

RECHTSPRAAK

Payrollovereenkomst met uitzendbeding met inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 niet meer toegestaan, waardoor de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd door de ziekmelding van werkneemster. Het payrollbedrijf kon de overeenkomst evenmin eenzijdig opzeggen.*Feiten*

Werkneemster is per 26 augustus 2019 in dienst getreden bij het payrollbedrijf. Het betrof een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 21 februari 2021. Werkneemster was werkzaam als floormanager bij de inlener. Werkneemster heeft in juni 2019 rechtstreeks bij de inlener gesolliciteerd op deze functie naar aanleiding van een vacaturemelding op de website van het restaurant. Na een succesvol sollicitatietraject is zij per 26 augustus 2019 aangenomen. Vervolgens is haar meegedeeld dat het formele werkgeverschap is uitbesteed aan het payrollbedrijf. In de arbeidsovereenkomst is de ABU-cao van toepassing verklaard. Tevens is het uitzendbeding opgenomen. Werkneemster heeft zich op 13 maart 2020 ziek gemeld. Op 15 maart 2020 heeft het payrollbedrijf het dienstverband met werkneemster per direct opgezegd met een beroep op het uitzendbeding. Op 18 mei 2020 heeft werkneemster een verzoek met producties ingediend. Primair verzoekt werkneemster een vergoeding ter hoogte van het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst zou hebben geduurd indien deze van rechtswege was geëindigd, te weten € 26.077,84 bruto, nu de arbeidsovereenkomst geen mogelijkheid tot tussentijdse opzegging kent. Indien de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging wel bestaat, verzoekt werkneemster subsidiair een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 3.483,00, een billijke vergoeding van € 13.932 bruto, de transitievergoeding van € 427,29 bruto en achterstallig salaris over ten onrechte ingehouden min-uren wegens het niet werken in verband met een verbouwing van € 535,85 bruto.

*Oordeel**Niet-ontvankelijkheid*

Het payrollbedrijf voert samengevat aan dat geen sprake is geweest van een opzegging per 15 maart 2020, omdat de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 15 lid 1 sub b van de toepasselijke ABU-cao reeds was geëindigd per 13 maart 2020, de datum waarop werkneemster zich ziek heeft gemeld. Het payrollbedrijf stelt derhalve dat werkneemster in de eerste plaats niet-ontvankelijk is in haar verzoek, omdat het te laat is ingediend. De kantonrechter gaat hier ongemotiveerd aan voorbij. In antwoord op het herstelverzoek van het payrollbedrijf ex artikel 31 en 32 Rv is slechts de datum van indiening van het verzoek

handgeschreven gecorrigeerd.

Uitzendbeding en tussentijdse opzegmogelijkheid in de payrollovereenkomst

Werkneemster heeft gereageerd op een vacature op de website van de inlener, waarna zij een sollicitatieprocedure aldaar heeft doorlopen. Van de voor uitzending vereiste allocatiefunctie is in dit geval dus geen sprake geweest. Dat het sollicitatiegesprek werd afgenomen door een medewerker van het payrollbedrijf die daar was gestationeerd, is werkneemster op dat moment niet duidelijk gemaakt en maakt dit oordeel ook niet anders. Pas na afloop van de sollicitatieprocedure, toen zij was aangenomen, is werkneemster erop gewezen dat het payrollbedrijf haar formele werkgever zou worden. Naast het voorgaande is doorslaggevend dat uit de overeenkomst blijkt dat werkneemster exclusief voor de inlener is aangenomen. Deze payrollconstructie staat ook expliciet uitgewerkt in de arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf. De toepasselijkheid van de ABU-cao staat niet in de weg aan het oordeel dat hier een payrollconstructie werd bedoeld. Deze opzet was tot 1 januari 2020, bij de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) ook niet ongebruikelijk, omdat tot dat moment het uitzendbeding ook van toepassing kon zijn op payrollovereenkomsten. Met de Wab is echter de rechtspositie van payrollmedewerkers gelijkgetrokken met die van de overige medewerkers van het payrollbedrijf. Nu is geoordeeld dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een payrollovereenkomst betreft en het zogeheten uitzendbeding met ingang van 1 januari 2020 niet meer is toegestaan in een dergelijke overeenkomst, is de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd door de ziekmelding van werkneemster op 13 maart 2020 en kon het payrollbedrijf de overeenkomst evenmin eenzijdig opzeggen per 15 maart 2020. De opzegging was derhalve onregelmatig, zodat werkneemster aanspraak heeft op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW ter hoogte van de opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen bij een rechtsgeldige opzegging. Daarbij is van belang of de arbeidsovereenkomst een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid bevatte. Met werkneemster wordt geoordeeld dat dat laatste uit de tekst van de overeenkomst niet blijkt, zodat ervan moet worden uitgegaan dat deze mogelijkheid er niet was. Dat betekent dat de vergoeding moet worden berekend over de resterende duur van het contract. Gelet op de beperkte periode dat werkneemster feitelijk voor het payrollbedrijf heeft gewerkt wordt deze periode ex artikel 7:672 lid 11 BW billijkheidshalve beperkt tot drie maanden oftewel € 6.966 bruto. Dit bedrag zal worden toegekend.

Transitievergoeding, billijke vergoeding en achterstallig salaris

Nu het payrollbedrijf heeft erkend dat de transitievergoeding verschuldigd is en geen verweer is gevoerd tegen de hoogte van het door werkneemster gevorderde bedrag, is dit eveneens toewijsbaar. Gelet op de bijzondere omstandigheden als gevolg van de van overheidswege uitgevaardigde maatregelen in verband met Covid-19, waardoor het payrollbedrijf onweersproken een financieel zware periode doormaakt, alsmede de wetwijziging lopende het contract, waardoor het uitzendbeding niet langer gold tussen partijen, is er naar het oordeel van de kantonrechter geen reden voor het toekennen van een billijke vergoeding. Door de inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 is ook artikel 22 lid 1 van de ABU-

cao, waarin de loondoorbetaling bij het wegvallen van uitzendarbeid wordt uitgesloten, komen te vervallen in de rechtsverhouding tussen partijen. Aan de hand van artikel 7:628 BW wordt geoordeeld dat de omstandigheid dat het restaurant was gesloten wegens verbouwing, waardoor werkneemster niet kon werken, een omstandigheid is die voor rekening van het payrollbedrijf als werkgever komt. Werkneemster heeft dus recht op uitbetaling van het ten onrechte ingehouden loon.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:6130

Zaaknummer: 8523914

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: L.N. Huizenga en N.M. Wolters

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:672 BW, 15 lid 1 onder b ABU-cao, 15 lid 4 ABU-cao en 22 ABU-cao