZ tot stand gekomen en is sinds 1 januari 2015 in werking getreden. In lid 7 van art. 7:691 Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van art. 7:628 lid 1 Burgerlijk Wetboek indien dit schriftelijk is overeengekomen. De uitzondering houdt in dat van de loondoorbetalingsverplichting kan worden afgeweken voor ten hoogste de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht. Daarbij komt dat de leden 5, 6 en 7 van art. 7:628 Burgerlijk Wetboek niet van toepassing worden verklaard. De termijn van 26 weken kan op grond van art. 7:628 lid 8 Burgerlijk Wetboek middels cao nog worden verlengd tot ten hoogste 78 weken.

Op grond van art. 40 lid 1 van de NBU-cao heeft een uitzendwerknemer die werkzaam is in fase A alleen recht op loon indien hij ook daadwerkelijk gewerkt heeft. Hier geldt de uitzondering van 78 weken voor de loondoorbetalingsverplichting.

Op grond van art. 12 lid 4 NBBU-cao heeft een uitzendwerknemer die werkzaam is in fase 1 en 2 alleen recht op loon indien hij ook daadwerkelijk gewerkt heeft. De periode van fase 1 en 2 samen bedraagt 130 weken. Per 1 juli 2016 moet dit dus beperkt worden naar 78 weken.

3.2.1.5 Ontslag

De Wet Werk en Zekerheid heeft als doel om tot een eenduidiger en eenvoudiger ontslagrecht te komen dat bijdraagt aan het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. In dit hoofdstuk zal niet uitgebreid ingegaan worden op de vernieuwde ontslagregels.⁸² De veranderingen op het gebied van uitzend- en payrollovereenkomsten worden beknopt weergegeven.

Zoals in paragraaf 3.2.1.1 beschreven kan er bij een uitzendovereenkomst een uitzendbeding overeengekomen worden. Van dit uitzendbeding kan middels cao worden afgeweken.

In de ABU-cao wordt gebruik gemaakt van de maximale afwijkingstermijn van 78 weken. In het vernieuwde art. 13 lid 1 sub a ABU-cao dat sinds 1 juli 2015 in werking is getreden wordt deze termijn vermeld.

In de NBBU-cao wordt pas vanaf 1 juli 2016 gebruik gemaakt van de maximale afwijkingstermijn van 78 weken. Tot die tijd geldt nog een afwijkingstermijn van 130 weken zoals in paragraaf 3.2.1.1 al uitgebreid aan bod is gekomen.

Wanneer er geen uitzendbeding is overeengekomen of wanneer de termijn van een uitzendbeding is verstreken is art. 7:699 Burgerlijk Wetboek van toepassing op het ontslag van een uitzendwerknemer. Een uitgebreide uitwerking van art. 7:699 burgerlijk Wetboek wordt buiten beschouwing gelaten, daar dit te uitgebreid is voor de strekking van dit onderzoek. Wel wordt er ingegaan op de Ontslagregeling waar nadere regels gesteld zijn met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding. De Ontslagregeling is met invoering van de WWZ in de plaats gekomen van het verouderde Ontslagbesluit.⁸³

In art. 7 Ontslagregeling worden nadere regels gesteld voor het ontslag van een uitzendwerknemer. In dit artikel wordt bepaald dat een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerknemer wegens bedrijfseconomische redenen bestaat indien:

⁸¹ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 20.

⁸² Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 24.

⁸³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 25.

1. Het aannemelijk is dat de uitzendwerknemer bij de laatste opdrachtgever niet binnen 26 weken, zoals vernoemd in art. 7:699 lid 3 sub a Burgerlijk Wetboek genoemde termijn, dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten en;
2. De uitzendwerkgever moet zich gedurende een redelijke termijn, zoals genoemd in art. 10 Ontslagregeling, hebben ingespannen om de uitzendwerknemer te herplaatsen in een passende functie.⁸⁴

Indien de arbeidsovereenkomst van een uitzendwerknemer is opgezegd en er doet zich binnen 26 weken na deze opzegging een nieuwe vacature voor, dan moet de ontslagen uitzendwerknemer door de uitzendwerkgever in de gelegenheid gesteld worden om voorgedragen te worden als kandidaat voor een terbeschikkingstelling bij een opdrachtgever. Dit wordt bepaald in art. 7:681 lid 1 sub e Burgerlijk Wetboek en geldt uitdrukkelijk wanneer er sprake is van opzegging en niet van eindiging van de arbeidsovereenkomst door middel van een uitzendbeding of na bepaalde tijd van rechtswege.⁸⁵

Transitievergoeding

Per 1 juli 2015 is de transitievergoeding in de plaats van de ontslagvergoedingen van art. 7:681 en 685 (oude) Burgerlijk Wetboek in werking getreden. Deze vergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de overgang naar ander betaald werk te vergemakkelijken.⁸⁶

Art. 7:673 Burgerlijk Wetboek bepaald wanneer men recht heeft op deze transitievergoeding. Een werkgever is aan zijn werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Daarbij is vereist dat de arbeidsovereenkomst:

1. door de werkgever is opgezegd;
2. op verzoek van de werkgever is ontbonden; of
3. na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan, die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een tussenpaas van ten hoogste zes maanden; of

De arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

1. door de werknemer is opgezegd;
2. op verzoek van de werknemer is ontbonden; of
3. na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

Deze voorwaarden volgen uit art. 7:673 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

In art. 7:637 lid 7 Burgerlijk Wetboek worden voorwaarden omschreven wanneer een werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd op het moment dat het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:

- geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen;
- geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd; of
- het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

⁸⁴ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 50/51.

⁸⁵ Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 51.

⁸⁶ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 260.

Art. 7:673 Burgerlijk Wetboek is van dwingend recht, er mag dus niet van worden afgeweken middels cao. Wel kunnen de regels nader worden omschreven in een cao zolang ze maar niet in strijd zijn met art. 7:673 Burgerlijk Wetboek. Voor uitzendovereenkomsten geldt dat zowel in de ABU-cao als in de NBBU-cao nadere regels omtrent de transitievergoeding zijn opgenomen.

In de ABU-cao wordt in art. 15a ABU-cao de transitievergoeding opgenomen waarbij dit artikel per 1 juli 2015 in werking is getreden. Middels dit artikel wordt nadere uitvoering gegeven aan art. 7:673 Burgerlijk Wetboek. De voorwaarden waaraan voldaan moet worden om in aanmerking te komen voor een transitievergoeding zijn hetzelfde. Er worden echter extra voorwaarden toegevoegd wanneer een transitievergoeding niet uitbetaald hoeft te worden aan een uitzendwerknemer. De transitievergoeding is niet aan een uitzendwerknemer verschuldigd indien de uitzendovereenkomst:

- *door de uitzendkracht is opgezegd, anders dan als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendonderneming;*
- *op verzoek van de uitzendkracht is ontbonden, anders dan als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendonderneming;*
- *na het einde van rechtswege op initiatief van de uitzendkracht niet is voortgezet, anders dan als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendonderneming;*
- *eindigt of niet wordt voortgezet, omdat de uitzendkracht een arbeidsovereenkomst, overeenkomst tot aanneming van werk en/of een overeenkomst van opdracht aangaat met de opdrachtgever waar hij laatstelijk tewerkgesteld is;*
- *eindigt of niet wordt voortgezet, omdat de uitzendkracht na een aanbesteding door een andere uitzendonderneming aan de opdrachtgever waar hij laatstelijk werkzaam was ter beschikking wordt gesteld voor hetzelfde werk;*
- *eindigt of niet wordt voortgezet, voordat de uitzendkracht achttien jaar wordt en de gemiddelde arbeidsomvang ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen;*
- *eindigt of niet wordt voortgezet, in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere leeftijd waarop voor de uitzendkracht recht op pensioen ontstaat; of*
- *eindigt of niet wordt voortgezet, als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendkracht.*

In de NBBU-cao worden ook extra voorwaarden aan de transitievergoeding toegevoegd. In bijlage 9 van de NBBU-cao wordt bij art. 7:673 Burgerlijk Wetboek het volgende toegevoegd:

De uitzendonderneming is in ieder geval aan de uitzendkracht aan het einde van de uitzendovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd, geen transitievergoeding verschuldigd, indien de uitzendovereenkomst:

- *Eindigt of niet wordt voortgezet, omdat de uitzendkracht een arbeidsovereenkomst, overeenkomst tot aanneming van werk en/of een overeenkomst van opdracht aangaat met de opdrachtgever waar hij laatstelijk tewerkgesteld is.*
- *Eindigt of niet wordt voortgezet, omdat de uitzendkracht na een aanbesteding door een andere uitzendonderneming aan de opdrachtgever waar hij laatstelijk werkzaam was ter beschikking wordt gesteld voor hetzelfde werk.*

Om te bepalen of een uitzendwerknemer recht heeft op een transitievergoeding moet zowel in art. 7:673 Burgerlijk Wetboek als in de van toepassing zijnde cao gekeken worden.

3.2.1.6 Overgangsrecht

Om te bepalen of een geschil getoetst moet worden aan de oude regelgeving of aan de nieuwe Wet Werk en Zekerheid is per wetsartikel verschillend.

Uitzendbeding:

Voor het uitzendbeding geldt dat overeenkomsten die na 1 januari 2015 zijn afgesloten de nieuwe regels van toepassing zijn en dus rekening gehouden moet worden met het uitzendbeding. De NBBU-cao vormt een uitzondering, omdat de oude regels middels cao tot 1 juli 2016 mogen blijven gelden. De NBBU heeft daar gebruik van gemaakt.

Ketenbepaling:

De vernieuwde ketenbepaling is van toepassing op overeenkomsten die na 1 juli 2015 overeengekomen zijn. Ook hier geldt voor de NBBU-cao de uitzondering dat daar de nieuwe regels pas per 1 juli 2016 gaan gelden.

Aanzegtermijn:

De aanzegtermijn is per 1 januari 2015 in werking getreden en is ook direct van toepassing op alle overeenkomsten die na die datum overeengekomen zijn. Dit is een nieuw wetsartikel dus de NBBU-cao wijkt hier niet vanaf.

Loondoorbetaling:

De wijzigingen met betrekking tot de loondoorbetalingsverplichting hebben betrekking op overeenkomsten die na 1 januari 2015 zijn overeengekomen. Ook hier heeft de NBBU-cao weer een uitzondering op.

Ontslag:

De transitievergoeding geldt per 1 juli 2015 voor iedereen die aan de voorwaarden voldoet.

3.2.2 Wettelijke veranderingen payrollling

De opkomst van payrollling was bij invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid uit 1999 nog niet voorzien. Voor payrollling zijn daarom ook geen wettelijke regelingen te vinden.⁸⁷ De ontslagregels die voor payrollling golden worden aangepast met invoering van de WWZ, waarbij het uitgangspunt is dat de ontslagbescherming van een payrollwerknemer gelijkwaardig is aan die van de werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de inlenende werkgever.⁸⁸ Ook hier zal eerst ingegaan worden op de situatie voor invoering van de WWZ en de situatie zoals die nu is na invoering van de WWZ.

Voor invoering WWZ

Voor invoering van de WWZ werd over payrollling zowel in de wet als in het Ontslagbesluit niet gesproken. Enkel in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV werd gesproken over payrollling. Daarin werd bepaald hoe een verzoek van een payrollbedrijf tot het verkrijgen van een ontslagvergunning beoordeeld moest worden.

De Beleidsregels Ontslagtaak UWV bepaalde dat op het moment dat de opdrachtgever de payrollovereenkomst had opgezegd, het payrollbedrijf de arbeidsovereenkomst met de werknemer na een relatief eenvoudig te verkrijgen ontslagvergunning kon opzeggen. Deze ontslagvergunning werd eenvoudig verleend doordat het verzoek aan de hand van de situatie bij het payrollbedrijf moest worden beoordeeld. Het payrollbedrijf werd namelijk beschouwd als werkgever. Na de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever bij het payrollbedrijf, ontstaat er bij het payrollbedrijf een bedrijfseconomische noodzaak om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het payrollbedrijf vervult namelijk geen allocatiefunctie en kan de werknemer niet herplaatsen.

Op grond van het oude ontslagstelsel blijft bij de toetsing van een verzoek voor een ontslagvergunning de situatie bij de opdrachtgever volledig buiten beschouwing.

⁸⁷ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p.8/9.

⁸⁸ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p.8.

Een werknemer had op deze manier geen enkele ontslagbescherming, hij was afhankelijk van de vraag wanneer de opdrachtgever de payrollovereenkomst ging beëindigen.⁸⁹

Na invoering WWZ

Per 1 januari 2015 is het Ontslagbesluit gewijzigd. Deze wijziging heeft ervoor gezorgd dat payrolling is gedefinieerd en dat de ontslagbescherming voor payrolling is geregeld. Door deze wijziging is de positie van de payroller verbeterd. In art. 1.1 van het Ontslagbesluit werd de definitie van payrolling weergegeven. De ontslagbescherming voor payrollers werd weergegeven in art. 6a.1 lid 1 en 6a.2 Ontslagbesluit. De regels uit het Ontslagbesluit waren destijds alleen van toepassing op overeenkomsten tussen payrollwerknemers en payrollwerkgevers die zijn ingegaan op of na 1 januari 2015.⁹⁰

De ontslagbescherming die sinds 1 januari 2015 in het Ontslagbesluit is opgenomen is in de nieuwe Ontslagregeling overgenomen. In paragraaf 7 van de Ontslagregeling is hier uitvoering aan gegeven. De regels hebben directe werking en gelden dus ook voor arbeidsovereenkomsten van payrollwerknemers die voor 1 januari 2015 zijn aangegaan. Een payrollbedrijf krijgt te maken met ontslag op het moment dat de opdrachtgever de inleenovereenkomst beëindigt.⁹¹ Het payrollbedrijf zal eerst kijken of de payrollwerknemer niet herplaatst kan worden bij een andere opdrachtgever, indien daar geen mogelijkheid voor is moet overgegaan worden tot ontslag van de payrollwerknemer. Voor toepassing van de regels uit de Ontslagregeling moet op grond van art. 20 Ontslagregeling aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever worden bepaald of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer ex art. 7:699 Burgerlijk Wetboek. Hierbij wordt geacht dat de payrollwerknemer in dienst is bij de opdrachtgever en dat de opdrachtgever geacht wordt de werkgever te zijn. Er wordt dus door de payrollconstructie heen gekeken. Dit volgt uit art. 20 sub a en b Ontslagregeling.

Het payrollbedrijf is dus degene die aan de hand van omstandigheden bij de opdrachtgever of het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever aan moet tonen dat een redelijke grond voor ontslag bestaat.⁹² Voor de toetsing van een redelijke grond moet invulling gegeven worden aan art. 7:669 Burgerlijk Wetboek en gelden dus de normale ontslagregels zoals ze ook voor werknemers zouden gelden die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever.

Transitievergoeding:

Ook voor payrollwerknemers geldt dat ze recht hebben op een transitievergoeding indien ze voldoen aan de voorwaarden zoals gesteld in art. 7:673 Burgerlijk Wetboek. Zoals hierboven omschreven bij de uitzendovereenkomst in paragraaf 3.2.1.5 is een werkgever aan zijn werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Daarbij komt dat de arbeidsovereenkomst:

1. Door de werkgever is opgezegd;
2. Op verzoek van de werkgever is ontbonden; of
3. na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan, die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een tussenpaas van ten hoogste zes maanden; of

De arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

4. door de werknemer is opgezegd;

⁸⁹ De Groot, TRA 2015/36

⁹⁰ De Groot, TRA 2015/36

⁹¹ De Groot, TRA 2015/36

⁹² Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 59.

5. op verzoek van de werknemer is ontbonden; of
6. na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voorgezet.

Deze voorwaarden volgen uit art. 7:673 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

In art. 7:637 lid 7 Burgerlijk Wetboek worden voorwaarden omschreven wanneer een werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd op het moment dat het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:

- geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen;
- geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd; of
- het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

Zoals hierboven omschreven in paragraaf 3.2.1.5 is art. 7:673 Burgerlijk Wetboek van dwingend recht en kan van dit artikel niet middels cao worden afgeweken. Wel kunnen nadere regels in de cao worden opgenomen. Deze nadere regels mogen niet in strijd zijn met de wettelijke bepaling.

Welke cao van toepassing is op een payrollovereenkomst is afhankelijk van het payrollbedrijf. Zoals omschreven in paragraaf 2.3.2 is de ABU-cao van toepassing op een payrollovereenkomst op het moment dat het payrollbedrijf lid is van de VPO. Tevens is op de payrollovereenkomst dan de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling van toepassing. In paragraaf 3.2.1.5 is omschreven welke nadere regels de ABU-cao stelt aan de transitievergoeding. Indien het payrollbedrijf geen lid is van de VPO moet gekeken worden welke cao van toepassing is en of daarin nadere regels omschreven zijn aangaande de transitievergoeding.

3.2.2.1 Overgangsrecht

De nieuwe ontslagregeling die per 1 juli 2015 in werking is getreden is op alle overeenkomsten van toepassing onafhankelijk van wanneer de overeenkomsten overeengekomen zijn.

De transitievergoeding is sinds 1 juli 2015 op alle overeenkomsten van toepassing die voldoen aan de voorwaarden.

3.3 Verantwoording

Voor dit hoofdstuk is gebruik gemaakt van de bronnen literatuur, wetgeving, jurisprudentie en media. De nieuwe Wet Werk en Zekerheid is onderzocht aan de hand van de nieuwe wettelijke bepalingen en kamerstukken omtrent deze wet. Zo kan er ingegaan worden op de totstandkoming van de wet en de veranderingen die deze wet met zich meebrengen. Middels literatuur kan een beeld geschetst worden van meningen omtrent de nieuwe wet en welke gevolgen deze wet kan hebben in de toekomst. De combinatie van het gebruik van deze bronnen geeft een compleet overzicht en een betrouwbaar beeld.

Hoofdstuk 4 De praktijk

Om een beeld te schetsen van de praktijk zijn er diverse dossiers binnen DAS bekeken aangaande uitzend- en payrollovereenkomsten. In dit hoofdstuk worden twee dossiers besproken die relevant zijn voor dit onderzoek.

Het betreffen dossiers van voor en na invoering van de WWZ. Vanwege de privacy zijn de gegevens gecensureerd. Van elk dossier wordt er een overzicht van de feiten gegeven, de vraag die cliënt stelt en wordt een schets gegeven van het verloop van het geschil. Ten slotte zal het juridisch kader geschetst worden waarbinnen het geschil beoordeeld is.

4.1 Dossier 1:

De vraag: Is er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

4.1.1 De feiten

Cliënt (werknemer) is gedurende de periode van 14-09-2011 tot en met 31-12-2013 werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van 12 maanden (zie bijlage A) voor werkgever X. De arbeidsovereenkomsten waren als volgt:

- 1^e arbeidsovereenkomst: 14-09-2011 tot 14-09-2012 (12 maanden)
- 2^e arbeidsovereenkomst: 14-09-2012 tot 14-09-2013 (12 maanden, stilzwijgend verlengd)
- 3^e arbeidsovereenkomst: 14-09-2013 tot en met 31-12-2013 (3,5 maand, arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd (bijlage B).
- Totale arbeidsduur bij werkgever X: 2 jaar en 3,5 maand
- Functie: regiomedewerker

Na afloop van deze arbeidsovereenkomsten heeft werknemer van 01-01-2014 tot 10-02-2014 (iets meer dan een maand) een werkloosheidsuitkering ontvangen (WW).

Vervolgens is werknemer op basis van een overeenkomst van opdracht in dienst getreden bij werkgever Y (bijlage C). Werknemer moest hierbij werkzaamheden verrichten voor zijn oude werkgever X. Tevens werd hij middels een flexwerkovereenkomst ondergebracht bij payrollbedrijf Y (bijlage D). Er ontstonden op deze manier diverse rechtsverhoudingen. De overeenkomst van opdracht en de flexwerkovereenkomst zijn overeengekomen voor de periode van 10-02-2014 tot en met 31-05-2014 (3 maanden en 20 dagen). Werknemer verrichtte zijn werkzaamheden in de functie van regiomedewerker. De rechtsverhoudingen liggen als volgt:

- Werkgever Y zoekt in opdracht van werkgever X een werknemer (overeenkomst van opdracht tussen werkgever X en Y)
- Werkgever Y brengt werknemer onder bij werkgever X om daar de werkzaamheden te verrichten (overeenkomst van opdracht tussen werkgever Y en werknemer)
- Werkgever Y brengt administratieve werkzaamheden zoals loon etc. onder bij payrollbedrijf Z (overeenkomst van opdracht)
- Payrollbedrijf Z betaald het loon van werknemer (flexwerkovereenkomst tussen payrollbedrijf Z en werknemer)

Na afloop van deze overeenkomst van opdracht is er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeengekomen tussen werkgever X en werknemer. De duur van de arbeidsovereenkomst bedraagt 12 maanden (Bijlage E). De arbeidsovereenkomst liep van 01-06-2014 tot 01-06-2015 en is niet verlengd (Bijlage F). Daarbij is werknemer sinds januari 2015 ziek.

Werknemer vraagt zich nu af of er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.1.2 Juridische behandeling DAS

Er zal eerst ingegaan worden op de behandeling van het dossier door DAS. DAS stelt zich middels een brief aan werkgever X op het standpunt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. DAS geeft als motivering dat werknemer vanaf 14 september 2011 onafgebroken werkzaamheden heeft verricht voor werkgever X. Van 14 september 2011 tot 1 juni 2014 heeft werknemer gewerkt als regiomedewerker en per 1 juni 2014 tot heden is werknemer gaan werken als medewerker productontwikkeling. DAS motiveert dat op grond van de ketenbepaling (meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en meer dan 36 maanden werk verricht voor werkgever X) er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De ketenregeling ex art. 7:668a Burgerlijk Wetboek geldt namelijk ook voor opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werknemers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als elkaars opvolgers te zien zijn (Bijlage G).

Werkgever X reageert op de brief door te stellen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de ketenbepaling tussen 1 januari 2014 en 1 juni 2014 is doorbroken (Bijlage H). Ze onderbouwen dit met de volgende argumenten:

1. Werknemer heeft van 1 januari 2014 tot 1 juni 2014 geen arbeidsovereenkomst gehad met werkgever X
2. Werkgever Y/Z en werkgever X kunnen niet worden aangemerkt als opvolgend werkgevers, omdat:
 - a. Er geen sprake is van dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden daar werknemer eerst als regiomedewerker en vervolgens als medewerker productontwikkeling werkzaam was.
 - b. Er tussen de nieuwe werkgever en de oude werkgever geen sprake is van zodanige banden dat de nieuwe werkgever al inzichten had verkregen over de geschiktheid van de werknemer.
 - c. Er geen overgang is van werkzaamheden van de ene werkgever naar de andere werkgever.

Tevens stelt werkgever X dat indien werknemer een flexwerkovereenkomst heeft met payrollbedrijf Z, gelet moet worden op de cao die van toepassing is. In die cao wordt het opvolgend werkgeverschap uitgesloten.

DAS reageert op deze brief door te stellen dat de werknemer wel degelijk dezelfde functie is blijven uitvoeren, gezien werknemer in de periode van 14 september 2011 tot 1 juni 2014 de functie van regiomedewerker heeft uitgevoerd (Bijlage I). Zo is er dus al per 10 februari 2014 sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Mocht er op 1 juni 2014 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn ontstaan, dan haalt DAS art. 7:667 lid 4 Burgerlijk Wetboek aan, de zogenoemde Ragetlie-regel. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (zoals per 1 juni 2014 wordt aangegaan) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opvolgt, dan eindigt deze niet van rechtswege maar moet worden opgezegd middels een ontslagvergunning.

Vervolgens is er telefonisch contact geweest tussen DAS en werkgever X, waarbij werkgever X meer duidelijkheid wenste over het standpunt van DAS. DAS heeft vervolgens weer een brief opgesteld aan werkgever X.

DAS onderbouwt hier dat werkgever X is aan te merken als de materiële werkgever, omdat de gezagsverhouding bij werkgever X lag, taakinvulling en werkdagen werden bepaald door werkgever X en gesprekken werden ook met deze werkgever gevoerd. Werkgever Y en payrollbedrijf Z waren er enkel voor administratieve handelingen en loonbetalingen met als enige doel om de ketenbepaling te ontwijken. Ook wordt gesteld dat een mondelinge

arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek is zodra voldaan wordt aan de voorwaarden loon, arbeid en gezag en de voorwaarden die in het arrest Groen/Schoevers worden gesteld. DAS veronderstelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever X op grond van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek, waardoor het dienstverband van werknemer door is blijven lopen. Daarbij doet DAS een beroep op de ragetlie-regel van art. 7:677 lid 4 Burgerlijk Wetboek. Tevens wordt alsnog een beroep gedaan op de ketenbepaling en gesteld dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap (Bijlage J).

Hierop is door DAS nog geen reactie ontvangen van werkgever X.

4.1.3 Juridisch kader

Om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet gekeken worden naar art. 7:668a Burgerlijk Wetboek (ketenbepaling). Dit betreft een zaak die speelt voordat dit artikel wegens de komst van de WWZ gewijzigd wordt en dus is nog het oude recht van toepassing.

Om te komen tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet er sprake zijn van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden (lid 1 sub a). Of wanneer meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden (lid 1 sub b). Van deze voorwaarden kan bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) of regeling worden afgeweken (lid 5).

In de periode van 14-09-2012 tot en met 31-12-2013 is werknemer bij werkgever X in dienst geweest op basis van drie arbeidsovereenkomsten en voor de duur van in totaal 2 jaar en 3,5 maand. Dit is dus nog niet voldoende om te voldoen aan de ketenbepaling. De periode dat werknemer een WW-uitkering heeft ontvangen bedroeg iets meer dan een maand en staat de ketenbepaling daarmee niet in de weg.

Vervolgens is werknemer in dienst getreden bij werkgever Y middels een overeenkomst van opdracht in naam van werkgever X voor de periode van 10-02-2014 tot en met 31-05-2014.

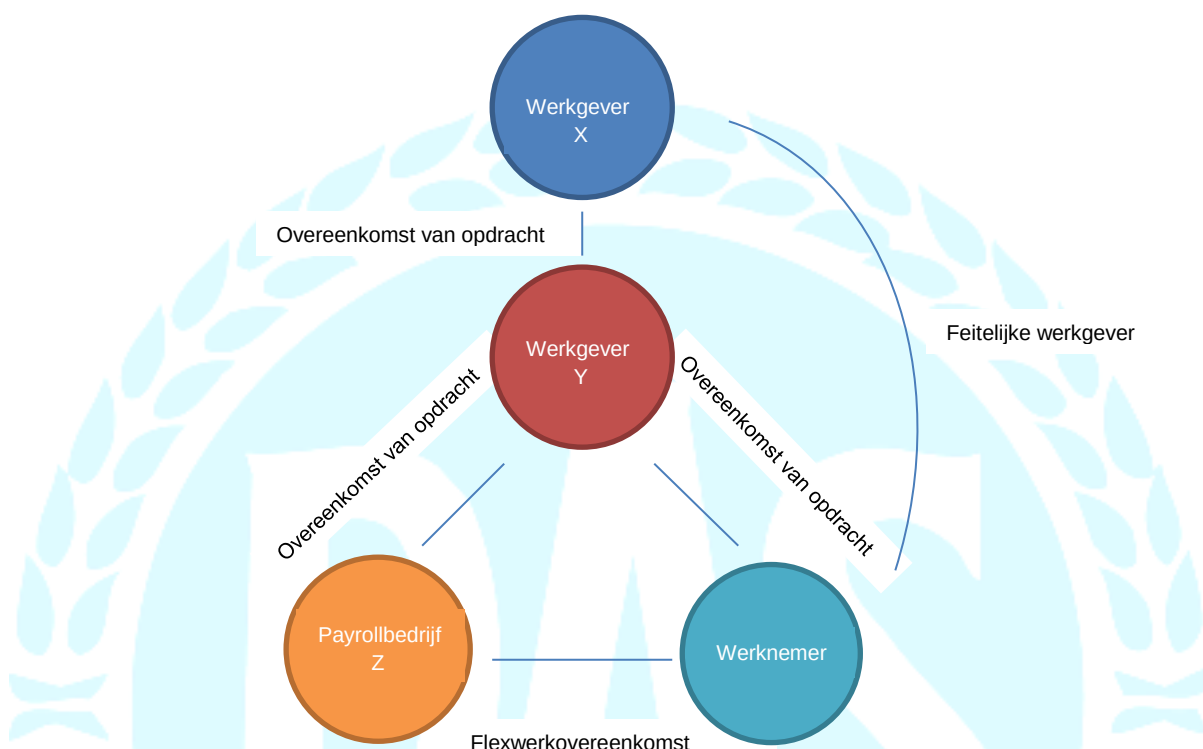
Om te bepalen of deze arbeidsovereenkomst meetelt voor de ketenbepaling moet er gekeken worden of er sprake is van opvolgend werkgeverschap (lid 2). Om te toetsen of er sprake is van opvolgend werkgeverschap moet voldaan worden aan twee voorwaarden:

- Is er sprake van dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden en bij de verschillende werkgevers
- Bestaat tussen de nieuwe werkgever en de oude werkgever zodanige banden dat de nieuwe werkgever al inzichten had verkregen over de geschiktheid van de werknemer.

Om deze voorwaarden te toetsen is het van belang om te bepalen wie gezien moet worden als werkgever. In casu zijn er vier partijen: de werknemer, werkgever X, werkgever Y en payrollbedrijf Z. Om bij payrolling te bepalen waar het feitelijke werkgeverschap zich bevindt moet gekeken worden naar de voorwaarden uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek (loon, arbeid en gezag) en naar de bedoeling van partijen zoals volgt uit het Groen/Schoevers arrest. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.4.2. wordt bij payrolling de opdrachtgever als werkgever aangemerkt en is er tussen opdrachtgever (werkgever X) en werknemer feitelijk sprake van een arbeidsovereenkomst. Er is daarmee een dienstverband tussen werkgever X en werknemer blijven ontstaan. Er is in dit geval geen sprake van een afwijking bij cao, dus op grond van art. 7:668a lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek is er op 10-02-2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. ‘

Er is vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan tussen werkgever X en werknemer per 01-06-2014 tot 01-06-2015 waarbij werknemer een nieuwe functie heeft gekregen. Middels art. 7:677 lid 4 Burgerlijk Wetboek moet deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gezien worden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat er

sprake is van opvolgen van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst kan dus niet zomaar van rechtswege beëindigd worden, deze zal opgezegd moeten worden zoals dat ook gedaan wordt bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.



4.2 Dossier 2

Vraag: heeft cliënt recht op vergoeding in verband met de aanzegtermijn en een transitievergoeding?

4.2.1 De feiten

Werknemer is tot 01-10-2015 werkzaam geweest bij Werkgever X waarvan de laatste twee jaar op basis van een payroll-overeenkomst bij payrollbedrijf Y (bijlage K). Werknemer is van mening dat er niet voldaan is aan de aanzegtermijn van art. 7:668 Burgerlijk Wetboek. Werknemer heeft hierover telefonisch contact gehad met payrollbedrijf Y die aangeven wel degelijk aan de aanzegtermijn voldaan te hebben. Ze hebben namelijk op 31 augustus 2015 aan werknemer middels mail laten weten dat het contract niet verlengd zou worden. Werknemer stelt zich op het punt dat deze e-mail naar het verkeerde e-mailadres is gestuurd. Tevens stelt werknemer zich op het punt dat ze recht heeft op een transitievergoeding.

4.2.2 Juridische behandeling DAS

Door DAS is een brief gestuurd aan payrollbedrijf Y waarbij gesteld wordt dat er niet voldaan is aan de aanzegtermijn die sinds 1 januari 2015 in werking is gestreden (bijlage L). De aanzegtermijn houdt in dat de werkgever uiterlijk één maand van tevoren schriftelijk moet informeren of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wel of niet wordt verlengd. DAS stelt zich op het punt dat werknemer geen aanzegging heeft ontvangen en daarom recht heeft op de maximale aanzegvergoeding van één bruto maandloon. DAS refereert hierbij

naar de Bijlage Definities van de Voorwaarden bij indiensttreding waaruit blijkt dat bij payrollbedrijf Y altijd gewerkt wordt op basis van een detacheringsovereenkomst en er dus geen sprake is van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Dit is van belang om te bepalen of er recht bestaat op de aanzegvergoeding. DAS vordert via de brief de aanzegvergoeding en maakt tevens aanspraak op de transitievergoeding, daar werknemer ruim 2 jaar in dienst is bij payrollbedrijf Y.

Payrollbedrijf Y reageert hier vervolgens op middels brief door te stellen dat wel degelijk aan de aanzegtermijn voldaan is, daar payrollbedrijf Y middels e-mail van 31 augustus 2015 aan werknemer kenbaar heeft gemaakt dat de overeenkomst niet wordt verlengd (bijlage M). Payrollbedrijf Y voert daarbij aan dat het de verantwoordelijkheid van werknemer is dat haar emailadres klopt en het dus niet aan hen te wijten is dat ze de email niet ontvangen heeft. Payrollbedrijf Y geeft wel aan dat werknemer recht heeft op een transitievergoeding.

DAS voert aan dat het enige feit dat payrollbedrijf Y niet op de hoogte was van het gewijzigde e-mailadres niet voldoende is om ze te ontslaan van de verplichting om aan de aanzegvergoeding te voldoen (bijlage N). DAS wijst hiermee op art. 3:37 Burgerlijk Wetboek waaruit blijkt dat payrollbedrijf Y zowel het bewijs moet leveren dat de aanzegging is verzonden als dat de werknemer de aanzegging heeft ontvangen. Aan dat laatste hebben ze niet voldaan. DAS wijst daarbij ook nog op een uitspraak van de rechtbank.

Op deze brief ontvangt DAS een reactie van payrollbedrijf Y dat ze zowel de aanzegvergoeding als de transitievergoeding gaan betalen (bijlage O). Ze worden hiermee dus in het gelijk gesteld.

4.2.3 Juridisch kader

Sinds 1 januari 2015 is er de verplichting voor een werkgever om de werknemer uiterlijk een maand voor het einde van rechtswege van de tijdelijke arbeidsovereenkomst te informeren over het vervolg van de arbeidsrelatie.⁹³ Deze verplichting is nader al beschreven in paragraaf 3.2.1.3 en vindt zijn juridische basis in art. 7:668 Burgerlijk Wetboek.

Payrollbedrijf Y had uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, de werknemer moeten informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst.

Deze aanzegtermijn geldt niet voor uitzendovereenkomsten met een uitzendbeding, zoals bepaald in art. 7:691 lid 2 Burgerlijk Wetboek. In de overeenkomst van cliënt staat niet beschreven dat er sprake is van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Er dient daarom rekening gehouden te worden met de aanzegtermijn.

Payrollbedrijf Y stelt dat ze de aanzegging wel degelijk hebben gedaan, maar cliënt heeft deze nooit ontvangen. Payrollbedrijf Y is verantwoordelijk om ervoor te zorgen dat deze aankondiging bij cliënt terecht komt. Dat is niet gebeurd. Cliënt heeft daarom recht op een bruto maandloon, omdat er een maand verstreken is nadat de aanzegging plaats had moeten vinden.

Daarnaast heeft cliënt recht op een transitievergoeding op grond van art. 7:673 Burgerlijk Wetboek. Cliënt voldoet aan de voorwaarden daar hij meer dan 24 maanden bij werkgever werkzaam is geweest en de arbeidsovereenkomst door toedoen van de werkgever niet wordt voortgezet.

4.3 Verantwoording

Voor het praktijkhoofdstuk is gebruik gemaakt van bestaande dossiers van DAS. Op deze manier is een realistisch beeld gegeven van hoe het er in de praktijk bij DAS aan toe gaat en welke vragen binnenkomen omtrent uitzending en payroll. Zo kan een oordeel gevormd

⁹³ Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015, p. 200.

worden of er eventueel veranderingen plaats moeten vinden in verband met de nieuwe WWZ.



Hoofdstuk 5

Conclusies

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de belangrijkste bevindingen uit het onderzoek antwoord gegeven op de centrale vraag. Allereerst wordt de probleembeschrijving in het kort herhaald, gevolgd door de centrale vraag. Vervolgens zullen de veranderingen met betrekking tot de uitzendovereenkomst behandeld worden, gevolgd door de veranderingen met betrekking tot de payrollovereenkomst. Ten slotte wordt besproken welke conclusies er uit de praktijk getrokken kunnen worden met betrekking tot de advisering van DAS.

5.1 Probleembeschrijving:

De arbeidsmarkt is aan veranderingen onderhevig. Mede om deze veranderingen in goede banen te leiden is de Wet Werk en Zekerheid ontwikkeld. De nieuwe Wet Werk en Zekerheid is grotendeels per 1 januari 2015 en deels per 1 juli 2015 in werking getreden⁹⁴. Middels deze wet wordt gestreefd naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt. Bij DAS bestaat er onduidelijkheid over uitzend- en payrollovereenkomsten. Doordat steeds meer gebruik wordt gemaakt van dit soort overeenkomsten is er behoefte aan meer duidelijkheid en kennis omtrent deze overeenkomsten, zodat zowel werknemers als werkgevers hier goed over geïnformeerd kunnen worden.

5.2 Centrale vraag:

Wat betekenen de wijzigingen naar aanleiding van de Wet Werk en Zekerheid in de rechtspositie van uitzendkrachten en payrollers voor de advisering van DAS?

Om een compleet beeld te geven wordt allereerst een conclusie gegeven over de constructies uitzendovereenkomst en payrollovereenkomst, omdat daar veel onduidelijkheid over bestaat.

5.3 Soort overeenkomsten

Zowel bij een uitzendovereenkomst als een payrollovereenkomst is er vaak sprake van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie. Dit maakt beide overeenkomsten dan ook bijzondere overeenkomsten.

Er bestaat veel onduidelijkheid over de constructie van zowel de uitzendovereenkomst als de payrollovereenkomst. Wanneer is er nu sprake van een uitzendovereenkomst en wanneer van een payrollovereenkomst? Dit is belangrijk om te weten, op die manier weet men welke wetsartikelen op de overeenkomst van toepassing zijn.

5.3.1 Uitzendovereenkomst

De definitie van de uitzendovereenkomst is weergegeven in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek. Op het moment dat aan de definitie wordt voldaan is er sprake van een uitzendovereenkomst. Er bestaat echter discussie over de vraag of ook voldaan moet worden aan de allocatiefunctie. In zowel de literatuur als jurisprudentie wordt verschillend geoordeeld over de allocatiefunctie. Er is daarom nog geen eenduidig antwoord op te geven. Een uitspraak van de Hoge Raad zou hier uitsluitsel over kunnen geven. Voor nu geldt dat indien er twijfel bestaat over het bestaan van een uitzendovereenkomst er gekeken moet worden naar de feiten en omstandigheden om te bepalen of aan de vereisten van art. 7:690 BW voldaan wordt. Er kan daarbij gebruik gemaakt worden van jurisprudentie.

⁹⁴ De wijzigingen van art. 7:627 en 7:628 lid 1 BW treden pas per 1 april 2016 in werking.

Ik ben zelf van mening dat de allocatiefunctie wel een vereiste is om aan de uitzendovereenkomst te voldoen. Dit vanwege het feit dat het in de Memorie van Toelichting wordt benoemd en ik het vind horen bij de functie van een uitzendbureau. Een uitzendbureau heeft als functie om de vraag naar en het aanbod van arbeid aan elkaar te koppelen.

5.3.2 Payrollovereenkomst

Payrolling is niet wettelijk geregeld en er is daarom in de wet ook geen definitie van payrolling te vinden. De vraag is dan ook of een payrollovereenkomst aan te merken is als arbeidsovereenkomst of als uitzendovereenkomst. De meningen zijn hierover verdeeld. Als gekeken wordt naar de wetsgeschiedenis van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek dan volgt dat dit artikel betrekking heeft op driehoeksrelaties waarbij de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarktverhouding. Bij de uitzendovereenkomst hebben we al geconcludeerd dat het vereiste van de allocatiefunctie nog steeds ter discussie staat. Een payrollbedrijf vervult geen allocatiefunctie daar het niet gericht is op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Om deze reden is ook Zwemmer van mening dat een payrollovereenkomst geen uitzendovereenkomst is.

Zowel de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) als Van Houte zijn van mening dat de payrollovereenkomst wel degelijk een uitzendovereenkomst is ondanks het ontbreken van een allocatiefunctie. Volgens Van Houte is in de wetsgeschiedenis steun te vinden voor deze opvatting, omdat de regering met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik heeft beoogd.

Ook binnen de jurisprudentie wordt verschillend geoordeeld over het feit of de payrollovereenkomst een uitzendovereenkomst of arbeidsovereenkomst is. Over de constructie is dus nog geen duidelijkheid en de meningen daarover verschillen. Dit is lastig omdat zo ook niet bepaald kan worden welke wettelijke regels op een payrollovereenkomst van toepassing zijn.

De payrollovereenkomst moet naar mijn mening gezien worden als een arbeidsovereenkomst. Een payrollbedrijf vervult niet dezelfde functie als een uitzendbureau. Het payrollbedrijf is er enkel en alleen om de administratieve en juridische taken van een werkgever over te nemen. Aan de vereisten van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek kan dan ook niet voldaan worden en tevens ontbreekt er een allocatiefunctie. Daarbij komt dat, ten tijde van de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, de payrollconstructie nog niet aan de orde was en de wetsgeschiedenis van art. 7:690 Burgerlijk Wetboek onder driehoeksverhoudingen nog geen payrollconstructie heeft voorzien. Met invoering van de Wet Werk en Zekerheid worden payrollers wat betreft de ontslagregeling gelijk gesteld met werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met de werkgever. Hieruit concludeer ik dat de payrollconstructie door de wetgever wordt goedgekeurd en gelijk gesteld wordt met een arbeidsovereenkomst en daarmee moet voldoen aan de vereisten uit art. 7:610 Burgerlijk Wetboek. Daarbij komt dat ook gekeken moet worden naar de bedoeling van partijen zoals volgt uit het arrest Groen/Schoevers. Op het moment dat de payrollovereenkomst als arbeidsovereenkomst gezien wordt zijn dus dezelfde wettelijke bepalingen van toepassing als op een 'normale' arbeidsovereenkomst.

Daarbij komt tevens de vraag naar voren waar die arbeidsovereenkomst zich dan bevindt. Is dit tussen het payrollbedrijf en de werknemer of tussen de opdrachtgever en de werknemer? Ik ben van mening dat met invoering van de WWZ en de daarbij horende Ontslagregeling de arbeidsovereenkomst zich bevindt tussen het payrollbedrijf en de werknemer. Het is namelijk het payrollbedrijf dat aan moet tonen, aan de hand van omstandigheden bij de opdrachtgever of het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever, dat een redelijke grond voor ontslag bestaat.

Nu duidelijk is gesteld hoe beide constructies gezien moeten worden en welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn op de overeenkomsten kan gekeken worden wat de invloed van de WWZ is op de rechtspositie van payrollers en uitzendwerknemers.

5.4 Veranderingen met betrekking tot uitzendovereenkomsten

Uit de voorgaande hoofdstukken kan geconcludeerd worden dat er ten aanzien van uitzendovereenkomsten het een en ander veranderd is ten aanzien van de rechtspositie van uitzendwerknemers door de komst van de WWZ. De veranderingen hebben betrekking op het uitzendbeding, de ketenbepaling, de aanzegtermijn, de loondoorbetalingsverplichting, het ontslag en de transitievergoeding. Hieronder worden deze veranderingen kort samengevat.

Uitzendbeding

Op grond van art. 7:691 lid 2 Burgerlijk Wetboek kan er een uitzendbeding worden overeengekomen. Dit beding houdt in dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener wordt beëindigd. Op grond van art. 7:691 lid 3 Burgerlijk Wetboek vervalt het beding op het moment dat de uitzendwerknemer meer dan 26 weken arbeid heeft verricht voor de uitzendwerkgever. Sinds 1 januari 2015 mag van de termijn genoemd in lid 1 bij cao worden afgeweken tot een maximum van 78 weken, art. 7:691 lid 8 Burgerlijk Wetboek. Voor inwerkingtreding van de WWZ zat hier geen beperking aan. Op uitzendovereenkomsten die voor 1 januari 2015 gesloten zijn is het oude recht nog van toepassing. In de ABU-cao gold het uitzendbeding al voor maximaal 78 weken zoals blijkt uit art. 13 ABU-cao. Voor de ABU-cao verandert er in de praktijk dus niets. Op grond van de NBBU-cao is het uitzendbeding tot 1 juli 2016 van toepassing voor de duur van 130 weken. Daar wordt dus wel afgeweken van de oude wetgeving en heeft de WWZ gevolgen voor de praktijk. Ze mogen tot 1 juli 2016 afwijken, daarna zal de maximumtermijn van 78 weken gaan gelden.

Ketenbepaling

Ten aanzien van de ketenbepaling zijn er enige veranderingen ingetreden. Sinds 1 juli 2015 bepaalt art. 7:668a lid 1 BW dat er na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of na 24 maanden een contract voor onbepaalde tijd volgt. De periode tussen twee arbeidsovereenkomsten mag voortaan maximaal zes maanden bedragen. Van deze termijnen kan bij cao worden afgeweken in geval van een uitzendovereenkomst (lid 5 sub a). Voor wat betreft het opvolgend werkgeverschap geldt dat daar voortaan eerder aan voldaan wordt omdat de nieuwe werkgever geen inzichten meer hoeft te verkrijgen over de geschiktheid van de werknemer. Voor uitzendovereenkomsten kan nog wel van de ketenbepaling worden afgeweken, maar deze afwijking wordt wel beperkt. Voortaan kan middels cao de periode van 24 maanden verlengd worden naar 48 maanden en kan het aantal van drie overeenkomsten verhoogd worden naar maximaal zes overeenkomsten. De vernieuwde ketenbepaling geldt voor overeenkomsten die na 1 juli 2015 zijn gesloten. In de ABU-cao is bepaald dat vanaf 1 juli 2015 na 48 maanden en/of na meer dan zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ze maken daarbij dus gebruik van de maximale afwijkingsmogelijkheden. De NBBU-cao houdt vast aan zijn oude regels tot 1 juli 2016. Dit houdt in dat op grond van de NBBU-cao er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien er een periode van 48 maanden en/of meer dan zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn overeengekomen. De NBBU-cao voldoet dus al aan de nieuwe maximale afwijkingsmogelijkheden.

Aanzegtermijn

Sinds 1 januari 2015 is de aanzegtermijn van art. 7:668 Burgerlijk Wetboek in het leven geroepen. Deze aanzegtermijn heeft directe werking en dient op alle arbeidsovereenkomsten toegepast te worden. De aanzegtermijn is ook op

uitzendovereenkomsten van toepassing, tenzij er sprake is van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Het uitzendbeding kan met de WWZ nog maar maximaal 78 weken bedragen, daarna dient de aanzegtermijn dus in acht genomen te worden.

Loondoorbetalingsverplichting

Met invoering van de WWZ is er een beperking op de loondoorbetalingsverplichting voor uitzendovereenkomsten opgelegd. Sinds 1 januari 2015 is art. 7:691 lid 7 Burgerlijk Wetboek van toepassing op uitzendovereenkomsten. Voortaan kan bij uitzendovereenkomsten van de loondoorbetalingsverplichting worden afgeweken voor ten hoogste de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht. Deze termijn kan op grond van art. 7:691 lid 8 Burgerlijk Wetboek middels cao worden verlengd tot ten hoogste 78 weken. Deze beperking op de loondoorbetalingsverplichting geldt op overeenkomsten die na 1 januari 2015 zijn gesloten.

In de NBU-cao wordt in art. 40 lid 1 gebruik gemaakt van de maximale afwijkingstermijn. De beperking op de loondoorbetalingsverplichting geldt namelijk gedurende fase A. Deze fase bedraagt 78 weken.

In de NBBU-cao geldt op grond van art. 12 lid 4 dat gedurende fase 1 en 2 de beperking op de loondoorbetalingsverplichting. Dit houdt in dat deze beperking geldt voor de duur van 130 weken. Hier wordt dus afgeweken van de maximale termijn, dit mag tot 1 juli 2016. Daarna zal de NBBU-cao dit aan moeten passen naar maximaal 78 weken.

Ontslag:

In dit onderzoek is ervoor gekozen om het vernieuwde ontslagrecht beknopt weer te geven. Voor wat betreft de uitzendovereenkomst geldt dat er in de nieuwe Ontslagregeling nadere regels worden gesteld aan het ontslag van een uitzendwerknemer. In art. 7 Ontslagregeling wordt bepaald wanneer er een redelijke grond voor opzegging bestaat wegens bedrijfseconomische redenen. Daarbij is van belang dat op het moment dat de arbeidsovereenkomst van een uitzendwerknemer is opgezegd en er doet zich binnen 26 weken een nieuwe vacature voor, dan moet de ontslagen uitzendwerknemer in de gelegenheid gesteld worden om zich als kandidaat beschikbaar te stellen, art. 7:681 lid 1 sub e Burgerlijk wetboek.

Transitievergoeding:

Sinds 1 juli 2015 is de transitievergoeding in het leven geroepen. De transitievergoeding heeft directe werking en is ook van toepassing op uitzendovereenkomsten. In art. 7:673 Burgerlijk Wetboek wordt bepaald wanneer iemand recht heeft op deze transitievergoeding. Er kan niet van deze regels worden afgeweken, wel kunnen deze regels nader omschreven worden middels cao. Voor uitzendkrachten is daar zowel in de ABU-cao als in de NBBU-cao uitvoering aan gegeven. In de ABU-cao is de transitievergoeding opgenomen in art. 15a. De voorwaarden om in aanmerking te komen voor de transitievergoeding zijn hetzelfde, er zijn alleen extra voorwaarden toegevoegd wanneer een uitzendwerknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. In de NBBU-cao wordt in bijlage 9 nader omschreven wanneer een uitzendwerknemer geen recht heeft op de transitievergoeding.

5.5 Veranderingen met betrekking tot payrolling

De opkomst van payrolling was bij invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid uit 1999 nog niet voorzien. Voor payrolling zijn er dan ook geen wettelijke regelingen te vinden. Wat betreft payrolling kan voornamelijk geconcludeerd worden dat de ontslagregels drastisch veranderd zijn.

Ontslag:

Door invoering van de WWZ is het ontslagrecht flink onder handen genomen. Dit heeft grote gevolgen voor payrollwerknemers. Sinds 1 januari 2015 is in het Ontslagbesluit een ontslagbescherming voor payrollers opgenomen. Deze ontslagbescherming geldt voor

overeenkomsten tussen payrollwerknemer en payrollwerkgever die aangegaan zijn op of na 1 januari 2015. Deze ontslagregeling is sinds 1 juli 2015 in paragraaf 7 van de nieuwe Ontslagregeling opgenomen en heeft directe werking. Dit houdt in dat de ontslagbescherming ook van toepassing is op payrollovereenkomsten die aangegaan zijn voor 1 januari 2015.

Op het moment dat de opdrachtgever de inleenovereenkomst heeft beëindigd zal het payrollbedrijf eerst kijken of de payrollwerknemer niet herplaatst kan worden. Indien daar geen mogelijkheid voor is wordt overgegaan tot ontslag van de payrollwerknemer. Op grond van art. 20 Ontslagregeling moet vervolgens aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever worden bepaald of er een redelijke grond voor ontslag is op grond van art. 7:699 Burgerlijk Wetboek. Voor payrollwerknemers gelden dus de normale ontslagregels zoals die ook gelden voor werknemers die rechtstreeks bij de opdrachtgever in dienst zijn. Op deze manier worden payrollwerknemers beschermd.

Overige wettelijke bepalingen:

Zoals hierboven vermeld ben ik tot de conclusie gekomen dat een payrollovereenkomst gezien moet worden als een arbeidsovereenkomst en dat deze arbeidsovereenkomst zich bevindt tussen het payrollbedrijf en de werknemer. De wettelijke bepalingen die op een arbeidsovereenkomst van toepassing zijn gelden dus ook voor een payrollovereenkomst. Bij de behandeling van de uitzendovereenkomst is gebleken dat er diverse wettelijke bepalingen veranderd zijn na invoering van de WWZ. Op de payrollovereenkomst gelden dezelfde wettelijke veranderingen, alleen dan gericht op de arbeidsovereenkomst en niet op de uitzendovereenkomst. De payrollwerknemer heeft hierdoor meer bescherming dan een uitzendwerknemer, omdat voor uitzendovereenkomsten nog vaak middels cao wordt afgeweken en de bepalingen minder streng zijn. Ik ben van mening dat dit terecht is omdat payrolling alleen een constructie is om onder het juridische en administratieve werkgeverschap uit te komen. De payrollwerknemer dient daarom hetzelfde behandeld te worden als een werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de werkgever. Ik ben ook van mening dat de wetgever dit heeft beoogd door de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming te geven als een werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de werkgever.

Met invoering van de WWZ is er wel sprake van een gemiste kans ten opzichte van de payrollwerknemer. Een payrollwerknemer wordt dan weliswaar gelijk gesteld met werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever met betrekking tot ontslag, maar er bestaat nog steeds veel onduidelijkheid over de wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op een payroller. Ik ben zelf van mening dat de payrollovereenkomst gezien moet worden als een arbeidsovereenkomst, maar de wetgever had hier extra duidelijkheid aan kunnen geven. Met de invoering van de WWZ had de wetgever de mogelijkheid om een wettelijke bepaling omtrent payrolling op te nemen vergelijkbaar met een artikel omtrent uitzending. In dat artikel had de wetgever aan kunnen geven dat op een payrollwerknemer dezelfde wettelijke bepalingen van toepassing zijn als op een werkgever die rechtstreeks in dienst is bij de opdrachtgever.

5.6 De praktijk

Wat de gevolgen van de nieuwe regels omtrent de WWZ voor de praktijk zijn is op dit moment nog moeilijk te zeggen. Er zijn nog geen relevante uitspraken geweest om dit te kunnen bepalen. De toekomst moet daarom uitwijzen of er wel problemen gaan ontstaan door invoering van de WWZ of dat er misschien veel onduidelijkheid weggenomen is waardoor er minder geprocedeerd hoeft te worden.

Bij DAS komen niet genoeg dossiers binnen omtrent uitzending en payrolling om een duidelijk beeld te geven over de gevolgen van de WWZ. De dossiers die behandeld zijn in het praktijkhoofdstuk hadden betrekking op de ketenbepaling, de aanzegtermijn en de

transitievergoeding. De verwachting is dat hier de meeste vragen over zullen ontstaan. Tijdens de behandeling van de dossiers is gebleken dat de discussie niet zozeer bestaat over het soort overeenkomst. Het is vaak wel duidelijk of er sprake is van een uitzendovereenkomst of payrollovereenkomst. De discussie ontstaat eerder over de inhoud van de overeenkomst.

Bij de behandeling van de dossiers is gebleken dat de medewerkers van DAS goed op de hoogte zijn van de wettelijke bepalingen omtrent payrolling en uitzending. In het praktijkhoofdstuk zijn twee dossiers behandeld. Het ene dossier aangaande de ketenbepaling was van voor inwerkingtreding van de WWZ en het andere dossier aangaande de aanzegtermijn en transitievergoeding was van na invoering van de WWZ. Er zijn nog niet veel vragen binnengekomen over de nieuwe WWZ in combinatie met uitzending en payrolling. Ik ben van mening dat de wijzigingen die de WWZ met zich meegebracht heeft geen grote invloed hebben op de advisering van DAS. De juridisch adviseurs lijken goed op de hoogte van de wijzigingen, maar toch bestaat er behoefte aan meer duidelijkheid. Vooral omdat er weinig vragen binnenkomen, zakt de kennis aangaande payrolling en uitzending sneller weg. DAS hoeft niets aan te passen in haar advisering, maar er enkel voor te zorgen dat de kennis up-to-date blijft.

Door invoering van de WWZ zal de rechtspositie van zowel uitzendwerknemers als payrollwerknemers meer beschermd worden. Voor de DAS heeft dit als gevolg dat men goed op de hoogte moet zijn van de vernieuwde wettelijke bepalingen om zowel uitzendwerknemers als payrollwerknemers van een goed advies te voorzien.



Hoofdstuk 6

Aanbevelingen

Uit de conclusies blijkt dat er ten aanzien van de rechtspositie van uitzendkrachten en payrollers het een en ander gewijzigd is naar aanleiding van de WWZ. De wijzigingen zijn echter niet van grote impact. Het is voor de juridisch medewerkers van DAS van belang dat ze goed op de hoogte zijn en blijven van de gewijzigde wettelijke regels.

Bij DAS komen weinig vraagstukken binnen omtrent payrolling en uitzendovereenkomsten. De parate kennis omtrent deze onderwerpen is daardoor niet optimaal. Om het voor de juridisch medewerkers van DAS zo eenvoudig mogelijk te maken om tot een goede advisering te komen wordt aanbevolen om gebruik te maken van een beslisboom. Deze beslisboom is gebaseerd op alle wettelijke veranderingen die betrekking hebben op de uitzendovereenkomst en de payrollovereenkomst naar aanleiding van de WWZ. De onderwerpen die in dit onderzoek besproken zijn komen in de beslisboom terug. De beslisboom kan door alle medewerkers van DAS gebruikt worden die een juridische functie bekleden. De advisering vindt namelijk plaats door de medewerkers met een juridische functie. Op deze manier hebben ze bij DAS een overzicht van de wettelijke vraagstukken omtrent uitzending en payrolling. De beslisboom is verdeeld in twee bijlage. In bijlage Q is de beslisboom voor de uitzendovereenkomst terug te vinden en in bijlage R voor de payrollovereenkomst.

Om gebruik te kunnen maken van de beslisboom moet eerst helder zijn om wat voor soort constructie het gaat. De juridisch medewerker van DAS moet dus eerst bepalen of hij te maken heeft met een uitzendovereenkomst of met een payrollovereenkomst. De juridisch medewerker kan hiervoor gebruik maken van een checklist welke als bijlage P aan dit onderzoek is toegevoegd. Middels deze checklist bepaal je aan de hand van een aantal vragen of het gaat om een uitzendovereenkomst of om een arbeidsovereenkomst.

Op het moment dat er een juridisch vraagstuk binnenkomt kan aan de hand van de checklist allereerst bepaald worden of het gaat om een uitzendovereenkomst of een payrollovereenkomst. Vervolgens kan aan de hand van de beslisboom bepaald worden welke wettelijke bepaling geraadpleegd moet worden. Bij elke wettelijke bepaling zal kort toegelicht worden waar de juridisch medewerker op moet letten.

Als men de beslisboom door loopt komt men alle mogelijke vragen tegen die een cliënt kan hebben omtrent de wettelijke bepalingen die in dit onderzoek behandeld zijn. De beslisboom vormt zo een overzichtelijk geheel en kan voor elke vraag gebruikt worden die bij DAS binnenkomt omtrent uitzending en payrolling.

De checklist en beslisboom kunnen ook gebruikt worden op de website van DAS. Op die manier kunnen cliënten hun vraag zelf al geheel of gedeeltelijk oplossen. Mochten ze er zelf niet uit komen, kunnen ze alsnog de juridisch medewerkers van DAS om hulp vragen.

De juridisch medewerkers van DAS hebben middels deze beslisboom ook direct een overzicht van alle wettelijke veranderingen. De advisering van DAS dient niet drastisch veranderd te worden naar aanleiding van de WWZ, de juridisch medewerkers dienen enkel rekening te houden met alle wettelijke veranderingen en daar is zowel de checklist als de beslisboom een handig hulpmiddel bij.



Literatuurlijst

Asscher-Vonk SMA 1997

I.P. Asscher-Vonk, 'Flex en zeker: de uitzendkracht', SMA 1997.

Van den Brink & Kruit 2015

P.F. van den Brink & P. Kruit, *WWZ in modellen*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2015.

CBS 2014

Centraal Bureau voor Statistiek, '*Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt. De focus op flexibilisering*', Den Haag: CBS 2014.

Grappenhaus & Jansen SR 1999/15

F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, 'De uitzendovereenkomst', Sociaal Recht 1999/15.

De Groot TRA 2015/36

E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet Werk en Zekerheid, wat verandert er?', Tijdschrift Recht en Arbeid 2015/36.

Houte ArbeidsRecht 2011/36

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil', ArbeidsRecht 2011/36.

Houweling & Van der Voet 2012

A.R. Houweling & G.W. Van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Loonstra & Zondag 2015

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015.

Van Slooten, Vegter & Verhulp 2015

J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter & E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst titel 7.10 BW. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015

J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Tanja Flexibele arbeidsrelaties 2015

M. Tanja, 'De uitzendovereenkomst, art. 7:690 BW', Flexibele arbeidsrelaties H.5.4.2 2015.

Verhulp SR 2001/4

E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', SociaalRecht 2001/4.

Wits, TRA 2013/15

E.B. Wits, 'Kort van Memorie? De onterechte degradatie van een arbeidsovereenkomst tot een uitzendovereenkomst', Tijdschrift Recht en Arbeid 2013/15.

De Wolff ArbeidsRecht 2014/37

D.J.B. de Wolff, 'Werk en zekerheid deel 1: 'flexrecht' deels herzien', ArbeidsRecht 2014/37.

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

Zwemmer TRA 2009/12

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', Tijdschrift Recht en Arbeid 2009/12.

'Meer flexwerkers in Nederland, *Nu.nl* 18 september 2015, *Nu.nl* (zoek op flexwerk)

'Nieuw ontslagrecht, achtergrond', *stibbe.com* 11 oktober 2015, *stibbe.com* (online services, nieuw ontslagrecht, achtergrond)

'Payroll cao', *vpo.nu* 22 oktober 2015, *vpo.nu* (zoek op: payroll cao)

'Positie flexwerkers sterker', *rijksoverheid.nl* 4 november 2015, *rijksoverheid.nl* (zoek op: flexwerkers)

