

Recht v!ert recht



Sandra Sanchez, arbeidsjurist bij 2Work Arbeidsjuristen is tevens verbonden aan de NVP helpdesk arbeidsrecht en bestuurslid van de NVP regio Midden Nederland

De verborgen gevaren achter payrolling

Het gebeurt steeds vaker: een payrollbedrijf en een werkgever spreken af dat het payrollbedrijf de dienstverbanden overneemt. Gevolg: de werkgever is af van de kennelijk enge risico's van het arbeidsrecht, maar kan wel zijn eigen werkrachten uitkiezen. Voor de werknemer verandert er niets... of toch wel?

Indien een werkgever afspraken heeft gemaakt met het payrollbedrijf benadert de werkgever de werknemer daarna vaak met een verzoek tot wederzijds goedvinden. De werknemer vreest voor zijn opgebouwde rechten, maar hem wordt veelal door de werkgever op het hart gedrukt dat er eigenlijk niets verandert. De werknemer krijgt een andere formele werkgever, maar zijn rechten gaan mee, want het payrollbedrijf is toch immers opvolgend werkgever? De werknemer gaat akkoord en merkt eigenlijk geen verschil.

Totdat hij wordt ontslagen. Dan komt de werknemer er achter dat hij zijn ontslagbescherming vaak onbedoeld in feite heeft opgegeven. Waarom?

Tussen payrollbedrijf en de werknemer bestaat een arbeidsovereenkomst. Tussen payrollbedrijf en de werknemer is dan ook het normale arbeidsrecht van toepassing. Uit hoofde van deze overeenkomst wordt de werknemer gedetacheerd bij de oud-werkgever. Maar nu is er de volgende situatie: het gaat niet

goed met het bedrijf van de oud-werkgever. Hij besluit om werknemer X niet langer in te huren. Op basis van overeenkomst van opdracht met het payrollbedrijf zet de oud-werkgever de inlening stop. Het payrollbedrijf kan werknemer X niet meer tewerkstellen. Het payrollbedrijf kan nu de arbeidsovereenkomst met werknemer X beëindigen simpelweg omdat de oud-werkgever hem niet meer wil inhuren, ongeacht de reden.

Hoe was dit nu anders gegaan als werknemer X nog in dienst was geweest bij de oud-werkgever? De oud-werkgever had bij werkvermindering een ontslagaanvraag bij UWV WERKbedrijf moeten indienen. Daarbij zou hij moeten aantonen dat er sprake is van structurele werkvermindering. Bij disfunctioneren zou de oud-werkgever om instemming in wederzijds goedvinden dan wel een uitspraak tot ontbinding door de kantonrechter te kunnen krijgen moeten kunnen aantonen dat de werknemer niet goed functioneert. Om vervolgens de vergoeding te beperken zou hij een gedegen dossier moet kunnen overleggen. Kortom: welke reden ook, een grondige onderbouwing zou noodzakelijk zijn. Een groot verschil met de eerste situatie waarin men slechts hoeft aan te tonen dat de oud-werkgever de opdracht stopzet!

Vanwege dit verschil, die voor de werknemer heel wezenlijk is, pleit een aantal

vooraanstaande arbeidsrechtsspecialisten nu voor een aanpassing van deze mogelijkheid. Zij zijn van mening dat een werknemer door een payroll-constructie te ernstig wordt gedupeerd en dezelfde rechten en (ontslag)bescherming zou moeten genieten als werknemers die niet bij een payrollbedrijf in dienst zijn, vooral omdat de meeste werknemers niet op de hoogte zijn van dit essentiële verschil en dus niet goed weten dat ze met hun medewerking aan de constructie afstand doen van hun ontslagbescherming. De kans is dan ook aanwezig dat dit in de toekomst rechtgetrokken zal worden, hetgeen vooral voor payrollbedrijven grote gevolgen kan hebben. Tot die tijd is het overigens maar de vraag of een werknemer niet zou kunnen terugkomen op een ondertekende vaststellingsovereenkomst. Hij zou immers kunnen aantonen dat hij niet wist van deze mogelijke vergaande gevolgen, waarmee zijn instemming met de eerdere beëindiging dubieus wordt.

Aantoonbaar disfunctioneren, maar afwijzing ontbindingsverzoek

Een werkgever mag te allen tijde naar de rechter, ook indien een werknemer ziek is. De rechter moet zich er dan van vergewissen dat het verzoek tot ontbinding geen verband houdt met ziekte. Als dat het geval is, kan een werknemer wegens disfunctioneren worden ontslagen.

Deze situatie speelde ook bij de kantonrechter te Zwolle. Het betrof hier een financieel directeur die naar het oordeel van zijn werkgever diende te verbeteren op het gebied van communicatie en presentatie. Dit speelde medio 2010. De verwachtingen waren concreet op papier gezet en tevens was een coachingstraject gestart op initiatief van de werkgever om de financieel directeur te helpen met verbetering. Dit coachingstraject duurde ruim een jaar. Eind oktober, na 11 coachingssessies concludeerde de werkgever dat de financieel directeur nog steeds niet voldoende was verbeterd. De werkgever reikte de financieel directeur een lijst met verbeterpunten aan met de afspraak dat het coachingstraject zou worden voortgezet en elke twee maanden zou met de werknemer worden geëvalueerd.

Ondertussen werd in september 2011 met de financieel directeur afgesproken dat hij als slagboom zou fungeren inzake de betalingen om zo de liquiditeit te bewaken en betalingen in goede banen te leiden. Op 26 april 2012 bleek echter dat er geen betalingen meer uitgevoerd konden worden wegens overschrijding van de kredietlimiet van 35 miljoen euro. Naar aanleiding hiervan heeft aan het eind van deze dag een gesprek plaatsgevonden tussen de werkgever en de financieel directeur waarbij de financieel directeur ontslag werd aangezegd. Tijdens dit gesprek meldde de financieel directeur dat hij sinds 2006 wist dat hij lijdt aan de ziekte van Parkinson. De volgende dag meldde de financieel directeur zich ziek. De bedrijfsarts meldde dat de financieel directeur blijvend ongeschikt was voor zijn functie in verband met (onder meer) hevige beperkingen van zowel geheugen als concentratie.

De werkgever diende een ontbindingsverzoek in wegens disfunctioneren, waarbij zij aangaf dat zij langdurig had geïnvesteerd in verbetering van de financieel directeur, zonder het gewenste resultaat, met als druppel de financiële problematiek die op 26 april 2012 aan het licht kwam. Zij gaf tevens aan dat de mededeling over ziekte pas na de ontslagaanzegging kwam. De financieel directeur ontkende dit. Hij van mening dat de ontslagaanzegging een directe reactie was op zijn mededeling over zijn ziekte.

De kantonrechter achtte de onderbouwing van de werkgever betreffende het disfunctioneren van de financieel directeur voldoende. Het was, temeer nu de financieel directeur het bestaan van bepaalde verbeteracties, zoals evaluatiegesprekken en het coachingstraject, niet ontkende, voldoende aannemelijk gewor-

den dat de financieel directeur al langere tijd onder de maat functioneerde. Vervolgens was het de vraag of het verzoek verband hield met enig opzegverbod (in casu de ziekte). Los van de vraag of de ziektemededeling voor of na de ontslagaanzegging kwam, vond de kantonrechter voornamelijk relevant dat de tekortkomingen die de werkgever in het functioneren van de financieel directeur signaleerde, pasten bij de beperkingen die het ziektebeeld van de financieel directeur had. Uit een test bleek dat de financieel directeur wel voldoende capaciteiten had voor zijn functie. Dat deze niet tot zijn recht kwamen achtte de rechter te wijten aan de ziekte. Het disfunctioneren was dus een gevolg van de ziekte, waardoor het verzoek indirect verband hield met ziekte, dus met een opzegverbod. Het ontbindingsverzoek werd om die reden afgewezen.

Conclusie

Indien disfunctioneren weliswaar aantoonbaar is, maar een gevolg is van een ziekte (zoals men veelal ziet ingeval van een burn-out), zal een kantonrechter een ontbindingsverzoek om die reden doorgaans afwijzen.



Kan de werknemer terugkomen op een opzegging?

In deze casus wordt de werknemster bij een kinderopvang wegens minder ingeschreven kinderen twee opties voorgesteld. Zij mag voortaan verder onder een oproepovereenkomst of ze wordt overgeplaatst. Werknemster voelt voor beide opties niets. Ze wil echter ook niet ontslagen worden en met die reden deelt de werknemster via een email haar werkgever mede dat zij zelf het dienstverband opzegt. Haar werkgever bevestigt haar opzegging. Enkele weken later, de werknemster zit nog in haar opzegtermijn, geeft zij aan bij haar werkgever dat zij spijt heeft van haar opzegging. Zij stuurt hiertoe een brief naar de werkgever waarin zij haar opzegging intrekt. Ze geeft aan dat ten tijde van haar opzegging haar wil en verklaring niet overeenstemden en dat zij ten tijde van haar opzegging leed aan een stoornis waardoor zij haar wil niet kon bepalen.

De kantonrechter onderzoekt eerst of de werkgever mocht vertrouwen op de opzegging. Daartoe moet gekeken worden naar de omstandigheden van het geval, zoals de persoon van werknemster, de gevolgen van de opzegging en de omstandigheden waaronder de opzegging is gedaan. Er moet een opzegging zijn die dermate duidelijk en ondubbelzinnig is, dat werkgever daar op mocht vertrouwen. Daartoe kan een onderzoeksplicht op de werkgever rusten. De verklaring was in casu duidelijk en ondubbelzinnig. De werkgeefster was nog nagegaan of ze dit wel echt wilde en gewezen op de financiële gevolgen met de vraag er nog eens goed over na te denken. Dat achtte werknemster echter niet nodig. Daarmee was aan de onderzoeksplicht die op werkgeefster rustte voldaan. Daaruit blijkt ook dat de werknemster niet onder een bepaalde druk was gezet die haar verklaring had kunnen beïnvloeden. De vermeende geestelijke stoornis kon werknemster niet aantonen, er was geen enkele medische verklaring die hierop wees.

Uit alles bleek dan ook dat werknemster een weloverwogen beslissing had genomen, zodat de werkgeefster er op mocht vertrouwen dat haar wil en verklaring overeenkwamen. De opzegging en daarmee de beëindiging van het dienstverband bleven dan ook overeind.

Verzwijgen van (relevante) nevenwerkzaamheden reden voor ontslag

Vormt het verzwijgen van nevenwerkzaamheden een reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst? Deze vraag speelde bij de rechter in Amsterdam.

Het betrof een verkoper van advertentieruimte bij een dagblad. Na een ziekmelding van de werknemer ontving het dagblad een anonieme brief waarin beschuldigingen werden geuit aan het adres van de werknemer. Hij zou zich bezighouden met prostitutie en mensenhandel. Hoffmann Bedrijfsrecherche werd ingeschakeld en de werknemer bleek al jaren en ook tijdens zijn ziekte werkzaamheden te verrichten als raamexploitant op de Amsterdamse Wallen. De werknemer bevestigde zijn werkzaamheden, maar gaf aan dat deze legaal waren. Tevens had hij geen nevenwerkzaamhedenverbod.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst. De reden hiertoe is dat de werknemer op de hoogte was van het feit dat het dagblad niet geassocieerd wenste te worden met raamprostitutie, legaal of illegaal. Het dagblad had namelijk meerdere malen gepubliceerd over de negatieve aspecten hiervan en de kijk van het dagblad hierop had de werknemer duidelijk moeten zijn. Door zijn werkzaamheden toch te verzwijgen handelde de werknemer in strijd met het goed werknemerschap. Zodoende de ontbinding. Toch kreeg de werknemer een vergoeding (c=0,25). Hierbij werden de volgende omstandigheden meegevoegd: de oudere leeftijd en het lange dienstverband van de werknemer, zijn andere bron van inkomsten, het onvoldoende aannemelijk zijn van de nadelige invloed van de nevenwerkzaamheden op de werkzaamheden bij of het imago van het dagblad en tot slot het onvoldoende aannemelijk zijn dat de werkzaamheden de reïntegratie hadden belemmerd. Zodoende kwam de werknemer toch nog een bescheiden vergoeding toe.