



STICHTING
VAN DE ARBEID

Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid
T.a.v. de heer H.G.J. Kamp
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK DEN HAAG
T 070 - 3 499 577
F 070 - 3 499 796
E info@stvda.nl
www.stvda.nl

Den Haag : 11 mei 2012
Ons kenmerk : S.A.12.028.36 JM/JS
Uw kenmerk :
Betreft : Visie Stichting van de Arbeid op de ontwikkeling van payrolling

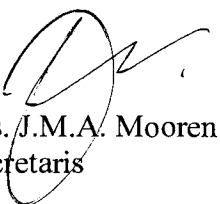
Geachte heer Kamp,

Op 23 juni 2011 verzocht u de Stichting van de Arbeid om haar visie te geven op de ontwikkeling van payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor werknemers als het gaat om ontslag.

De Stichting is er niet in geslaagd om, zoals de bedoeling was, in september 2011 het advies af te ronden. Wij vertrouwen op uw begrip voor het feit dat de juridische zorgvuldigheid en de inzet van partijen om tot een door alle geledingen onderschreven advies te komen meer tijd heeft geveerd dan voorzien.

Tot slot, de Stichting is altijd bereid om dit advies in een gesprek toe te lichten.

Hoogachtend,
STICHTING VAN DE ARBEID



drs. J.M.A. Mooren
secretaris

11 mei 2012

De visie van de Stichting van de Arbeid op payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor werknemers als het gaat om ontslag.

1. Payrolling, een relatief nieuw verschijnsel op de arbeidsmarkt

- ***Inleiding***

In deze nota treft u de visie van de Stichting van de Arbeid aan op het verschijnsel payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor werknemers bij ontslag.

Allereerst wordt ingegaan op het fenomeen payrolling, vervolgens behandelt paragraaf 2 de juridische duiding van payrolling, paragraaf 3 bevat de specifieke beleidsregels van UWV ingeval van ontslaaanvragen voor payroll-werknemers, waarna in paragraaf 4 de zienswijze van sociale partners op payrolling wordt weergegeven.

- ***De opkomst van payrollen***

Payrollen is een betrekkelijk nieuw verschijnsel op de Nederlandse arbeidsmarkt. Het dateert uit de jaren negentig van de vorige eeuw. Toen in 1999 de Wet Flex en Zekerheid in werking trad, was deze optie als een alternatieve vorm van flexibele arbeid in plaats van de reguliere uitzendarbeid nog nauwelijks in zicht.

Het fenomeen vindt zijn oorsprong in de horeca waar het vooral werd ingezet als een vorm van administratieve dienstverlening rond loonbetaling.

In de jaren daarna hebben veel payroll-ondernemingen hun dienstenpakket uitgebreid; nu zijn payroll-bedrijven vaak juridisch werkgever van de werknemers die werkzaam zijn bij een opdrachtgever van het payroll-bedrijf. (In paragraaf 2 wordt uiteengezet wat in de juridische vakliteratuur onder payrollen verstaan wordt.) Dat dit nieuwe concept aanslaat, blijkt uit een EIM-enquête¹ van 2010 waarin werkgevers aangeven dat zij vooral gebruik maken van payrolling vanwege:

1. de verhoging van de flexibiliteit van het personeelsbestand;
2. de vereenvoudiging van de salaris- en personeelsadministratie;
3. het indekken van financiële risico's, zoals het wachtgeld, ontslag- en ziekterisico.

Halverwege het eerste decennium van de 21^{ste} eeuw is de groei van payrollen ingezet. Volgens EIM heeft in 2009 7,7% van de werkgevers (met meer dan vijf werknemers)

¹ EIM, *Payroll-services in Nederland, Bekendheid, markt en marktpotentie*, Zoetermeer, november 2010, p. 19.

werknemers in dienst op basis van een payroll-contract, oftewel 2% (144.000) van de banen wordt bezet door payroll-werknemers. De Vereniging voor Payroll Ondernemingen (VPO), de brancheorganisatie voor payroll-werkgevers², verwacht dat in 2012 zo'n 180.000 werknemers in dienst zullen zijn bij een payroll-onderneming en dat dit aantal naar verwachting in 2015 naar 218.000 zal groeien.

- ***In welke sectoren komt payrolling voor?***

De drie sectoren die in 2011 het meeste gebruik maken van payroll zijn de horeca, de overheid en het onderwijs³. Daarnaast komt payrolling ook relatief veel voor in de ict-sector, de tuinbouw en de overige dienstverlening. Zo werkt 21% van de payroll-werknemers in de horeca en 18% bij de overheid. Bijna driekwart (72%) van de payroll-werknemers is werkzaam in een mkb-bedrijf met minder dan 250 werknemers⁴.

- ***Kenmerken van de payroll-werknemer⁵.***

- 62% van de payroll-werknemers is vrouw;
- 44% is kostwinner (dat wil zeggen: verdient het hoogste inkomen binnen het huishouden);
- de gemiddelde leeftijd is 38 jaar;
- 42% heeft een opleiding op mbo-, havo- of vwo-niveau en 34% heeft een hogere opleiding.

- ***Cao***

Voor 2006 werd door veel payroll-bedrijven de cao voor uitzendkrachten (ABU) gehanteerd. Op initiatief van de leden van het bestuur VPO, die samen in 2006 een marktaandeel hadden van 65%⁶, werd op 1 september 2006 de eerste payroll-cao (VPO-cao) afgesloten met FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond en De Unie. De derde VPO-cao is door de vakbonden in 2011 opgezegd zodat vanaf 1 januari 2012 geen sector-cao meer geldt. Wat de gevolgen hiervan zijn, is nog niet duidelijk.

Er zijn ook enkele ondernemings-cao's die zijn afgesloten tussen individuele payroll-bedrijven en andere vakbonden. Zo heeft ABW⁷ een ondernemings-cao afgesloten met het payroll-bedrijf Please BV en is LBV⁸ betrokken bij de cao met het payroll-bedrijf Tentoo.

² De brancheorganisatie Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) is op 24 juli 2006 opgericht. Het SNA-certificaat is verplicht voor het verkrijgen van het lidmaatschap van VPO.

³ VPO Actueel, nr.1, april 2012, ontleend aan de VPO-marktmonitor 2011.

⁴ Ecorys, J. de Wit en P. Donker van Heel, *Payrollkrachten, Een onderzoek naar de kenmerken van payrollkrachten*, Rotterdam december 2011.

⁵ Ecorys, J. de Wit en P. Donker van Heel, *Payrollkrachten, Een onderzoek naar de kenmerken van payrollkrachten*, Rotterdam december 2011.

⁶ Van der Noordt Payrolling, Connexie, Start Payroll Services (USG People) en P/Flex (Randstad).

⁷ Vakbond ABW is een Limburgse vakbond. De laatste jaren werft ABW ook leden buiten Limburg.

⁸ Landelijke Belangen Vereniging, een vereniging van werknemers en werkzoekenden gevestigd te Rotterdam.

2. Payrollen, de juridische duiding

- *Introductie*

De opkomst van payrolling heeft de afgelopen jaren niet alleen geleid tot duiding van dit verschijnsel door een aantal juristen maar ook tot een aantal rechtszaken waarbij payrollen aan de orde was. Hieronder volgt een uiteenzetting van de stand van de rechtsleer met betrekking tot payrollen enerzijds en hoe de rechtspraak zich tot nu toe heeft ontwikkeld anderzijds.

In de juridisch-wetenschappelijke literatuur hebben zich de laatste jaren vooral M. Hoogeveen, J.P.H. Zwemmer en Y.A.E. van Houte over dit verschijnsel gebogen. Zij allen trachten dit nieuwe verschijnsel - de relatie tussen de drie partijen: de inlener, de payroll-werkgever en de payroll-werknemer - onder te brengen in de ordening van de arbeidsverhoudingen.

- *Terreinverkenning*

Om het verschijnsel payrollen te duiden, dient in eerste instantie het verschijnsel te worden ontleed in zijn verschillende vormen. In de juridische vakliteratuur zijn door Van Houte⁹ vijf vormen van payrollen onderscheiden. Deze worden hieronder juridisch gekwalificeerd aan de hand van de volgende twee vragen:

1. tussen welke partijen is een overeenkomst met betrekking tot de door de werkende persoonlijk te verrichten arbeid ontstaan, en
2. is die overeenkomst te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:610 BW.

Indien dit het geval is, is het vervolgens de vraag of deze overeenkomst te kwalificeren is als een uitzendovereenkomst op grond van art. 7:690 BW. (Van deze overeenkomst is sprake indien de werknemer in het kader 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.)

Ad 1. Aan de orde is de vraag wat bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling van partijen is geweest. Hierbij dient in aanmerking genomen te worden dat de bedoeling van de werknemer van even groot belang is als die van de werkgever(s).

Ad 2. Hierbij is aan de orde welke constitutieve elementen in de gesloten overeenkomst opgenomen dienen te zijn opdat al dan niet kan worden gesproken van een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW. Dit betreft: gezag, loon, bedongen arbeid, persoonlijke arbeid en zekere tijd. Als dat niet zo is, is veelal sprake van een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Ook is van belang of in de beschrijving van de bedongen arbeid is opgenomen dat de werknemer ter beschikking kan worden gesteld van een derde.

⁹ Y.A.E. van Houte, *Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil*, ArbeidsRecht 2011/36.

De Hoge Raad zegt over die toets: *“Partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling kunnen deze overeenkomst op verschillende wijzen inrichten. Wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregeld bijzondere overeenkomsten. Daarbij is niet een enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien.”*¹⁰.

Kortom, hetgeen op papier staat, kán een aanwijzing vormen voor de kwalificatievraag, maar de rechter dient vervolgens vast te stellen of de feitelijke uitvoering in overeenstemming is met hetgeen partijen op papier hebben gezet¹¹.

Behalve bij de eerste vorm van payrollen (zie verderop: *de onderscheiden vormen van payrollen* - *de payroll-onderneming verzorgt de salarisadministratie voor de opdrachtgevers terwijl de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever*-) is feitelijk (vrijwel) steeds sprake van een relatie tussen drie partijen: de payroll-werknemer, de payroll-werkgever en de inlener. In zijn meest voorkomende vorm vervullen die respectievelijk de rol van werknemer, werkgever en gedelegeerd werkgever (ook wel: materieel werkgever). Veelal wordt aangenomen dat deze verhouding haar juridische basis in artikel 7:690 BW vindt¹².

- ***De uitzendovereenkomst***

Artikel 7:690 BW luidt: *“De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het bedrijf of het beroep van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever versteekte opdracht arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van de derde.”*

De relatie tussen de werknemer en het uitzendbureau is aldus duidelijk gedefinieerd als een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en werknemer¹³. Voor de invoering van de bepaling per 1 januari 1999 werd nog wel eens gedacht dat een arbeidsverhouding met de inlener kon ontstaan en werd die soms ook aangenomen¹⁴; sindsdien is helder dat op de overeenkomst alle wetsbepalingen van toepassing zijn die ook gelden voor de arbeidsovereenkomst¹⁵.

Dezelfde lijn vindt men terug in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs die per 1 september 1998 in werking is getreden. In artikel 1 lid 1 onder c van deze wet

¹⁰ Deze formule wordt steeds door de HR gebruikt voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van schijnzelfstandigheid, zie o.a. HR 14.11.1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schroevers).

¹¹ Zie o.a. HR 14.04.2006, JAR 2006/119 (UvA/Beurspromovendi) en HR 13.07.2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

¹² J.P.H. Zwemmer is het met deze stellingname niet eens. Hij stelt dat op basis van de wetsgeschiedenis het vereiste van het vervullen van een allocatiefunctie ‘ingeleden’ dient te worden in de definitie van artikel 7:690 BW en een payroll-onderneming om die reden niet kwalificeert als uitzendonderneming.

¹³ Anders dan in o.a. HR 23.5.1980, NJ 1980, 633 (Manpower/Sie).

¹⁴ Zie de arrestenreeks die begon met HR 22.11.1991, NJ 1992, 707 (Bootsma c.s./Campina), HR 27.11.1992, NJ 1993, 273 (Volvo/Braam), en HR 25.10.1996, JAR 1996/234 (Wolfard/Frico Domo).

¹⁵ Behalve enkele uitzonderingen zoals bijvoorbeeld de artikelen 7:691 en 7:692 BW.

wordt uitdrukkelijk bepaald dat bij terbeschikkingstelling geen arbeidsovereenkomst bestaat met de inlener.

De definitie van 7:690 BW is enerzijds heel ruim. Zij is van toepassing op alle verhoudingen tussen drie partijen; niet alleen op uitzendbureaus maar ook bijvoorbeeld op arbeidspools, banenpools, detacheringsbureaus en uitleenbedrijven¹⁶. Anderzijds is de definitie beperkt omdat zij niet geldt voor uitleningen die incidenteel door werkgevers worden gedaan. In dat geval is geen sprake van een beroep of bedrijf van de uitlener.

Alleen als sprake is van een allocatieve functie is in beginsel voor ondernemingen als bedoeld in artikel 7:690 BW het speciale uitzendregime van artikel 7:691 BW toegankelijk. Dat voorziet onder andere in het zogenaamde uitzendbeding dat het mogelijk maakt dat uitzendonderneming en werknemer schriftelijk overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt als de inlener de opdracht beëindigt.

Bij vormen van uitzenden waar geen allocatieve functie aan de orde is - te denken valt aan intraconcern uitzenden (zie ook artikel 7:691 lid 6¹⁷) of outsourcen van bestaande populaties - is het de bedoeling van de wetgever dat het uitzendbeding niet kan worden toegepast¹⁸.

- ***De payroll-overeenkomst***

Bij payrollen vervult de inlenende werkgever doorgaans grote delen van de traditionele werkgeversrol en heeft de facto het werkgeversgezag. Veelal wordt aangenomen dat de payroll-onderneming de werkgever is die zijn gezag gedelegeerd heeft aan de inlenende werkgever.

Er kan echter worden vastgesteld dat in de praktijk ten aanzien van payrollen niet steeds voldoende duidelijkheid bestaat ten aanzien van de verdeling van de werkgeversverantwoordelijkheden. De relatie tussen drie partijen vergt, gegeven de mogelijke verwarring over de vraag wie nu welk onderdeel van het werkgeverschap voor zijn rekening neemt, volstrekte duidelijkheid over de twee eerder genoemde vragen: wie is de werkgever en wat is de rechtsverhouding tussen welke partijen. Immers, bij onduidelijkheid heeft met name de werknemer onzekerheid over de vraag wat zijn rechten en plichten zijn en vervolgens over wie hij moet aanspreken op de nakoming van de rechten en plichten die voortvloeien uit de overeenkomst. Gegeven de mogelijke verwarring in de verhouding tussen de drie partijen zou daarom het in ieder geval gewenst zijn dat deze partijen hun afspraken schriftelijk vastleggen. De payroll-werkgever zou bij het aangaan van de overeenkomst de werknemer moeten informeren over de aard en de inhoud van de overeenkomst. Overigens is conform artikel 7:655 BW de werkgever verplicht zijn werknemer schriftelijk over de essentiële delen van de arbeidsovereenkomst te informeren.

Vervolgens doet zich de algemene vraag voor wat rechtens is c.q. kan zijn als de genoemde duidelijkheid niet is gegeven bij het aangaan van de overeenkomst. In de rechtspraak is dan doorgaans de vraag aan de orde of de werkelijkheid voor de schijn moet gaan. Bijna steeds gaat het daarbij overigens om een-op-eenrelaties tussen een (schijn)zelfstandige en een werkgever, niet om drie-partijenrelaties. Partijen hebben dan

¹⁶ Zie TK 25263, nr. 3 pag. 10; ook nr. 6, pag. 14-18.

¹⁷ Zie eveneens artikel 1 lid 3 onder c van de WAADI, waar intraconcern uitzenden buiten de werkingsfeer van de wet is geplaatst.

¹⁸ Zie TK 25264, nr. 5.

de vorm gekozen van een zelfstandige met een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 e.v. terwijl de facto sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. Het onderscheid tussen de beide verschijningsvormen van arbeid is fluïde. De rechter geeft een oordeel na beschouwing van alle feiten en omstandigheden. In de gepubliceerde rechtspraak wordt, bij verwarring over de vraag wie de juridische werkgever is, een derde zelden als zodanig aangemerkt. Veelal wordt aangenomen dat de inlenende onderneming ten opzichte van de payroll-onderneming en de werknemer een derde is. Voorts is vaste rechtspraak dat niet stilzwijgend in de loop van een overeenkomst die overeenkomst van partij kan veranderen¹⁹.

In de juridisch-wetenschappelijke literatuur hebben zowel Hoogeveen²⁰ als Zwemmer²¹ zich gewaagd aan een duiding van de payroll-arbeidsrelatie binnen het arbeidsrecht. Zwemmer komt tot de conclusie dat de in praktijk ontstane vormgeving van de arbeidsrelatie niet kan worden beschouwd als een uitzendovereenkomst krachtens art. 7:690 BW maar moet worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:610 BW tussen de werknemer en de opdrachtgever/werkgever die de werving en selectie heeft uitgevoerd en waar de payroll-werknemer feitelijk zijn werk verricht.

Hoogeveen komt in een recente bijdrage tot de conclusie dat in de huidige werkelijkheid payrollen weliswaar onder de wettelijke definitie van uitzenden valt maar zij acht dit onwenselijk en pleit voor aanpassing van art. 7:690 BW in die zin dat de allocatiefunctie als constitutief vereiste wordt toegevoegd in art. 7:690 BW²². Hoogeveen meent voorts dat “*onduidelijkheid over wie als werkgever moet worden aangemerkt...*” niet voor rekening van de werknemer dient te komen, zodat in een dergelijk geval wel een arbeidsovereenkomst met de *zich als werkgever presenterende* moet worden aangenomen²³. Zij verwijst daarbij met name naar lagere rechtspraak. Uit de rechtspraak over payrolling in de afgelopen jaren blijkt dat de rechter vrijwel altijd van oordeel is dat als er sprake is van een uitzendovereenkomst of van een arbeidsovereenkomst tussen een payroll-werknemer en een payroll-onderneming het payrollbedrijf de verplichtingen krachtens de arbeidsovereenkomst dient na te leven.

• ***De rechtspraak***

Onduidelijkheid bij (met name) het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan onder omstandigheden leiden tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de payroll-werknemer en opdrachtgever/inlener als bedoeld in 7:610 BW. Echter, in de praktijk is deze conclusie niet uit de uitspraken van de (lagere) rechtspraak te trekken²⁴. Hoewel de overwegingen van de kantonrechters uiteenlopen in de gepubliceerde uitspraken waarin op de een of andere wijze payrollen aan de orde is, leidt de payroll-constructie in geen enkel geval tot een nadelige uitkomst voor de payroll-werknemer. Het lijkt er eerder op dat de rechters op pragmatische gronden ervoor kiezen de werkne-

¹⁹ Zie HR 5.4.2002, NJ 2003, 124 (ABN AMRO/Mahli).

²⁰ ARAR 2007/3, p. 4-35 en *Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?* in ArbeidsRecht 2012/6.

²¹ TRA afl 2, feb 2009 p. 5-11 en TAP 2010 – afl 1.

²² E.M. Hoogeveen, ArbeidsRecht 2012/6, pag. 4.

²³ Zie E.M. Hoogeveen, ArA 2007/3, pag. 28.

²⁴ Voor de bronnen van de rechtspraak in de beide kaders zie Vznr Almelo 27.7.2008, JAR 2008/226, Ktr. Oost Gelre 12.10.2009, JAR 2010/8, Ktr. Amsterdam 7.7.2009, JAR 2009/290, Ktr. Delft 12.10.2009, LJN BK 7359, Vznr. Amsterdam 22.12.2009, JAR 2010/41, Ktr. Sneek 19.1.2011, Jaar 2011/81.

mer bescherming te bieden in de onduidelijke juridische arbeidsverhoudingen. Niet zo-
zeer vanwege de door partijen gekozen vormgeving maar meer desondanks.

Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak bij payrollen biedt een uitspraak van de kantonrechter te Delft. In deze casus werd de werknemster na een langjarig dienstverband overgenomen door een payroll-onderneming maar bleef werken bij dezelfde onderneming. Toen bleek dat de werknemster door deze overgang haar aanspraak op de VUT-regeling misliep, beëindigden de payroll-onderneming en de werknemster onmiddellijk hun rechtsverhouding en hervatten de inlener en de werknemster hun arbeidsovereenkomst. De kantonrechter accepteerde de hervatting van de arbeidsverhouding waardoor de werknemster alsnog aanspraak kreeg op de VUT-regeling. Het VUT-fonds had ten onrechte de VUT-regeling geweigerd.

Met andere woorden, de rechter beoordeelt van geval tot geval hoe de werknemer ondanks de gekozen constructie het best kan worden beschermd. Hoe wenselijk die uitkomsten ook voor de betreffende werknemers zijn, de rechtszekerheid is daarmee niet beter gediend dan zonder deze uitspraken omdat deze geen helderheid voor partijen oplevert.

Veelal kan gezegd worden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW tussen payroll-onderneming en payroll-werknemer als daarover en over de overeengekomen arbeidsvoorwaarden tussen beide bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst duidelijkheid bestaat. Als die duidelijkheid er is, is er geen aanleiding een arbeidsovereenkomst tussen opdrachtgever/inlener en payroll-werknemer aan te nemen.

In de uitspraken van de kantonrechters te Almelo en Oost Gelre had de payroll-werknemer in verband met de weinig rooskleurige situatie bij de inlener juist belang bij het door de kantonrechters aangenomen werkgeverschap van de payroll-onderneming. In de Groningse uitspraak had de payroll-werknemer echter belang bij het door de kantonrechter aangenomen werkgeverschap van de inlener. Daarentegen pakte in de uitspraken van de kantonrechters te Amsterdam en te Delft het door deze kantonrechters aangenomen (uitzend)werkgeverschap van de payroll-onderneming in eerste instantie niet in het voordeel van de payroll-werknemer uit. In deze uitspraken werd echter langs andere wegen het door de werknemer geleden nadeel als gevolg van het door de kantonrechter aangenomen (uitzend)werkgeverschap van de payroll-onderneming weggenomen.

- ***De onderscheiden vormen van payrollen***

Zoals in het begin van deze paragraaf reeds is opgemerkt, worden in de literatuur vijf verschillende vormen van payrolling genoemd²⁵. Hieronder worden die onderscheiden vormen achtereenvolgens juridisch geduid.

1. *De payroll-onderneming verzorgt de salarisadministratie voor de opdrachtgevers waarbij de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever.*

Bij deze vorm is doorgaans sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW tussen opdrachtgever en werknemer. Van belang is wat partijen voor ogen staat bij het sluiten van de overeenkomst en hoe ze hieraan inhoud geven. Het betreft hier de oorspronkelijke, Angelsaksische duiding van het begrip payrollen. Artikel 7:690 is niet aan de orde; de payroll-onderneming speelt geen enkele arbeidsrechtelijke rol.

- 1a. *Payrollen als verlengd uitzenden. De uitzendonderneming gaat uitzenden naar een specifieke opdrachtgever/inlener voor een lager payroll-tarief omdat de feitelijke kosten voor het uitzenden lager zijn geworden vanwege verminderde transactiekosten.*

De Stichting van de Arbeid stelt vast dat in opkomst is dat uitzendbedrijven de prijs voor het uitzenden van personeel naar de opdrachtgever/inlener op termijn verlagen onder de noemer payrollen. De uitzendbedrijven hebben in vergelijking met de aanvangsperiode van uitlenen van personeel veel minder kosten en berekenen onder de noemer payrollen deze verlaging door aan de inlener. Dit verschijnsel wordt ook wel aangeduid met de term: verlengd uitzenden.

Veelal blijft het uitzendbureau de werkgever. Het komt echter ook voor dat het werkgeverschap verschuift van de uitzendonderneming naar een andere dochteronderneming van het uitzendconcern dat een payroll-bedrijf is. In beide gevallen wordt veelal verondersteld dat sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

2. *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payroll-onderneming en deze wordt, krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht, voor een zekere tijd ter beschikking gesteld van de opdrachtgever. Het is de bedoeling dat de arbeidskracht uiteindelijk rechtstreeks in dienst komt bij de opdrachtgever of elders ter beschikking wordt gesteld.*

Omdat in deze vorm de opdrachtgever/inlener de werving en selectie verzorgt, ontstaat een situatie die tot onduidelijkheden kan leiden over de vraag wie de werkgever is, met wie de arbeidsovereenkomst wordt gesloten en wat de inhoud van de arbeidsovereenkomst is. In de praktijk gebeurt het immers meer dan eens dat de opdrachtgever/inlener weliswaar niet de intentie heeft om een arbeidsovereenkomst met de werknemer aan te gaan maar dat impliciet laat, waarna de payroll-onderneming het tot stand komen van een arbeidsovereenkomst tussen haar en de werknemer volledig administratief regelt. Er

²⁵ M. A. Kuyt-Fokkens, *Payrolling: uitkomst of toch niet?* NJB 2006/1019 en C. J. Smitskam, *Payrolling: een nieuwe driehoeksrelatie in het arbeidsrecht*, PS Documenta 2010/154, Y.A.E. van Houte, *Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil*, ArbeidsRecht 2011/36.

ontstaat dan een verwarrende situatie voor de werknemer.

Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst dient de bedongen arbeid te worden bepaald, ook als de feitelijke werkgever het werving- en selectieproces uitvoert. Deze dient duidelijk te maken dat de werknemer niet exclusief bij de opdrachtgever/inlener zijn werkzaamheden zal uitvoeren. In dat geval zal het de payroll-werknemer duidelijk zijn dat hij formeel bij een payroll-onderneming in dienst treedt en dat hij daar zijn arbeidsvoorwaarden moet overeenkomen. Als wilsovereenstemming tussen payroll-onderneming en payroll-werknemer over alle elementen van de dienstbetrekking bestaat, zal in beginsel tussen hen een arbeidsovereenkomst ontstaan overeenkomstig artikel 7:610 BW.

Als enkel tussen payroll-onderneming en payroll-werknemer is overeengekomen dat hij rechtstreeks in dienst zal komen bij de opdrachtgever/inlener maar op dat onderdeel geen afspraak tussen drie partijen tot stand is gekomen, heeft die enkele afspraak tussen payroll-onderneming en werknemer geen juridische waarde.

Als vervolgens in de overeenkomst ten aanzien van de bedongen arbeid wordt overeengekomen dat het de werkgever/payroll-onderneming is toegestaan de werknemer elders ter beschikking te stellen, bestaat de bevoegdheid dit ook feitelijk te doen²⁶. Deze vorm wordt veelal gezien als een uitzendconstructie overeenkomstig art. 7:690 BW²⁷. De allocatieve functie is immers in de overeenkomst bevestigd, de werknemer weet dat hij binnen de context van de overeenkomst ook naar andere werkgevers kan worden gezonden.

3. *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payroll-onderneming en deze wordt, krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht, in beginsel langdurig en exclusief ter beschikking gesteld van de opdrachtgever.*

Deze situatie is juridisch grotendeels gelijk aan die van de voorgaande vorm, met dien verstande dat in ieder geval bij de payroll-onderneming geen wil bestaat om op termijn de payroll-werknemer een arbeidsovereenkomst aan te laten gaan met de opdrachtgever/inlener. Blijkens de gegevens – anders dan in vorm 2 – wordt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet bepaald dat ook elders dan bij de inlener passende arbeid moet worden aanvaard. In de praktijk wordt bij deze vorm van payrollen nogal eens overeengekomen dat de payroll-werknemer exclusief aan de opdrachtgever/inlener ter beschikking wordt gesteld. Alleen bij ziekte van de payroll-werknemer en bij beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever/inlener is de payroll-werknemer gehouden eventueel elders andere, passende arbeid te aanvaarden.

Net als bij vorm 2 dient bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst de bedongen arbeid te worden bepaald. Ook als de feitelijke werkgever (de opdrachtgever) het werving- en selectieproces uitvoert. De payroll-onderneming dient in vorm 3 ook duidelijk te maken dat de payroll-werknemer in beginsel exclusief bij de opdrachtgever/inlener zijn werkzaamheden uit zal voeren. In dat geval zal het de payroll-werknemer duidelijk zijn dat hij formeel bij een payroll-onderneming in dienst treedt en dat hij daar zijn arbeidsvoor-

²⁶ Voor de goede orde wordt vermeld dat bij gebreke van zo'n beding het beginsel van goed werknemerschap met zich meebrengt dat een werknemer bij wijziging van omstandigheden bij de werkgever zich in het algemeen positief behoort op te stellen tegenover redelijke voorstellen van de werkgever (zie HR 26.6.1998, NJ 1998, 676, Van der Lely/Taxi Hofman en nadien ook HR 14.11.2004, NJ 2004, 138, Drie-S/Mammoet). Daaronder kan ook vallen het aanbod tot aanvaarden van ander passend werk, bijvoorbeeld bij het vervallen van de opdracht.

²⁷ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat aan de overige vereisten van artikel 7:690 BW wordt voldaan.

waarden moet overeenkomen. Als wilsovereenstemming bestaat tussen payroll-onderneming en werknemer zal tussen hen in beginsel een arbeidsovereenkomst ontstaan overeenkomstig artikel 7:610 BW.

Als vervolgens tussen payroll-onderneming en opdrachtgever/inlener ook een overeenkomst van opdracht tot stand komt met betrekking tot de arbeid van de werknemer en de werknemer ter beschikking wordt gesteld, wordt veelal aangenomen dat sprake is van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW²⁸. Wel is het zo dat, omdat bij intraconcernuitzending de allocatiefunctie ontbreekt, de wetgever in artikel 7:691 BW heeft vastgelegd dat het regime van 7:691 BW niet geldt voor deze vorm van uitzenden.

4. *De opdrachtgever besluit om (een gedeelte van) zijn werknemers te outsourcen aan een payroll-onderneming. De werknemers treden in dienst bij de payroll-onderneming en worden krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht permanent en exclusief ter beschikking gesteld van de opdrachtgever.*

Deze vorm komt juridisch in hoge mate overeen met vorm 3. Immers, de werknemer wordt (exclusief) ter beschikking gesteld van de opdrachtgever/inlener. De situatie is in zoverre anders omdat de werknemer eerder een arbeidsovereenkomst had met de opdrachtgever/inlener. In deze vorm wordt de werknemer overgenomen door de payroll-onderneming. In de praktijk komt deze vorm van outsourcing regelmatig voor.

De jurisprudentie bepaalt dat het belang van de rechtszekerheid zich verzet tegen een stilzwijgende overgang van het werkgeverschap van de opdrachtgever/inlener naar de payroll-onderneming²⁹. Dat betekent dat de bestaande overeenkomsten tussen opdrachtgever/inlener en payroll-werknemers (uitdrukkelijk) dienen te worden beëindigd. Waar na nieuwe overeenkomsten worden aangegaan door de payroll-onderneming en de werknemers. De arbeidsovereenkomsten kunnen in beginsel niet stilzwijgend en van rechtswege overgaan op de payroll-onderneming omdat voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en payroll-onderneming op individueel niveau wilsovereenstemming is vereist. Indien sprake is van nadrukkelijk nieuw aangegane overeenkomsten met de payroll-onderneming wordt veelal aangenomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst die een uitzendovereenkomst is en is artikel 7:690 BW van toepassing³⁰.

Als de betreffende werknemers bij een als zelfstandige eenheid te kwalificeren onderdeel van de onderneming werkzaam zijn dan wel indien al het personeel van een onderneming in een arbeidsintensieve sector wordt overgenomen, kan de transitie als een overgang van onderneming krachtens artikel 7:662 e.v. BW worden gekwalificeerd³¹. In dat geval zal de payroll-onderneming alle arbeidsvoorwaarden van de eerdere werkgever dienen te respecteren.

Als de overeengekomen arbeid van de werknemer gelijk blijft - wat bij outsourcing

²⁸ Vgl. Hof Leeuwarden 23 maart 2010, *JAR* 2010/107. Idem minister Donner over payrollen, zie *Aanhangsel Handelingen II* 2009/2010, nr. 2006. Zie *Wetsontwerp registratieplicht uitzendbureaus*, nr. 32872, MvT onder 2.4. En J.P.H. Zwemmer, *Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is*, TRA, februari 2009, p. 5-7.

²⁹ Zie met name het standaardarrest HR 5.4.2002, NJ 2003, 124 (ABN Amro/Mahli).

³⁰ Ktr. Delft 12.10.2009, LJN BK 7359.

³¹ Hiermee wordt een korte en daarmee vanzelfsprekend niet volledige samenvatting gegeven van artikel 662 e.v. BW. Zie voor een vollediger beeld bijvoorbeeld *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Van der Grinten, 22^{ste} druk, bewerkt door W.H.A.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer 2008, pag. 270-289.

doorgaans het geval zal zijn - zijn de bepalingen van opvolgend werkgeverschap van artikel 7:668a lid 2 en artikel 7:691 lid 5 onverkort van toepassing³², als al geen sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW.

5. *Werknemers of freelancers die (nog) geen verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming (VAR/WUO) kunnen krijgen maar wel graag in de toekomst als ondernemer zouden willen werken, treden bij een payroll-onderneming in dienst. De werknemer zorgt zelf voor de opdrachten en bepaalt zelf de tarieven. De payroll-onderneming stelt de werknemer ter beschikking van de opdrachtgever, verzorgt de facturatie aan de opdrachtgever en doet de salarisadministratie.*

In de praktijk wordt deze vorm regelmatig aangeboden aan personen 'die voor zichzelf willen beginnen'. Payroll-ondernemingen bieden zich aan als het administratiekantoor dat de zzp'er in spe tijdrovende en lastige administratieve klussen uit handen neemt.

De werkende wil door middel van payrolling verschillende opdrachten verrichten bij verschillende opdrachtgevers zonder bij de opdrachtgevers/inleners in dienst te treden. De werkende is zelf actief op de markt om opdrachtgevers te interesseren, verwerft opdrachten en maakt vaak ook afspraken over het tarief met de opdrachtgever. Op verzoek van de werkende sluit de payroll-onderneming vervolgens een arbeidsovereenkomst met de werkende en sluit een overeenkomst van opdracht met de opdrachtgever. Voorts verzorgt de payroll-onderneming de administratie (de facturering richting opdrachtgever en de loonadministratie ten behoeve van de werkende).

Het is in deze vorm niet steeds duidelijk wat de rechtspositie van de werkende is. Dat geldt ook voor de vraag of door de werkende sociale zekerheidsrisico's als WW en ziekte ondervangen worden. De vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het payroll-bedrijf/administratiekantoor en de werkende dient te worden beantwoord aan de hand van de criteria van het arrest Groen Schoevers, HR 14 november 1997, NJ 1998/149 en recent LJN:BP2971, Hof van Amsterdam, 3 februari 2011.

³² Zwemmer merkt hierover op dat artikel 7:691 BW eigenlijk niet van toepassing is omdat bij deze vorm van payrollen door de exclusieve terbeschikkingstelling aan de opdrachtgever/inlener de allocatiefunctie ontbreekt.

3. Ontslag

Omdat de visie van de Stichting van de Arbeid mede gevraagd is met het oog op de gevolgen voor werknemers in dienst van een payroll-bedrijf ingeval zij ontslagen worden, volgt hieronder een uiteenzetting op hoofdlijnen van het Ontslagbesluit, ontslag ingeval sprake is van een uitzendrelatie (Bijlage B) en ingeval sprake is van payrollen.

- ***Ontslagbesluit***

Het Nederlands ontslagrecht kent twee wegen om te komen tot een eenzijdige beëindiging door de werkgever van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, namelijk door opzegging na ontslagvergunning van UWV (art. 6 BBA en het daarop gebaseerde Ontslagbesluit) en door ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van artikel 7:685 BW. In dit advies gaat het om de ontslagroute via UWV.

Indien de werkgever een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient om de arbeidsovereenkomst op korte termijn te laten eindigen, beslist de kantonrechter op dat verzoek door met alle feiten en omstandigheden rekening te houden. De kantonrechter heeft daarbij een discretionaire bevoegdheid. Indien de kantonrechter in de ontbindingsbeschikking beslist dat de arbeidsovereenkomst dient te eindigen, ligt de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet eerder dan de dag na de datum van de ontbindingsbeschikking. Onder omstandigheden kent de kantonrechter aan de ontslagen werknemer een ontslagvergoeding toe.

Ingeval de werkgever een verzoek voor ontslag indient bij UWV zal de werknemer in de gelegenheid gesteld worden verweer te voeren dan wel kunnen achtereenvolgens de werkgever en de werknemer in de gelegenheid worden gesteld om binnen een specifieke termijn verweer en zienswijzen naar voren te brengen. Indien aannemelijk is dat een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding verband houdt met de arbeidsomstandigheden kan UWV de Inspectie-SZW verzoeken een onderzoek naar de arbeidsomstandigheden van de betrokken werknemer in te stellen. Na ontvangst van het verweer dan wel nadat de werkgever en werknemer hun zienswijze naar voren hebben gebracht, zendt UWV een afschrift van het verzoek om toestemming en van de daarop betrekking hebbende gegevens en bescheiden voor advies aan de Ontslagadviescommissie.

UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. UWV neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden. In geval van redenen van bedrijfseconomische aard moet de werkgever aannemelijk maken dat op grond hiervan een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Dit is niet van toepassing indien een verklaring van de belanghebbende verenigingen van werknemers is bijgevoegd dat de door de werkgever aangevoerde redenen leiden tot het vervallen van het door de werkgever voorgestelde aantal arbeidsplaatsen.

Voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies gaat, worden per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking

gebracht, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking wordt gebracht voor zover mogelijk overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies. De bedoelde leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder. Dit is het zogeheten 'afspiegelingsbeginsel'.

Indien de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn, kan UWV deze werknemer buiten beschouwing laten. Ook kan UWV toestemming weigeren ten aanzien van een werknemer indien deze werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie heeft en dit niet het geval is met de werknemer die alsdan voor ontslag in aanmerking komt.

Indien UWV toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verleent, kan hij aan zijn toestemming de voorwaarde verbinden dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard dan nadat hij degene die ontslagen is in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de gebruikelijke voorwaarden te hervatten.

Indien de werkgever als grond voor de opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer in onvoldoende mate aan de gestelde functie-eisen voldoet en derhalve ongeschikt is voor zijn functie, kan de toestemming slechts worden verleend indien:

- a. de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt;
- b. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer;
- c. de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad teneinde te trachten verbetering te brengen in diens functioneren;
- d. aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever.

Indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer de bedongen arbeid niet wil verrichten met een beroep op ernstig gewetensbezwaar wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend indien de werkgever redelijkerwijs geen mogelijkheid heeft om de werknemer een aangepaste dan wel andere functie aan te bieden.

In het geval de werkgever verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werknemer als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd en indien van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren. Als de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, dat de relatie tussen de werknemer en de werkgever ernstig en duurzaam is verstoord, wordt de toestemming op die grond slechts verleend indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat van zodanige verstoring inderdaad sprake is en dat herstel van de relatie niet mogelijk is.

Indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer tengevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat is aan de gestelde functie-eisen te voldoen, kan de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts worden verleend na verloop van 104 weken ziekte en indien de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt. Bovendien moet het aannemelijk zijn dat binnen zesentwintig weken geen herstel zal optreden en dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer binnen zesentwintig weken, indien nodig door middel van scholing, te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming. UWV is overigens niet bevoegd om aan een ontslagen werknemer een ontslagvergoeding toe te kennen. Het staat de ontslagen werknemer echter vrij om de kantonrechter alsnog om toekenning van een ontslagvergoeding te verzoeken.

- ***Ontslag ingeval sprake is van uitzenden: Bijlage B***

Bijlage B van de Beleidsregels heeft specifiek betrekking op de uitzendsector en biedt uitzendondernemingen onder voorwaarden de mogelijkheid om het gebruikelijke afspiegelingbeginsel toe te passen op een wijze die overeenstemt met de allocatieve functie waarbij erkend wordt dat de uitzendwerkgever niet zelf over het werk beschikt maar voor zijn beschikbare werkaanbod afhankelijk is van derden, de opdrachtgevers³³. De achtergrond hiervan is dat het van uitzendwerkgevers niet kan worden gevergd om op dezelfde wijze als 'normale' werkgevers de volgorde van het ontslag over hun gehele personeelsbestand toe te passen. In dat geval zouden immers her en der uitzendkrachten van opdrachten moeten worden gehaald om vervolgens voor ontslag te worden voorgedragen. Daarom zijn bijzondere regels gesteld ten aanzien van de herplaatsingsinspanning van het uitzendbureau, die sterker worden naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd.

Voor de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden is de actuele situatie relevant en worden de herplaatsingsinspanningen door de werkgever - afhankelijk van de periode die een werknemer heeft gewerkt - gepleegd in een periode van een, drie of vier maanden, te rekenen vanaf het moment dat de inleenopdracht is komen te vervallen. Indien de werknemer korter dan vijf jaar heeft gewerkt, spant de werkgever zich tenminste een maand in om de werknemer(s) te herplaatsen, bij een arbeidsverleden van vijf tot tien jaar voor een periode van tenminste drie maanden en indien een werknemer meer dan tien jaar heeft gewerkt gedurende een periode van tenminste vier maanden.

Gelet op het specifieke, driezijdige karakter van de uitzendrelatie, worden ingeval van ontslag wegens beëindiging van een inleenopdracht werknemers voor ontslag in aanmerking gebracht. Daarbij wordt niet uitgegaan van alle inleenopdrachten van de bedrijfsvestiging maar slechts van inleenopdrachten met uitwisselbare functies bij het inleenbedrijf waar de werknemer laatstelijk werkzaam was en inleenopdrachten op grond waarvan bij andere inleenbedrijven per inleenbedrijf in totaal vier of meer werknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies.

³³ Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en Zekerheid*, pagina 21, 1996.

- ***Ontslagregels UWV ingeval van payrolling***

De groei van payrolling heeft ertoe geleid dat in 2009 UWV in overleg met het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) specifieke regels heeft vastgesteld voor de toepassing van de regels van het Ontslagbesluit bij ontslagaanvragen van werknemers onder een payroll-contract³⁴. Aanleiding hiertoe was, blijkens de tekst van de Beleidsregels paragraaf 16, de bijzondere contractuele relatie bij payrolling tussen de formele werkgever, de werknemer en de opdrachtgever. Immers, de formele juridische werkgever sluit wel een arbeidsovereenkomst met de werknemer maar heeft geen zeggenschap over de werknemer. Die ligt bij de opdrachtgever.

De ontslagaanvraag bij UWV voor een payroll-werknemer dient de formele werkgever, de payroll-onderneming, in te dienen. Voordat de toetsing door UWV of het ontslag op bedrijfseconomische gronden gerechtvaardigd is, dient de payroll-ondernemer aan te tonen dat de payroll-opdracht is beëindigd³⁵.

Een payroll-ondernemer moet zich, net als iedere andere werkgever, inspannen om ontslag te voorkomen. Als een overtollige payroll-werknemer herplaatst kan worden, is niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de payroll-werknemer noodzakelijk is en zal dus geen ontslagvergunning worden verleend. Bij een ontslagverzoek moet blijken dat de payroll-onderneming heeft nagegaan of er bij andere bij haar aangesloten opdrachtgevers/inleners geschikte vacatures zijn of op korte termijn komen. Informatie van de verschillende opdrachtgevers/inleners is hiervoor noodzakelijk. Ook moet blijken dat de payroll-onderneming de payroll-werknemer op het bestaan van vacatures heeft gewezen en hem met de betreffende opdrachtgever/inlener in contact heeft gebracht³⁶. Overigens wordt daarbij vermeld: het is niet de bedoeling dat de payroll-werkgever uitputtend verslag doet van de reden waarom een werknemer niet wordt aangenomen bij andere opdrachtgevers. Daar gaat hij immers niet over. Bedoeling is dat vacatures worden geïnventariseerd en dat als een werknemer daar eventueel voor in aanmerking komt, de payroll-werkgever contacten legt. Als de opdrachtgever daar niet op ingaat, dan is daar weinig aan te doen.

Toepassing van het afspiegelingsbeginsel is alleen mogelijk op andere payroll-werknemers van de payroll-onderneming bij de opdrachtgever/inlener, niet op de werknemers in vaste dienst bij de opdrachtgever/inlener noch op andere werknemers bij de payroll-onderneming.

De reden daarvoor is in de beleidsregels aldus verwoord: “*Dat [het toepassen van het afspiegelingsbeginsel] ligt niet in de rede en is bovendien onuitvoerbaar aangezien het payrollbedrijf geen enkele zeggenschap heeft over de werknemers die werkzaam zijn bij de verschillende opdrachtgevers van het payrollbedrijf.*”

³⁴ Voor de volledige Beleidsregels UWV voor payrolling zie bijlage 1.

³⁵ Tenzij de payroll-onderneming de opdracht opzegt bijvoorbeeld vanwege wanbetaling. Dan is wel een duidelijke toelichting vereist.

³⁶ Zie de *Bijlage bij het Ontslagbesluit: beleidsregels payrolling*.

Voor de payroll-ondernemer geldt dat hij UWV voor de onderbouwing van de aanvraag dient te melden dat de inlenende ondernemer (de opdrachtgever) de overeenkomst heeft beëindigd. De payroll-onderneming hoeft niet aan te geven wat de reden is voor de beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever/inlener, noch wordt dit door UWV getoetst. Zoals gezegd geven de beleidsregels wel aan dat een inspanningsverplichting voor de payroll-onderneming bestaat om ontslag te voorkomen door bij andere opdrachtgevers na te gaan of daar vacatures bestaan.

- ***Gemengd bedrijf***

De Bijlage bij het Ontslagbesluit: beleidsregels payrolling is niet van toepassing op een zogeheten ‘gemengd’ bedrijf, een bedrijf dat zowel payroll-onderneming als uitzendbedrijf is; payrolling betreft dan een deelactiviteit naast het uitzenden. Mits voldaan is aan twee toegangseisen geldt voor een dergelijke onderneming Bijlage B, de bijzondere regeling in het Ontslagbesluit voor de uitzendsector:

1. de uitzendwerkgever heeft als doelstelling om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden (opdrachtgevers) om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen;
2. de premieplichtige loonsom op jaarbasis van de uitzendwerkgever wordt voor ten minste 50 procent gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:690 BW.

Indien Bijlage B van toepassing is, geldt het aldaar beperkte afspiegelingsregime. Dat betekent dat de werkgever de betreffende payroll-werknemer niet hoeft te spiegelen aan zijn payroll-werknemers die werkzaam zijn bij andere opdrachtgevers/inleners. Het gemengde bedrijf moet wel de werknemer die door het opzeggen van de payroll-opdracht ‘op de bank’ is beland, spiegelen aan zijn overige werknemers, de payroll-werknemers werkzaam bij de opdrachtgever/inlener die de opdracht heeft beëindigd en de uitzend-werknemers voor zover zij werkzaam zijn in een uitwisselbare functie. Zo nodig dient de werkgever in dat kader ruilaanbiedingen te doen aan opdrachtgevers/inleners. Bijlage B leidt er verder toe dat de van toepassing zijnde herplaatsingsperiode in acht moet worden genomen.

4. De zienswijze van sociale partners

4.1 De zienswijze van werkgevers

- *Algemene beschouwing*

Werkgevers constateren dat er sprake is van een grote diversiteit aan verschijningsvormen van payrolling. Zij wensen zich in hun beoordeling te beperken tot de vormen 3 en 4 omdat deze in de praktijk het meest voorkomen en voor dit advies de meest relevante zijn. Werkgevers beschouwen deze vorm van payrolling als een relatief nieuwe vorm van HR-dienstverlening, waarbij het juridisch en administratief werkgeverschap wordt overgenomen door gespecialiseerde dienstverleners. Deze dienstverlening speelt in op belangrijke motieven en behoeften van werkgevers en bedient ook zeker de belangen van werknemers. Voor werkgevers zijn er veel administratieve lasten en economische risico's verbonden aan het werkgeverschap; voor werknemers is van belang dat de ingewikkelde aspecten van het werkgeverschap goed worden uitgevoerd. Payrolling is naar de mening van werkgevers een logische reactie van de markt op de sinds begin jaren '90 toegenomen complexiteit en intensiteit van het werkgeverschap. In weerwil van de ambitie van achtereenvolgende kabinetten is het werkgeverschap sinds die tijd aanmerkelijk complexer geworden. Invulling van het werkgeverschap gaat gepaard met aanzienlijke administratieve lasten en hoge (nalevings)kosten van allerhande verplichtingen. Daaruit is de behoefte ontstaan om enerzijds financiële risico's, regeldruk en administratieve lasten te beperken (ontzorgmotief) en anderzijds wel te kunnen beschikken over professionele ondersteuning op HR-gebied. In bedrijven en bedrijfstakken waar werkgeverschap minder is ontwikkeld, spelen payroll-ondernemingen zo een rol in de verdere professionalisering van het HR-beleid.

Payrolling biedt werkgevers de mogelijkheid een aantal risico's die samenhangen met het reguliere werkgeverschap het hoofd te bieden. Werkgevers wijzen in dit verband op het onderzoek (2008) *Wat werkgevers weerhoudt – Belemmeringen voor een hogere arbeidsdeelname* dat in opdracht van MKB NL is uitgevoerd. Uit dat onderzoek blijkt dat hoge risico's voor ondernemers een belemmering vormen om personeel zelf in dienst te nemen. Daarbij gaat het om risico's en kosten die samenhangen met disfunctioneren, verlof, ziekte en arbeidsongeschiktheid. Die risico's en kosten komen voor rekening van de ondernemer zonder dat hij daarop altijd zelf invloed uit kan oefenen. Payrolling vormt het antwoord op de behoefte van de ondernemer om deze risico's beheersbaar te houden en tegelijkertijd de personeelsinzet mee te kunnen laten ademen met de markt.

Werkgevers beschouwen payrolling als een vorm van dienstverlening die belangrijk is voor een goed functionerende flexibele arbeidsmarkt. Zo'n arbeidsmarkt draagt bij aan de concurrentiekracht en groei van de Nederlandse economie, zorgt dat de werkloosheid laag blijft en er voldoende dynamiek op de arbeidsmarkt is. Werkgevers vinden het in dat kader legitiem dat tegen betaling van een vergoeding bepaalde risico's van het werkgeverschap bij een derde worden ondergebracht. Werkgevers wegen dit mede af tegen bovengenoemde effecten voor de arbeidsmarkt en de extra werkgelegenheid en arbeidsparticipatie die dit oplevert. Payrolling moet, in de ogen van werkgevers, dan ook beschouwd worden als een economisch gegeven. Inmiddels zijn er ruim 140.000 werken-

den (EIM, 2010) op payroll-basis actief, waarvan zo blijkt uit onderzoek (Ecorys, 2011) 25% voorheen werkloos of arbeidsongeschikt was. Blijkbaar vormt payrolling een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt die werkzekerheid biedt waar de baan zekerheid bij de inlener vaak fragiel is. Uit onderzoek (Ecorys, 2011) blijkt ook dat meer dan de helft van de payroll-krachten voldoende werkzekerheid ervaart.

- ***Positie payrolling***

Werkgevers hechten aan duidelijkheid omtrent de juridische positie van payrolling. Die duidelijkheid is wenselijk en noodzakelijk voor de payroll-onderneming, de werknemer en de opdrachtgever. Werkgevers stellen vast dat het voorgaande juridisch interpretatiekader die duidelijkheid ook biedt.

Bij payrolling is sprake van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW tussen payroll-onderneming en de werknemer als daarover tussen hen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst duidelijkheid bestaat als ook over de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Als vervolgens tussen opdrachtgever en payroll-onderneming wordt afgesproken dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht en als de werknemer ter beschikking wordt gesteld van de opdrachtgever, is het duidelijk dat er sprake is van een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW.

Naar de mening van de werkgevers is er voldoende en overtuigende steun te vinden voor de opvatting dat payroll onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW valt. Uit de memorie van toelichting op de Wet Flexibiliteit en Zekerheid volgt dat de wetgever heeft beoogd om alle driehoeksrelaties die voldoen aan het bepaalde in artikel 7:690 BW te duiden als uitzendovereenkomst. “Het gaat daarbij niet alleen om de in de praktijk bekende uitzendrelaties, maar ook om alle andere soorten van driehoeksrelaties zoals in het geval van uitlenen, detacheren en het werken in het kader van een arbeidspool”. De allocatiefunctie wordt naar de letter van de wet maar ook op grond van de wetsgeschiedenis niet als voorwaarde gesteld om een uitzendovereenkomst aan te gaan.

Ook de vorige minister van SZW was de mening toegedaan dat de payroll-overeenkomst een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW is en dat de allocatiefunctie daarvoor niet als vereiste wordt gesteld, zo blijkt uit zijn antwoorden op de Kamervragen van Tweede Kamerlid Vos: “Uit het antwoord op vraag 2 blijkt dat aan de term payrolling op diverse wijzen invulling wordt gegeven. Uit het merendeel van de payrollingvarianten blijkt dat er sprake is van drie partijen, te weten een payrollorganisatie, een werknemer die in dienst is bij de payrollorganisatie en het bedrijf of de organisatie waar die werknemer feitelijk werkzaam is. Met deze driehoeksrelatie komt artikel 7:690 BW in beeld. (...) Naar de letter van de wet wordt dus in het geheel niet als vereiste gesteld dat er sprake is van een allocatieve functie”.

- ***Duidelijkheid payrolling***

Omdat er bij payrolling doorgaans sprake is van gedeeld werkgeverschap vinden werkgevers het van groot belang dat bij betrokken partijen in de relatie van drie partijen (driehoeksrelatie) duidelijkheid bestaat over de vraag wie welk onderdeel van het werkgeverschap voor zijn rekening neemt. Dat is belangrijk opdat de werknemer zekerheid heeft over zijn rechten en plichten en duidelijk is wie hij op welk deel van het werkgeverschap kan aanspreken.

In dat kader wijzen werkgevers op het initiatief van de VPO om te komen tot een keurmerk voor professioneel werkgeverschap. Onderdeel van dat keurmerk zijn eisen aan de kwaliteit en transparantie van de dienstverlening jegens de payroll-kracht en de opdrachtgever. Zo is één van de eisen dat bij VPO aangesloten payroll-ondernemingen ervoor zorg dragen dat de taken en verantwoordelijkheden van het formele en inhoudelijke werkgeverschap zijn belegd bij de payroll-onderneming en/of de opdrachtgever en dat deze taakverdeling kenbaar is voor de medewerker. Verder is vereist dat de payroll-onderneming bij de opdrachtgever bedingt dat deze aan de werknemer tijdig, in ieder geval bij aanvang van de sollicitatieprocedure, kenbaar maakt dat uitvoering van de werkzaamheden geschiedt op basis van een payroll-overeenkomst. Tenslotte verwacht de VPO dat de payroll-onderneming de medewerker bij het aangaan van de payroll-overeenkomst in heldere en begrijpelijke taal zal informeren over de inhoud en de toepasselijkheid van de VPO Arbeidsvoorwaardenregeling alsmede over de aard, inhoud en consequenties van de payroll-overeenkomst.

- ***Ordening***

Werkgevers vinden het belangrijk dat op een voor ieder transparante en zorgvuldige wijze invulling wordt gegeven aan het gedeeld werkgeverschap in de relatie van drie partijen. Werknemer en opdrachtgever moeten steeds weten waar ze aan toe zijn. Werkgevers zien de inspanningen van de VPO als een belangrijke poging om het kaf van het koren in de payroll-markt te scheiden. De VPO bestaat sinds 2006 en organiseert ruim 50% van de omzet op de payroll-markt, daarnaast wordt de payroll-markt ook bediend door ondernemingen die ongeorganiseerd zijn of zijn aangesloten bij de ABU of de NBBU. Net als de uitzendbranche wordt ook de payroll-branche vervuild met malafide ondernemingen die zich niet storen aan wetgeving en cao's. In dat kader ondersteunen werkgevers het initiatief om te komen tot een betere ordening van de payroll-markt en een voor alle betrokkenen heldere en professionele manier van payrolling.

- ***Arbeidsvoorwaarden***

De payroll-onderneming is de juridisch werkgever en in die zin medebepalend voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden. Zoals uit paragraaf 2 van dit advies blijkt, is payrolling een vorm van ter beschikking stellen van arbeid. Daarmee valt payrolling qua arbeidsvoorwaarden van rechtswege onder het bereik van de algemeen verbindend verklaarde ABU-cao voor uitzendkrachten. Met het verdwijnen van de payroll-cao per 1 januari 2011 geldt deze ook voor de leden van de VPO. In aanvulling daarop heeft de VPO in haar arbeidsvoorwaardenreglement aanvullende arbeidsvoorwaarden vastgelegd waarvan de essentie is dat deze verplicht vanaf de eerste dag van de arbeidsovereen-

komst aan te sluiten bij de arbeidsvoorwaarden van de cao van de opdrachtgever. Dat geldt in ieder geval ten aanzien van loon, arbeidsduurverkorting, toeslagen, kostenvergoedingen, loonsverhogingen, periodieken, éénmalige uitkeringen, eindejaars- en 13e maandsuitkeringen alsook vakantiedagen en vakantiebijslag. Daarnaast geldt een loon-doorbetaling van minimaal 180% over de eerste twee jaren van ziekte. Payroll-ondernemingen nemen ook de werkgeverstaken rondom ziekte en re-integratie zoals vastgelegd in de Wet Verbetering Poortwachter op zich. In de VPO-cao was ook de afspraak gemaakt om de mogelijkheid te onderzoeken aansluiting te verkrijgen bij het bedrijfstakpensioenfonds van de opdrachtgever. Payroll-krachten vallen onder de verplicht gestelde regeling van de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (Stipp) en de VPO stelt in haar arbeidsvoorwaardenregeling de plusregeling van Stipp verplicht. Werkgevers maken hieruit op dat deze georganiseerde payroll-ondernemingen niet het oogmerk hebben arbeidsvoorwaarden te ontduiken.

- ***Ontslagrecht***

Werkgevers constateren dat het ontslagrecht een speciale positie kent voor de relatie van drie partijen. Dat geldt voor uitzenden en ook voor payrolling. Voor payrolling zijn eerder door het UWV bovendien aparte beleidsregels vastgesteld. Die beleidsregels sluiten aan bij het karakter van payrolling en in het bijzonder bij de exclusieve relatie tussen de medewerker enerzijds en de opdrachtgever anderzijds waarvan in de vormen 3 en 4 sprake is. Verder is duidelijk dat de beleidsregels met de definitie van payrolling aansluiten bij de door de VPO gehanteerde definitie. Net als in andere relaties van drie partijen in het kader van bijlage B geldt ook bij payrolling dat einde opdracht wordt behandeld als een ontslag om economische redenen. Daarbij geldt dat payroll-ondernemingen, net als andere ondernemers die om een ontslagvergunning vragen, moeten kunnen aantonen dat ze hun uiterste best hebben gedaan om de medewerker te herplaatsen in passende arbeid, zowel de betrokken inlener alsook bij andere relaties van de payroll-onderneming.

Werkgevers zijn van opvatting dat de door UWV gestelde regels een objectief voortvloeisel zijn uit de regels die vervat zijn in het Ontslagbesluit en die van Bijlage B. Onder omstandigheden kan een vervolgens met ontslagvergunning gedane opzegging kennelijk onredelijk zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als geen vergoeding door de werkgever wordt toegekend bij een zeer langdurig dienstverband ofwel indien na een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7: 662 e.v. BW het relevant sociaal plan niet is toegepast.

Op dit moment zijn er bij UWV geen gegevens beschikbaar omtrent het gebruik van deze beleidsregels door payroll-ondernemingen. Bij het ontbreken van gegevens omtrent het gebruik van deze regels kan ook niet worden vastgesteld of en in welke mate sprake is van regulier gebruik of misbruik van de bestaande regels. In die zin zien werkgevers dan ook geen aanleiding tot heroverweging van deze specifieke ontslagregels.

4.2 *De zienswijze van werknemers*

- *Algemene beschouwing*

De werknemersorganisaties in de Stichting hebben geen probleem met de eerste vorm van payrollen, hierboven toegelicht als de situatie waarin de werkgever/opdrachtgever de loonadministratie heeft uitbesteed. In deze situatie is en blijft de werknemer gewoon in dienst van het bedrijf waar ook de werkzaamheden worden verricht.

Zij hebben wel grote en fundamentele problemen met de andere vormen van payrollen zoals die zich in recente tijden hebben ontwikkeld, waarbij een naar hun opvatting gekunstelde splitsing wordt aangebracht tussen het formele en materiële werkgeverschap op een wijze die uitnodigt tot:

1. het bieden van mindere arbeidsvoorwaarden aan payroll-werknemers vergeleken met eigen werknemers terwijl er geen enkel verschil is in aard en inhoud van de werkzaamheden;
2. het afwentelen van werkgeversrisico's op de payroll-werknemer dan wel de sociale zekerheid;
3. het onder één hoedje spelen van inlener met het payroll-bedrijf bij beëindiging van de arbeidsrelatie, in die zin dat de werknemer noch ten opzichte van de materiële werkgever (inlener) noch de formele werkgever (het payroll-bedrijf) enige reële ontslagbescherming geldend kan maken;
4. risicoselectie in het pensioencontract.

In de opvatting van werknemersorganisaties zijn al deze vormen van payrollen aldus verworpen tot grote *verdwintruc* van het (goed) werkgeverschap. Op de enkele grond dat de werknemer elders in dienst zou zijn, heeft hij niets te vorderen van de materiële werkgever (inlener; degene op wiens werkvloer hij vaak jarenlang werkzaam is); maar tegelijkertijd heeft de werknemer ook niets te halen bij het payroll-bedrijf, omdat deze zich – tot nu toe deels gesanctioneerd door rechtspraak en bijzondere ontslagregels – erop kan beroepen dat hij slechts formeel de werkgever is en dus geen enkele eigen bedrijvigheid heeft (!) waar hij de werknemer kan (her)plaatsen.

Werknemersorganisaties zijn van mening dat payrollen niet kan worden geaccepteerd als een eigenstandige bedrijfsactiviteit, indien het payroll-bedrijf:

- a) geen werknemers werft en rekruteert maar dit gebeurt door de inlener die (veelal) een exclusieve relatie wenst met de gerekruteerde werknemer;
- b) het materiële werkgeverschap van begin tot eind bij de inlener ligt die de werknemer aanstuurt bij de dagelijkse werkzaamheden;
- c) het einde van de werkzaamheden volledig door de inlener wordt bepaald, die de werknemer – afhankelijk van de afspraken met het payroll-bedrijf – per dag kan opzeggen zonder zich aan enigerlei ontslagregel te houden, waarna het payroll-bedrijf nauwelijks enige reële (na)zorgverplichting heeft ten opzichte van de werknemer en de ontslagregels een lege huls zijn omdat een ontslagvergunning wordt verstrekt op de enkele grond van het wegvallen van de (exclusieve) opdracht bij de inlener en het ontbreken van werk bij het payroll-bedrijf.

Werknemers beschouwen de meeste varianten van payrollen derhalve als uitermate ongewenst. Payrollen leidt tot vergaande onduidelijkheid over de rechtspositie van de gepayrolde werknemer en tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling - tijdens het dienstverband en bij het einde van het dienstverband - tussen gepayrolde werknemers en werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van een inlener/opdrachtgever.

Jonge werknemers, die wellicht nog minder alert zijn op hun pensioen, vallen buiten pensioenregelingen of vallen onder slechtere en goedkopere pensioenregelingen dan de overige werknemers die onder het bedrijfstakpensioenfonds vallen. Deze risicoselectie brengt een vicieuze cirkel op gang waardoor de pensioenkosten in die laatste regeling oplopen.

Het laten voortbestaan van deze vormen van arbeidsrelaties leidt er toe dat het arbeids- en ontslagrecht vergaand wordt uitgehold en dat werkgevers in toenemende mate hun toevlucht zullen nemen tot dit soort constructies om (zorg)verplichtingen ten opzichte van werknemers te omzeilen.

- ***Onduidelijke en onevenwichtige rechtspositie***

In het Flexakkoord, dat ten grondslag lag aan de wet Flexibiliteit en Zekerheid op 1 januari 1999³⁷, is beoogd een balans tot stand te brengen tussen de door partijen op de arbeidsmarkt gewenste flexibiliteit en zekerheid.

Enkele citaten uit de inleidende paragrafen van het Flexakkoord, par. 2: “... is de Stichting van de Arbeid van oordeel dat arbeidsverhoudingen die evenwichtig, bestendig en flexibel zijn, de kern vormen van een economisch concurrerend en sociaal verantwoord arbeidsbestel. ... Alle voorstellen van de Stichting van de Arbeid tezamen nemend, ontstaat een palet aan arbeidscontractvormen met voor iedere vorm een eigen evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. Daarbij is een zodanige juridische vormgeving beoogd, dat geen ‘eenzijdige trek’ naar een van deze vormen ontstaat. Daarbij erkent de Stichting dat de uitzendfiguur in ons bestel in de laatste decennia een belangrijke allocatieve functie is gaan vervullen, die het waard is behouden te blijven.”

De Stichting adviseerde vervolgens om de uitzendrelatie geheel onder het arbeidsovereenkomstenrecht van het BW te brengen. Gelet op de allocatieve functie van uitzendarbeid werd voorgesteld om voor kortdurende uitzendrelaties een specifiek regime van toepassing te laten zijn. Maar tegelijkertijd werd het redelijk geacht om de onzekerheid voor de werknemer te beperken door te regelen dat hoe langer een uitzendrelatie duurt hoe sterker de binding tussen uitzendbureau en uitzendkracht. Het werd niet wenselijk geacht dat werknemers langdurig in tijdelijke contracten zouden blijven hangen. Uiteindelijk zou men in vaste dienst moeten kunnen komen, hetzij bij de inlener, hetzij bij de uitzender. Derhalve werd ook voorgesteld om speciale ontslagrichtlijnen te ontwikkelen om te bepalen in welke gevallen sprake kan zijn van een ontslag wegens verminderd werkaanbod dan wel om economische redenen, omdat nu juist vanwege de allocatieve rol van uitzendbureaus moeilijk zou kunnen worden aangetoond of ander werk voorhanden is.

³⁷ Wet van 2 juni 1988, Stb. 300.

Werknemersorganisaties zijn destijds akkoord gegaan met de bijzondere positie van de uitzendrelatie vanwege de allocatieve functie van uitzendwerk en de betekenis daarvan ook voor de werknemer. Het uitzendbureau zoekt werk voor de werknemer en een werknemer voor de werkgever. Het brengt vraag en aanbod bij elkaar op een steeds complexere arbeidsmarkt. Uitzendwerk kan met name voor starters op de arbeidsmarkt en werknemers met een zwakke positie een opstap betekenen naar een duurzame arbeidsrelatie. De minister antwoordde de VVD ten aanzien daarvan toentertijd³⁸: *“De leden van de VVD-fractie vroegen wat precies wordt bedoeld met de beperking van de uitzendrelatie tot die uitleners die bij de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden; of een ingenieursbureau, dat enkele personeelsleden elders detacheeert, ook onder deze definitie valt, zo nee, waarom niet en zo ja, wat dit dan betekent voor de betreffende werknemers. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf of beroep van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. Het gaat in de praktijk dan om uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools.”*

Payrollen heeft al deze functies niet. Het payroll-bedrijf zoekt geen werk voor de werknemer, niet voorafgaand aan de overeenkomst en niet bij beëindiging. Voor de werknemer is het payroll-bedrijf slechts het administratiekantoor waar zijn salaris vandaan komt.

Uit onderzoek³⁹ blijkt dat 80% van de payroll-werknemers het bedrijf waar ze werkzaam zijn, beschouwt als de eigen werkgever. Slechts 3% beschouwt de payroll-onderneming als werkgever en de resterende 17% meent dat zowel payroll-bedrijf als feitelijk werkgever de werkgeversrol vervullen. De zorg van de zijde van de vakbonden is dan ook ontstaan vanuit de praktijk waarin werknemers vaak onaangenaam verrast worden wanneer vroeger of later blijkt dat ze anders behandeld worden dan de collega's waarmee ze samenwerken. Bijvoorbeeld bij ziekte of als sprake is van reorganisatie en (collectief) ontslag. In praktijk blijkt dan opeens onduidelijkheid te ontstaan over welke partij verantwoordelijk is voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid, gelden andere ontslagregels en zijn wachtgeldregels niet van toepassing. Een reële kans op naleving van rechten blijkt niet aanwezig. Vanwege het ontbreken van de allocatieve functie van payrollen is hiervoor geen enkele rechtvaardiging. De werknemer krijgt immers in ruil voor het ontbreken van al deze bescherming geen enkele extra kans op ander werk.

- ***Ongelijke behandeling; kritiek op bijzondere beleidsregels bij ontslag***

Voor de gepayrollde werknemer vormt de hiervoor omschreven onduidelijke rechtspositie een groot en - in de ogen van werknemers - onaanvaardbaar risico. Dit geldt vooral in situaties waarbij de inlener/opdrachtgever besluit de opdrachtovereenkomst met het payroll-bedrijf te beëindigen. Dit wordt door UWV op zichzelf voldoende geacht voor een opzegging wegens bedrijfseconomische redenen. De consequentie van de bijzondere

³⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 1996–1997, 25 263, nr. 6/15.

³⁹ Onderzoek Ecorys in opdracht van VPO dat tijdens *Het Nationale Payroll Congres 6-12-2011* is gepresenteerd, zie noot 4.

beleidsregels voor de payroll-sector is dat geen van beide werkgevers - de inlener noch de payroll-onderneming - het deel van het ontslagrecht dat betrekking heeft op de preventieve toets voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst in acht hoeft te nemen ten aanzien van de werknemer.

De inlenende werkgever kan de overeenkomst met de payroll-ondernemer zonder meer opzeggen, het is daarbij niet van belang hoe lang de werknemer op de betreffende werkplek werkzaam is. De gebruikelijke opzegtermijnen hoeft de inlenende werkgever niet in acht te nemen. Ook de wettelijke opzegverboden (niet opzeggen bij zwangerschap of ziekte, niet discriminatoir opzeggen etc.) worden geacht niet van toepassing te zijn op deze relatie tussen de werknemer en inlenende werkgever. Ten aanzien van de collega's van de werknemer dient hij deze regels wel in acht te nemen.

Ten aanzien van de payroll-werknemer draagt deze werkgever geen verantwoordelijkheid inzake het ontslag/de opzegging van de arbeidsovereenkomst. De payroll-onderneming hoeft niet aan te geven wat de reden is voor de beëindiging van de opdracht door de opdrachtgever/inlener, noch wordt dit door UWV getoetst. Zoals gezegd geven de beleidsregels wel aan dat een inspanningsverplichting voor de payroll-onderneming bestaat om ontslag te voorkomen door bij andere opdrachtgevers na te gaan of daar vacatures bestaan. Van enige sanctie op niet-naleving van die inspanningsverplichting is echter geen sprake.

Daardoor heeft de gepayrolde werknemer vrijwel geen ontslagbescherming in vergelijking met de werknemer die rechtstreeks in dienst is van de inlener/opdrachtgever. Deze ongelijke behandeling wordt des te schrijnender wanneer gepayrolde werknemers zich niet of onvoldoende bewust zijn van hun rechtspositie en er pas bij (dreigend) ontslag achter komen dat hun rechtspositie veel slechter is dan die van de collega's die rechtstreeks in dienst zijn van de inlener/opdrachtgever. Collega's waarmee zij in veel gevallen al jaren samenwerken.

Naast het verschil in bescherming tegen ontslag kan er ook sprake zijn van aanzienlijke verschillen in bijvoorbeeld de beloning, de pensioenregeling, mogelijkheden voor scholing en ontwikkeling en andere arbeidsvoorwaarden. De gepayrolde werknemer valt immers niet onder de arbeidsvoorwaardelijke regeling van de inlener/opdrachtgever, tenzij dit uitdrukkelijk geregeld is. In die gevallen waarin de arbeidsvoorwaarden (daardoor) lager zijn dan die van werknemers die rechtstreeks bij de inlener/opdrachtgever in dienst zijn, ontstaat ook een serieus risico van verdringing van vaste medewerkers.

Werknemersorganisaties hebben in 2006 een poging ondernomen om door middel van het afsluiten van een bijzondere cao voor payroll-bedrijven met de VPO een aantal problemen aan te pakken.

Met name is gepoogd gelijke arbeidsvoorwaarden voor payroll-werknemers te regelen. In 2011 is de VPO-cao echter door de vakbonden opgezegd. De reden daarvoor is dat de gezamenlijke vakbonden deze vorm niet langer wensten te legitimeren.

- **Conclusie**

Wat de werknemersorganisaties betreft, kan de schijnconstructie die de payroll-constructie is niet geaccepteerd worden als een bijzondere vorm van uitzenden, waar de

ondernemer wel de lusten maar niet de lasten van het reguliere uitzenden geniet. Zij roepen de minister op de kritiek op de wetgeving van Hoogeveen en Zwemmer te volgen en een einde te maken aan de na 1999 ontstane onrechtvaardigheid door de onduidelijkheden die het BW laat ongedaan te maken. Zij zijn van mening dat payroll-bedrijven en hun opdrachtgevers moeten kiezen: of zij nemen werknemers volwaardig in dienst of het payroll-bedrijf wordt een echt uitzend/detacheringsbedrijf.

Werkgevers van flexibiliteit voorzien en hun administratieve lasten zo beperkt mogelijk houden zijn acceptabele doelstellingen. Niet acceptabel is dat als gevolg daarvan de zorg voor de werknemer is 'weggeregeld' en de prijs daarvan volledig door de werknemer (of de sociale zekerheid) wordt betaald.

Zij stellen daarom het volgende voor⁴⁰:

- waar sprake is van een 'exclusieve relatie' tussen inlener en werknemer is sprake van een directe juridische band tussen betrokkenen en kan geen sprake zijn van 'uitzenden';
- de wettelijke definitie van 'uitzenden' in artikel 7: 690 wordt aangepast in de zin dat de werkgever is hij die het werving- en selectieproces uitvoert en met wie feitelijk wilsovereenstemming omtrent de bedongen arbeid en de overige constitutieve elementen van de arbeidsovereenkomst tot stand komt;
- de allocatiefunctie als constitutief vereiste toe te voegen aan artikel 7:690 BW;
- om misverstanden te voorkómen, wordt aan artikel 7:691 expliciet toegevoegd dat het uitzendbeding niet benut kan worden door bedrijven die geen allocatiefunctie hebben;
- de bijzondere ontslagregels van UWV voor payroll-bedrijven worden geschrapt.

De zeer positieve consequentie van een zodanige aanpassing is dat zowel de werkgever als de werknemer op elk moment weten en erkennen welke rechten en plichten ze ten opzichte van elkaar hebben. Precies zoals de wetgever dat heeft bedoeld. Een aantal constructies dat nu het onduidelijke predicaat 'payroll' heeft, zal voor de werknemer feitelijk gewoon een arbeidsovereenkomst zijn op de werkplek waar hij altijd zijn arbeid verricht en met de werkgever met wie hij alle afspraken over zijn werk heeft gemaakt. In andere omstandigheden kiezen de werkgever en werknemer er wellicht voor om juist op basis van een uitzendconstructie met elkaar te gaan werken. Dat betekent dat het uitzendbureau de werving en selectie uitvoert en dat de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan inleners. Dat kan eventueel langdurig, vergelijkbaar met wat op dit moment detacheringsbureaus doen. Ook dan is de feitelijke situatie in overeenstemming met hoe het in de wetgeving is geregeld.

⁴⁰ Voor een nadere uitwerking zie op cit. Zwemmer en Hoogeveen.

Bijlage 1

Beleidsregels UWV met betrekking tot payrolling – versie december 2009

Om ontslagaanvragen zorgvuldig en uniform te beoordelen, heeft UWV voor de uitvoering van deze wettelijke taak beleidsregels opgesteld. Deze worden officieel vastgesteld en bekendgemaakt. De afdeling Arbeidsjuridische dienstverlening van UWV voert deze taak uit. Hier vindt u hoofdstuk 16 van de Beleidsregels ontslagtaak UWV, Payrolling, versie december 2009.

PAYROLLING

Inleiding

De laatste jaren maken steeds meer bedrijven gebruik van payrolling. Bij payrolling zijn drie partijen betrokken: een formele werkgever, een werknemer en een derde (opdrachtgever). Kenmerk van payrolling is dat de opdrachtgever zelf de werving en selectie van een (nieuwe) werknemer verzorgt maar vervolgens een ander bedrijf benadert voor de invulling van het formeel werkgeverschap. De formele werkgever neemt de werknemer in dienst en stelt hem daarna op basis van een payroll-opdracht exclusief aan de opdrachtgever ter beschikking om onder diens leiding en toezicht te werken.

Gelet op de bijzondere contractuele relatie bij payrolling tussen de formele werkgever, de werknemer en de opdrachtgever, heeft UWV overleg gepleegd met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over de vraag hoe de regels van het Ontslagbesluit moeten worden toegepast bij ontslagaanvragen voor werknemers die werkzaam zijn op basis van een payroll-overeenkomst. In dit hoofdstuk wordt daarop ingegaan. Hierna komen de volgende punten aan de orde:

1. Definitie van payrolling
2. Bijzondere contractuele relatie
3. Ontslagaanvraag bij payrolling
4. Afspiegelingsbeginsel
5. Herplaatsing
6. Wederindiensttredingsvoorwaarde
7. Gemengd bedrijf
8. Samenvatting/stappenplan

1. Definitie van payrolling

In de praktijk komen verschillende vormen van payrolling voor⁴¹. UWV sluit voor de invulling van het begrip payrolling aan bij de omschrijving in de “*CAO voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2008-2009*”. Deze cao geeft de volgende definitie:

⁴¹ M.A. Kuijt-Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’, *Praktijk* 2006, p. 1312.

“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 (de opdrachtgever) om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte - in beginsel langdurige - opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payrollovereenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet door de werkgever. De werkgever vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt en de dienstverlening van de 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 reïntegratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde.”

2. Bijzondere contractuele relatie

Bij payrolling bestaat een bijzondere contractuele relatie tussen de formele werkgever, de werknemer en de opdrachtgever. De formele werkgever sluit weliswaar een payroll-(arbeids)overeenkomst met de werknemer maar heeft geen zeggenschap over de werknemer. De zeggenschap ligt op basis van het contract tussen de formele werkgever en de opdrachtgever bij de opdrachtgever. Deze heeft zelf de werknemer geworven en geselecteerd en vervult het materiële werkgeverschap. De band tussen de formele werkgever en de werknemer is een beperkte en bestaat vooral uit de verplichting tot betaling van het loon. Toch is de formele werkgever de juridische werkgever. Dit heeft tot gevolg dat, als de opdrachtgever de relatie met een payrollmedewerker wil beëindigen en om die reden de opdracht voor de betreffende werknemer beëindigt, het payrollbedrijf (zijnde de formele werkgever) eventueel een ontslagaanvraag zal moeten indienen.

3. Ontslagaanvraag bij payrolling

Als de opdrachtgever de payroll-opdracht beëindigt, is sprake van verval van een arbeidsplaats bij het payrollbedrijf (de formele werkgever). Voor het payrollbedrijf is er dan ook een bedrijfseconomische reden voor het indienen van een ontslagaanvraag voor de betrokken werknemer. Voor de onderbouwing van de aanvraag moet het payrollbedrijf aannemelijk maken dat de opdrachtgever de payroll-opdracht heeft beëindigd. 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. Als het payrollbedrijf de payroll-opdracht zelf beëindigt (bijvoorbeeld wegens wanbetaling), is uiteraard wel een duidelijke toelichting nodig.

De bijzondere contractuele relatie bij payrolling heeft gevolgen voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel en de mogelijkheden om de werknemer te herplaatsen.

4. Afspiegelingsbeginsel

Het Ontslagbesluit bepaalt in artikel 4:2 lid 1 dat het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast over alle werknemers werkzaam in een categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging (in casu van het payrollbedrijf). De bijzondere contractuele relatie bij payrolling laat echter niet toe dat het afspiegelingsbeginsel onverkort wordt toegepast.

Het onverkort toepassen van dit beginsel kan tot gevolg hebben dat indien opdrachtgever A de relatie met payrollmedewerker X wil beëindigen en om die reden het contract met het payrollbedrijf opzegt, deze niet payrollmedewerker X maar payrollmedewerker Y, die bij opdrachtgever B werkzaam is, voor ontslag moet voordragen. Payrollmedewerker Y zou dan vervangen moeten worden door payrollmedewerker X. Dat ligt niet in de rede en is bovendien onuitvoerbaar aangezien het payrollbedrijf geen enkele zeggenschap heeft over de werknemers die werkzaam zijn bij de verschillende opdrachtgevers van het payrollbedrijf. De afspiegeling dient zich dan ook te beperken tot de werknemers van het payrollbedrijf die werkzaam zijn bij de opdrachtgever die de relatie met een werknemer van het payrollbedrijf heeft beëindigd. In bovengenoemd voorbeeld zijn dit de payrollmedewerkers van opdrachtgever A.

Met het Ministerie is geconcludeerd dat aanpassing van het Ontslagbesluit niet noodzakelijk is om tot deze uitkomst te komen. De hardheidsclausule in artikel 4:2 lid 3 van het Ontslagbesluit biedt hier uitkomst. Deze houdt in dat indien een werkgever (i.c. het payrollbedrijf) aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd (wat om de hiervoor genoemde redenen het geval is), UWV deze werknemer bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing kan laten.

Met toepassing van de hardheidsclausule in een situatie als deze wordt bereikt dat de afspiegeling beperkt kan worden tot de werknemers van het payrollbedrijf die werkzaam zijn bij de opdrachtgever die de relatie met een werknemer van het payrollbedrijf heeft beëindigd.

Vervolgens doet de vraag zich voor hoe te handelen als de werknemer voor wie de opdracht wordt beëindigd, niet de werknemer is die volgens de (beperkte) toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt. In dat geval mag van het payrollbedrijf worden verlangd zijn mogelijkheden te benutten om de opdrachtgever te bewegen, de opdracht te beëindigen van de werknemer van het payrollbedrijf die volgens het afspiegelingsbeginsel als eerste voor ontslag in aanmerking komt⁴². Indien de opdrachtgever om hem moverende redenen weigert de opzegging te herzien (bijvoorbeeld omdat hij meent dat de betreffende werknemer onvoldoende functioneert), zal het payrollbedrijf zich hieraan moeten conformeren. Het payrollbedrijf heeft immers geen zeggenschap over het personeelsbeleid bij de opdrachtgever en kan de opdrachtgever dan ook niet dwingen. Ook hier geldt dat om tot deze uitkomst te komen, de hiervoor genoemde hardheidsclausule soelaas biedt. Immers vervanging van de werknemer die volgens het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking zou komen, is niet mogelijk.

5. Herplaatsing

Een werkgever moet zich inspannen om ontslag te voorkomen. Dat geldt ook voor de payroll-werkgever. Als een overtollige werknemer herplaatst kan worden, is niet aanne-

⁴² Het payrollbedrijf zal in een toelichting moeten aangeven wat hij daartoe gedaan heeft.

melijk gemaakt dat het ontslag van de werknemer noodzakelijk is en zal dus geen ontslagvergunning verleend worden⁴³. Voor het payrollbedrijf heeft dit de volgende gevolgen.

Het payrollbedrijf moet nagaan of er bij andere aangesloten opdrachtgevers vacatures zijn

c.q. op korte termijn vrij komen waar een overtollig geworden werknemer voor in aanmerking zou kunnen komen. Is dat het geval, dan moet daar serieus werk van worden gemaakt.

Bij een ontslagverzoek moet dan ook blijken dat het payrollbedrijf is nagegaan of er bij andere bij hem aangesloten opdrachtgevers geschikte vacatures zijn (of op korte termijn komen). Informatie van de verschillende opdrachtgevers is hiervoor noodzakelijk. Ook moet blijken dat het payrollbedrijf de werknemer op het bestaan van vacatures heeft gewezen en hem met de betreffende opdrachtgever in contact heeft gebracht. Een en ander zal tijd vergen. Dat betekent dat op het moment dat een payroll-opdracht komt te vervallen, doorgaans niet per direct een ontslagvergunning zal kunnen worden aangevraagd⁴⁴. Een reactie van het payrollbedrijf dat mogelijkheden om de overtollige werknemer te herplaatsen ontbreken omdat derden zelf hun werving en selectie doen, volstaat niet en getuigt ook niet van goed werkgeverschap.

6. Wederindiensttredingsvoorwaarde

UWV zal de wederindiensttredingsvoorwaarde van artikel 4:5 Ontslagbesluit niet opnemen in een ontslagbeschikking voor een payrollwerknemer omdat de voorwaarde niet aansluit bij het wezen van de driehoeksrelatie⁴⁵. Deze voorwaarde verplicht een werkgever om de werknemer waarvoor een ontslagvergunning is verleend opnieuw in dienst te nemen (op de alsdan gebruikelijke voorwaarden) indien er binnen 26 weken na bekendmaking van de ontslagvergunning een vacature voor werkzaamheden van dezelfde aard ontstaat. Een payrollbedrijf kan geen invulling geven aan deze voorwaarde omdat het payrollbedrijf zich richt op het tot stand komen van payroll-overeenkomsten en de payrollwerknemer niet zelf werft.

7. Gemengd bedrijf

Bijzondere aandacht verdient de situatie van het zogenoemde gemengde bedrijf. Daaronder wordt verstaan een bedrijf waar payrolling een deelactiviteit is naast het uitzenden van werknemers volgens de uitzendformule en derhalve zowel payroll- als uitzendwerknemers in dienst zijn. Vraag is hoe bij een dergelijk bedrijf het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast bij het beëindigen van een payroll-opdracht door een opdrachtgever.

⁴³ Zie hoofdstuk 20: *Herplaatsing*

⁴⁴ Het is niet de bedoeling dat de payrollwerkgever uitputtend verslag doet van de redenen waarom een werknemer niet wordt aangenomen bij andere opdrachtgevers. Daar gaat hij immers niet over. Bedoeling is dat vacatures worden geïnventariseerd en dat als een werknemer daar eventueel voor in aanmerking komt, de payrollwerkgever contacten legt. Als de opdrachtgever daar niet op in gaat, dan is daar weinig aan te doen.

⁴⁵ Gerechtshof Amsterdam, 17 maart 2005, *JAR* 2005/110.

In een dergelijke situatie geldt dat de werkgever (het gemengde bedrijf), overeenkomstig wat hiervoor is gesteld, de betreffende payrollwerknemer feitelijk niet hoeft te spiegelen aan zijn payrollwerknemers werkzaam bij andere opdrachtgevers. Het gemengde bedrijf moet de werknemer die door het opzeggen van de payroll-opdracht 'op de bank' is beland wel spiegelen aan zijn overige werknemers (de payrollwerknemers, werkzaam bij de opdrachtgever die de opdracht heeft beëindigd en de uitzendwerknemers van het gemengde bedrijf), uiteraard voor zover werkzaam in een uitwisselbare functie. Als de betreffende payrollwerknemer met inachtneming van het bovenstaande is geselecteerd, kan voor hem een ontslagvergunning worden aangevraagd.

De vraag is of Bijlage B moet worden toegepast. Bijlage B moet alleen worden toegepast als het gemengde bedrijf voldoet aan de toegangseisen voor een uitzendwerkgever. Dat is het geval als de uitzendwerkgever:

1. als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden (opdrachtgevers) om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen; en
 2. wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:690 BW.
- Aan beide toegangseisen moet zijn voldaan⁴⁶.

Als Bijlage B van toepassing is, neemt UWV de ontslagaanvraag voor de payrollwerknemer pas in behandeling als een herplaatsingsperiode van 1, 3 of 4 maanden in acht is genomen⁴⁷.

Als Bijlage B van toepassing is, moet het gemengde bedrijf de payrollwerknemer die 'op de bank is beland' spiegelen aan de inleenopdrachten bij het inleenbedrijf die de opdracht heeft opgezegd en de inleenopdrachten op grond waarvan bij andere inleenbedrijven per inleenbedrijf vier of meer uitzendwerknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies.

Inleenopdrachten die binnen twee maanden eindigen, te rekenen vanaf de datum waarop de inleenopdracht voor de voor ontslag voorgedragen werknemers is komen te vervallen, blijven echter buiten beschouwing.

8. Samenvatting/Stappenplan

- a. Ga na of de ontslagaanvraag is ingediend voor een payrollwerknemer. Zo ja, dan is dit hoofdstuk van toepassing.
- b. Als een opdrachtgever een payroll-opdracht heeft beëindigd, is sprake van verval van een arbeidsplaats bij het payrollbedrijf. Voor de payrollwerkgever is dat een bedrijfseconomische reden om een ontslagaanvraag voor de betrokken werknemer in te dienen.
- c. Ga na of het payrollwerkgever de opzegging van de payroll-opdracht heeft overgelegd.

⁴⁶ Zie verder §2 van hoofdstuk 15: *Ontslagen in de uitzendsector (Bijlage B)*.

⁴⁷ Zie verder §3b van hoofdstuk 15: *Ontslagen in de uitzendsector (Bijlage B)*.

d. Bij payrolling bestaat een bijzondere contractuele relatie tussen de payrollwerkgever, de werknemer en de opdrachtgever. Deze bijzondere contractuele relatie heeft gevolgen voor de toepasbaarheid van het afspiegelingsbeginsel en de mogelijkheden om de werknemer te herplaatsen.

e. Het afspiegelingsbeginsel is niet toepasbaar op werknemers van het payrollbedrijf die werkzaam zijn bij andere opdrachtgevers. De hardheidsclausule biedt dan uitkomst.

f. Toepassing van het afspiegelingsbeginsel dient zich te beperken tot de werknemers van het payrollbedrijf die werkzaam zijn bij de opdrachtgever die de relatie met een werknemer van het payrollbedrijf heeft beëindigd. Ga na of deze opdrachtgever het afspiegelingsbeginsel heeft toegepast. Indien niet, ga dan na of het payrollbedrijf heeft getracht de opdrachtgever te bewegen het afspiegelingsbeginsel toe te passen. Overigens kan het payrollbedrijf de opdrachtgever hier niet toe dwingen. Als de opdrachtgever hiertoe niet bereid is, biedt de hardheidsclausule uitkomst.

g. Ga na of het payrollbedrijf zich voldoende heeft ingespannen om herplaatsingsmogelijkheden te onderzoeken.

h. Neem in de ontslagbeschikking geen wederindienstredingsvoorwaarde op.

i. Bij een gemengd bedrijf zijn er meer mogelijkheden om het afspiegelingsbeginsel toe te passen en de overtollige payrollwerknemer te herplaatsen.

j. Een gemengd bedrijf hoeft de betreffende payrollwerknemer feitelijk niet te spiegelen aan zijn payrollwerknemers werkzaam bij andere opdrachtgevers. Het gemengde bedrijf moet de werknemer die door het opzeggen van de payroll-opdracht 'op de bank' is beland wel spiegelen aan zijn overige werknemers, uiteraard voor zover werkzaam in een uitwisselbare functie.

k. Als Bijlage B van toepassing is, geldt het daarin geregelde beperkte afspiegelingsregime en dient het gemengde bedrijf een herplaatsingsperiode van 1, 3, of 4 maanden in acht te nemen.