



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Rb. Den Haag (zaaknummer C/09/433443 / HA ZA / 12-1463, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749: BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat: Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

AR Updates Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2013). Rb. Den Haag (zaaknummer C/09/433443 / HA ZA / 12-1463, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749: BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat: Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?). 510. Case note on: Rb. Den Haag, 26/06/13 *AR Updates Arbeidsrecht*, 2013(22/07).

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.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

commentaar op	Rechtbank Den Haag 26-06-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, (BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat der Nederlanden, Agentschap NL)
datum	01-07-2013
auteur	J.P.H. Zwemmer

Rechtbank Den Haag 26-06-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, (BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat der Nederlanden, Agentschap NL)

Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?

1. Inleiding

Payrolling is een betrekkelijk nieuwe vorm van dienstverlening. Hierbij besteedt de ondernemer het juridische werkgeverschap van de in zijn onderneming werkzame werknemers uit aan een payrollbedrijf. In de afgelopen jaren is het aantal payrollwerknemers stormachtig gegroeid. Ondernemers maken gebruik van payrolling omdat zij af willen van de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en omdat zij streven naar een flexibeler werknemersbestand. Ook de (semi-)overheid maakt gebruik van payrolling. Voor overheidsorganisaties vormt het eigenrisicodragerschap voor de WW een belangrijke reden om personeel op basis van een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf tewerk te stellen. De uitbesteding van het juridische werkgeverschap aan een payrollbedrijf heeft nadelige gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Deze nadelige gevolgen manifesteren zich met name in een verminderde ontslagbescherming, maar treden ook op bij de toepassing van andere regels en voorschriften in en op basis van Titel 10 Boek 7 BW waarin arbeidsrechtelijke bescherming is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht is al enige jaren onderwerp van debat. In het op 11 april jl. gesloten sociaal akkoord constateren de vakbonden, werkgevers en het kabinet dat zich rond het uitbesteden of doorbesteden van werkgeverschap in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen en spreken zij af dat onder andere payrolling moet worden 'ingepast (...) in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening, zodat geheel transparant is of en zo ja onder welke voorwaarden deze arbeidscontracten kunnen worden aangeboden.'

In de afgelopen maanden is in de rechtspraak verschillende malen aan de orde geweest hoe payrolling arbeidsrechtelijk moet worden gekwalificeerd (zie Ktr. Leeuwarden 21 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108 en Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178). 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 payrollwerknemers voortvloeiende verplichtingen. Ook in de in dit commentaar besproken uitspraak van de Rechtbank Den Haag wordt geoordeeld dat de opdrachtgever de werkgever is in de zin van artikel 7:610 BW van de payrollwerknemers. De aanleiding van deze procedure vormde de heraanbesteding van het werkgeverschap van de bij Agentschap NL werkzame werknemers aan een ander payrollbedrijf. Agentschap NL stelde zich op het standpunt dat de rechten uit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers met het payrollbedrijf dat de payrollopdracht verloor, op grond van artikel 7:663 BW waren overgegaan op het nieuwe payrollbedrijf. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van overgang van onderneming omdat slechts sprake was van een wisseling van payrollbedrijf. De onderneming was bij Agentschap NL gebleven en zij was de werkgever van de payrollwerknemers. Daardoor waren de rechten van de payrollwerknemers onveranderd gebleven. Hoewel ik de wijze waarop de rechtbank de payrollconstructie beoordeelt, onderschrijf (zie hierover par. 4.12 van mijn dissertatie 'Pluraliteit van werkgeverschap', Deventer: Kluwer 2012) 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. Betekent dit dat de bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers dan toch tussen wal en schip vallen of moet worden aangenomen dat zij ambtenaar zijn?

2. Payrolling bij Agentschap NL

Agentschap NL is als onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en belast met de uitvoering, monitoring en effectmeting van overheidsbeleid op het gebied van duurzaamheid, innovatie en internationaal ondernemen. In 2011 haalde Agentschap NL het nieuws omdat als gevolg van bezuinigingen tot 2014 ongeveer 600 banen verloren zouden gaan van werknemers die op basis van een arbeidscontract met payrollbedrijf CapitalP werkzaam zijn bij Agentschap NL. Daarbij werd duidelijk dat deze werknemers als gevolg van de payrollconstructie in een slechtere positie verkeerden dan hun collega's die op basis van een ambtelijke aanstelling in dienst waren. Zij kwamen niet in aanmerking voor de ontslagregeling voor rijksambtenaren en het ministerie hoefde niet op zoek naar ander werk voor deze werknemers. Agentschap NL hoefde alleen maar de payrollovereenkomst met CapitalP op te zeggen waarna deze werknemers terugvielen op CapitalP. Omdat CapitalP alleen op papier fungeerde als werkgever zouden deze werknemers vervolgens na toestemming van het UWV zonder enige vorm van compensatie worden ontslagen. FNV en CNV achtten de payrollconstructie dubieus en stelden zich op het standpunt dat sprake was van een verkapt dienstverband tussen de werknemers en Agentschap NL. Na aanhoudende acties en dreigende stakingen kwam CapitalP uiteindelijk in oktober 2011 een sociaal plan overeen met FNV en CNV op basis waarvan de werknemers recht kregen op een ontslagvergoeding en scholing en begeleiding bij het vinden

van ander werk. Eind goed al goed, zo leek het. Een geschil tussen enerzijds Agentschap NL en CapitalP en anderzijds BDG Technisch Administratieve Diensten B.V. (BDG), dat tot 1 november 2010 - voorafgaand aan de heraanbesteding van de payrollopdracht aan CapitalP - fungeerde als werkgever van de payrollwerknemers bij Agentschap NL, vormde echter aanleiding voor de Rechtbank Den Haag om in te gaan op de juridische houdbaarheid van de payrollconstructie.

3. Procedures Rechtbank Zwolle-Lelystad en de Rechtbank Den Haag

CapitalP had na de overname van de payrollopdracht de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde vakantietoeslag en verlofrechten uitbetaald en gehonoreerd en stelde dat BDG verantwoordelijk was voor deze kosten. BDG weigerde echter de met deze vakantietoeslag en verlofaanspraken corresponderende kosten te vergoeden aan CapitalP. Vervolgens zijn over de door CapitalP uitbetaalde vakantietoeslag en verlofrechten aparte procedures gevoerd. Bij de Rechtbank Zwolle-Lelystad vorderde CapitalP van BDG betaling van de door haar aan de payrollwerknemers uitbetaalde, bij BDG opgebouwde vakantietoeslag. Bij vonnis van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790) wees de rechtbank deze vordering toe. De rechtbank overwoog dat de heraanbesteding van de payrollopdracht moest worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en de payrollwerknemers dientengevolge op grond van artikel 7:663 BW met behoud van hun bij BDG opgebouwde vakantietoeslag waren overgegaan naar CapitalP. Voor de door CapitalP aan de payrollwerknemers uitbetaalde vakantietoeslag die zij bij BDG hadden opgebouwd, kon CapitalP naar het oordeel van de rechtbank regres nemen op BDG op grond van artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW. De procedure over de met de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten corresponderende kosten werd niet door CapitalP, maar door BDG ahangig gemaakt bij de Rechtbank Den Haag. CapitalP had deze vordering namelijk gecedeerd aan Agentschap NL en Agentschap NL had de vordering vervolgens verrekend met de eindafrekening die zij ontving van BDG na de beëindiging van de payrollovereenkomst.

BDG vordert betaling van de door Agentschap NL op de eindafrekening ingehouden vordering van CapitalP terzake van de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten. Agentschap NL betoogt dat CapitalP als opvolgend werkgever gehouden is de door de payrollwerknemers bij BDG opgespaarde verlofrechten te respecteren. CapitalP kan daarvoor geen afzonderlijke vergoeding in rekening brengen bij Agentschap NL omdat CapitalP op grond van de met Agentschap NL gesloten opdrachtovereenkomst uitsluitend voor de werkelijk door de payrollwerknemers gewerkte uren een vergoeding in rekening kan brengen. Volgens Agentschap NL maakte de vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten deel uit van de vergoeding die zij BDG betaalde voor de payrolldienstverlening. Na de heraanbesteding van de payrollopdracht zou CapitalP als opvolgend werkgever een regresvordering hebben terzake van de door BDG van Agentschap NL ontvangen vergoeding voor de door de payrollwerknemers opgebouwde, maar nog niet opgenomen verlofrechten. Onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad inzake de aansprakelijkheid voor de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde vakantietoeslag, beroept Agentschap NL zich op verrekening van de vergoeding voor de door hen bij BDG opgebouwde verlofrechten uit hoofde van een door CapitalP aan haar gecedeerd regresrecht ex artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW.

4. Vonnis Rechtbank Den Haag

Onder verwijzing naar het Albron-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09) wijst de rechtbank erop dat ook de tot een concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld, terwijl zij in dienst zijn van een personeels-BV, kan worden beschouwd als een vervreemder voor de toepassing van de Richtlijn. Men dient dan, zo stelt de rechtbank, ter bescherming van de rechten van de werknemers als het ware door de arbeidsrechtelijke constructie heen te kijken. Daarmee heeft het Hof van Justitie onderkend dat bij de toepassing van de Richtlijn sprake kan zijn van pluraliteit van werkgevers, waarbij de partij waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft gesloten, geldt als zijn contractuele werkgever en de partij bij wier onderneming de werknemer feitelijk is tewerkgesteld als zijn niet-contractuele werkgever. Bij de overgang van de onderneming van de feitelijke (niet-contractuele) werkgever gaan blijkens het Albron-arrest ook de bij deze onderneming tewerkgestelde werknemers in dienst van de (contractuele) werkgever van rechtswege mee over. In deze zaak is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever, maar van een wisseling aan de zijde van de contractuele werkgever; het ene payrollbedrijf wordt vervangen door het andere payrollbedrijf. De rechtbank stelt vast dat in lijn met het Albron-arrest ook in deze situatie sprake is van pluraliteit van werkgevers, waarbij het payrollbedrijf optreedt als contractuele werkgever en de opdrachtgever – Agentschap NL dus – als de niet-contractuele werkgever. De rechtbank vraagt zich echter af of het payrollbedrijf wel kan worden aangemerkt als de werkgever ex artikel 7:610 BW, en daarmee als contractuele werkgever, van de payrollwerknemers. In dat kader overweegt de rechtbank:

'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.'

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat uit de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de arbeidscontracten van de 600 bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers en BDG (later CapitalP) volgt dat die werknemers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met BDG niet werkelijk de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst met BDG (in plaats van met Agentschap NL) te sluiten. Naar het oordeel van de rechtbank verzet artikel 7:610 BW zich er niet tegen dat het payrollbedrijf een arbeidscontract sluit met de werknemer en uit dien hoofde het salaris betaalt aan de werknemer, maar de opdrachtgever – in casu Agentschap NL – blijft de werkgever ex artikel 7:610 BW. Dit omdat, zoals de rechtbank overweegt, de payrollconstructie bij Agentschap NL "geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis (geeft) aan het werkgeverschap van de

payrollonderneming.” Als werkgever ex artikel 7:610 BW is Agentschap NL verantwoordelijk voor de verlofrechten van de payrollwerknemers, ook wanneer het gaat om de uitbetaling van de verlofrechten die voor de heraanbesteding van de payrollopdracht werden opgebouwd bij BDG. De rechtbank overweegt dat daar waar Agentschap NL aanvoert dat zij met de payrollconstructie heeft willen bereiken dat de financiële werkgeversrisico's worden gedragen door BDG, deze doelstelling aldus geen effect heeft gehad. Het vorenstaande brengt naar het oordeel van de rechtbank eveneens mee dat geen sprake is geweest van een overgang van onderneming naar aanleiding van de heraanbesteding van de payrollopdracht en een op grond van artikel 7:663 BW overgaan van de arbeidsovereenkomsten van de payrollwerknemers naar CapitalP. De payrollwerknemers moeten voor de toepassing van artikel 7:663 BW worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van Agentschap NL en niet in de payrollonderneming van BDG of CapitalP, zo overweegt de rechtbank.

De heraanbesteding van de payrollopdracht door Agentschap NL aan CapitalP brengt daarmee voor de rechtspositie van de payrollwerknemers geen verandering teweeg vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Zij hebben zich immers voor de nakoming van de uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verlofrechten steeds tot Agentschap NL kunnen wenden en zij kunnen dat nog steeds. Daarnaast, zo vervolgt de rechtbank, konden de payrollwerknemers zich voor de nakoming van hun verlofrechten wenden tot BDG op basis van het door hen met BDG gesloten arbeidscontract. Voor de nakoming van de na de heraanbesteding door hen opgebouwde verlofrechten kunnen zij op basis van hun nieuwe arbeidscontract met CapitalP ook CapitalP aanspreken.

Omdat de payrollwerknemers niet op grond van artikel 7:663 BW zijn overgegaan naar CapitalP bij de heraanbesteding van de payrollopdracht, wijst de rechtbank het beroep op verrekening van Agentschap NL uit hoofde van een door CapitalP aan haar gecedeerd regresrecht ex artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW af. De rechtbank gaat ook niet mee in het subsidiaire verweer van Agentschap NL, dat het redelijk zou zijn de door Agentschap NL aan BDG betaalde vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten te laten toekomen aan CapitalP, omdat CapitalP deze verlofrechten moet uitbetalen zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangt van Agentschap NL. Dit verweer mist naar het oordeel van de rechtbank doel omdat dit niet is onderbouwd, van onvoldoende juridische grondslag is voorzien en Agentschap NL terzake ook geen vordering in reconventie heeft ingesteld. Ten aanzien van dat laatste merk ik op dat de kans op afwijzing van de vordering van BDG op Agentschap NL wellicht groter was geweest wanneer Agentschap NL anders had geprocedeerd. Volgens Agentschap NL maakte de vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten deel uit van de vergoeding voor de payrolldienstverlening die zij aan BDG betaalde. Agentschap NL had dan kunnen stellen en onderbouwen dat BDG, op basis van de met Agentschap NL gemaakte afspraken, bij een heraanbesteding van de payrollopdracht verplicht was de met de door de payrollwerknemers opgebouwde verlofrechten corresponderende bedragen over te maken naar het nieuwe payrollbedrijf (of terug te storten naar Agentschap NL). Door dit na te laten pleegde BDG wanprestatie jegens Agentschap NL en was Agentschap NL gerechtigd dit bedrag te verrekenen met de door haar aan BDG te betalen eindafrekening of de betaling van de eindafrekening aan BDG op te schorten totdat BDG de met de door de payrollwerknemers opgebouwde verlofrechten corresponderende bedragen had overgemaakt naar CapitalP.

5. Het Albron-arrest en de heraanbesteding van de payrollopdracht

Hoewel in deze zaak geen sprake is van intra-concern detachering, betreft de rechtbank het Albron-arrest bij de beoordeling van de vraag of de heraanbesteding van de payrollopdracht moet worden beschouwd als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Daar lijkt mij op zich niets tegen. Weliswaar ging het in het Albron-arrest om intra-concern detachering, deze omstandigheid vormde in de overwegingen van het Hof van Justitie geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van de Richtlijn bij de overgang van de onderneming van een niet-contractuele werkgever op de daarbij permanent tewerkgestelde werknemers. De omstandigheid dat de werknemers (i) permanent waren tewerkgesteld bij de groepsmaatschappij en dat deze groepsmaatschappij (ii) verantwoordelijk was voor de leiding van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid leidden ertoe dat het Hof van Justitie oordeelde dat de intra-concern gedetacheerde werknemers mee over gingen bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij zij waren tewerkgesteld. Mijns inziens kunnen deze omstandigheden zich eveneens voordoen bij andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen (zie ook par. 5.11 van mijn dissertatie, Zwemmer 2012). Daarvoor moet worden beoordeeld of de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn moet worden geacht werkzaam zijn in de onderneming van de contractuele werkgever (de uitzender of detacheerder), of in de onderneming van de niet-contractuele werkgever (de inlener of opdrachtgever). Mijns inziens kan de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn immers 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. 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. Mijns inziens bedoelt het Hof van Justitie hiermee dat het uitzendbureau een allocatiefunctie moet vervullen op de arbeidsmarkt (zich richt op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt). Wanneer de onderneming van de uitzender binnen deze omschrijving valt, is de uitzendwerknemer voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau, ook al wordt hij langdurig tewerkgesteld bij één opdrachtgever van het uitzendbureau. Die opdrachtgever verkrijgt dan niet de hoedanigheid van 'niet-contractuele werkgever' van de uitzendkracht in de zin van het Albron-arrest.

Het oordeel van het Hof van Justitie (en van de Hoge Raad) in het Albron-arrest, dat de intra-concern gedetacheerde werknemers mee over gingen bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij zij waren tewerkgesteld, hield mijns inziens verband met de omstandigheid dat de personeels-BV slechts op papier fungeerde als werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemers. Daardoor konden de activiteiten van de personeels-BV voor de toepassing van de Richtlijn niet worden aangemerkt als de onderneming waarin die werknemers werkzaam waren.

Hetzelfde kan worden gezegd van de activiteiten van het payrollbedrijf. Bij payrolling wordt het juridische werkgeverschap van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer uitbesteed aan een payrollbedrijf en vervult het payrollbedrijf uit dien hoofde de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. De payrollwerknemer wordt exclusief aan de opdrachtgever ter beschikking gesteld om onder diens gezag persoonlijk arbeid te gaan verrichten. Van een uitzendactiviteit van het payrollbedrijf, als onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, in het kader waarvan de payrollwerknemer bij een opdrachtgever is tewerkgesteld, is geen sprake. 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 en daartoe (een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van) de werknemers van het payrollbedrijf in dienst neemt die feitelijk betrokken zijn bij de uitvoering van deze administratieve en financiële verplichtingen. Uitsluitend deze werknemers, en dus niet de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde payrollwerknemers die op de 'payroll' van het payrollbedrijf staan, kunnen naar mijn mening worden beschouwd als werkzaam in de onderneming van het payrollbedrijf en overgaan op grond van artikel 7:663 BW. Hoewel de Rechtbank Den Haag uiteindelijk oordeelt dat Agentschap NL de werkgever is ex artikel 7:610 BW van de bij haar tewerkgestelde payrollwerknemers, overweegt ook zij dat deze werknemers voor de toepassing van artikel 7:663 BW moeten worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van de opdrachtgever en niet in de onderneming van het payrollbedrijf.

Gelet op het bovenstaande is mijns inziens niet juist het hiervoor aangehaalde oordeel van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790), dat de bij Agentschap NL tewerkgestelde payrollwerknemers op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege waren overgegaan van BDG naar CapitalP als gevolg van de heraanbesteding van de payrollopdracht. Wanneer er met de Rechtbank Zwolle-Lelystad vanuit zou worden gegaan dat het payrollbedrijf de werkgever is ex artikel 7:610 BW van de bij de opdrachtgever tewerkgestelde payrollwerknemer, moet naar mijn mening de payrollwerknemer voor de toepassing van artikel 7:663 BW worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de opdrachtgever. Op grond van het Albron-arrest zou dan bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever de arbeidsovereenkomst van de bij deze onderneming tewerkgestelde payrollwerknemer met het payrollbedrijf overgaan naar de verkrijger van de onderneming ex artikel 7:663 BW (zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780).

6. Rechtbank Den Haag: Agentschap NL is werkgever van de bij haar tewerkgestelde payrollwerknemers

De rechtbank oordeelt dat ondanks de door de payrollwerknemers met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontracten niet het payrollbedrijf, maar Agentschap NL de 'feitelijke werkgever in de zin van artikel 7:610 BW' is gebleven. Daartoe overweegt de rechtbank dat de payrollovereenkomst, anders dan de (gewone) arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst, niet in de wet is geregeld en dan op grond van artikel 7:610 BW moet worden vastgesteld wie - het payrollbedrijf of de opdrachtgever - binnen deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding als de juridische werkgever moet worden gekwalificeerd. De rechtbank oordeelt dat Agentschap NL de werkgever is (gebleven) van de payrollwerknemers omdat zij feitelijk werkzaam waren bij Agentschap NL, Agentschap NL instructies gaf en hun vakantiedagen bijhield en omdat Agentschap NL de payrollwerknemers beoordeelde op hun functioneren. Dat hun salaris door BDG werd voldaan doet daar naar het oordeel van de rechtbank niet aan af omdat het salaris 'materieel' afkomstig was van Agentschap NL. Artikel 7:610 BW verzet zich er weliswaar niet tegen dat het payrollbedrijf een arbeidscontract sluit met de werknemer, maar die payrollconstructie geeft verder geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf, zo overweegt de rechtbank. De opdrachtgever blijft dan de werkgever ex artikel 7:610 BW. Deze overwegingen van de rechtbank sluiten aan bij wat ik in mijn dissertatie heb betoogd over het werkgeverschap bij payrolling.

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 wordt het uitzendbureau wettelijk geduid als de werkgever van de aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Bij payrolling kan het payrollbedrijf niet op grond van de definitie van de uitzendovereenkomst in 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 artikel 7:690 BW, 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 op de arbeidsmarkt vervullen, 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 bij de kwalificatie van de werkgever in andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan de uitzendovereenkomst op een zelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst (zie onder andere HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 (Van der Male B.V./Den Hoedt) en HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (STR/PGGM)) betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken, mits deze corresponderen met de wijze waarop zij hieraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven. Hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, brengt het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW mijns inziens mee dat 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 (Zwemmer 2012, p. 30/31). Met de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling (zoals ook in deze zaak bij Agentschap NL) wordt de uitbesteding van het juridische en administratieve werkgeverschap en het bewerkstelligen van een flexibeler arbeidsverhouding met de werknemer beoogd. Het payrollbedrijf fungeert zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer uitsluitend als contractueel verlengstuk van de opdrachtgever. Daarmee heeft payrolling als

arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding in hoofdzaak als doel het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan het payrollbedrijf en het omzeilen van ontslagbescherming. Hoewel de payrollwerknemer een arbeidscontract sluit met het payrollbedrijf, beogen de payrollwerknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar. Omdat het payrollbedrijf hier geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtgever en de werknemer in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, moet dan op grond van het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW door de contractuele afspraken worden heengekeken en de opdrachtgever worden gekwalificeerd als de werkgever. Om wel als werkgever ex artikel 7:610 BW te kunnen worden gekwalificeerd zal de payrollsector zichzelf naar mijn mening opnieuw moeten uitvinden. Payrollbedrijven zouden zelfstandige inhoud en betekenis kunnen geven aan het werkgeverschap door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de werknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer (Zwemmer 2012, p. 347).

Wanneer het payrollbedrijf niet kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW betekent dat niet dat het payrollbedrijf daardoor automatisch geen verplichtingen (meer) heeft jegens de payrollwerknemer. De door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten 'arbeidsovereenkomst' moet naar mijn mening in deze situatie worden aangemerkt als een overeenkomst sui generis (Zwemmer 2012, p. 147, zo ook Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178). De payrollwerknemer zou dan, nadat de opdrachtgever is gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, op basis van de hierover in het door hem met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract gemaakte afspraken ook bij het payrollbedrijf nakoming kunnen blijven vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Ook de Rechtbank Den Haag overweegt dat de payrollwerknemers, naast Agentschap NL als hun werkgever ex artikel 7:610 BW, ook BDG en CapitalP kunnen aanspreken tot nakoming van uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen op basis van de door hen met deze payrollbedrijven gesloten arbeidscontracten.

7. Zijn de payrollwerknemers bij Agentschap NL ambtenaar?

Omdat Agentschap NL onderdeel is van het ministerie van Economische Zaken is op grond van artikel 7:615 BW Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op de verhouding tussen haar en de payrollwerknemers. Dit zou anders kunnen zijn wanneer Titel 10 Boek 7 BW bij wet of bij verordening van toepassing is verklaard (in dat geval wordt gesproken van arbeidscontractanten). In casu is dit echter niet aan de orde. Daardoor kan Agentschap NL 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). Hoewel voorafgaand aan de invoering van Titel 10 Boek 7 BW in 1997 is overwogen artikel 7:615 BW te schrappen, is dit uiteindelijk niet gebeurd omdat het in het BBA neergelegde preventieve ontslagtoezicht dan ook voor de overheid zou gaan gelden. In die tijd werd (reeds) nagedacht over de afschaffing van het preventieve ontslagtoezicht en het onder het bereik van Titel 10 Boek 7 BW brengen van de ambtenarenstatus en de regering achtte het meer passend een eventuele schrapping van artikel 7:615 BW in dat kader ter sprake te brengen (Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 17). Hoewel het bijna 20 jaar later noch van het één, noch van het ander is gekomen en artikel 7:615 BW nog steeds bestaat, zou daar in verband met het sociaal akkoord van 11 april jl. en het op 8 november 2010 bij de Tweede Kamer ingediende initiatiefwetsvoorstel inzake de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren (Kamerstukken II 32 550) in de nabije toekomst weleens verandering kunnen komen. De payrollwerknemers bij Agentschap NL hebben daar op dit moment echter niets aan. Als noch het payrollbedrijf, noch Agentschap NL kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW zouden zij tussen wal en schip vallen. De vraag is dan of de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL. Verschillende argumenten pleiten mijns inziens voor een bevestigende beantwoording van deze vraag.

In het Assmann-arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1997 (NJ 1997, 626) ging het om een situatie waarin een ambtenaar haar ambtelijke status verloor omdat het bejaardentehuis waarin zij werkzaam was, werd geprivatiseerd. De stichting die het bejaardentehuis na de privatisering ging exploiteren, werd bevoegd deze bij het bejaardentehuis tewerkgestelde (voormalige) ambtenaar werkzaamheden op te dragen en aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden verricht. Op grond van deze omstandigheden oordeelde de Hoge Raad dat, nu de privatisering meebracht dat deze (voormalige) ambtenaar geen beroep meer zou kunnen doen op de door de ambtenarenrechter geboden rechtsbescherming, op basis van 'een redelijke toepassing van het stelsel van de wet' de voorheen bestaande ambtelijke aanstelling was omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Denkbaar is dat Hoge Raad in een omgekeerd geval op basis van dezelfde overwegingen zal oordelen dat de payrollwerknemers een ambtelijke aanstelling hebben bij Agentschap NL. Hoewel bij Agentschap NL geen sprake kan zijn van een omzetting van een arbeidsovereenkomst naar een ambtelijke aanstelling, omdat de payrollwerknemers niet eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn geweest van Agentschap NL, zou dan op grond van een redelijke toepassing van het stelsel van de wet sprake zijn van een ambtelijke aanstelling omdat zij jegens Agentschap NL geen beroep kunnen doen op Titel 10 Boek 7 BW. Het ambtenarenrecht staat aan een dergelijk oordeel niet in de weg. Weliswaar is op grond van artikel 1:3 Awb voor de totstandkoming van een ambtelijke aanstelling in beginsel een schriftelijk aanstellingsbesluit vereist, in bepaalde omstandigheden heeft de Centrale Raad van Beroep ook een ambtelijke aanstelling aangenomen in situaties waarin een schriftelijk aanstellingsbesluit ontbrak. In een uitspraak van 13 juni 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:CA3222) heeft de CRvB nog eens herhaald in welke omstandigheden ondanks het ontbreken van een schriftelijk aanstellingsbesluit een ambtelijke aanstelling wordt aangenomen:

'Naar vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 30 mei 2002, LJN AE4035) sluit het ontbreken van een schriftelijke aanstellingsbesluit niet uit dat onder omstandigheden toch een ambtenaarsverhouding kan ontstaan. Daartoe moet dan wel duidelijk blijken van een bij het bestuursorgaan aanwezige bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft

mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden.'

Volgens Van Waegeningh dringt zich hier de vergelijking op met de overwegingen van de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde arresten Groen/Schoevers en STR/PGGM inzake de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Zij pleit ervoor dat als een rechtsverhouding tussen de openbare dienst en de daarbinnen werkzame kracht niet eenduidig is geregeld en er sprake is van een gezagsverhouding, van een ambtelijke aanstelling moet worden uitgegaan (S. van Waegeningh, De afbakening van het ambtenaarschap ten opzichte van andere arbeidsverhoudingen, TAR 2008/12 p. 686 en 691). Van der Heijden en Jellinghaus betogen dat van rechtswege sprake moet zijn van conversie naar een ambtelijke aanstelling wanneer een overheid gebruik maakt van arbeidscontractanten zonder dat dit bij wet of verordening is toegestaan (P.J.J.M. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus, Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 53).

Ik meen dat uit de wijze waarop door partijen feitelijk uitvoering is gegeven aan de payrollconstructie bij Agentschap NL volgt dat in werkelijkheid werd beoogd de payrollwerknemers in dienst van Agentschap NL werkzaam te laten zijn. Nu noch Agentschap NL, noch het payrollbedrijf op grond van artikel 7:610 BW kan worden gekwalificeerd als de werkgever van de bij Agentschap NL tewerkgestelde payrollwerknemers, moet naar mijn mening worden aangenomen dat de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL.