



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ktr. Rotterdam (rolnummer 13915112 VZ VERZ 12-8983: payrolling, werkgeverschap, materieel werkgeverschap, formeel werkgeverschap, afspiegeling, reflexwerking Beleidsregels Ontslagtaak UWV, ontbinding)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie in Nederland

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2013). Ktr. Rotterdam (rolnummer 13915112 VZ VERZ 12-8983: payrolling, werkgeverschap, materieel werkgeverschap, formeel werkgeverschap, afspiegeling, reflexwerking Beleidsregels Ontslagtaak UWV, ontbinding). 3. Case note on: Ktr. Rotterdam, 21/12/12 *Jurisprudentie in Nederland*, 2013(1), 12-19.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

3
<p>Kantonrechter Rotterdam 21 december 2012, nr. 13915112 VZ VERZ 12-8983 (mr. Lubberdink) Noot J.P.H. Zwemmer</p>
<p>Payrolling. Werkgeverschap. Materieel werkgeverschap. Formeel werkgeverschap. Afspiegeling. Reflexwerking Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Ontbinding.</p>
<p>Payrollonderneming dient binnen de onderneming van materieel werkgever af te spiegelen bij verval arbeidsplaatsen. Beleidsregels Ontslagtaak UWV miskennen strekking BBA door enkel de toets aan te leggen of de materieel werkgever is gevraagd het afspiegelingsbeginsel toe te passen. Afwijzing tien ontbindingsverzoeken</p>
<p>[BW art. 7:685; Besluit Beleidsregels Ontslagtaak UWV art. Hoofdstuk 16]</p>

Werkgeversinstituut BV (hierna: WGI) is een payrollonderneming die zich toelegt op de detachering van personeel naar instellingen op het gebied van welzijn, sociaal cultureel werk en gemeentelijke diensten binnen de regio Rotterdam Rijnmond. WGI en de Dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving (hierna: JOS) hebben in 2006 een aansluitingsovereenkomst gesloten. In opdracht van JOS zijn 138 werknemers in dienst getreden van WGI om binnen JOS de functie Ouderconsulent Scholen te gaan vervullen. Werkneemster is sinds april 2011 in dienst van WGI als Ouderconsulent Scholen. Door een gewijzigde beleidsregel hebben diverse scholen besloten niet langer met een Ouderconsulent Scholen te werken, waardoor 44 arbeidsplaatsen zijn komen te vervallen. WGI heeft JOS verzocht

bij het maken van de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers het afspiegelingsbeginsel toe te passen, maar JOS heeft dit geweigerd. Het UWV Werkbedrijf heeft WGI toestemming verleend de arbeidsovereenkomst van werkneemster op te zeggen. Geoordeeld is dat niet verwacht kan worden dat WGI de dienstbetrekkingen voortzet, nu JOS de overeenkomst tot plaatsing van 45 Ouderconsulenten Scholen, waaronder werkneemster, wenst te beëindigen. Ingevolge de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is sprake van een bedrijfseconomische reden wanneer een opdrachtgever de payrollopdracht beëindigt, zoals in het onderhavige geval. Nu JOS, nadat WGI daar om heeft verzocht, heeft geweigerd het afspiegelingsbeginsel toe te passen, kan WGI niet anders dan zich daar aan conformeren. Voor tien arbeidsongeschikte werknemers, waaronder werkneemster, is een ontbindingsverzoek ingediend. De ontbindingsverzoeken zijn verdeeld tussen twee kantonrechters die met elkaar overleg hebben gehad over de uiteindelijke beslissing. De kantonrechters oordelen als volgt. Bij beschouwing van de feitelijke situatie moet de relatie tussen JOS en de Ouderconsulent Scholen worden aangemerkt als een (materiële) arbeidsovereenkomst nu zij voldoet aan de criteria van art. 7:610 BW. Het is juist deze positie van JOS als materiële, niet-contractuele werkgever, die van uitermate groot belang is voor de beoordeling van de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen dient te worden ontbonden. In de situatie die zich hier voordoet moet bij de beantwoording van de vraag welke werkneemster(s) voor ontbinding (ontslag) in aanmerking komt (komen), worden gekeken naar de arbeidsverhouding waarvan de werkneemster deel uitmaakt, in haar geheel. In het licht van de strekking van het BBA 1945 komt het bij de uitvoering van de regels in het Ontslagbesluit erop aan dat door de constructie die de partijen aan hun handeling hebben gegeven wordt heengekeken zodat, bijvoorbeeld, een samenstel van overeenkomsten waarbij een werkneemster wordt geworven door de materiële werkgever (hier: JOS) die een arbeidsovereenkomst met de werkneemster laat sluiten door een aan hem gelieerde derde (hier: WGI) en het salaris aan de werkneemster doet betalen door die derde, terwijl de materiële werkgever de volledige zeggenschap over de werknemer behoudt en tegenover de derde gebonden is het aan de werknemer betaalde loon een-op-een te vergoeden, moet worden aangemerkt als een arbeidsverhouding met de materiële werkgever. Dit brengt met zich dat de derde die het UWV toestemming verzoekt om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen het afspiegelingsbeginsel dient te laten toepassen binnen de materiële werkgever. Een andere benadering doet afbreuk aan de strekking van het BBA 1945, dat immers beoogt zowel in het belang van de betrokken werkneemsters als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen. De Beleidsregels Ontslagtaak UWV miskennen dit uitgangspunt, nu zij bij de beoordeling van een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden enkel de toets aanleggen dat door de payrollonderneming moet worden gevraagd aan de inlener of deze het afspiegelingsbeginsel wil toepassen, terwijl als deze dat dan weigert te doen (zoals in het onderhavige geval), de beleidsregels erin voorzien dat toch een ontslagvergunning wordt verleend. Reeds daarom komt de kantonrechter niet meer toe aan een oordeel over de door WGI ingeroepen reflexwerking te harer gunste van die beleidsregels. Door WGI (namens JOS) dient te worden afgespiegeld binnen de materiële werkgever, te weten JOS. Volgt afwijzing van de tien ontbindingsverzoeken, waaronder dat van werkneemster.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Werkgeversinstituut BV, gevestigd te Rotterdam, verzoekster, gemachtigde: mr. A. Stamoulis, advocaat te Rotterdam, tegen Verweerster, wonende te Rotterdam,

verweerster, gemachtigde: mr. W.H.J.W. de Brouwer, advocaat te Rotterdam.

Partijen worden hierna aangeduid als "WGI" respectievelijk "Verweerster".

Kantonrechter:

1. Het verloop van de procedure

1.1 De kantonrechter heeft kennis genomen van de volgende processtukken:

- het verzoekschrift, met producties, ontvangen op 24 oktober 2012;
- het verweerschrift, met producties;
- de brief aan de zijde van WGI van 14 november 2012, met drie aanvullende producties;
- de bij gelegenheid van de mondelinge behandeling overgelegde pleitaantekeningen aan de zijde van WGI.

1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 16 november 2012. Namens WGI zijn verschenen de heer P.G.J. de Werd (directeur) en de heer B. Andriessen (P&O-adviseur), bijgestaan door mevrouw mr. A. Stamoulis.

Verweerster is in persoon verschenen, bijgestaan door de heer W.H.J.W. de Brouwer, vergezeld van de heer Grijs, advocaat-stagiair.

1.3 De mondelinge behandeling van dit verzoek, alsmede van de negen andere gelijktijdig en voor een belangrijk deel gelijklopende verzoeken, is bepaald op 16 november 2012. Eén verzoek kon toen niet behandeld worden, omdat de betreffende verweerster niet was verschenen (en niet al dadelijk bij exploit was opgeroepen). Bedoelde tien ontbindingsverzoeken zijn verdeeld tussen twee kantonrechters die met elkaar overleg hebben gehad over de uiteindelijke beslissing.

1.4 Na de mondelinge behandeling zijn op 19 november 2012 ter griffie nog twee aanvullende producties behorend bij het verzoekschrift van WGI ontvangen. Namens Verweerster is op deze aanvullende producties bij faxbericht van 30 november 2012 gereageerd.

1.5 De datum van uitspraak in deze zaak (en in de negen andere zaken) is door de kantonrechter wegens organisatorische redenen nader bepaald op heden. Hiervan zijn partijen bij faxbericht van 6 december 2012 op de hoogte gebracht.

2. De feiten

In deze procedure wordt uitgegaan van de volgende feiten:

2.1 WGI is een payrollings onderneming die zich toelegt op de detachering van personeel naar instellingen op het gebied van welzijn, sociaal cultureel werk en gemeentelijke diensten binnen de regio Rotterdam Rijnmond. WGI verricht deze activiteiten sinds 1985 en is daartoe als zodanig ook in het leven geroepen

2.2 De dienstverlening van WGI bestaat eruit dat zij door haar opdrachtgevers geworven en geselecteerde werknemers in dienst neemt en een aantal formele werkgeverstaken, waaronder de salarisbetaling, op zich neemt, en vervolgens deze werknemers weer bij haar opdrachtgevers te werk stelt. Bij het door de opdrachtgevers werven en selecteren van personeel voor bij haar opdrachtgevers aanwezige vacatures speelt WGI geen rol.

2.3 WGI heeft de voorwaarden van haar dienstverlening vastgelegd in een zogenaamde 'Aansluitingsovereenkomst' die zij met haar opdrachtgevers sluit.

2.4 Op 22 november 2006 heeft WGI (althans haar rechtsvoorganger de stichting Stichting Werkgeversinstituut Sociaal Cultureel Werk Rotterdam) met de gemeente Rotterdam, vertegenwoordigd door de Dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving

(hierna: JOS) een Aansluitingsovereenkomst gesloten, met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2006. Op 2 januari 2010 hebben partijen nog een addendum bij deze overeenkomst ondertekend. In de artikelen 1, 2 en 3 van deze Aansluitingsovereenkomst is — voor zover thans relevant — het volgende vermeld:

“1. Aanvangsdatum en einde van de overeenkomst

1.1. Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van het project ouderconsulenten en de financiering ervan door de gemeente Rotterdam).

1.2 De overeenkomst eindigt:

1.2.1. Ingeval de subsidie ten behoeve van het project ouderconsulenten zal worden stopgezet;

(..)

2. Verplichtingen WGI

2.1 Het WGI treedt op als formeel werkgever van de ouderconsulenten en voert daarbij werkzaamheden voor de opdrachtgever uit (...).

2.2 Het WGI verbindt zich om ouderconsulenten, gedurende de looptijd van deze overeenkomst in dienst te nemen en te houden en deze bij de organisaties te plaatsen.

2.5 Het WGI gaat slechts over tot aanstelling, schorsing, op non-actiefstelling of ontslag op staande voet van geplaatste ouderconsulent(s) na verkregen schriftelijke opdracht van de organisatie.

2.6 Eventuele gerechtelijke procedures ter zake van schorsing, op non-actiefstelling of ontslag zullen door het WGI worden gevoerd voor rekening en risico van de opdrachtgever.

3. Financiën

3.1 De opdrachtgever is verplicht tot betaling aan het WGI van alle loon- en andere kosten, die door het WGI gemaakt worden voortvloeiend uit het dienstverband van de door haar aangestelde en bij organisaties geplaatste ouderconsulenten, zulks inclusief de kosten, die worden gemaakt in verband met de toepassing van de CAO die van toepassing is.(...)”

2.5 WGI valt onder de werkingssfeer van de CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening (hierna: de CAO Welzijn).

2.6 Artikel 11.6 (“Financiële aanspraken bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden”) van de CAO Welzijn luidt als volgt:

“(..).

2. Bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden ontvangt de werknemer een ontslagvergoeding. Werknemers tot 50 jaar ontvangen een ontslagvergoeding van één-zesde maandsalaris per dienstjaar (...)

3. De werknemer ontvangt een aanvulling op de WW. Voor de berekening van de duur van de aanvulling wordt de volgende systematiek toegepast:

a. De totale duur van de aanvullingsperiode is gerelateerd aan de WW-duur van de werknemer en gemaximeerd op 38 maanden.

b. De duur van de aanvulling op de WW bedraagt drie maanden. Voor de rechthebbende die op de dag van het ontslag nog geen 21 jaar oud is, wordt daar een duur gelijk aan 18% van zijn diensttijd bij opgeteld, voor de rechthebbende die op de dag van ontslag 21 jaar oud is een duur gelijk aan 19,5% van zijn diensttijd, en zo per leeftijdsjaar opklimmend met 1,5% tot aan de rechthebbende die op de dag van ontslag 60 jaar of ouder is. Voor laatstgenoemde bedraagt de vermeerdering 78%. Onder diensttijd wordt verstaan de diensttijd die voor onbepaalde of bepaalde tijd is doorgebracht bij werkgevers die vallen onder de werkingssfeer van deze CAO.

4. De hoogte van de aanvulling op de WW wordt als volgt vastgesteld:

a. Gedurende 6 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 100% van het salaris.

b. Gedurende 12 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 90% van het salaris.

c. Daarna ontvangt de werknemer een aanvulling tot 80% van het salaris.”

2.7 Verweerster, geboren op 12 maart 1974, is op 17 april 2011 op verzoek van JOS bij WGI in dienst getreden in de functie van Assistent Ouderbetrokkenheid, welke functie destijds met behulp van een ID-loonkostensubsidie is gecreëerd. Sinds augustus 2006 heeft Verweerster de functie van Ouderconsulent Scholen bekleed, welke functie een reguliere arbeidsplaats is en niet langer gesubsidieerd wordt met behulp van een ID-loonkostensubsidie. Verweerster is werkzaam op De Boog te Rotterdam, behorend bij de Stichting Bestuur Openbaar Onderwijs Rotterdam (hierna: BOOR).

2.8 De functie van Ouderconsulent Scholen is beschikbaar gekomen in het kader van het project Ouderconsulenten, welk project gefinancierd wordt door JOS en gebaseerd is op de Uitvoeringsnotitie Ouderconsulenten van de gemeente Rotterdam van 22 maart 2006.

2.9 Naast Verweerster heeft WGI in opdracht van JOS nog 138 werknemers geplaatst in de functie van Ouderconsulent Scholen.

2.10 De functie van Ouderconsulent Scholen betreft — kort samengevat — een uitvoerende functie die gericht is op het werken met ouders van kinderen van 2-12 jaar en op het vervullen van een brugfunctie tussen onderwijs, voorzieningen in de wijk en ouders.

2.11 Het salaris van Verweerster bedraagt € 2032,91 bruto per maand (bij een parttime percentage van 88,89%), te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en met 8,3% eindejaarsuitkering.

2.12 Verweerster is sinds 9 januari 2012 arbeidsongeschikt.

2.13 Bij brief van 25 juni 2012 heeft JOS aan WGI bericht dat de overeenkomst tot plaatsing van 44 Ouderconsulenten, waaronder Verweerster, wordt opgezegd per 1 januari 2013. In deze brief is — voor zover thans van belang — het volgende vermeld:

“(..)

In de afgelopen periode heeft met uw organisatie reeds uitvoerig overleg plaatsgevonden aangaande de door onze dienst voorgenomen opzegging van een deel van de met uw Organisatie ten behoeve van de plaatsing van Ouderconsulenten Scholen gesloten overeenkomsten en de redenen hiervoor. Kort samengevat komen deze erop neer dat de betreffende scholen voor wie de Ouderconsulenten Scholen werkzaam zijn gelet op de Beleidsregel Onderwijs Rotterdam 2012-2013 per / augustus 2012 — mits voldaan aan de subsidievoorwaarden — zelfstandig mogen besluiten hoe de werkzaamheden van de Ouderconsulenten Scholen (..) binnen de scholen zullen worden ingevuld. De scholen kunnen ervoor kiezen om een aanvraag voor toekenning subsidie ouderbetrokkenheid in te dienen gebaseerd op het aanhouden van de huidige bij de school geplaatste Ouderconsulent (in dienst van uw Organisatie) of op het intern aanstellen van een medewerker hiervoor. Ook komt het voor dat in het geheel geen aanvraag wordt gedaan.

Inmiddels is op basis van de door de afzonderlijke scholen al dan niet ingediende aanvragen de balans opgemaakt en staat thans vast dat voor 25 Ouderconsulenten Scholen geen aanvraag is gedaan door de scholen strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats. Ten aanzien van 19 Ouderconsulenten Scholen geldt dat hun arbeidsplaats gedeeltelijk zal komen te vervallen.

Helaas heeft het vorenstaande dan ook tot gevolg dat wij ons noodzaak zien om deze lopende overeenkomsten met uw Or-

organisatie te beëindigen daar waar het de plaatsing van onderstaande werknemers betreft (zijnde de hiervoor genoemde Ouderconsulenten Scholen ten aanzien van wie geen aanvraag is ingediend strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats dan wel een aanvraag voor minder uren):

Verweerster,)

In totaal zullen dus 44 van de 139 arbeidsplaatsen van Ouderconsulent Scholen deels dan wel volledig komen te vervallen, en wel per 1 januari 2013 (...). 1 januari 2013 is dan ook de datum waartegen de lopende overeenkomsten met uw Organisatie zullen worden opgezegd (...)

2.14 Bij brief van 28 juni 2012 heeft WOL de ontvangst van de opzegging door JOS bevestigd. Tevens heeft WOL in deze brief aan JOS bericht dat – samengevat – JOS bij het maken van de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers het afspiegelingsbeginsel (deels) niet juist heeft toegepast en verzoekt het WGI JOS, althans de scholen waarbij de betreffende werknemers zijn geplaatst, om de opzegging van 29 werknemers voor wie dit geldt te heroverwegen onder toepassing van een door haar op basis van het afspiegelingsbeginsel gemaakte selectie.

2.15 In antwoord op deze brief van WOL van 28 juni 2012 heeft JOS bij brief van 2 juli 2012 – voor zover thans relevant – het volgende bericht:

Helaas moeten wij u berichten uw verzoek om heroverweging niet in te kunnen willigen en de eerder gedane opzegging volledig te handhaven. Zoals wij in onze brief van 25 juni 2012 al aangaven, is de selectie gebaseerd op de aanvragen voor ouderbetrokkenheid zoals deze al dan niet zijn ingediend door de afzonderlijke scholen. Onze dienst kan hierop als vanzelfsprekend geen invloed uitoefenen. Een en ander is volledig afhankelijk van de wensen en mogelijkheden van de scholen.

Gelet op het vorenstaande kan dan ook geen toepassing van het afspiegelingsbeginsel plaatsvinden over het volledige best and aan Ouderconsulenten Scholen; er vindt immers in beginsel geen uitwisseling plaats tussen de Ouderconsulenten die geplaatst zijn bij de afzonderlijke scholen. Indien de betrokken school een aanvraag heel ingediend strekkende tot behoud van een Ouderconsulent, dan geldt de aanvraag specifiek voor die werknemer en kan de school achteraf niet verplicht worden om een andere werknemer van uw organisatie hiervoor in de plaats aan te stellen.

Daar waar er op een school meerdere Ouderconsulenten zijn aangesteld en door de betreffende school niet is gekozen voor het aanhouden van de voltallige bezetting, hebben wij de school – voor zover met de gedane selectie afgeweken werd van het afspiegelingsbeginsel – gewezen op deze afwijking en verzocht de keuze te heroverwegen

(...)

De betreffende scholen hebben ons echter bevestigd niet van de gemaakte selectie te willen afwijken. JOS kan de scholen hier vanwege het door hen zelfstandig gevoerde aannamebeleid niet toe dwingen.

Wij vertrouwen erop dat u de keuze qua personeels- en aannamebeleid van de betreffende scholen zult respecteren, alsook de hieruit voortvloeiende noodzaak van de z/(de van onze dienst om als uw opdrachtgever deze keuze gestalte te geven in de vorm van de opzegging van de met uw organisatie gesloten overeenkomst. (...)

2.16 WGI heeft hierop bij brief van (eveneens) 2 juli 2012 gereageerd. Voor zover relevant luidt de inhoud van die brief:

“(..). Deze brief geldt dan ook als de door u verzochte bevestiging van ontvangst van de opzegging.

Uiteraard respecteren wij het personeels- en aannamebeleid van de individuele scholen: onze organisatie heeft hier namelijk geen zeggenschap over. Ook begrijpen wij dat JOS de keu-

zes van de scholen dient te respecteren. Een en ander maakt dat wij ons bij uw selectie zullen neerleggen en tot uitvoering van de benodigde procedures zullen overgaan (...)

2.17 Bij brief van 9 juli 2012 heeft WGI Verweerster over de opzegging door JOS van een deel van de met WGI ten behoeve van de plaatsing van Ouderconsulenten Scholen gesloten overeenkomsten en de redenen daarvoor geïnformeerd en meegedeeld dat als gevolg daarvan haar arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk niet zal worden voortgezet na 1 januari 2013. Aan deze mededeling heeft zij de volgende zin toegevoegd: “JOS heeft dit als definitief besluit medegedeeld en wij kunnen dit uiteraard niet veranderen nu wij u uitsluitend in dienst hebben genomen om in opdracht van JOS permanent als Ouderconsulent bij een onderwijsinstelling te worden geplaatst.”.

WGI heeft Verweerster verder nog geïnformeerd over de start van een herplaatsingstraject.

2.18 Op 17 juli 2012 heeft WGI bij haar Ondernemingsraad (hierna: OR) een adviesaanvraag ingediend ten aanzien van het voorgenomen besluit om per 1 januari 2013 de arbeidsovereenkomst van een aantal Ouderconsulenten Scholen op te zeggen.

2.19 Bij brief van 20 juli 2012 heeft het WGI Verweerster verzocht contact op te nemen met de afdeling P&O voor het maken van een afspraak voor het herplaatsingsgesprek.

2.20 Bij brief van 8 augustus 2012 heeft WGI ingevolge de Wet melding collectief ontslag bij het UWV melding gedaan van collectief ontslag.

2.21 Op 30 september 2012 heeft de OR, ten aanzien van het voorgenomen besluit om per 1 januari 2013 de arbeidsovereenkomst van een aantal Ouderconsulenten Scholen op te zeggen, een positief advies uitgebracht.

2.22 Op 23 oktober 2012 heeft het UWV WGI toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met Verweerster op te zeggen. Aan deze ontslagvergunning (waarvan WGI geen gebruik heeft gemaakt in verband met de huidige arbeidsongeschiktheid van Verweerster) wordt – voor zover thans relevant – het volgende ontleend:

‘Uw onderneming is een zogenaamde ‘payrolling company’ (...). Uw dienstverlening bestaat eruit dat u – uitsluitend – het formele werkgeverschap op u neemt van de door u in dienst te nemen werknemers.

(...) Gelet op het voorgaande vervullen uw opdrachtgevers de rol van feitelijke werkgever.

(...)

Specifiek voor werknemer, die als Ouderconsulent Scholen op verzoek van de dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving van de gemeente Rotterdam (hierna te noemen JOS) werkzaamheden verricht voor Schoolbestuur BOOR, geldt dat JOS de met u gesloten overeenkomst tot plaatsing van 45 Ouderconsulenten Scholen heeft opgezegd met ingang van 1 januari 2013, waardoor de arbeidsplaats van werknemer (gedeeltelijk) komt te vervallen.

(...)

Beoordeling

Uw aanvraag is gebaseerd op bedrijfseconomische redenen.

Wij zijn van oordeel dat van u niet gevraagd kan worden het dienstverband met werknemer voort te zetten, aangezien ons is gebleken dat de opdrachtgever, via wie werknemer werkzaam is, de dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving van de gemeente Rotterdam (JOS), u te kennen heeft gegeven dat zij de overeenkomst tot plaatsing van 45 Ouderconsulenten Scholen, waaronder werknemer, wenst te beëindigen.

Ingevolge de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is sprake van een bedrijfseconomische reden wanneer een opdrachtgever de payroll-opdracht beëindigt. U heeft aan de hand van de door ii over-

gelegde correspondentie aangetoond dat uw opdrachtgever de payroll-opdracht (deels) heeft beëindigd, waarmee u aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische redenen om tot ontslag van werknemer over te gaan.

Resteert beantwoording van de vraag of het afspiegelingsbeginsel aan ontslag van werknemer in de weg staat.

De bijzondere contractuele relatie bij payrolling laat niet toe dat het afspiegelingsbeginsel onverkort wordt toegepast; u heeft immers geen enkele zeggenschap over de werknemers die werkzaam zijn bij uw verschillende opdrachtgevers. De afspiegeling dient zich te beperken tot de werknemers die werkzaam zijn bij de opdrachtgever, die de overeenkomst met u deels (45 werknemers) heeft beëindigd. In dit kader heeft u JOS verzocht het afspiegelingsbeginsel toe te passen, maar JOS heeft hieraan geen gehoor gegeven. JOS heeft zich bij de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers laten leiden door de beslissing van de scholen.

Nu uw opdrachtgever heeft geweigerd de opzegging te herzien, kunt u niet anders dan u hieraan conformeren. U heeft immers geen zeggenschap over het personeelsbeleid bij uw opdrachtgever en u kunt uw opdrachtgever niet dwingen. Geldt op artikel 4:2 lid 3 van het Ontslagbesluit zijn wij van mening dat op grond van de hardheidsclausule toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing gelaten kan worden.

Daarnaast komen wij tot de conclusie dat er binnen uw organisatie —gelet op het specifieke karakter van uw organisatie— geen mogelijkheden zijn om werknemer te herplaatsen; uw opdrachtgevers bepalen immers het aanname- en ontslagbeleid en u heeft zelf geen bestand aan uit te lenen personeel. Evenmin heeft het door u ontwikkelde beleid tot herplaatsing van werknemer geleid

16

Beslissing

Wij verlenen u hierbij toestemming om de arbeidsverhouding met werknemer op te zeggen.

(..).”

2.23 WGI heeft na verleg met Abvakabo FNV een Sociaal Plan opgesteld met welk Sociaal Plan de OR op 26 oktober 2012 akkoord is gegaan. Abvakabo ENV heeft om haar moverende redenen uiteindelijk afgezien van het Sociaal Plan. Van dat Sociaal Plan maakt onder meer deel uit een mobiliteitsbudget voor loopbaanbegeleiding of coaching, een “eerder vertrek regeling”, de mogelijkheid tot afkoop van de voornoemde vergoedingen zoals opgenomen in artikel 11.6 van de CAO Welzijn, en een aanvullend budget voor om- of bijscholing.

3. Het verzoek en de grondslag daarvan

3.1 Het verzoek van WGI strekt tot ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 januari 2013, dan wel op een zo kort mogelijke termijn daarna, wegens gewichtige redenen bestaande uit veranderingen in de omstandigheden, onder toekenning aan Verweerster van de vergoedingen zoals opgenomen in artikel 11.6 van de CAO Welzijn, bestaande uit (i) de eenmalige ontslagvergoeding ex artikel 11.6 lid 2 van de CAO Welzijn en (ii) een suppletie-uitkering conform artikel 11.6 leden 3 en 4 van de CAO Welzijn en de hierin opgenomen voorwaarden wat ontstaan van de aanspraak, hoogte en (maximale) duur betreft, waarbij geldt dat WGI bereid is een door Verweerster te ontvangen uitkering aan te vullen als ware het een WW-uitkering, met dien verstande dat Verweerster geen hoger bedrag aan suppletie zal ontvangen dan hetgeen haar uit hoofde van artikel 11.6 van de CAO Welzijn toekomt en dat dezelfde voorwaarden van toepassing zijn aangaande het ontstaan, de duur, de hoogte en het eindigen van de aanspraak, en van de overige uit het Sociaal Plan voortvloeiende emolumenten indien en voor zover aan de in het Sociaal Plan

gestelde voorwaarden voor aanspraak is voldaan, kosten rechs.

3.2 Aan haar verzoek heeft WGI — naast voormelde feiten, zakelijk weergegeven en voor zover thans relevant — het volgende ten grondslag gelegd.

a) WGI verzoekt reflexwerking toe te kennen aan de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hoofdstuk 16 inzake Payrolling, welke beleidsregels specifiek zijn geschreven voor de beoordeling door het UWV van ontslagaanvragen ingediend door payroll-werkgevers met als ontslaggrond de beëindiging van de detachingsovereenkomst door de opdrachtgever. Uit deze beleidsregels volgt dat de beëindiging van de opdracht door een payroll-werkgever een bedrijfseconomische reden vormt voor het indienen van een ontslagaanvraag, dat het afspiegelingsbeginsel zich beperkt tot de werknemers die werkzaam zijn bij de betrokken opdrachtgever, dat van een payroll-werkgever wordt verwacht dat hij de opdrachtgever wijst op het afspiegelingsbeginsel maar dat het uiteindelijk de opdrachtgever is die zich hier al dan niet aan conformeert en dat een payroll-werkgever bij aangesloten opdrachtgevers dient na te gaan of er geschikte vacatures zijn of op korte termijn beschikbaar komen.

De door WGI bij UWV Werkbedrijf gevoerde ontslagprocedures worden steeds op basis van voornoemde beleidsregels behandeld en de vergunningen worden dienovereenkomstig verleend.

b) JOS heeft de overeenkomst tot plaatsing van 44 Ouderconsulenten Scholen, onder wie Verweerster, opgezegd. Als grond voor de opzegging heeft JOS aangegeven, dat op basis van de door de afzonderlijke scholen al dan niet ingediende subsidieaanvragen vast staat dat voor 29 Ouderconsulenten, onder wie Verweerster, door de scholen geen subsidieaanvraag strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats is gedaan. WGI ontvangt na 1 januari 2013 geen vergoeding meer voor het aan Verweerster te betalen salaris. De opzegging door JOS vormt voor WGI een bedrijfseconomische reden op grond waarvan zij gerechtigd is de arbeidsovereenkomst met Verweerster te beëindigen.

Het afspiegelingsbeginsel staat hieraan niet in de weg. WGI heeft JOS verzocht om het afspiegelingsbeginsel correct toe te passen en het ontslag van 29 werknemers te heroverwegen, maar JOS heeft hieraan geen gehoor gegeven. Voor WGI restte geen andere mogelijkheid dan met de door JOS opgegeven selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers in te stemmen.

c) Ondanks dat dit niet tot de aard van haar dienstverlening behoort, hanteert WGI bij beëindiging van de overeenkomst door een opdrachtgever een herplaatsingsbeleid, bestaande uit:

- het plaatsen van een geanonimiseerd profiel van de werknemer op de website van WGI; – het inventariseren van de mogelijkheden en wensen van de werknemer in een belangstellingsgesprek;

- (tot eind 2011) het actief aanschrijven van een voorgeselecteerde groep opdrachtgevers met de vraag naar passende vacatures. Vanwege de recente forse bezuinigingsrondes binnen de branche van haar opdrachtgevers ontbreken vacatures. Dit heeft WGI ook ervaren in eerdere ontslagrondes, waarin zij op grote schaal haar opdrachtgevers heeft benaderd, hetgeen echter keer op keer niet tot herplaatsing heeft kunnen leiden. Nu dit derhalve zinloos is en bovendien de relatie met haar opdrachtgevers verstoort, heeft WGI sinds eind 2011 besloten dit onderdeel van haar herplaatsingsbeleid niet langer in te zetten.

d) Gelet op de opzegging door JOS en het ontbreken van herplaatsingsmogelijkheden, ook na volledig herstel van Verweerster, heeft WGI geen andere mogelijkheid dan beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Verweerster.

WGI en JOS hebben zich overigens jegens alle boventallige werknemers geëngageerd aan uitgebreide mobiliteitsbevorderende (begeleidings-)maatregelen. Zo stelt JOS alle werknemers in de gelegenheid om op haar kosten een mobiliteitstraining bij Stichting de Meeuw te volgen, waaraan Verweerster reeds deelneemt of zal gaan deelnemen. Verder kan Verweerster aanspraak maken op de in het door WGI in overleg met Abvakabo FNV opgestelde Sociaal Plan opgenomen emolumenten, zoals hiervoor genoemd in 2.23.

Voor de aan Verweerster toe te kennen vergoeding verzoekt WGE uitsluitend uit te gaan van de in de CAO Welzijn in artikel 11.6 opgenomen vergoeding plus de suppletierегeling, alsook het Sociaal Plan. Daarbij merkt WGI op dat, hoewel de CAO Welzijn hiertoe niet verplicht, zij bereid is de door Verweerster (eventueel) te ontvangen ZW-uitkering aan te vullen als ware het een WW-uitkering, zij het tegen dezelfde voorwaarden en tot niet meer dan hetgeen Verweerster uit hoofde van artikel 11.6 van de CAO Welzijn toekomt.

4. Het verweer

Het verweer van Verweerster strekt primair tot niet ontvankelijk verklaring van WGI in haar verzoek, subsidiair tot afwijzing van het verzoek bij gebrek aan dringende redenen, meer subsidiair tot afwijzing van het verzoek vanwege onvoldoende inspanning inzake re-integratie door het WGI hetgeen leidt tot een opzegverbod conform artikel 7:670 BW en nog meer subsidiair, indien het verzoek van WGI wordt gehonoreerd, tot toekenning van een ontslagvergoeding conform de kantonrechttersformule met een C-factor 3, een en ander onder kosten compensatie. Op het verweer van Verweerster zal, voor zover relevant voor de beoordeling, hierna worden ingegaan.

5. De beoordeling

5.1 Omdat de tien gelijksoortige ontbindingsverzoeken die WGI op 24 oktober 2012 bij de sector kanton van deze rechtbank heeft ingediend vanwege organisatorische redenen door twee verschillende kantonrechtters inhoudelijk zijn behandeld op 16 en 27 november 2012, heeft onderlinge afstemming tussen deze kantonrechtters plaatsgevonden. Nu WGI de tien ontbindingsverzoeken tegelijkertijd heeft ingediend en deze verzoeken vrijwel gelijktijdig inhoudelijk zijn behandeld, zullen de verweren die door de verweersters individueel naar voren zijn gebracht, beoordeeld worden als zijnde gevoerd door alle verweersters, behoudens voor zover het strikt individuele verweren betreft. In een aantal gevallen hebben verweersters, althans hun gemachtigden, zich expliciet bij de door anderen al gevoerde verweren aangesloten. Bovenal geldt dat in situaties als de onderhavige zoveel mogelijk voorkomen dient te worden dat in gelijke gevallen verschillend wordt beslist om de enkele reden dat een verweer door een der verweersters niet zou zijn gevoerd, temeer nu de kantonrechter in de ontbindingsprocedure niet (strikt) lijdelijk behoort op te treden.

5.2 De kantonrechter dient zich er van te vergewissen of het verzoek verband houdt met een opzegverbod. Uit artikel 7:670 lid 1 sub a BW volgt – kort gezegd – dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd. Niet kan worden vastgesteld – het partijdebat heeft zich daarop niet toegespitst – of het verzoek verband houdt met een opzegverbod.

5.3 WGI heeft zich bij haar verzoek op het standpunt gesteld dat zij op grond van de door haar met Verweerster gesloten arbeidsovereenkomst als de (formele) werkgever van Verweerster dient te worden beschouwd. Daarmee heeft WGI voldoende gesteld

om ontvankelijk te zijn in haar ontbindingsverzoek. 1-let primaire verweer van Verweerster strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring wordt dan ook verworpen. Vast staat dat WGI en werknemster zich jegens elkaar hebben verbonden middels de schriftelijk vastgelegde arbeidsovereenkomst en dat WGI de formele werkgever van werknemster is.

5.4 Daartegenover staat dat bij beschouwing van de feitelijke situatie de relatie tussen JOS en de Ouderconsulent Scholen moet worden aangemerkt als een (materiële) arbeidsovereenkomst nu zij voldoet aan de criteria van art 7:610 BW. Immers de werknemster wordt geselecteerd door JOS en JOS bepaalt of deze een overeenkomst krijgt aangeboden. WGI heeft geen enkele zeggenschap over de wijze waarop werknemster haar werkzaamheden verricht. Deze berust geheel bij JOS. Het is JOS die beslist of de overeenkomst tussen WGI en de werknemster feitelijk zal eindigen (zie artikel 2.4 van de overeenkomst tussen WOI en JOS). WOI betaalt het salaris en is ook gehouden dat te doen, doch WOI kan de daarmee gemoeide kosten krachtens de tussen haar en JOS gesloten overeenkomst (vergelijk punten 2.4 en 3.2) één op één verhalen op JOS.

Werknemster heeft de verplichting om zelfde (bedongen) werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de school waar zij (langdurig) te werk is gesteld.

5.5 Het is juist deze positie van JOS als materiële, niet contractuele werkgever, die van uitermate groot belang is voor de beoordeling van de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen dient te worden ontbonden. In de situatie die zich hier voordoet moet bij de beantwoording van de vraag welke werknemster(s) voor ontbinding (ontslag) in aanmerking komt (komen), worden gekeken naar de arbeidsverhouding waarvan de werknemster deel uitmaakt, in haar geheel.

5.6 De kantonrechter stelt voorop dat het BBA 1945 nog steeds strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij vooral het in artikel 6 van dat Besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Het ontslagbesluit beoogt uitvoering te geven aan artikel 6 BBA 1945 en dit is ook het doel van de beleidsregels ontslagtaak UWV. In het licht van voornoemde strekking van het BBA 1945 komt het bij de uitvoering van de regels in het ontslagbesluit erop aan dat door de constructie die de partijen aan hun handeling hebben gegeven wordt heengekeken zodat, bijvoorbeeld, een samenstel van overeenkomsten waarbij een werknemster wordt geworven door de materiële werkgever (hier: JOS) die een arbeidsovereenkomst met de werknemster laat sluiten door een aan hem gelieerde derde (hier: WGI) en het salaris aan de werknemster doet betalen door die derde, terwijl de materiële werkgever de volledige zeggenschap over de werknemer behoudt en tegenover de derde gebonden is het aan de werknemer betaalde loon een op een te vergoeden, moet worden aangemerkt als een arbeidsverhouding met de materiële werkgever. Dit brengt met zich dat de derde die het UWV toestemming verzoekt om de arbeidsovereenkomst met werknemster op te zeggen het afspiegelingsbeginsel dient te laten toepassen binnen de materiële werkgever. Een andere benadering doet afbreuk aan de strekking van het BBA 1945, dat immers beoogt zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen.

5.7 De beleidsregels ontslagtaak UWV miskennen bovengenoemd uitgangspunt, nu zij bij de beoordeling van een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden enkel de toets aanleggen dat door de payroll-onderneming moet worden gevraagd aan de inlener of deze het afspiegelingsbeginsel wil toepassen, terwijl als deze dat dan weigert te doen (zoals in het on-

derhavige geval), de beleidsregels erin voorzien dat toch een ontslagvergunning wordt verleend. Reeds daarom komt de kantonrechter niet meer toe aan een oordeel over de door WGI ingeroepen reflexwerking te harer gunste van die beleidsregels.

5.8 Door WGI (namens JOS) dient te worden afgespiegeld binnen de materiële werkgever, te weten JOS. Vast staat dat WGI dat niet gedaan heeft maar wel van mening is dat JOS dat niet goed gedaan heeft. Op grond van de stukken deelt de kantonrechter die mening.

5.9 Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat alle ontbindingsverzoeken zullen worden afgewezen, waaronder dat van Verweerster. In een eventueel nieuw ontbindingsverzoek dient WGI uitgebreider dan zij thans heeft gedaan te motiveren waarom juist deze tien (arbeidsongeschikte) Ouderconsulenten, onder wie Verweerster, voor ontslag in aanmerking komen, waarbij tevens de selectieprocedure door JOS, althans door de afzonderlijke scholen, inzichtelijk is gemaakt en het afspiegelingsbeginsel juist is toegepast. Tevens zal zij daarbij dienen te onderbouwen in hoeverre bij de keuze (door de scholen of JOS) van de betrokken werkneemsters niet (ten dele) de arbeidsongeschiktheid van een werkneemster een rol heeft gespeeld.

5.10 In deze nieuw te voeren procedure zal de kantonrechter zich er dan ook van dienen te vergewissen of er sprake is van verband met een opzegverbod. Dat kan in deze procedure buiten beschouwing blijven.

5.11 Gelet op de aard van de procedure zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te melden wijze.

5.12 Hetgeen partijen voor het overige nog hebben aangevoerd, kan op dit moment niet tot een ander oordeel leiden.

6. De beslissing

De kantonrechter:

wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af, bepaalt dat elk der partijen de eigen kosten van deze procedure draagt.

NOOT

1. Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling geeft de ondernemer het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf. Die ondernemer (de opdrachtgever) werft en selecteert de werknemer en de werknemer wordt door het payrollbedrijf exclusief en in beginsel langdurig aan hem ter beschikking gesteld. Ook komt het voor dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt en het payrollbedrijf dit personeel vervolgens aan hem ter beschikking gaat stellen. Het payrollbedrijf betaalt het loon aan de werknemer, draagt belastingen en premies af en als de werknemer wordt ontslagen zal het payrollbedrijf een eventuele ontslagvergoeding betalen aan de werknemer. Het is de vraag of het arbeidsrecht toelaat dat een opdrachtgever en een payrollbedrijf kunnen afspreken dat het payrollbedrijf 'op papier' de werkgever is van de werknemer die door de opdrachtgever geworven en geselecteerd is en exclusief werkzaam is bij de opdrachtgever. In art. 7:610 lid 1 BW wordt immers de partij onder wier gezag de werknemer de arbeid verricht dwingendrechtelijk gedefinieerd als de werkgever van de werknemer. Wanneer het in een individueel geval de vraag is wie als de juridische werkgever van de werknemer moet worden aangemerkt, moet de rechter hierover op basis van de feitelijke omstandigheden een oordeel vellen. Daarbij acht ik mogelijk dat de rechter zou kunnen oordelen dat niet het payrollbedrijf, maar de opdrachtgever de civielrechtelijke werkgever is van de

payrollwerknemer (zie hierover nader mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012).

2. De payrollovereenkomst heeft consequenties voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. In verschillende arbeidsrechtelijke bepalingen zijn de daarin neergelegde voorschriften gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze wetgeving heeft niet het daarmee beoogde effect als de werknemer een arbeidscontract sluit met een payrollbedrijf, maar feitelijk werkzaam is in de onderneming van de opdrachtgever. Dit geldt onder meer voor de ontslagbescherming van de payrollwerknemer. In hoofdstuk 16 van de Beleidsregels ontslagtaak van het UWV wordt de enkele opzegging van de inleenovereenkomst door de opdrachtgever van het payrollbedrijf aangemerkt als een bedrijfseconomische reden voor ontslag in de zin van het Ontslagbesluit. Of de opdrachtgever van het payrollbedrijf daar een gegronde reden voor had, is niet relevant. De Beleidsregels bepalen hierover in hfdst. 16-2 dat het payrollbedrijf niet hoeft aan te geven wat de reden is voor de beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever en deze reden ook niet wordt getoetst door het UWV. Daarnaast is bij payrolling het afspiegelingsbeginsel beperkt tot de payrollwerknemers die bij één opdrachtgever aan het werk zijn. Wanneer de werknemer voor wie de opdrachtgever de inleenovereenkomst beëindigt niet de werknemer is die volgens deze beperkte toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt, moet het payrollbedrijf de opdrachtgever proberen te bewegen de inleenovereenkomst te beëindigen van de werknemer die volgens het afspiegelingsbeginsel als eerste voor ontslag in aanmerking komt (hfdst. 16-3 Beleidsregels). Volhardt de opdrachtgever echter in de beëindiging van de inleenovereenkomst van de betrokken werknemer, dan verkrijgt het payrollbedrijf toch een ontslagvergunning. Het payrollbedrijf heeft volgens het UWV immers geen zeggenschap over het personeelsbeleid bij de opdrachtgever en kan de opdrachtgever dan ook niet dwingen (hfdst. 16-3 Beleidsregels).

3. In deze zaak beëindigde de opdrachtgever, zonder daarbij het afspiegelingsbeginsel in acht te nemen, een deel van de inleenovereenkomsten van de bij hem werkzame payrollwerknemers. Het payrollbedrijf verzocht de opdrachtgever daarop (in lijn met hfdst. 16-3 Beleidsregels) de opzegging van de inleenovereenkomsten te heroverwegen en het afspiegelingsbeginsel in acht te nemen, maar de opdrachtgever gaf hieraan geen gehoor. Vervolgens vroeg en verkreeg het payrollbedrijf de ontslagvergunningen voor deze werknemers. Het payrollbedrijf verzocht de kantonrechter hier om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van één van hen in verband met de arbeidsongeschiktheid van deze werkneemster. Daarbij vraagt het payrollbedrijf de kantonrechter bij de beoordeling van dit verzoek reflexwerking toe te kennen aan hoofdstuk 16 van de Beleidsregels. De kantonrechter gaat hier niet in mee omdat deze beleidsregels naar zijn oordeel in deze situatie in strijd zijn met de strekking van het in art. 6 van het BBA neergelegde preventieve ontslagtoezicht. Hoewel naar het oordeel van de kantonrechter vaststaat dat het payrollbedrijf de formele werkgever is – in verband met het door het payrollbedrijf met de werkneemster gesloten schriftelijke arbeidscontract – staat daarvoor de kantonrechter tegenover dat de feitelijke relatie tussen de opdrachtgever en de werkneemster moet worden aangemerkt als een '(materiële) arbeidsovereenkomst'. De werkneemster was geworven en geselecteerd door de opdrachtgever, het payrollbedrijf had geen enkele zeggenschap over de wijze waarop werkneemster haar werkzaamheden verrichtte en de opdrachtgever besliste of de overeenkomst tussen het

payrollbedrijf en de werknemster feitelijk zou eindigen. In verband met deze positie van de opdrachtgever als materiële, niet contractuele werkgever moet naar het oordeel van de kantonrechter in een situatie als deze naar de arbeidsverhouding in haar geheel worden gekeken bij de beantwoording van de vraag of deze moet worden beëindigd. Op grond van de met het BBA beoogde bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland waarbij vooral met het hierin neergelegde preventieve ontslagtoezicht wordt beoogd sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen, moet bij de toepassing van het Ontslagbesluit door de payrollconstructie worden heengekeken, zo overweegt de kantonrechter. Dat impliceert volgens de kantonrechter dat het payrollbedrijf bij een verzoek om een ontslagvergunning het afspiegelingsbeginsel moet laten toepassen door de opdrachtgever. Nu op grond van hoofdstuk 16 van de Beleidsregels ook een ontslagvergunning aan het payrollbedrijf wordt verleend wanneer de opdrachtgever weigert het afspiegelingsbeginsel toe te passen, zijn deze beleidsregels naar het oordeel van de kantonrechter in strijd met de strekking van het BBA en kan van reflexwerking geen sprake zijn.

4. De overwegingen van de kantonrechter geven te denken over de juridische houdbaarheid van hoofdstuk 16 van de Beleidsregels. In mijn noot bij het arrest van het Hof Leeuwarden van 3 april 2012 (zie *AR Commentaar* 2012/319 op www.ar-updates.nl), waarin het ging om een beroep op kennelijk onredelijk ontslag door een payrollwerknemer, constateerde ik reeds dat de vereisten die bij payrolling worden gesteld aan de verkrijging van een ontslagvergunning in schril contrast staan met de vereisten die gelden bij een verzoek om een ontslagvergunning voor de werknemer die gewoon een arbeidsovereenkomst heeft met de ondernemer. Niet alleen moet de werknemer in dat laatste geval, zonder uitzondering, op basis van het afspiegelingsbeginsel in aanmerking komen voor ontslag, ook zal de werkgever het ontslag dan voldoende moeten onderbouwen. Bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen geschiedt dat onder meer met jaarstukken en (omzet)prognoses en 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. Deze voorwaarden voor toekenning van een ontslagvergunning maken dat de werkgever niet lichtvaardig zal besluiten tot het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV. Wil de werkgever niet het risico lopen dat de ontslagvergunning 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 dan doorgaans een ontslagvergoeding. Bij payrolling doet de werknemer in feite afstand van deze ontslagbescherming op het moment dat hij akkoord gaat met een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf en komt hij voor de toepassing van het Ontslagbesluit te verkeren in een positie die vergelijkbaar is met die van een uitzendkracht. In een aparte bijlage bij het Ontslagbesluit (Bijlage B) is in verband met de allocatiefunctie die uitzendbureaus vervullen op de arbeidsmarkt een bijzondere regeling opgenomen voor de beoordeling van ontslagen in de uitzendsector. Op basis hiervan geldt een soepelere ontslagtoets (waaronder een beperkt afspiegelingsbeginsel) bij een verzoek om een ontslagvergunning voor een uitzendkracht. Payrolling is echter iets heel anders dan uitzending. Het payrollbedrijf vervult geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, maar fungeert in veel gevallen slechts als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever waarvoor de werknemer de arbeid verricht. De

payrollwerknemer wordt niet aan verschillende opdrachtgevers ter beschikking gesteld, maar is exclusief en in beginsel langdurig werkzaam bij de opdrachtgever die hem ook wief en selecteerde. Anders dan een uitzendbureau, heeft een payrollbedrijf daardoor ook geen herplaatsingsmogelijkheden voor de werknemer wanneer een opdrachtgever de inleenovereenkomst beëindigt. Mijns inziens oordeelt de kantonrechter dan ook terecht dat het rechtskarakter van de payrollconstructie niet rechtvaardigt dat het afspiegelingsbeginsel minder betekenis heeft bij payrolling. De vraag is wel wat na de eventuele afschaffing van de betrokken beleidsregels uit hoofdstuk 16 zou moeten gebeuren in de situatie waarin, zoals in deze zaak, de opdrachtgever volhardt in de beëindiging van de inleenovereenkomst van de payrollwerknemer. Daarover heeft het UWV immers niets te zeggen. Hoewel het payrollbedrijf dan geen ontslagvergunning meer zou krijgen, is de payrollwerknemer wel zijn werk kwijt. De payrollwerknemer zou zich dan op het standpunt kunnen stellen dat de opdrachtgever en niet het payrollbedrijf als zijn werkgever ex art. 7:610 lid 1 BW moet worden gekwalificeerd en op die grond wedertewerkstelling kunnen vorderen. Of de werknemer hiermee succes heeft, is echter ongewis. Het ene payrollbedrijf is immers het andere niet. De kans dat de payrollwerknemer slaagt in zijn beroep op het werkgeverschap van de opdrachtgever zal kleiner zijn naarmate het payrollbedrijf naast de opdrachtgever een grotere zelfstandige en inhoudelijke rol speelde bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

J.P.H. Zwemmer

Boekel de Nerée en docent/onderzoeker aan de UvA