



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Rb. 's-Gravenhage (rolnr. C/09/433443/HA ZA/12-1463, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749: overgang van ene payrollbedrijf naar andere geen overgang van onderneming, inlenende werkgever is werkgever in de zin van art. 7:610 BW)

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2013). Case note: Rb. 's-Gravenhage (rolnr. C/09/433443/HA ZA/12-1463, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749: overgang van ene payrollbedrijf naar andere geen overgang van onderneming, inlenende werkgever is werkgever in de zin van art. 7:610 BW), No. 193, Jun 26, 2013. (Jurisprudentie Arbeidsrecht; Vol. 2013, No. 11).

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

JAR 2013/193

Rechtbank Den Haag

26 juni 2013, C/09/433443/HA ZA/12-1463;

ECLI:NL:RBDHA:2013:7749.

(mr. Van Cleef-Metsaars

mr. Hofhuis

mr. Willemsen)

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BDG Technisch Administratieve Diensten BV te Zwolle, eiseres,
advocaat: mr. H.A. van der Kleij te Zwolle, tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden, Ministerie van Economische Zaken, AgentschapNL, te Den Haag,
gedaagde,
advocaat: mr. S.H. van Dijk te Den Haag.

Overgang van ene payrollbedrijf naar andere geen overgang van onderneming, Inlenende werkgever is werkgever in de zin van art. 7:610 BW

[BW Boek 7 - 610 ; BW Boek 7 - 662 ; BW Boek 7 - 663 ; BW Boek 7 - 690]

» **Samenvatting**

Tot mei 2010 verzorgde BDG de detachering en payrolling van ongeveer 600 werknemers bij AgentschapNL, een overheidsinstantie. In 2010 is de opdracht tot het verrichten van payrolldienstverlening door de Staat uitbesteed aan CapitalP in plaats van aan BDG. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de betaling van vakantierechten en de werkgeverslasten daarover. De Staat stelt dat deze voor rekening van BDG zijn, omdat sprake is geweest van overgang van onderneming en BDG als vervreemder nog gedurende een jaar aansprakelijk is voor

nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. BDG betwist dit en vordert betaling door de Staat van achterstallige declaraties.

De rechtbank is van oordeel dat de situatie waarin CapitalP de payrolldienstverlening heeft overgenomen van BDG niet worden aangemerkt als overgang van onderneming in de zin van de art. 7:662 en 7:663 BW. Op grond van het Albron-arrest kunnen bij overgang van de onderneming van de feitelijke (niet-contractuele) werkgever ook de werknemers van de formele (contractuele) werkgever mee overgaan. In onderhavig geval is hiervan echter geen sprake, maar doet zich de spiegelbeeldige situatie voor, namelijk dat er een wisseling optreedt aan de zijde van de contractuele werkgever. In deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding is het de vraag wie als werkgever in de zin van art. 7:610 BW moet worden aangemerkt. De rechtbank is van oordeel dat dit AgentschapNL is, nu de ongeveer 600 werknemers feitelijk werkzaam waren bij één van de agentschappen die tot AgentschapNL behoren, die agentschappen instructies gaven en vakantiedagen bijhielden en de werknemers door de agentschappen werden beoordeeld op hun functioneren. Het salaris van de medewerkers werd weliswaar door BDG voldaan, maar materieel gezien was het salaris afkomstig van de agentschappen. BDG oefende geen gezag uit over de werknemers en de werknemers hadden niet de bedoeling om een arbeidsovereenkomst met BDG te sluiten in plaats van met één van de agentschappen. De werknemers waren daarom feitelijk werkzaam *in* de onderneming van AgentschapNL en niet in de onderneming van BDG of CapitalP. Daar waar de Staat aanvoert dat hij de financiële werkgeversrisico's bij BDG heeft willen leggen, is hij daar dus niet in geslaagd. Art. 7:663 BW strekt in die zin niet tot

bescherming van de financiële aanspraken van een opvolgende (payroll)onderneming. Eén en ander brengt mee dat de Staat de declaraties van BDG alsnog moet betalen en zich niet kan beroepen op verrekening met te betalen vakantierechten.

NB. Ook in «JAR» 2013/144, «JAR» 2013/95 en «JAR» 2013/46 werd geoordeeld dat de inlener de werkgever was en niet het payrollbedrijf. Een werknemer gaat ook niet van rechtswege over naar een payrollbedrijf op het moment dat zijn werkgever het werkgeverschap uitbesteedt, aldus Ktr. Leeuwarden in «JAR» 2012/284.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. BDG is gespecialiseerd in technische en administratieve dienstverlening voor de overheid. Zij legt zich onder meer toe op het detacheren van arbeidskrachten bij overheden en overheidsinstellingen en het verzorgen van de bijbehorende administratieve en juridische dienstverlening, waarbij zij functioneert als salarieringsbedrijf (ook wel: payrolling genoemd).

2.2. Tot mei 2010 verzorgde BDG de detachering en payrolling van ongeveer 600 werknemers bij AgentschapNL. Die werknemers waren op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst van BDG.

2.3. AgentschapNL is ontstaan uit de samenvoeging van een aantal diensten van de Rijksoverheid, waaronder drie agentschappen van het Ministerie van Economische Zaken, genaamd Novem, Senter en EVD. BDG heeft met deze drie partijen overeenkomsten tot detachering en payrolldienstverlening gesloten. Het betreft de overeenkomsten van 11 november 1997 met Senter, van 20 maart 2003 met Novem en van 29 april 2004 met EVD (hierna gezamenlijk aangeduid met: de overeenkomsten). In de overeenkomst met Senter is, onder meer, het volgende bepaald:

“(…)

Artikel 1

1. BDG-TAD detacheert in opdracht van Senter werknemers bij Senter. Senter betaald aan BDG-TAD een vergoeding in de vorm van een uurtarief. De tarieven worden jaarlijks per categorie van werknemers vastgesteld.

2. (...)

Artikel 2

(…)

3. BDG-TAD draagt zorg voor het aanwezig zijn van een voldoende financiële reserve waarmee financiële aanspraken van werknemers uit hoofde van bijvoorbeeld verrichte diensten of betalingsregelingen bij ontslag kunnen worden gehonoreerd.

(…)

Artikel 5

1. BDG-TAD brengt per gedetacheerde werknemer een uurtarief in rekening bij Senter dat voorafgaand aan de detachering is

vastgesteld. Het tarief omvat alle detachingskosten en is als volgt opgebouwd:

- a. salaris;
- b. door de werkgever af te dragen loonbelasting/premie volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen;
- c. overige werkgeverslasten;
- d. management fee;
- e. Een opslag voor incidentele kosten, waar onder in ieder geval worden begrepen:
 - i. kosten voor werving en selectie;
 - ii. kosten voor kinderopvang van gedetacheerde werknemers.
- f. Een risico opslag bij werknemers die voor onbepaalde tijd bij Senter worden gedetacheerd.

Artikel 7

1. Uiterlijk op 1 november van ieder jaar brengt BDG-TAD een tariefvoorstel uit aan de Algemeen directeur van Senter voor de komende 12 maanden ingaande op 1 januari van dat jaar.
2. Het tariefvoorstel bevat in ieder geval:
 - a. een specificatie van de samenstelling van de door BDG-TAD te hanteren tarieven;
 - b. een opgave van het uurtarief per categorie van werknemers die op 1 januari gedetacheerd zijn.
3. Bij het tariefvoorstel is een opgave gevoegd over de hoogte van de financiële reserve voor het komende jaar als bedoeld in

artikel 2 lid 3 alsmede over de noodzakelijke ontwikkeling daarvan in het komende jaar. BDG-TAD geeft daarbij een toelichting over af te dekken risico's en de mate waarin deze reserve voldoende is om die af te dekken. De opgave gaat vergezeld van een verklaring van een Registeraccountant omtrent de juistheid van de opgave.

4. De financiële reserve bedraagt minimaal 30% van het ingeschatte maximale risico voor de in het eerste lid bedoelde periode. Dit maximale risico wordt berekend aan de hand van de volgende gegevens: geschatte aantal medewerkers, gemiddeld salaris en de gemiddelde diensttijd. De peildatum voor de schatting van deze gegevens voor het komende kalenderjaar is 1 oktober van het lopende kalenderjaar. (...)"

2.4. Bij brief van 10 december 2009 heeft BDG (ter uitvoering van artikel 1 van de Senter-overeenkomst) een tariefvoorstel gedaan voor de geldende uurtarieven ten behoeve van de drie agentschappen. De agentschappen hebben dit voorstel aanvaard.

2.5. De Staat heeft in het kader van de Inhuur Flexibele Arbeidskrachten Rijk 2010 (IFAR 2010) eind 2009 een aanbesteding uitgeschreven voor het verrichten van payrolldienstverlening voor (onder meer) de hiervoor genoemde drie agentschappen. De aanbestedingsprocedure heeft ertoe geleid dat de opdracht tot het verrichten van payrolldienstverlening ten behoeve van de Staat gedurende een periode van twee jaar niet opnieuw aan BDG is gegund, maar aan een concurrerend payrollbedrijf CapitalP B.V. (hierna: CapitalP). De payrolldienstverlening is vanaf mei 2010 op gefaseerde wijze overgedragen aan CapitalP met als einddatum 1 november 2010.

2.6. Bij brief van 30 juli 2010 heeft het AgentschapNL aan BDG bericht dat per 1

mei 2010 een raamovereenkomst met CapitalP was afgesloten voor de payroll-dienstverlening. In die brief is verder het volgende vermeld:

“(…) Inmiddels kunnen wij u berichten dat de nadere overeenkomst tussen AgentschapNL en CapitalP als ingangsdatum *1 oktober 2010* heeft. Alle dienstverlening door uw organisatie aan AgentschapNL zal mitsdien en in vervolg op de eerdere mededelingen daaromtrent eindigen tegen genoemde datum. (…)”

2.7. BDG heeft in reactie hierop bij brief van 9 augustus 2010 het volgende aan AgentschapNL bericht:

“(…) U berichtte (...) dat u van mening bent dat alle diensten die wij aan Agentschap NL verlenen per 1 oktober 2010 eindigen. Die zienswijze achten wij (...) onjuist. (...) Zodra een rechtsgeldige overgang van een huidige payrollmedewerker van BDG-TAD naar CapitalP plaatsvindt, zullen wij vanzelfsprekend medewerking verlenen aan een correcte en zorgvuldige overgang. (...) Wij beschikken (...) niet over gegevens betreffende de uitzendperiode (...). Evenmin beschikken wij bijvoorbeeld over recente verlofstaten. Alleen bij (tussentijdse) uitdiensttreding, en na afloop van een kalenderjaar, worden de verlofstanden met ons afgestemd. (...)”

Een bijzonder punt van zorg betreft nog het behoud van alle opgebouwde rechten van de betrokken medewerkers wanneer zij naar CapitalP overgaan. (...) Wellicht kunt u eraan bijdragen dat die onrust door CapitalP wordt weggenomen door onverkort in te staan voor het behoud van opgebouwde rechten. (...)”

2.8. Bij brief van 29 september 2010 heeft AgentschapNL aan BDG laten weten dat de datum van overzetten van de resterende

(lopende) detacheringen van BDG naar CapitalP werd verschoven van 1 oktober naar 1 november 2010 en dat (onder meer) verlofrechten zouden worden verrekend:

“(…) uit het voorgaande volgt dat het Agentschap NL de dienstverlening per 1 november 2010 als geëindigd beschouwt. Het Agentschap NL zal vanaf november dan ook geen reguliere (salaris)betalingen meer verrichten aan BDG.

Ik wens met u overleg te voeren over de financiële afwikkeling van de dienstverlening van BDG. Zo zullen wij eventuele negatieve of positieve saldo betreffende basisverlof en compensatieverlof en opgebouwde rechten vakantiegeld tot datum van overgang van medewerker naar CapitalP alsdan kunnen vaststellen en verrekenen. De daarmee overeenstemmende bedragen behoren tot het tarief dat het Agentschap NL aan BDG heeft betaald. Niet BDG maar haar payrollmedewerkers hebben evenwel recht op die gelden. Bij het overzetten van die medewerkers naar CapitalP zullen die gelden dus hetzij aan CapitalP, hetzij aan die medewerkers moeten worden betaald. (...)”

2.9. Hierna hebben partijen over en weer met elkaar gecorrespondeerd. BDG heeft op 1 oktober 2010 (onder meer) een voorschotdeclaratie voor de periode van 1 oktober 2010 tot en met 31 oktober 2010 aan AgentschapNL verzonden voor een bedrag van €2.179.687,27. De betalingstermijn bedroeg acht dagen. AgentschapNL heeft in november 2010 en februari 2011 deelbetalingen verricht van totaal € 1.491.097,80.

2.10. Bij brief van 22 oktober 2010 heeft AgentschapNL aan BDG medegedeeld dat de gestelde regresvordering van CapitalP op BDG terzake de onder 2.8 genoemde

opgebouwde verlofrechten door middel van cessie aan AgenschapNL is overgedragen. In diezelfde brief heeft AgenschapNL vermeld dat AgenschapNL het begrote bedrag van die regresvordering van €800.000,= zal verrekenen met de voorschotfactuur van BDG in afwachting van de eindafrekening.

2.11. Overleg tussen AgenschapNL, BDG en CapitalP heeft niet geleid tot een minnelijke regeling. Bij brief van 2 december 2010 heeft AgenschapNL met de navolgende tekst aan BDG de eindafrekening gezonden met betrekking tot de verlofuren van werknemers die zijn overgegaan van BDG naar CapitalP:

“(…) De eindafrekening is hierbij gevoegd. Daaruit blijkt per saldo dat de financiële waarde van de verlofuren van werknemers die zijn overgezet van BDG naar CapitalP een waarde vertegenwoordigen van € 705.922,47. (…)”

2.12. CapitalP heeft bij dagvaarding van 29 november 2010 een vordering ingesteld tegen BDG tot betaling van – onder meer – (samengevat) (A) €493.212,34 aan vakantietoeslag die CapitalP aan de overgegangene werknemers heeft voldaan, (B) €146.927,96 aan werkgeverslasten over de vakantietoeslag die CapitalP heeft afgedragen, (C) €70.835,74 aan verzuimbonus die CapitalP aan de overgegangene werknemers heeft voldaan, en (D) €21.101,97 aan werkgeverslasten over de verzuimbonus die CapitalP heeft afgedragen. Bij vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 19 oktober 2011 (*LJN BU5790*) heeft de rechtbank deze vorderingen toegewezen en BDG veroordeeld tot betaling aan CapitalP van een bedrag van €732.078,= vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 november 2010. BDG is tegen deze uitspraak niet in hoger beroep gegaan.

3. Het geschil

3.1. BDG vordert – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren – de veroordeling van de Staat tot betaling van een totaalbedrag van €830.952,40, vermeerderd met de wettelijke handelsrente met ingang van 1 oktober 2012, althans vanaf de datum van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening, en de proceskosten.

3.2. BDG legt hieraan ten grondslag dat de Staat – op grond van de overeenkomsten – gehouden is om het nog onbetaalde deel van de voorschotdeclaratie van 1 oktober 2010 te voldoen. BDG heeft het gevorderde bedrag als volgt berekend:

Hoofdsom voorschotdeclaratie	€ 2.179.687,27
Wettelijke rente vanaf 9 oktober 2010 t/m 30 september 2012	€135.587,93
Wettelijke rente vanaf 1 oktober 2012	€P.M.
Buitengerechtelijke incassokosten	€6.775,=
Saldo	€ 2.322.050,20
Af: betalingen door de Staat	€ 1.491.097,80
Te betalen (exclusief P.M.)	€830.952,40

3.3. De Staat heeft de hoogte en verschuldigheid van de desbetreffende facturen niet betwist, maar heeft als verweer gevoerd dat – kort samengevat – hij deze facturen mag verrekenen met een aan hem (door middel van cessie) overgedragen regresrecht van CapitalP op BDG van in totaal €705.922,47 terzake de eindafrekening voor vakantierechten van werknemers, die zijn opgebouwd vóór de

overgang van BDG naar CapitalP (zie hiervoor onder 2.11). De Staat heeft toegelicht dat dit bedrag de waarde vertegenwoordigt van de corresponderende loonkosten van de vakantierechten (lees: salaris en werkgeverslasten) die CapitalP als opvolgend werkgever moet dragen. Als een werknemer zijn opgespaarde verlofrechten opneemt, dan dient CapitalP als opvolgend werkgever die verlofaanspraken te respecteren en het salaris door te betalen, terwijl CapitalP daarvoor geen afzonderlijke vergoeding bij AgentschapNL in rekening kan brengen omdat CapitalP slechts voor de werkelijk gewerkte uren een vergoeding in rekening kan brengen. De Staat betoogt in dat verband dat de in de overeenkomsten met BDG opgenomen financiële reserve (onder meer) ten behoeve van de onderhavige situatie is bedoeld in die zin dat, voor zover die financiële reserve is opgebouwd voorafgaand aan de overgang van de werknemers van BDG naar CapitalP, het totaalbedrag aan verlofrechten van de overgegangene werknemers over dient te gaan op CapitalP. De Staat heeft daarbij verwezen naar artikel 2 lid 3 van de Senter-overeenkomst en naar de tariefopbouw van BDG. Volgens de Staat dient de “*managementfee + risico-opslag*” als opgebouwde financiële reserve en verkrijgt CapitalP als opvolgend werkgever een regresvordering op BDG als voormalig werkgever. De Staat heeft zich daarbij beroepen op de aangehaalde uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 19 oktober 2011 (LJN : BU5790).

3.4. BDG heeft de stellingen van de Staat gemotiveerd betwist. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De Staat heeft zijn beroep op verrekening gegrond op een hem toekomend regresrecht uit hoofde van artikel 7:663 van het Burgerlijk Wetboek (BW), betreffende de overgang van onderneming, in verbinding met de artikelen 6:10 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid) en 6:12 BW (subrogatie). Volgens de Staat is sprake van overgang van onderneming, waarmee de door BDG als vervreemder opgebouwde vakantierechten van rechtswege zijn overgegaan op CapitalP als verkrijger. Omdat BDG als werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast CapitalP als verkrijger hoofdelijk verbonden is voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór dat tijdstip, stelt de Staat dat CapitalP (thans, door de cessie: AgentschapNL) een regresrecht heeft verkregen op BDG.

4.2. De rechtbank is echter van oordeel dat de huidige situatie, waarbij CapitalP de payrolldienstverlening ten behoeve van de reeds bij AgentschapNL werkzame werknemers van BDG als payrollonderneming overneemt, niet kan worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 en 7:663 BW. Dit wordt hierna toegelicht.

Overgang van onderneming?

4.3. Allereerst geldt dat bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW sprake is van opvolgend werkgeverschap. Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. De grondgedachte van artikel 7:663 BW – en de aan dat artikel ten grondslag liggende Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 – is dat ter bescherming van de werknemer de bestaande

arbeidsverhouding “ongewijzigd” wordt voortgezet met de verkrijger van de onderneming (de opvolgend werkgever).

4.4. Op grond van artikel 7:662 lid 2 BW wordt onder overgang van onderneming verstaan de overgang (ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Een economische eenheid is een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Het gaat daarbij om de overdracht van ondernemingsactiviteiten (zoals de overgang van gebouwen, inventaris, klantenkring, vergunningen, knowhow en goodwill etc.). Bij wege van uitleg van het begrip overgang van onderneming in de context van artikel 7:663 BW, heeft het Hof van Justitie EU (HvJEU) in zijn arrest van 21 oktober 2010 (LJN BU1290, *Albron*) – naar aanleiding van prejudiciële vragen – onder meer antwoord gegeven op de vraag wie binnen die context als “vervreemder” moet worden aangemerkt:

“(…)

21. Om te beginnen blijkt (...) dat de vervreemder degene is die door een overgang (...) de hoedanigheid van werkgever (‘ondernemer’) verliest.

(…)

28. Derhalve veronderstelt de overgang van een onderneming (...) met name de wijziging van de rechtspersoon of natuurlijke persoon die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid en die, uit dien hoofde, als werkgever van de werknemers van die eenheid arbeidsbetrekkingen heeft met die werknemers, eventueel niettegenstaande het

ontbreken van contractuele relaties met die werknemers.”

4.5. Volgens het HvJEU kan als een vervreemder ook worden beschouwd de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld zonder arbeidsovereenkomst en waarbij de werknemers in dienst zijn van een personeels-BV, namelijk de “niet-contractuele werkgever”. Men dient ter bescherming van de rechten van de werknemers – kort gezegd – als het ware door de arbeidsrechtelijke constructie heen te kijken. Het HvJEU heeft daarmee onderkend dat sprake kan zijn van pluraliteit van werkgevers, waarbij als de contractuele werkgever heeft te gelden de onderneming waarmee de werknemers een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, en als de niet-contractuele werkgever de onderneming waar de werknemers feitelijk tewerkgesteld zijn. Bij overgang van de onderneming van de feitelijke (niet-contractuele) werkgever gaan blijkens het *Albron*-arrest aldus ook de werknemers van de formele (contractuele) werkgever van rechtswege mee over.

4.6. In het onderhavige geval speelt echter iets anders, namelijk de spiegelbeeldige situatie dat er een wisseling optreedt aan de zijde van de contractuele werkgever. De ene payrollonderneming wordt vervangen door de andere payrollonderneming en die laatste beroept zich op een haar toekomend regresrecht uit hoofde van artikel 7:663 BW. De vraag is echter of artikel 7:663 BW in deze situatie wel van toepassing is, met andere woorden of vanuit de beschermingsgedachte van de werknemers moet worden aangesloten bij de regeling van artikel 7:663 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid van de oude en de nieuwe werkgever).

Werkgeverschap?

4.7. Anders dan de arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst, is een overeenkomst van payrolling op zichzelf niet in de wet geregeld. In de rechtspraak en literatuur wordt payrolling als volgt beschreven. Bij payrolling sluit de payrollonderneming (het salarieringsbedrijf) een arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer, die feitelijk werkzaam is bij de opdrachtgever dan wel de eigenaar of exploitant van de onderneming. Het door de opdrachtgever beoogde doel bij payrolling is (i) om de juridische en administratieve verantwoordelijkheid voor zijn werkgeverschap zoveel mogelijk uit handen te geven aan de payrollonderneming en (ii) om een meer flexibele arbeidsverhouding met de werknemer te creëren. De payrollonderneming verzorgt alle specialistische juridische en administratieve aangelegenheden, waaronder de salarisadministratie, afdracht van sociale premies en bijvoorbeeld pensioenen. De opdrachtgever betaalt alle lasten betreffende de werknemer in kwestie aan de payrollonderneming, vermeerderd met een overeengekomen tarief voor de verleende diensten. In lijn met het Albron-arrest is aldus sprake van pluraliteit van werkgevers, waarbij de payrollonderneming optreedt als contractuele werkgever en de opdrachtgever als niet-contractuele (feitelijke) werkgever. In deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding is vervolgens de vraag wie nu als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW kan worden aangemerkt: de payrollonderneming of de opdrachtgever?

4.8. Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Wil sprake zijn van een

arbeidsovereenkomst dan zal voldaan moeten zijn aan de elementen die de arbeidsovereenkomst blijkens artikel 7:610 lid 1 BW bevat: arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding. Artikel 7:610 BW is van dwingend recht en de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst staat niet ter vrije bepaling van partijen. Volgens vaste rechtspraak is bepalend, niet alleen of partijen hun overeenkomst als arbeidsovereenkomst hebben aangeduid, maar ook wat partijen bij het sluiten ervan voor ogen stond en hoe zij feitelijk uitvoering en inhoud hebben gegeven aan hun overeenkomst. Uit de overgelegde stukken en de verklaringen van partijen ter comparitie leidt de rechtbank in het onderhavige geval af dat de desbetreffende 600 werknemers die een arbeidsovereenkomst met BDG (en later met CapitalP) hebben gesloten, feitelijk werkzaam waren bij één van de agentschappen, dat die agentschappen instructies gaven en vakantiedagen bijhielden en dat de werknemers door de agentschappen werden beoordeeld op hun functioneren. Het salaris van de medewerkers werd weliswaar door BDG voldaan, maar materieel gezien was het salaris afkomstig van de agentschappen (zij droegen de financiële last). Daarmee staat vast dat BDG als detacheerder en payrollonderneming geen gezag uitoefende over de desbetreffende werknemers, zoals is vereist bij artikel 7:610 BW en evenmin dat die werknemers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met BDG werkelijk de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst met BDG (in plaats van met één van de agentschappen) te sluiten.

Tussenconclusie

4.9. Het voorgaande leidt tot de volgende tussenconclusie. Artikel 7:610 BW verzet

zich er weliswaar niet tegen dat de payrollonderneming met de werknemer een contractuele arbeidsrelatie aangaat (de arbeidsovereenkomst), maar die payrollconstructie geeft verder geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis aan het *werkgeverschap* van de payrollonderneming. De opdrachtgever, in dit geval AgentschapNL, blijft de feitelijke werkgever in de zin van artikel 7:610 BW en zij dient – gelet op de hiervoor besproken arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding – als feitelijke werkgever de door werknemers op te nemen vakantierechten te respecteren, ook als dat gaat om het verzilveren van verlofaanspraken die zijn opgebouwd in de BDG-tijd. Het voorgaande leidt voorts tot de conclusie dat – voor de beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 en 7:663 BW – de desbetreffende payrollwerknemers moeten worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van AgentschapNL, en niet in de payrollonderneming van BDG of CapitalP, zodat de rechten en verplichtingen van die werknemers niet op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege mee overgaan.

4.10. De enkele wisseling van payrollonderneming brengt voor de rechtspositie van de werknemers geen verandering teweeg vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Zij hebben zich voor wat betreft de nakoming van hun vakantierechten uit hoofde van hun arbeidsrelatie steeds tot hun feitelijke werkgever AgentschapNL kunnen wenden en zij kunnen dat nog steeds. Daarnaast hebben zij zich op basis van hun arbeidsovereenkomst met BDG voor de nakoming van hun vakantieaanspraken kunnen wenden tot BDG, en in de nieuwe situatie kunnen zij hun aanspraken op basis van hun nieuwe arbeidsovereenkomst met CapitalP tot laatstgenoemde richten. Daar waar de Staat aanvoert dat hij met de

overeenkomsten heeft willen bereiken dat de financiële werkgeversrisico's voor de werknemers worden gedragen door BDG, heeft deze doelstelling aldus niet het gewenste effect gehad. Artikel 7:663 BW strekt in die zin niet tot bescherming van (de financiële aanspraken van) een opvolgende (payroll)onderneming.

4.11. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wijst de rechtbank het beroep op verrekening van de Staat in verband met de door hem gestelde regresvordering op grond van artikel 7:663 BW af.

Overige verweren

4.12. De Staat heeft verder nog als verweer (zie onder meer in de conclusie van antwoord in par. 4.12) gevoerd dat het redelijk zou zijn dat de opgebouwde financiële waarde ter dekking van de loonkosten (voor het verzilveren van de vakantieaanspraken) toekomt aan CapitalP als degene die de daar tegenover staande loonkosten moet voldoen, omdat zij hiervoor geen vergoeding van AgentschapNL ontvangt. Dit betoog mist doel, nu niet is gesteld en evenmin gebleken dat een geslaagd betoog in dit verband zou leiden tot enige vordering van CapitalP (en na de cessie van AgentschapNL) op BDG. De Staat heeft zijn betoog ook anderszins onvoldoende juridische grondslag gegeven en evenmin een vordering in reconventie ingesteld, zodat zijn verweer wordt verworpen.

4.13. De overig door partijen aangevoerde standpunten behoeven, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, geen bespreking.

Slotsom

4.14. De vorderingen van BDG tot betaling van de desbetreffende facturen worden als

volgt toegewezen. Vaststaat dat de Staat uiteindelijk een bedrag van €705.922,47 in totaal heeft ingehouden op de verschuldigde factuurbedragen, zodat de Staat zal worden veroordeeld tot betaling hiervan. De Staat heeft voorts onweersproken aangevoerd dat alleen over dat bedrag van €705.922,47 wettelijke rente is verschuldigd vanaf 9 oktober 2010. Dit verweer slaagt, zodat de Staat zal worden veroordeeld tot betaling aan BDG van een bedrag van €705.922,47, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 9 oktober 2010.

4.15. De gevorderde buitengerechtelijke kosten worden toegewezen tot een bedrag van €5.275,=, zoals berekend volgens de binnen de rechtspraak gehanteerde forfaitaire rekenmethode (op basis van het rapport Voorwerk II). Uit de door BDG overgelegde stukken volgt dat meer omvattende buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht, waaronder meerdere aanmaningsbrieven.

4.16. De Staat zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De te betalen proceskosten bedragen totaal €8.857,17, bestaande uit € 76,17 aan verschotten, €3.621,= aan griffierechten en €5.160,= aan kosten salaris advocaat (twee punten à €2.580,= volgens tarief VII).

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt de Staat tot betaling aan BDG van een bedrag van €711.197,47, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over een bedrag van €705.922,47 vanaf 9 oktober 2010 tot aan de dag van algehele voldoening;

5.2. veroordeelt de Staat tot betaling aan BDG van de proceskosten, tot op heden begroot op €8.857,17;

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

In de afgelopen maanden is in de rechtspraak verschillende malen aan de orde geweest hoe payrollling arbeidsrechtelijk moet worden gekwalificeerd (zie Ktr. Leeuwarden 21 oktober 2012, «JAR» 2012/284, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, «JAR» 2013/46, Ktr. Almelo 21 maart 2013, «JAR» 2013/95 en Ktr. Almelo 13 mei 2013, «JAR» 2013/144). In al deze uitspraken werd door de payrollconstructie heengekeken en geoordeeld dat de opdrachtgever als werkgever ex artikel 7:610 BW aansprakelijk was voor de nakoming van uit de arbeidsovereenkomsten van de betrokken payrollwerknemer voortvloeiende verplichtingen. Ook de Rechtbank Den Haag oordeelt dat de opdrachtgever de werkgever is van de payrollwerknemers.

In de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW wordt de werkgever geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming, het bedrijf of de activiteit waarin de werknemer de arbeid verricht. Alleen wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW wordt het uitzendbureau wettelijk geduid als de werkgever van de aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Bij payrollling kan het

payrollbedrijf niet op grond van artikel 7:690 BW als de werkgever van de bij de opdrachtgever tewerkgestelde payrollwerknemer worden gekwalificeerd omdat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Hoewel deze allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van de wet, heeft de wetgever bij de totstandkoming van de regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW verschillende malen benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt - dus die in het kader van hun beroep of bedrijf vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar brengen (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16). In mijn dissertatie heb ik betoogd dat, hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW meebrengt dat binnen andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW (zie J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap', Deventer: Kluwer 2012, p. 30/31). Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling – die ook bij Agentschap NL werd gehanteerd – ontbreekt deze zelfstandige en inhoudelijke betekenis.

De rechtbank betreft het Albron-arrest bij de beoordeling van de vraag of de heraanbesteding van de payrollopdracht aan CapitalP moet worden beschouwd als een overgang van onderneming. Of het Albron-arrest van toepassing is, hangt af van het antwoord op de vraag of de werknemer voor de toepassing van artikel 7:663 BW moet

worden geacht werkzaam te zijn in de onderneming van de contractuele werkgever (het payrollbedrijf), óf in de onderneming van de niet-contractuele werkgever (de opdrachtgever). Mijns inziens kan de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn niet tegelijkertijd in de onderneming van de contractuele werkgever én in die van de niet-contractuele werkgever werkzaam zijn. Bij uitzending door een uitzendbureau wordt de uitzendwerknemer voor de toepassing van de Richtlijn aangemerkt als werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau en niet in die van de opdrachtgever van het uitzendbureau. Hier verkrijgt de opdrachtgever dus niet de hoedanigheid van "niet-contractuele werkgever" van de uitzendwerknemer in de zin van het Albron-arrest, waardoor de uitzendwerknemer ook niet mee overgaat bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever. In het arrest Jouini (HvJ EG 13 september 2007, C-458/05) oordeelde het Hof van Justitie dat de onderneming van een uitzendbureau bestaat uit knowhow op het gebied van uitzenden, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de opdrachtgevers van het uitzendbureau de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. Uit de wijze waarop het Hof van Justitie de onderneming van het uitzendbureau omschrijft en de context waarbinnen hij dat deed, leid ik af dat hiermee hetzelfde wordt bedoeld als wat door de Nederlandse regering werd beoogd bij de codificatie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW, namelijk dat het uitzendbureau een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.

Het payrollbedrijf vervult geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Als de activiteiten van het payrollbedrijf al als

onderneming in de zin van artikel 7:662 BW zouden worden aangemerkt, bestaan deze mijns inziens niet uit het 'op papier werkgever zijn' van de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde payrollwerknemers, maar uit het voor de opdrachtgevers uitvoeren van de aan het juridische werkgeverschap verbonden administratieve en financiële verplichtingen. Van een overgang van deze onderneming zou sprake kunnen zijn wanneer een ander payrollbedrijf deze administratieve en financiële verplichtingen gaat uitvoeren. Uitsluitend de werknemers die feitelijk betrokken zijn bij de uitvoering van voormelde administratieve en financiële verplichtingen zouden dan overgaan op grond van artikel 7:663 BW. Hoewel de Rechtbank Den Haag uiteindelijk oordeelt dat Agentschap NL en niet het payrollbedrijf de werkgever is ex artikel 7:610 BW van de payrollwerknemers, overweegt ook zij dat deze werknemers voor de toepassing van artikel 7:663 BW moeten worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de opdrachtgever en niet in de onderneming van het payrollbedrijf.

Hoewel ik de wijze waarop de rechtbank de payrollconstructie bij Agentschap NL beoordeelt, onderschrijf, kleven aan het door de rechtbank aangenomen werkgeverschap van Agentschap NL juridische bezwaren. Agentschap NL is immers onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en op grond van artikel 7:615 BW is Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op personen in dienst van de overheid. Daardoor kan Agentschap NL mijns inziens niet op grond van artikel 7:610 BW, met voorbijgaan aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken over het werkgeverschap, worden gekwalificeerd als werkgever van de payrollwerknemers. Op grond van artikel 7:615 BW is namelijk ook artikel 7:610 BW niet van toepassing op de verhouding tussen de overheid en het bij haar werkzame

personeel (zie ook Verhulp in zijn noot bij onder meer het Beurspromovendi-arrest onder NJ 2007, 449). Als noch het payrollbedrijf, noch Agentschap NL kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW dreigen de payrollwerknemers alsnog tussen wal en schip vallen. In mijn commentaar bij deze uitspraak op www.ar-updates.nl (zie AR 2013/510) heb ik onder meer aan de hand van uitspraken van de CRvB over de totstandkoming van de ambtelijke aanstelling betoogd dat moet worden aangenomen dat de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer,