

JAR 2013/46

Kantonrechter Rotterdam

21 december 2012, 13915112 VZ VERZ
12-8983.

(mr. Lubberink)

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Werkgeversinstituut BV te Rotterdam,
verzoekster,
gemachtigde: mr. A. Stamoulis, advocaat te Rotterdam,
tegen
verweerster te Rotterdam,
verweerster,
gemachtigde: mr. W.H.J.W. de Brouwer, advocaat te Rotterdam.

Payrolling, Toepassen
afspiegelingsbeginsel, Beleidsregels
ontslagtaak UWV in strijd met strekking
BBA

[BW Boek 7 - 685 ; BW Boek 7 - 690 ;
Ontslagbesluit - 4:2]

» **Samenvatting**

De werkgever, WGI, is een payroll-onderneming in de sector welzijn. Op 22 november 2006 heeft WGI met de Dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving van de gemeente Rotterdam (JOS) een overeenkomst gesloten inzake het plaatsen van medewerkers in de functie van ouderconsulenten scholen. Deze medewerkers, 139 in totaal, zijn door JOS bij basisscholen geplaatst. De werkneemster heeft vanaf augustus 2006 in deze functie gewerkt. JOS heeft de overeenkomst met WGI per 1 januari 2013 opgezegd en heeft laten weten dat 44 van de 139 arbeidsplaatsen zullen komen te vervallen. WGI heeft JOS verzocht hierbij het afspiegelingsbeginsel toe te passen. JOS heeft dit geweigerd, omdat de keuze van de scholen voor het al dan niet behouden van een medewerker leidend zou

zijn. WGI heeft UWV Werkbedrijf vervolgens om een ontslagvergunning verzocht voor 45 medewerkers. UWV heeft deze vergunning verleend. Zij heeft onder verwijzing naar haar beleidsregels overwogen dat WGI het afspiegelingsbeginsel niet hoeft toe te passen, omdat de bijzondere contractuele relatie bij payrolling dit niet toelaat, nu WGI geen zeggenschap heeft over de situatie bij de inlener. Omdat de werkneemster arbeidsongeschikt is, vraagt WGI nu ontbinding. Er zijn nog negen vergelijkbare ontbindingsverzoeken ingediend.

De kantonrechter overweegt dat in deze situatie moet worden gekeken naar de gehele arbeidsverhouding waar de werkneemster deel van uitmaakt, dus ook naar de positie van JOS als materiële werkgever. In het licht van de strekking van het BBA 1945 – bescherming tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag – dient door de constructie die partijen aan hun handelingen hebben gegeven te worden heengekeken. Een arbeidsverhouding zoals hier aan de orde dient te worden aangemerkt als een arbeidsverhouding met de materiële werkgever. De derde, die het UWV toestemming voor ontslag verzoekt, dient daarom het afspiegelingsbeginsel te laten toepassen binnen de materiële werkgever. De beleidsregels ontslagtaak UWV miskennen het uitgangspunt van het BBA, nu zij, als een inlener weigert het afspiegelingsbeginsel toe te passen, toch voorzien in afgifte van een ontslagvergunning. Eén en ander leidt ertoe dat de tien ontbindingsverzoeken worden afgewezen. In een eventueel nieuw ontbindingsverzoek dient WGI alsnog inzichtelijk te maken welke selectieprocedure JOS heeft gevolgd bij de keuze om onderhavige tien (arbeidsongeschikte) werknemers voor ontslag voor te dragen en dient zij aan te tonen dat het afspiegelingsbeginsel juist is toegepast.

NB. De opvatting van de Rotterdamse kantonrechters is in lijn met de door Zwemmer geuite kritiek op de beleidsregels UWV in zijn noot bij Ktr. Sneek, «JAR» 2011/81. Hof Leeuwarden accepteerde het grotendeels ontbreken van een ontslagtoets bij payrolling wel in «JAR» 2012/133.

beslissing/besluit

» Uitspraak

1. Het verloop van de procedure

(...; red.)

1.3. De mondelinge behandeling van dit verzoek, alsmede van de negen andere gelijktijdig en voor een belangrijk deel gelijkluidende verzoeken, is bepaald op 16 november 2012. Eén verzoek kon toen niet behandeld worden, omdat de betreffende verweerster niet was verschenen (en niet al dadelijk bij exploit was opgeroepen). Bedoelde tien ontbindingsverzoeken zijn verdeeld tussen twee kantonrechters die met elkaar overleg hebben gehad over de uiteindelijke beslissing.

(...; red.)

2. De feiten

In deze procedure wordt uitgegaan van de volgende feiten:

2.1. WGI is een payrolling onderneming die zich toelegt op de detachering van personeel naar instellingen op het gebied van welzijn, sociaal cultureel werk en gemeentelijke diensten binnen de regio Rotterdam Rijnmond. WGI verricht deze activiteiten sinds 1985 en is daartoe als zodanig ook in het leven geroepen

2.2. De dienstverlening van WGI bestaat eruit dat zij door haar opdrachtgevers geworven en geselecteerde werknemers in dienst neemt en een aantal formele werkgeverstaken, waaronder de salarisbetaling, op zich neemt, en vervolgens deze werknemers weer bij haar opdrachtgevers te werk stelt. Bij het door de opdrachtgevers werven en selecteren van personeel voor bij haar opdrachtgevers aanwezige vacatures speelt WGI geen rol.

2.3. WGI heeft de voorwaarden van haar dienstverlening vastgelegd in een zogenaamde “Aansluitingsovereenkomst” die zij met haar opdrachtgevers sluit.

2.4. Op 22 november 2006 heeft WGI (althans haar rechtsvoorganger de stichting Stichting Werkgeversinstituut Sociaal Cultureel Werk Rotterdam) met de gemeente Rotterdam, vertegenwoordigd door de Dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving (hierna: JOS) een Aansluitingsovereenkomst gesloten, met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2006. Op 2 januari 2010 hebben partijen nog een addendum bij deze overeenkomst ondertekend. In de artikelen 1, 2 en 3 van deze Aansluitingsovereenkomst is – voor zover thans relevant – het volgende vermeld:

“1. Aanvangsdatum en einde van de overeenkomst

1.1. Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van het project ouderconsulenten en de financiering ervan door de gemeente Rotterdam.

1.2. De overeenkomst eindigt:

1.2.1. Ingeval de subsidie ten behoeve van het project ouderconsulenten zal worden stopgezet;

(...)

2. Verplichtingen WGI

2.1. Het WGI treedt op als formeel werkgever van de ouderconsulenten en voert daarbij werkzaamheden voor de opdrachtgever uit (...).

2.2. Het WGI verbindt zich om ouderconsulenten, gedurende de looptijd van deze overeenkomst in dienst te nemen en te houden en deze bij de organisaties te plaatsen.

2.5. Het WGI gaat slechts over tot aanstelling, schorsing, op non-actiefstelling of ontslag op staande voet van geplaatste ouderconsulent(s) na verkregen schriftelijke opdracht van de organisatie.

2.6. Eventuele gerechtelijke procedures ter zake van schorsing, op non-actiefstelling of ontslag zullen door het WGI worden gevoerd voor rekening en risico van de opdrachtgever.

3. Financiën

3.1. De opdrachtgever is verplicht tot betaling aan het WGI van alle loon- en andere kosten, die door het WGI gemaakt worden voortvloeiend uit het dienstverband van de door haar aangestelde en bij organisaties geplaatste ouderconsulenten, zulks inclusief de kosten, die worden gemaakt in verband met de toepassing van de CAO die van toepassing is.(...).”

2.5. WGI valt onder de werkingssfeer van de CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening (hierna: de CAO Welzijn).

2.6 Artikel 11.6 (“Financiële aanspraken bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden”) van de CAO Welzijn luidt als volgt:

“(…).

2. Bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden ontvangt de werknemer een ontslagvergoeding. Werknemers tot 50

jaar ontvangen een ontslagvergoeding van één-zesde maandsalaris per dienstjaar (...)

3. De werknemer ontvangt een aanvulling op de WW. Voor de berekening van de duur van de aanvulling wordt de volgende systematiek toegepast:

a. De totale duur van de aanvullingsperiode is gerelateerd aan de WW-duur van de werknemer en gemaximeerd op 38 maanden.

b. De duur van de aanvulling op de WW bedraagt drie maanden. Voor de rechthebbende die op de dag van het ontslag nog geen 21 jaar oud is, wordt daar een duur gelijk aan 18% van zijn diensttijd bij opgeteld, voor de rechthebbende die op de dag van ontslag 21 jaar oud is een duur gelijk aan 19,5% van zijn diensttijd, en zo per leeftijdsjaar opklimmend met 1,5% tot aan de rechthebbende die op de dag van ontslag 60 jaar of ouder is. Voor laatstgenoemde bedraagt de vermeerdering 78%. Onder diensttijd wordt verstaan de diensttijd die voor onbepaalde of bepaalde tijd is doorgebracht bij werkgevers die vallen onder de werkingssfeer van deze CAO.

4. De hoogte van de aanvulling op de WW wordt als volgt vastgesteld:

a. Gedurende 6 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 100% van het salaris.

b. Gedurende 12 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 90% van het salaris.

c. Daarna ontvangt de werknemer een aanvulling tot 80% van het salaris.”

2.7. Verweerster, geboren op 12 maart 1974, is op 17 april 2011 op verzoek van JOS bij WGI in dienst getreden in de functie van Assistent Ouderbetrokkenheid, welke functie destijds met behulp van een

ID-loonkostensubsidie is gecreëerd. Sinds augustus 2006 heeft Verweerster de functie van Ouderconsulent Scholen bekleed, welke functie een reguliere arbeidsplaats is en niet langer gesubsidieerd wordt met behulp van een ID-loonkostensubsidie. Verweerster is werkzaam op De Boog te Rotterdam, behorend bij de Stichting Bestuur Openbaar Onderwijs Rotterdam (hierna: BOOR).

2.8. De functie van Ouderconsulent Scholen is beschikbaar gekomen in het kader van het project Ouderconsulenten, welk project gefinancierd wordt door JOS en gebaseerd is op de Uitvoeringsnotitie Ouderconsulenten van de gemeente Rotterdam van 22 maart 2006.

2.9. Naast Verweerster heeft WGI in opdracht van JOS nog 138 werknemers geplaatst in de functie van Ouderconsulent Scholen.

2.10. De functie van Ouderconsulent Scholen betreft – kort samengevat – een uitvoerende functie die gericht is op het werken met ouders van kinderen van 2-12 jaar en op het vervullen van een brugfunctie tussen onderwijs, voorzieningen in de wijk en ouders.

2.11. Het salaris van Verweerster bedraagt € 2.032,91 bruto per maand (bij een parttime percentage van 88,89%), te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en met 8,3% eindejaarsuitkering.

2.12. Verweerster is sinds 9 januari 2012 arbeidsongeschikt.

2.13. Bij brief van 25 juni 2012 heeft JOS aan WGI bericht dat de overeenkomst tot plaatsing van 44 Ouderconsulenten, waaronder Verweerster, wordt opgezegd per 1 januari 2013. In deze brief is – voor zover thans van belang – het volgende vermeld:

“(…) In de afgelopen periode heeft met uw organisatie reeds uitvoerig overleg plaatsgevonden aangaande de door onze dienst voorgenomen opzegging van een deel van de met uw Organisatie ten behoeve van de plaatsing van Ouderconsulenten Scholen gesloten overeenkomsten en de redenen hiervoor. Kort samengevat komen deze erop neer dat de betreffende scholen voor wie de Ouderconsulenten Scholen werkzaam zijn gelet op de Beleidsregel Onderwijs Rotterdam 2012-2013 per/augustus 2012 – mits voldaan aan de subsidievoorwaarden – zelfstandig mogen besluiten hoe de werkzaamheden van de Ouderconsulenten Scholen (...) binnen de scholen zullen worden ingevuld. De scholen kunnen ervoor kiezen om een aanvraag voor toekenning subsidie ouderbetrokkenheid in te dienen gebaseerd op het aanhouden van de huidige bij de school geplaatste Ouderconsulent (in dienst van uw Organisatie) of op het intern aanstellen van een medewerker hiervoor. Ook komt het voor dat in het geheel geen aanvraag wordt gedaan.

Inmiddels is op basis van de door de afzonderlijke scholen al dan niet ingediende aanvragen de balans opgemaakt en staat thans vast dat voor 25 Ouderconsulenten Scholen geen aanvraag is gedaan door de scholen strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats. Ten aanzien van 19 Ouderconsulenten Scholen geldt dat hun arbeidsplaats gedeeltelijk zal komen te vervallen.

Helaas heeft het vorenstaande dan ook tot gevolg dat wij ons genoodzaakt zien om deze lopende overeenkomsten met uw Organisatie te beëindigen daar waar het de plaatsing van onderstaande werknemers betreft (zijnde de hiervoor genoemde Ouderconsulenten Scholen ten aanzien van wie geen aanvraag is ingediend strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats dan wel een aanvraag voor minder uren):

In totaal zullen dus 44 van de 139 arbeidsplaatsen van Ouderconsulent Scholen deels dan wel volledig komen te vervallen, en wel per 1 januari 2013 (...). 1 januari 2013 is dan ook de datum waartegen de lopende overeenkomsten met uw Organisatie zullen worden opgezegd (...)"

2.14. Bij brief van 28 juni 2012 heeft WOL de ontvangst van de opzegging door JOS bevestigd. Tevens heeft WOL in deze brief aan JOS bericht dat – samengevat – JOS bij het maken van de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers het afspiegelingsbeginsel (deels) niet juist heeft toegepast en verzoekt het WGI JOS, althans de scholen waarbij de betreffende werknemers zijn geplaatst, om de opzegging van 29 werknemers voor wie dit geldt te heroverwegen onder toepassing van een door haar op basis van het afspiegelingsbeginsel gemaakte selectie.

2.15. In antwoord op deze brief van WOL van 28 juni 2012 heeft JOS bij brief van 2 juli 2012 – voor zover thans relevant – het volgende bericht:

“Helaas moeten wij u berichten uw verzoek om heroverweging niet in te kunnen willigen en de eerder gedane opzegging volledig te handhaven. Zoals wij in onze brief van 25 juni 2012 al aangaven, is de selectie gebaseerd op de aanvragen voor ouderbetrokkenheid zoals deze al dan niet zijn ingediend door de afzonderlijke scholen. Onze dienst kan hierop als vanzelfsprekend geen invloed uitoefenen. Een en ander is volledig afhankelijk van de wensen en mogelijkheden van de scholen. Gelet op het vorenstaande kan dan ook geen toepassing van het afspiegelingsbeginsel plaatsvinden over het volledige bestand aan Ouderconsulenten Scholen; er vindt immers in beginsel geen uitwisseling plaats tussen de Ouderconsulenten die geplaatst zijn bij de afzonderlijke scholen. Indien de betrokken school een aanvraag heel

ingediend strekkende tot behoud van een Ouderconsulent, dan geldt de aanvraag specifiek voor die werknemer en kan de school achteraf niet verplicht worden om een andere werknemer van uw organisatie hiervoor in de plaats aan te stellen. Daar waar er op een school meerdere Ouderconsulenten zijn aangesteld en door de betreffende school niet is gekozen voor het aanhouden van de voltallige bezetting, hebben wij de school – voor zover met de gedane selectie afgeweken werd van het afspiegelingsbeginsel – gewezen op deze afwijking en verzocht de keuze te heroverwegen (...)

De betreffende scholen hebben ons echter bevestigd niet van de gemaakte selectie te willen afwijken. JOS kan de scholen hier vanwege het door hen zelfstandig gevoerde aannamebeleid niet toe dwingen. Wij vertrouwen erop dat u de keuze qua personeels- en aannamebeleid van de betreffende scholen zult respecteren, alsook de hieruit voortvloeiende noodzaak van de zijde van onze dienst om als uw opdrachtgever deze keuze gestalte te geven in de vorm van de opzegging van de met uw organisatie gesloten overeenkomst. (...)"

2.16. WGI heeft hierop bij brief van (eveneens) 2 juli 2012 gereageerd. Voor zover relevant luidt de inhoud van die brief:

“(…) Deze brief geldt dan ook als de door u verzochte bevestiging van ontvangst van de opzegging. Uiteraard respecteren wij het personeels- en aannamebeleid van de individuele scholen: onze organisatie heeft hier namelijk geen zeggenschap over. Ook begrijpen wij dat JOS de keuzes van de scholen dient te respecteren. Een en ander maakt dat wij ons bij uw selectie zullen neerleggen en tot uitvoering van de benodigde procedures zullen overgaan (...)"

2.17. Bij brief van 9 juli 2012 heeft WGI Verweerster over de opzegging door JOS van een deel van de met WGI ten behoeve van de plaatsing van Ouderconsulenten Scholen gesloten overeenkomsten en de redenen daarvoor geïnformeerd en meegedeeld dat als gevolg daarvan haar arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk niet zal worden voortgezet na 1 januari 2013. Aan deze mededeling heeft zij de volgende zin toegevoegd: “JOS heeft dit als definitief besluit medegedeeld en wij kunnen dit uiteraard niet veranderen nu wij u uitsluitend in dienst hebben genomen om in opdracht van JOS permanent als Ouderconsulent bij een onderwijsinstelling te worden geplaatst.”. WGI heeft Verweerster verder nog geïnformeerd over de start van een herplaatsingstraject.

2.18. Op 17 juli 2012 heeft WGI bij haar Ondernemingsraad (hierna: OR) een adviesaanvraag ingediend ten aanzien van het voorgenomen besluit om per 1 januari 2013 de arbeidsovereenkomst van een aantal Ouderconsulenten Scholen op te zeggen.

2.19. Bij brief van 20 juli 2012 heeft het WGI Verweerster verzocht contact op te nemen met de afdeling P&O voor het maken van een afspraak voor het herplaatsingsgesprek.

2.20. Bij brief van 8 augustus 2012 heeft WGI ingevolge de Wet melding collectief ontslag bij het UWV melding gedaan van collectief ontslag.

2.21. Op 30 september 2012 heeft de OR, ten aanzien van het voorgenomen besluit om per 1 januari 2013 de arbeidsovereenkomst van een aantal Ouderconsulenten Scholen op te zeggen, een positief advies uitgebracht.

2.22. Op 23 oktober 2012 heeft het UWV WGI toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met Verweerster op te zeggen. Aan deze ontslagvergunning

(waarvan WGI geen gebruik heeft gemaakt in verband met de huidige arbeidsongeschiktheid van Verweerster) wordt – voor zover thans relevant – het volgende ontleend:

“Uw onderneming is een zogenaamde ‘payrolling company’ (...) Uw dienstverlening bestaat eruit dat u – uitsluitend – het formele werkgeverschap op u neemt van de door u in dienst te nemen werknemers. (...) Gelet op het voorgaande vervullen uw opdrachtgevers de rol van feitelijke werkgever. (...) Specifiek voor werknemer, die als Ouderconsulent Scholen op verzoek van de dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving van de gemeente Rotterdam (hierna te noemen JOS) werkzaamheden verricht voor Schoolbestuur BOOR, geldt dat JOS de met u gesloten overeenkomst tot plaatsing van 45 Ouderconsulenten Scholen heeft opgezegd met ingang van 1 januari 2013, waardoor de arbeidsplaats van werknemer (gedeeltelijk) komt te vervallen.

(...)

Beoordeling

Uw aanvraag is gebaseerd op bedrijfseconomische redenen.

Wij zijn van oordeel dat van u niet gevraagd kan worden het dienstverband met werknemer voort te zetten, aangezien ons is gebleken dat de opdrachtgever, via wie werknemer werkzaam is, de dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving van de gemeente Rotterdam (JOS), u te kennen heeft gegeven dat zij de overeenkomst tot plaatsing van 45 Ouderconsulenten Scholen, waaronder werknemer, wenst te beëindigen.

Ingevolge de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is sprake van een bedrijfseconomische reden wanneer een opdrachtgever de payroll-opdracht

beëindigt. U heeft aan de hand van de door u overgelegde correspondentie aangetoond dat uw opdrachtgever de payroll-opdracht (deels) heeft beëindigd, waarmee u aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische redenen om tot ontslag van werknemer over te gaan.

Resteert beantwoording van de vraag of het afspiegelingsbeginsel aan ontslag van werknemer in de weg staat. De bijzondere contractuele relatie bij payrolling laat niet toe dat het afspiegelingsbeginsel onverkort wordt toegepast; u heeft immers geen enkele zeggenschap over de werknemers die werkzaam zijn bij uw verschillende opdrachtgevers. De afspiegeling dient zich te beperken tot de werknemers die werkzaam zijn bij de opdrachtgever, die de overeenkomst met u deels (45 werknemers) heeft beëindigd. In dit kader heeft u JOS verzocht het afspiegelingsbeginsel toe te passen, maar JOS heeft hieraan geen gehoor gegeven. JOS heeft zich bij de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers laten leiden door de beslissing van de scholen. Nu uw opdrachtgever heeft geweigerd de opzegging te herzien, kunt u niet anders dan u hieraan conformeren. U heeft immers geen zeggenschap over het personeelsbeleid bij uw opdrachtgever en u kunt uw opdrachtgever niet dwingen. Geldt op artikel 4:2 lid 3 van het Ontslagbesluit zijn wij van mening dat op grond van de hardheidsclausule toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing gelaten kan worden. Daarnaast komen wij tot de conclusie dat er binnen uw organisatie – gelet op het specifieke karakter van uw organisatie – geen mogelijkheden zijn om werknemer te herplaatsen; uw opdrachtgevers bepalen immers het aanname- en ontslagbeleid en u heeft zelf geen bestand aan uit te lenen personeel. Evenmin heeft het door u ontwikkelde beleid tot herplaatsing van werknemer geleid.

Beslissing

Wij verlenen u hierbij toestemming om de arbeidsverhouding met werknemer op te zeggen.

(...)”

2.23. WGI heeft na verleg met Abvakabo FNV een Sociaal Plan opgesteld met welk Sociaal Plan de OR op 26 oktober 2012 akkoord is gegaan. Abvakabo FNV heeft om haar moverende redenen uiteindelijk afgezien van het Sociaal Plan. Van dat Sociaal Plan maakt onder meer deel uit een mobiliteitsbudget voor loopbaanbegeleiding of coaching, een “eerder vertrek regeling”, de mogelijkheid tot afkoop van de voornoemde vergoedingen zoals opgenomen in de CAO Welzijn en een aanvullend budget voor om- of bijscholing.

3. Het verzoek en de grondslag daarvan

3.1. Het verzoek van WGI strekt tot ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 januari 2013, dan wel op een zo kort mogelijke termijn daarna, wegens gewichtige redenen bestaande uit veranderingen in de omstandigheden, onder toekenning aan Verweerster van de vergoedingen zoals opgenomen in artikel 11.6 van de CAO Welzijn, bestaande uit (i) de eenmalige ontslagvergoeding ex artikel 11.6 lid 2 van de CAO Welzijn en (ii) een suppletieuitkering conform artikel 11.6 leden 3 en 4 van de CAO Welzijn en de hierin opgenomen voorwaarden wat ontstaan van de aanspraak, hoogte en (maximale) duur betreft, waarbij geldt dat WGI bereid is een door Verweerster te ontvangen uitkering aan te vullen als ware het een WW-uitkering, met dien verstande dat Verweerster geen hoger bedrag aan suppletie zal ontvangen dan hetgeen haar uit hoofde van artikel 11.6 van de CAO Welzijn toekomt en dat dezelfde voorwaarden van toepassing zijn aangaande het ontstaan, de duur, de hoogte

en het eindigen van de aanspraak, en van de overige uit het Sociaal Plan voortvloeiende emolumenten indien en voor zover aan de in het Sociaal Plan gestelde voorwaarden voor aanspraak is voldaan, kosten rechtens.

3.2. Aan haar verzoek heeft WGI – naast voormelde feiten, zakelijk weergegeven en voor zover thans relevant – het volgende ten grondslag gelegd.

a. WGI verzoekt reflexwerking toe te kennen aan de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hoofdstuk 16 inzake Payrolling, welke beleidsregels specifiek zijn geschreven voor de beoordeling door het UWV van ontslagaanvragen ingediend door payroll-werkgevers met als ontslaggrond de beëindiging van de detacheringsovereenkomst door de opdrachtgever. Uit deze beleidsregels volgt dat de beëindiging van de opdracht door een payroll-werkgever een bedrijfseconomische reden vormt voor het indienen van een ontslagaanvraag, dat het afspiegelingsbeginsel zich beperkt tot de werknemers die werkzaam zijn bij de betrokken opdrachtgever, dat van een payroll-werkgever wordt verwacht dat hij de opdrachtgever wijst op het afspiegelingsbeginsel maar dat het uiteindelijk de opdrachtgever is die zich hier al dan niet aan conformeert en dat een payroll-werkgever bij aangesloten opdrachtgevers dient na te gaan of er geschikte vacatures zijn of op korte termijn beschikbaar komen. De door WGI bij UWV Werkbedrijf gevoerde ontslagprocedures worden steeds op basis van voornoemde beleidsregels behandeld en de vergunningen worden dienovereenkomstig verleend.

b. JOS heeft de overeenkomst tot plaatsing van 44 Ouderconsulenten Scholen, onder wie Verweerster, opgezegd. Als grond voor de opzegging heeft JOS aangegeven, dat op basis van de door de afzonderlijke scholen al dan niet ingediende subsidieaanvragen

vast staat dat voor 29 Ouderconsulenten, onder wie Verweerster, door de scholen geen subsidieaanvraag strekkende tot behoud van hun arbeidsplaats is gedaan. WGI ontvangt na 1 januari 2013 geen vergoeding meer voor het aan Verweerster te betalen salaris. De opzegging door JOS vormt voor WGI een bedrijfseconomische reden op grond waarvan zij gerechtigd is de arbeidsovereenkomst met Verweerster te beëindigen. Het afspiegelingsbeginsel staat hieraan niet in de weg. WGI heeft JOS verzocht om het afspiegelingsbeginsel correct toe te passen en het ontslag van 29 werknemers te heroverwegen, maar JOS heeft hieraan geen gehoor gegeven. Voor WGI restte geen andere mogelijkheid dan met de door JOS opgegeven selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers in te stemmen.

c. Ondanks dat dit niet tot de aard van haar dienstverlening behoort, hanteert WGI bij beëindiging van de overeenkomst door een opdrachtgever een herplaatsingsbeleid, bestaande uit:

- het plaatsen van een geanonimiseerd profiel van de werknemer op de website van WGI;
- het inventariseren van de mogelijkheden en wensen van de werknemer in een belangstellingsgesprek;
- (tot eind 2011) het actief aanschrijven van een voorgeselecteerde groep opdrachtgevers met de vraag naar passende vacatures. Vanwege de recente forse bezuinigingsrondes binnen de branche van haar opdrachtgevers ontbreken vacatures. Dit heeft WGI ook ervaren in eerdere ontslagrondes, waarin zij op grote schaal haar opdrachtgevers heeft benaderd, hetgeen echter keer op keer niet tot herplaatsing heeft kunnen leiden. Nu dit derhalve zinloos is en bovendien de relatie met haar opdrachtgevers verstoort, heeft WGI sinds eind 2011 besloten dit

onderdeel van haar herplaatsingsbeleid niet langer in te zetten.

d. Gelet op de opzegging door JOS en het ontbreken van herplaatsingsmogelijkheden, ook na volledig herstel van Verweerster, heeft WGI geen andere mogelijkheid dan beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Verweerster. WGI en JOS hebben zich overigens jegens alle boventallige werknemers gecommiteerd aan uitgebreide mobiliteitsbevorderende (begeleidings-)maatregelen. Zo stelt JOS alle werknemers in de gelegenheid om op haar kosten een mobiliteitstraining bij Stichting de Meeuw te volgen, waaraan Verweerster reeds deelneemt of zal gaan deelnemen. Verder kan Verweerster aanspraak maken op de in het door WGI in overleg met Abvakabo FNV opgestelde Sociaal Plan opgenomen emolumenten, zoals hiervoor genoemd in 2.23. Voor de aan Verweerster toe te kennen vergoeding verzoekt WGI uitsluitend uit te gaan van de in de CAO Welzijn in artikel 11.6 opgenomen vergoeding plus de suppletierегeling, alsook het Sociaal Plan. Daarbij merkt WGI op dat, hoewel de CAO Welzijn hiertoe niet verplicht, zij bereid is de door Verweerster (eventueel) te ontvangen ZW-uitkering aan te vullen als ware het een WW-uitkering, zij het tegen dezelfde voorwaarden en tot niet meer dan hetgeen Verweerster uit hoofde van artikel 11.6 van de CAO Welzijn toekomt.

4. Het verweer

Het verweer van Verweerster strekt primair tot niet ontvankelijk verklaring van WGI in haar verzoek, subsidiair tot afwijzing van het verzoek bij gebrek aan dringende redenen, meer subsidiair tot afwijzing van het verzoek vanwege onvoldoende inspanning inzake re-integratie door het WGI hetgeen leidt tot een opzegverbod conform artikel 7:670 BW en nog meer subsidiair, indien het verzoek van WGI wordt gehonoreerd, tot toekenning van een

ontslagvergoeding conform de kantonrechttersformule met een C-factor 3, een en ander onder kosten compensatie. Op het verweer van Verweerster zal, voor zover relevant voor de beoordeling, hierna worden ingegaan.

5. De beoordeling

5.1. Omdat de tien gelijksoortige ontbindingsverzoeken die WGI op 24 oktober 2012 bij de sector kanton van deze rechtbank heeft ingediend vanwege organisatorische redenen door twee verschillende kantonrechtters inhoudelijk zijn behandeld op 16 en 27 november 2012, heeft onderlinge afstemming tussen deze kantonrechtters plaatsgevonden. Nu WGI de tien ontbindingsverzoeken tegelijkertijd heeft ingediend en deze verzoeken vrijwel gelijktijdig inhoudelijk zijn behandeld, zullen de verweren die door de verweersters individueel naar voren zijn gebracht, beoordeeld worden als zijnde gevoerd door alle verweersters, behoudens voor zover het strikt individuele verweren betreft. In een aantal gevallen hebben verweersters, althans hun gemachtigden, zich expliciet bij de door anderen al gevoerde verweren aangesloten. Bovenal geldt dat in situaties als de onderhavige zoveel mogelijk voorkomen dient te worden dat in gelijke gevallen verschillend wordt beslist om de enkele reden dat een verweer door een der verweersters niet zou zijn gevoerd, temeer nu de kantonrechter in de ontbindingsprocedure niet (strikt) lijdelijk behoort op te treden.

5.2. De kantonrechter dient zich er van te vergewissen of het verzoek verband houdt met een opzegverbod. Uit artikel 7:670 lid 1 sub a BW volgt – kort gezegd – dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd. Niet kan worden vastgesteld – het

partijdebat heeft zich daarop niet toegespitst – of het verzoek verband houdt met een opzegverbod.

5.3. WGI heeft zich bij haar verzoek op het standpunt gesteld dat zij op grond van de door haar met Verweerster gesloten arbeidsovereenkomst als de (formele) werkgever van Verweerster dient te worden beschouwd. Daarmee heeft WGI voldoende gesteld om ontvankelijk te zijn in haar ontbindingsverzoek. Het primaire verweer van Verweerster strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring wordt dan ook verworpen. Vast staat dat WGI en werkneemster zich jegens elkaar hebben verbonden middels de schriftelijk vastgelegde arbeidsovereenkomst en dat WGI de formele werkgever van werkneemster is.

5.4. Daartegenover staat dat bij beschouwing van de feitelijke situatie de relatie tussen JOS en de Ouderconsulent Scholen moet worden aangemerkt als een (materiële) arbeidsovereenkomst nu zij voldoet aan de criteria van art 7:6 10 BW. Immers de werkneemster wordt geselecteerd door JOS en JOS bepaalt of deze een overeenkomst krijgt aangeboden. WGI heeft geen enkele zeggenschap over de wijze waarop werkneemster haar werkzaamheden verricht. Deze berust geheel bij JOS. Het is JOS die beslist of de overeenkomst tussen WGI en de werkneemster feitelijk zal eindigen (zie artikel 2.4 van de overeenkomst tussen WOL en JOS). WOL betaalt het salaris en is ook gehouden dat te doen, doch WOL kan de daarmee gemoeide kosten krachtens de tussen haar en JOS gesloten overeenkomst (vergelijk punten 2.4 en 3.2) één op één verhalen op JOS. Werkneemster heeft de verplichting om zelfde (bedongen) werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de school waar zij (langdurig) te werk is gesteld.

5.5. Het is juist deze positie van JOS als materiële, niet contractuele werkgever, die

van uitermate groot belang is voor de beoordeling van de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen dient te worden ontbonden. In de situatie die zich hier voordoet moet bij de beantwoording van de vraag welke werkneemster(s) voor ontbinding (ontslag) in aanmerking komt (komen), worden gekeken naar de arbeidsverhouding waarvan de werkneemster deel uitmaakt, in haar geheel.

5.6. De kantonrechter stelt voorop dat het BBA 1945 nog steeds strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij vooral het in artikel 6 van dat Besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Het Ontslagbesluit beoogt uitvoering te geven aan artikel 6 BBA 1945 en dit is ook het doel van de beleidsregels ontslagtaak UWV. In het licht van voornoemde strekking van het BBA 1945 komt het bij de uitvoering van de regels in het Ontslagbesluit erop aan dat door de constructie die de partijen aan hun handeling hebben gegeven wordt heengekeken zodat, bijvoorbeeld, een samenstel van overeenkomsten waarbij een werkneemster wordt geworven door de materiële werkgever (hier: JOS) die een arbeidsovereenkomst met de werkneemster laat sluiten door een aan hem gelieerde derde (hier: WGI) en het salaris aan de werkneemster doet betalen door die derde, terwijl de materiële werkgever de volledige zeggenschap over de werknemer behoudt en tegenover de derde gebonden is het aan de werknemer betaalde loon een op een te vergoeden, moet worden aangemerkt als een arbeidsverhouding met de materiële werkgever. Dit brengt met zich dat de derde die het UWV toestemming verzoekt om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen het afspiegelingsbeginsel dient te laten toepassen binnen de materiële werkgever.

Een andere benadering doet afbreuk aan de strekking van het BBA 1945, dat immers beoogt zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen

5.7. De beleidsregels ontslagtaak UWV miskennen bovengenoemd uitgangspunt, nu zij bij de beoordeling van een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden enkel de toets aanleggen dat door de payroll-onderneming moet worden gevraagd aan de inlener of deze het afspiegelingsbeginsel wil toepassen, terwijl als deze dat dan weigert te doen (zoals in het onderhavige geval), de beleidsregels erin voorzien dat toch een ontslagvergunning wordt verleend. Reeds daarom komt de kantonrechter niet meer toe aan een oordeel over de door WGI ingeroepen reflexwerking te harer gunste van die beleidsregels.

5.8. Door WGI (namens JOS) dient te worden afgespiegeld binnen de materiële werkgever, te weten JOS. Vast staat dat WGI dat niet gedaan heeft maar wel van mening is dat JOS dat niet goed gedaan heeft. Op grond van de stukken deelt de kantonrechter die mening.

5.9. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat alle ontbindingsverzoeken zullen worden afgewezen, waaronder dat van Verweerster. In een eventueel nieuw ontbindingsverzoek dient WGI uitgebreider dan zij thans heeft gedaan te motiveren waarom juist deze tien (arbeidsongeschikte) Ouderconsulenten, onder wie Verweerster, voor ontslag in aanmerking komen, waarbij tevens de selectieprocedure door JOS, althans door de afzonderlijke scholen, inzichtelijk is gemaakt en het afspiegelingsbeginsel juist is toegepast. Tevens zal zij daarbij dienen te onderbouwen in hoeverre bij de keuze (door de scholen of JOS) van de betrokken werknemers niet (ten dele) de

arbeidsongeschiktheid van een werknemer een rol heeft gespeeld.

5.10. In deze nieuw te voeren procedure zal de kantonrechter zich er dan ook van dienen te vergewissen of er sprake is van verband met een opzegverbod. Dat kan in deze procedure buiten beschouwing blijven.

5.11. Gelet op de aard van de procedure zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te melden wijze.

5.12. Hetgeen partijen voor het overige nog hebben aangevoerd, kan op dit moment niet tot een ander oordeel leiden.

6. De beslissing

De kantonrechter:

wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af, bepaalt dat elk der partijen de eigen kosten van deze procedure draagt.