

Rechter prikt door constructie heen

In deze tijden van financiële onzekerheid hechten werknemers er meer dan ooit aan bij outsourcing over te kunnen gaan naar de outsourcing company. Dit op grond van de Wet overgang onderneming. Anderzijds ziet men in de markt dat bedrijven ter ontwijking van onder meer ontslagbescherming ervoor kiezen niet zelf hun werknemers in dienst te hebben, doch de werknemers te stallen bij een zogeheten payrollonderneming. Hoe verhouden deze twee uitersten zich tot elkaar? Na de Hoge-Raaduitspraak van 5 april 2013 rond Heineken, die ik eerder in *Outsource Magazine* besprak, werpt een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam nieuw licht op arbeidsrechtelijke constructies. Het betreft een uitspraak van 3 september 2013 in een zaak tussen een werknemer die een arbeidscontract had met de payroll company ITERRA en door ITERRA werd uitbetaald. De werknemer was feitelijk al een aantal jaren werkzaam bij ING Bank in de functie van IT-specialist/consultant.

Afgelopen maart deelde ITERRA onverwacht per mail aan de werknemer mee dat ING het afgesproken uurtarief zou verlagen met ruim 15 procent. Van werknemers die hiermee niet akkoord zouden gaan, zou volgens ING het lopende contract worden beëindigd. ITERRA schreef aan de werknemer: *"It's probably best if you can contact your manager to see how badly he still wants to keep you and if he had any say in this matter. Further it's up to you to decide if you agree with this substantial rate cut. Maybe we could try to negotiate it down to 5 or 10 %, but the risk will unfortunately be that the contract then will end."*

Partijen kwamen er niet uit. De arbeidsrelatie tussen ITERRA en werknemer werd met toestemming van het UWV beëindigd om bedrijfseconomische redenen. De werknemer nam hier geen genoegen mee en stapte naar de rechter. Deze oordeelt dat er helemaal geen sprake was van een arbeidscontractuele relatie tussen ITERRA en de werknemer. De werknemer was feitelijk werkzaam bij ING en ontving hiervan zijn instructies. ING stelde zich feitelijk als werkgever op. De rechter oordeelde dat ITERRA geen werkgever was, bij gebreke aan een *gezagsverhouding* tussen ITERRA en de werknemer. Aldus kwam de rechter tot de opmerkelijke conclusie dat niet ITERRA maar ING zelf de formele werkgever was. Op basis van de overeenkomst met ITERRA – als 'uitvoerder van een juridisch en administratief werkgeverschap' – kon de werknemer nakoming vorderen van het arbeidscontract van zowel ITERRA als ING.

Conclusie: de rechter prikt door de constructie heen en stelt dat ING wel degelijk de werkgever is. Hiermee wordt de lijn van de Hoge Raad uitgebreid om werknemers te beschermen tegen 'gekunstelde' constructies. Betreft de Heineken-uitspraak nog de bescherming van werknemers die bij een beheermaatschappij binnen een concern (in casu Heineken) waren ondergebracht, de ING-uitspraak gaat een stap verder. Immers, bij de ING-zaak betrof het een werknemer die *extern* was ondergebracht bij payrollbedrijf ITERRA.

Daar waar personen feitelijk werkzaam zijn voor het outsourcende bedrijf, doch er een arbeidscontract is met een payroll vehicle, dienen de outsourcende partij en de outsourcing company er rekening mee te houden dat deze personen mogelijk mee overgaan naar de outsourcing company als er sprake is van overgang van onderneming.

ANJA DEKHUIJZEN houdt zich als vooraanstaand advocaat bij Whitebridge bezig met IT- en outsourcing. Ze adviseert in die hoedanigheid cliënten over vraagstukken rondom outsourcing, IT-contracten, IT-disputen, telecommunicatie, e-commerce en privacy.

