

ANNOTATIE

# Ontslag payrollwerknemer nooit kennelijk onredelijk?

*mr. dr. J.P.H. Zwemmer*

## Inleiding

Bij payrolling sluit een payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst met de werknemer, omdat de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht (de opdrachtgever) het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen wil geven aan een payrollbedrijf. Deze opdrachtgever werft en selecteert de werknemer en de werknemer wordt exclusief en in beginsel langdurig aan hem ter beschikking gesteld op basis van een door hem met het payrollbedrijf gesloten opdrachtovereenkomst. Ook komt voor dat de opdrachtgever (een deel van) zijn personeelsbestand een arbeidsovereenkomst laat sluiten met een door hem aangezocht payrollbedrijf, waarna dit payrollbedrijf deze werknemers langdurig en exclusief aan hem ter beschikking gaat stellen. In de CAO voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen die tot 1 januari 2012 gold, namen de cao-partijen op dat payrolling een bijzondere vorm van uitzending is in de zin van artikel 7:690 BW. De in artikel 7:690 BW neergelegde definitie van de uitzendovereenkomst fungeert als toegangspoort voor het in afdeling 11 van Titel 7.10 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime voor de uitzendovereenkomst. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie de reden vormde voor het opnemen van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 7.10 BW (Zie o.a. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9/10). Omdat een payrollbedrijf zich, anders dan een uitzendbureau, niet richt op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (in beginsel tijdelijke) arbeid, kan het payrollbedrijf naar mijn mening niet worden gekwalificeerd als de werkgever van de payrollwerknemer op grond van artikel 7:690 BW (zie hierover nader mijn bijdragen in *TRA* 2009/2 en *TAP* 2010/1. Zie anders Y.A.E. van Houte in *ArbeidsRecht* 2011/8/9 en enigszins anders E.M Hoogeveen in *ArbeidsRecht* 2012/2).

Indien payrolling niet als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW kan worden

gekwaliceerd, moet op basis van artikel 7:610 lid 1 BW worden vastgesteld of een arbeidsovereenkomst bestaat tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer. Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de werkgever de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Gelet op het dwingendrechtelijke en materiële karakter van deze bepaling is de vraag of daarmee verenigbaar is dat het payrollbedrijf enkel op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken de werkgever is van de werknemer. De werknemer werd immers geworven en geselecteerd door de opdrachtgever onder wiens gezag hij de arbeid gaat of blijft verrichten, terwijl het payrollbedrijf geen inhoudelijke en zelfstandige rol speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Nu wezen voor schijn gaat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst acht ik denkbaar dat op deze voet ook door de met het payrollbedrijf gesloten arbeidsovereenkomst kan worden heengekeken bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW en een rechter in plaats daarvan zou kunnen oordelen dat de payrollwerknemer in dienst is (gebleven) bij de opdrachtgever van het payrollbedrijf (zie Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27. Zie anders Hof Leeuwarden 23 maart 2010, *JAR* 2010/107).

Bij payrolling staat niet ter discussie dat de payrollwerknemer een werknemer is in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW en hij dientengevolge arbeidsrechtelijke bescherming geniet. De vraag is dan of het problematiseren van het juridische werkgeverschap van het payrollbedrijf praktische relevantie heeft. Ik beantwoord die vraag bevestigend omdat dit gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van de arbeidsrechtelijke bescherming zoals neergelegd in Titel 7.10 BW. Aan de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 7.10 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werknemer de arbeid verricht in dienst van de eigenaar of exploitant van de onderneming. In verschillende bepalingen uit Titel 7.10 BW is de arbeidsrechtelijke bescherming dan ook gekoppeld aan het werkgeverschap van die eigenaar of exploitant van de onderneming. Deze arbeidsrechtelijke bescherming heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever op grond van de door partijen gemaakte contractuele afspraken een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Dat geldt onder meer voor de ontslagbescherming van de werknemer, zoals volgt uit het in dit commentaar besproken arrest van het Hof Leeuwarden van 3 april 2012 waarin de uitspraak van de kantonrechter te Sneek van 19 januari 2011 (*JAR* 2011/81, m.nt. Zwemmer) wordt bekrachtigd.

### **Feiten**

In deze zaak had een verhuurbedrijf in 2002 zijn hele personeelsbestand overgedragen aan een payrollbedrijf (Personality Payrolling B.V.). In dat kader sloot ook de werknemer, magazijnbeheerder/personeelschef bij het verhuurbedrijf, een arbeidscontract met het payrollbedrijf. Begin 2009 sloot de zoon van de eigenaar van het verhuurbedrijf een

arbeidscontract voor onbepaalde tijd met het payrollbedrijf op basis waarvan hij ter beschikking werd gesteld aan het verhuurbedrijf. Eind november 2009 zegde het verhuurbedrijf de payrollovereenkomst met betrekking tot de werknemer op. Naar aanleiding daarvan vroeg het payrollbedrijf het UWV WERKbedrijf toestemming de arbeidsovereenkomst met de op dat moment 47-jarige werknemer op te zeggen wegens de bedrijfseconomische en organisatorische situatie bij het verhuurbedrijf. In januari 2010 verleende het UWV WERKbedrijf de ontslagvergunning. Vervolgens zegde het payrollbedrijf de arbeidsovereenkomst met de werknemer op tegen 1 april 2010. In de opzeggingsbrief bood het payrollbedrijf de werknemer de functie van magazijnbeheerder bij hetzelfde verhuurbedrijf aan, zij het op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van zeven maanden en tegen een lager salaris. De werknemer weigerde dit aanbod en eiste continuering van de arbeidsovereenkomst op basis van zijn oude salaris. Daarna beriep de werknemer zich op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en vorderde hij een schadevergoeding. Primair stelde hij zich op het standpunt dat de opzegging geschiedde onder opgave van een voorgewende of valse reden, omdat hem bij zijn ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst werd aangeboden op basis waarvan hij min of meer hetzelfde werk zou gaan verrichten bij hetzelfde verhuurbedrijf. Subsidiair betoogde de werknemer dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig waren in vergelijking met het belang van het payrollbedrijf bij de opzegging, vanwege het ontbreken van voor hem getroffen voorzieningen en zijn beperkte mogelijkheden tot het vinden van passend werk.

**Rechter: of de opdrachtgever van het payrollbedrijf een gegronde reden had voor de beëindiging van de payrollovereenkomst is bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid niet relevant**

In eerste aanleg oordeelt de kantonrechter te Sneek dat van een voorgewende of valse reden geen sprake is, omdat de functie die de werknemer bij zijn ontslag werd aangeboden een andere is dan de functie die de werknemer tot dat moment had. De kantonrechter acht het ontslag evenmin kennelijk onredelijk op grond van het gevolgcriterium. Hij wijst er daarbij op dat de werknemer gedurende zijn opzegtermijn volledig bezoldigd, deels vrijgesteld van arbeid en onder begeleiding van het payrollbedrijf in staat werd gesteld een andere baan te vinden. Daarnaast is hem naar het oordeel van de kantonrechter een passende functie bij het verhuurbedrijf aangeboden tegen gewijzigde arbeidsvoorwaarden die pasten binnen de bedrijfseconomische en -organisatorische omstandigheden waarin het verhuurbedrijf zich op dat moment bevond. De afwijzing van deze functie door de werknemer kan het payrollbedrijf niet worden verweten, aldus de kantonrechter. Dat de herplaatsingsmogelijkheden van het payrollbedrijf beperkt zijn, is naar het oordeel van de kantonrechter inherent aan de payrollconstructie waarbij het payrollbedrijf geen enkele rol speelt bij de werving en selectie

van de werknemer en daardoor ook geen herplaatsingsmogelijkheden heeft bij andere inleners. De stelling van de werknemer, dat zijn ontslag kennelijk onredelijk is omdat het verhuurbedrijf daar geen of niet voldoende bedrijfseconomische redenen voor had, wijst de kantonrechter af. Dat de opzegging van de payrollovereenkomst door het verhuurbedrijf verband zou houden met de omstandigheid dat de zoon van de eigenaar van het verhuurbedrijf aldaar werkzaam werd, regardeert het payrollbedrijf naar het oordeel van de kantonrechter niet. Het stond het verhuurbedrijf vrij de payrollovereenkomst met het payrollbedrijf op te zeggen. Dat leidde tot het verval van een arbeidsplaats bij het payrollbedrijf en vormt voor het payrollbedrijf een bedrijfseconomische reden voor het ontslag van de werknemer, zo overweegt de kantonrechter. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. Ook het hof oordeelt dat aan de werknemer bij zijn ontslag door het payrollbedrijf niet een nieuwe arbeidsovereenkomst werd aangeboden op basis waarvan hij min of meer hetzelfde werk zou gaan verrichten bij het verhuurbedrijf. Bij de aangeboden functie ging het naar het oordeel van het hof deels om ander werk. Voorts was sprake van een lager salaris en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Bovendien blijkt naar het oordeel van het hof uit niets dat het verhuurbedrijf kenbaar heeft gemaakt dat men op de oude voet onder dezelfde arbeidsvoorwaarden en voor onbepaalde tijd wilde doorgaan met het inlenen van de werknemer via het payrollbedrijf. Wat de door de werknemer gestelde kennelijke onredelijkheid van het ontslag op grond van het gevolgcriterium betreft, oordeelt het hof dat het payrollbedrijf niet is tekortgeschoten en door de werknemer niet duidelijk is gemaakt wat hij nog meer had mogen verwachten van het payrollbedrijf.

De enkele opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever vormt dus naar het oordeel van de kantonrechter voor het payrollbedrijf een bedrijfseconomische grond voor het ontslag van de payrollwerknemer. Bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van dat ontslag is niet relevant of de opdrachtgever daarvoor een gegronde reden had. De kantonrechter en het hof oordelen het ontslag niet kennelijk onredelijk op grond van het gevolgcriterium in verband met de beperkte herplaatsingsmogelijkheden die een payrollbedrijf nu eenmaal heeft. Ondanks dat het payrollbedrijf slechts als juridisch werkgever van de werknemer fungeert, wordt bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag van de payrollwerknemer dus uitsluitend gekeken naar wat het payrollbedrijf als werkgever heeft nagelaten en had kunnen doen na de opzegging van de payrollovereenkomst. Een puur formele benadering dus. Wanneer de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever van het payrollbedrijf als een 'act of god' wordt beschouwd en bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het daaropvolgende ontslag van de payrollwerknemer rekening wordt gehouden met de beperkte herplaatsingsmogelijkheden van het payrollbedrijf, zal het ontslag van een payrollwerknemer niet snel kennelijk onredelijk kunnen zijn.

Dat de enkele opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever als een bedrijfseconomische grond voor ontslag wordt beschouwd en bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag niet relevant is of de opdrachtgever daar een gegronde reden voor had, staat mijn inziens op gespannen voet met een juiste toepassing van artikel 7:681 BW. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet de rechter bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag alle door de werknemer aangevoerde en door hem als juist bevonden omstandigheden tezamen en in onderling verband beschouwd in aanmerking nemen (HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 765. Zie ook HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20, m.nt. Baris. Ook wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV WERKbedrijf opzegde op grond van door het UWV WERKbedrijf aangenomen bedrijfseconomische redenen, moet hij zelfstandig oordelen over de eventuele kennelijke onredelijkheid van het ontslag (HR 5 april 1991, *NJ* 1991, 422). Omdat het payrollbedrijf slechts de aan het werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen verricht, brengt een juiste wetstoepassing van artikel 7:681 BW daarom naar mijn mening mee dat bij de beoordeling van een beroep op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag door een payrollwerknemer niet slechts relevant is wat het payrollbedrijf als werkgever heeft nagelaten en had kunnen doen. Ook de gronden van de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever moeten hierbij in aanmerking worden genomen.

### **UWV WERKbedrijf: beëindiging payrollovereenkomst door opdrachtgever vormt bedrijfseconomische reden voor ontslag payrollwerknemer**

Het UWV WERKbedrijf hanteert dezelfde maatstaf als de kantonrechter en het hof bij de beoordeling van het verzoek om toestemming voor het ontslag van de payrollwerknemer. In hoofdstuk 16 van de Beleidsregels Ontslagtaak 2010 wordt de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever van het payrollbedrijf aangemerkt als een bedrijfseconomische reden voor ontslag in de zin van het Ontslagbesluit. Het payrollbedrijf hoeft slechts aannemelijk te maken dat de opdrachtgever de payrollovereenkomst heeft beëindigd. Of de opdrachtgever van het payrollbedrijf daar een gegronde reden voor had, is niet relevant. De beleidsregels bepalen hierover: 'Het payrollbedrijf hoeft dus niet aan te geven wat de reden is voor de beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever, noch wordt deze door UWV getoetst.' Volgens de beleidsregels is onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij payrolling niet mogelijk omdat de opdrachtgever beslist over de opzegging van de payrollovereenkomst.

Dit staat in schril contrast met de vereisten die gelden bij een verzoek om toestemming voor het ontslag voor de werknemer die gewoon in dienst is bij de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. In dat geval moet de werkgever een ontslag om bedrijfseconomische redenen voldoende onderbouwen met jaarstukken en (omzet)prognoses.

Voorts moet de werknemer gelet op zijn leeftijd en anciënniteit op basis van het afspiegelingsbeginsel in aanmerking komen voor ontslag. Ook bij een verzoek om een ontslagvergunning wegens disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten of wegens een verstoorde arbeidsrelatie zal door de werkgever aannemelijk moeten worden gemaakt en met bescheiden moeten worden onderbouwd dat het ontslag noodzakelijk is en de werknemer niet elders in de onderneming kan worden geplaatst. In verband met deze voorwaarden voor toestemming voor ontslag om bedrijfseconomische redenen zal de werkgever niet lichtvaardig besluiten tot het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV WERKbedrijf. Wil de werkgever niet het risico lopen dat de toestemming wordt geweigerd, dan zal hij de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden dan wel deze in overleg met de werknemer proberen te beëindigen. In beide gevallen ontvangt de werknemer doorgaans een ontslagvergoeding.

**Minder ontslagbescherming bij payrolling is niet gerechtvaardigd: payrolling is geen uitzending maar een contractueel alternatief voor de ‘gewone’ arbeidsovereenkomst**

Het preventieve ontslagtoezicht is bij payrolling dus in de meeste gevallen niet meer dan een wassen neus. In feite doet de payrollwerknemer afstand van deze ontslagbescherming op het moment dat hij akkoord gaat met een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf. Daarmee komt de payrollwerknemer voor de toepassing van het Ontslagbesluit te verkeren in een positie die vergelijkbaar is met die van een uitzendkracht. Bij payrolling wordt echter iets heel anders beoogd dan bij uitzending. Zoals ook werd opgemerkt door de kantonrechter vervult het payrollbedrijf geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. De opdrachtgever werft en selecteert de werknemer zelf. Die werknemer wordt vervolgens niet aan verschillende inleners ter beschikking gesteld door het payrollbedrijf, maar is exclusief en in beginsel langdurig werkzaam bij de opdrachtgever die hem wierf en selecteerde. Het uitzendbureau richt zich op het op tijdelijke basis ter beschikking stellen van door hem geworven en geselecteerde uitzendkrachten aan verschillende opdrachtgevers. Anders dan een payrollbedrijf heeft een uitzendbureau daardoor ook voldoende herplaatsingsmogelijkheden voor de bij hem in dienst zijnde uitzendkrachten wanneer een opdrachtgever een uitzendovereenkomst beëindigt. Wanneer het payrollbedrijf en niet de opdrachtgever als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW zou kunnen worden gekwalificeerd, houdt het UWV mijns inziens in zijn beleidsregels onvoldoende rekening met de omstandigheid dat het payrollbedrijf uitsluitend de aan het werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen uitvoert. De wijze waarop het UWV op basis van zijn beleidsregels omgaat met verzoeken om toestemming voor het verlenen van ontslag aan payrollwerknemers heeft geleid tot Kamervragen aan de minister van SZW (KV 2011Z09252). Naar aanleiding van deze Kamervragen heeft minister Kamp de STAR gevraagd advies uit te brengen over payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor

werknemers als het gaat om ontslag. Dit advies wordt april 2012 verwacht. Wordt spoedig vervolgd dus...