

Payrolling

November 2009

mr J. Brouwer

De auteur heeft grote zorgvuldigheid betracht in het weergeven van delen uit het geldende recht. Evenwel is noch de auteur noch Boers Advocaten aansprakelijk voor schade van welke aard dan ook indien gebaseerd op onjuiste en/of onvolledige informatie uit deze publicatie.

Deze uitgave althans delen daarvan mag uitsluitend worden verveelvoudigd met volledige vermelding van de naam van de auteur.

De constructie.

Eigenlijk is payrolling een bijzondere vorm van de uitzendovereenkomst. Ook bij payrolling worden de werkzaamheden verricht bij een ander dan degene waarmee de werknemer een overeenkomst heeft. Er zijn echter een aantal belangrijke verschillen:

- de werving en selectie geschiedt door de opdrachtgever zelf;
- de werknemer kan uitsluitend bij de opdrachtgever worden tewerkgesteld;
- de intentie van de payroll-overeenkomst is dat de werknemer voor langere tijd bij de opdrachtgever werkzaam zal zijn, en
- de overeenkomst met de payroll-onderneming eindigt niet van rechtswege als de overeenkomst tussen de payroll-onderneming en de opdrachtgever eindigt (het zogenaamde uitzendbeding is dus niet van toepassing).

De Payroll-CAO.

Op de meeste payroll-overeenkomsten is de Payroll-CAO van toepassing. De werknemer dient er echter op bedacht te zijn dat er ook een aantal ondernemingen is dat wel aan payrolling doet, maar dat niet onder werkingssfeer van deze cao valt. Dit kan bijvoorbeeld gaan om een onderneming die naast payrolling bijvoorbeeld overwegend uitzendovereenkomsten afgesloten heeft en daarmee onder de uitzend-cao valt.

De payroll-cao kent een belangrijke bepaling die de aantrekkelijkheid van het werken met personeel via een payroll-onderneming voor een belangrijk deel teniet doet. Als de payroll-cao van toepassing is dan dient de werknemer dezelfde beloning te genieten als de rechtens geldende beloning van de werknemer die in dienst van de opdrachtgever werkzaam is in een gelijke of gelijkwaardige functie

De payroll-cao kent voorts een aantal belangrijke afwijkingen van het gewone wettelijke regime. Deze afwijkingen hebben met name betrekking op de bepaling dat na een aantal overeenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege een overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, over opvolgend werkgeverschap bij een reeks overeenkomsten voor bepaalde tijd, over de wijze van beëindiging van de overeenkomst en over de toekenning van een vergoeding bij beëindiging.

Bepaalde tijd wordt onbepaalde tijd.

Ter berekening van het aantal dienstjaren gelden bij de payroll-overeenkomsten nog een aantal bijzondere bepalingen.

1) Indien de werknemer gedurende 3,5 jaren voor dezelfde payroll-onderneming (of voor meerdere payroll-ondernemingen die ten opzichte van elkaar als opvolgend werkgever kunnen worden beschouwd) heeft gewerkt op basis van meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, dan geldt de laatste overeenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

2) Indien de werknemer op basis van meer dan 12 overeenkomsten voor bepaalde tijd voor dezelfde payroll-onderneming (of voor meerdere payroll-ondernemingen die ten opzichte van elkaar als opvolgend werkgever kunnen worden beschouwd) heeft gewerkt geldt de 13^e overeenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

3) Bij payroll-overeenkomsten neemt deze opbouw een aanvang op de eerste werkdag. Dit is anders bij uitzendovereenkomsten, waarbij de opbouw pas start na 26 weken.

Met ingang van 1 januari 2010 worden deze bepalingen gewijzigd in 1) 3 jaren en 2) 8 overeenkomsten.

Opvolgend werkgeverschap.

Voor de berekening van de lengte van het totale dienstverband is het niet van belang of de werkzaamheden zijn verricht voor dezelfde opdrachtgever, maar voor dezelfde payroll-onderneming. Daarbij is het mogelijk dat er gedurende die totale looptijd sprake is geweest van meerdere opdrachtgevers.

Verder volgt uit de jurisprudentie omtrent “opvolgend werkgeverschap” dat indien de werknemer bijv. eerst een periode rechtstreeks in loondienst is geweest bij de werkgever en daarna aansluitend bij dezelfde onderneming dezelfde werkzaamheden heeft verricht maar dan via een payroll-overeenkomst waarbij de payroll-onderneming als juridisch feitelijk werkgever geldt, deze arbeidsperioden bij elkaar opgeteld dienen te worden als ware er sprake van één werkgever. Ook in het omgekeerde geval (de werknemer heeft eerst zijn werkzaamheden bij een opdrachtgever verricht via een payroll-onderneming en verricht aansluitend zijn werkzaamheden rechtstreeks in loondienst van de opdrachtgever) dienen beide periodes bij elkaar te worden opgeteld.

Ten aanzien van de beëindigingsvergoeding is op 12 oktober 2009 door de Kantonrechter te Zutphen een interessante uitspraak gedaan.

De wijze van beëindiging.

Beëindiging van een payroll-overeenkomst geschiedt op dezelfde wijze als beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat voor beëindiging noodzakelijk is:

- 1) een beëindiging met wederzijds goedvinden,
- 2) een ontslag op staande voet,
- 3) het einde van een overeenkomst voor bepaalde tijd,
- 4) een ontbinding door de kantonrechter, of
- 5) een (tussentijdse) beëindiging middels eenzijdige opzegging.

Voor de eenzijdige opzegging door de werkgever is altijd een ontslagvergunning nodig. Het UWV WERKbedrijf kent voor de toetsing van verzoeken om het verlenen van een ontslagvergunning in de uitzendsector bijzondere regels. Deze regels zijn, in grote lijnen, ook van toepassing op de payroll-overeenkomst.

Payroll-overeenkomsten voor bepaalde tijd kunnen in principe (d.w.z. tenzij dat is uitgesloten in de overeenkomst die is aangegaan voor 13 weken of meer) tussentijds worden opgezegd.

Nadat de ontslagvergunning is verkregen gelden voor de payroll-overeenkomst een aantal afwijkende opzegtermijnen;

-voor de werkgever geldt altijd een opzegtermijn van één maand.

-voor de werknemer geldt:

-bij een overeenkomst voor meer dan 13 weken een opzegtermijn van 7 dagen;

-bij een overeenkomst van meer dan 13 maar minder dan 26 weken een opzegtermijn van 14 dagen;

-bij een overeenkomst van meer dan 26 weken een opzegtermijn van 28 dagen.

Bij payroll-overeenkomsten voor onbepaalde tijd geldt voor beide partijen een opzegtermijn van één maand.

De beëindigingsvergoeding.

De payroll-cao bepaalt dat indien de opdrachtgever de overeenkomst met de payroll-onderneming beëindigt wegens bedrijfseconomische redenen en nadat gebleken is geen herplaatsingsmogelijkheden bij deze opdrachtgever bestaan, de payroll-onderneming de plicht heeft om gedurende twee maanden te trachten een andere opdrachtgever te vinden om de werknemer bij te plaatsen. Lukt dat niet dan kan de payroll-onderneming de overeenkomst met de werknemer beëindigen. Voor die beëindiging gelden dan dezelfde regels als die van toepassing zijn op een reguliere arbeidsovereenkomst. Dat wil zeggen dat voor de opzegging van die overeenkomst ofwel een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf dient te worden aangevraagd en verkregen, danwel een ontbinding dient te worden gevraagd aan de Kantonrechter.

In de payroll-cao is een ontslagregeling opgenomen. Op basis daarvan kan de werknemer aanspraak maken op een vergoeding gelijk aan 4 bruto maandsalarissen als minder dan 5 jaren is gewerkt bij de opdrachtgever, 6 maanden bij een werkperiode van langer dan 5 maar korter dan 10 jaren, 8 maanden bij een werkperiode van langer dan 10 maar korter dan 15 jaren en 10 maandsalarissen bij een werkperiode van meer dan 15 jaren.

In de door zojuist genoemde Zutphense zaak was de payroll-onderneming bij aanvang van de tewerkstelling overeengekomen met de opdrachtgever, dat de

opdrachtgever ingeval van beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen die verplichting tot betaling van een beëindigingsvergoeding op zich zou nemen. Een regeling die in veel overeenkomsten tussen opdrachtgevers en payroll-ondernemingen voorkomt. De payroll-onderneming verzocht de kantonrechter om ontbinding van de overeenkomst met de werknemer zónder oplegging van een vergoeding, omdat de opdrachtgever daarvoor geen geld meer had (het zgn. habe-nichts verweer).

De kantonrechter oordeelde echter dat het bij de bepaling van een vergoeding niet gaat om de financiële positie van de opdrachtgever. De payroll-onderneming is formeel de werkgever en daarmee ook aansprakelijk voor de betaling van de beëindigingsvergoeding. Dat de werkgever die verplichting bij een derde heeft neergelegd, maakt vervolgens niet dat dan de financiële positie van de derde bepalend is voor de vraag of de werknemer wel of niet een vergoeding krijgt.

Conclusie.

Payroll-overeenkomsten worden uit verschillende motieven gesloten. Voor opdrachtgevers is het vaak een methode om personeel buiten de werkingssfeer van een eigen CAO te brengen of om te zorgen dat in financieel moeilijkere tijden flexibeler kan worden omgegaan met het personeelsbestand. Zo kunnen verplichtingen jegens personeel vermeden of verminderd worden.

Voor payroll-ondernemingen is het goed te beseffen dat middels CAO-afspraken en jurisprudentie die verplichtingen in belangrijke mate slechts verschoven worden van de opdrachtgevers naar de payroll-ondernemingen.