



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

JAR 2018/115

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2018). JAR 2018/115. 115. Case note on: Rb. Midden-Nederland, 12/04/18, ECLI:NL:RBMNE:2018:1476 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 27(7), 1095-1102.

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.

115

Voorzieningenrechter Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Almere
12 april 2018, nr. 6648163 MV EXPL 18-22,
ECLI:NL:RBMNE:2018:1476
(mr. Berendsen)
Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Via payrolling tewerkgestelde schoonmaakster is door overgang van onderneming in dienst gekomen van de "verkrijger" van het schoonmaakwerk.

[BW art. 7:662, 7:663]

De werkneemster werkt sinds 1 juni 2010 als schoonmaakster op een object voor 23,25 uur per week. Zij is in dienst van een uitzendbureau/payrollorganisatie (gedaagde sub 2) en wordt door deze tewerkgesteld bij een inlener (gedaagde sub 1). Per 1 januari 2018 wordt het schoonmaakwerk op het object gegund aan "de verkrijger" (gedaagde sub 3). Het uitzendbureau laat daarop aan de werkneemster weten dat haar uren vanaf 1 januari 2018 komen te vervallen. Zij ontvangt ook geen loon meer vanaf die datum. De werkneemster betreft zowel het uitzendbureau als de inlener als de verkrijger in een kortgedingprocedure.

De kantonrechter stelt vast dat de werkneemster is uitgeleend aan de inlener, maar dat zij met deze inlener nooit een arbeidsovereenkomst heeft gehad. Haar vordering tegen de inlener wordt daarom afgewezen. Vanaf 12 december 2016 is het uitzendbureau de werkgever van de werkneemster. De vraag is vervolgens of er sprake is van overgang van onderneming van de inlener naar de verkrijger. De kantonrechter beantwoordt deze vraag bevestigend. De verkrijger heeft de uren en werkzaamheden van de inlener op het object volledig overge-

nomen. De werkneemster is sinds lange tijd als enige werkzaam op dit object. Nu de werkzaamheden op het object zijn overgegaan, hoort zij als werkneemster daarbij. Weliswaar was zij middels een payrollconstructie door het uitzendbureau bij de inlener tewerkgesteld, maar uit het Albron-arrest volgt dat ook permanent gedetacheerde medewerkers mee overgaan bij overgang van onderneming, ook al zijn zij formeel niet in dienst bij het over te dragen onderdeel. Dit betekent dat de werkneemster per 1 januari 2018 voor de 23,25 uur bij de verkrijger in dienst is gekomen. De verkrijger moet dus het loon doorbetalen. De gevorderde tewerkstelling wordt afgewezen, nu gebleken is dat de opdrachtgever van het schoonmaakwerk niet tevreden is over de door de werkneemster verleende diensten. De verkrijger zal de werkneemster daarom in een andere passende functie tewerk moeten stellen.

NB. In het Albron-arrest is geoordeeld dat een werknemer die permanent tewerk is gesteld bij een bepaalde werkmaatschappij binnen een concern, maar een arbeidsovereenkomst heeft met een andere bv in het concern, mee overgaat op grond van overgang van onderneming als de werkmaatschappij wordt overgedragen (HR, «JAR» 2013/125). Payrolling/uitzending is echter niet (geheel) hetzelfde als intraconcerndetachering, zodat het de vraag is of Albron in deze casus ook kan worden toegepast. Zie ook Rb. Den Haag, «JAR» 2013/193.

De *werkneemster* te (...),
verder ook te noemen: de *werkneemster*,
eisende partij,
gemachtigde: mr. I. Renet (Stichting Achmea
Rechtsbijstand),
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *de inlener BV* te (...),
verder ook te noemen: de *inlener*,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. T. Hendriks,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *het uitzendbureau BV* te (...),
verder ook te noemen: het *uitzendbureau*,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. T. Hendriks,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *de verkrijger* te (...),
verder ook te noemen: de *verkrijger*,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. P. Weijmans,
gezamenlijk verder te noemen: *gedaagden*.

1. De procedure
(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. De *werkneemster* verricht sinds 1 juni 2010 schoonmaakwerkzaamheden op het object (...) aan de (...) te (...). Dit betreft een bedrijfsverzamelgebouw. De *inlener* is de opdrachtnemer van locatie (...).

2.2. De arbeidsomvang bedraagt thans 26,75 uur per week. Gedurende 23,25 uur per week maakte de *werkneemster* de algemene ruimtes van het bedrijfsverzamelgebouw schoon. Gedurende 3,5 uur maakt zij binnen de verschillende units van het bedrijfsverzamelgebouw schoon. Laatstgenoemde uren staan buiten het onderhavige geschil.

2.3. Vanaf 1 juni 2010 was de *werkneemster* werkzaam voor X B.V., daarna vanaf 17 juni 2013 voor Y B.V. Vanaf 1 mei 2014 is de *werkneemster* voor de 3,5 uur met betrekking tot de verschillende units in (...) in dienst van de *inlener*.

2.4. Bij brief van 18 april 2014 schrijft M, een uitzendorganisatie, onder andere het volgende aan de *werkneemster*: “Namens de *inlener* willen wij u een arbeidsovereenkomst aanbieden voor onbepaalde tijd met ingang van 1 mei 2014. Voor wat betreft de inhoud van de van toepassing zijnde cao in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, verwijzen wij u graag naar www.ras.nl. Op deze

website is de gehele cao te downloaden evenals informatie te vinden over de (eventueel) van toepassing zijnde pensioenregeling.”

2.5. Bij voornoemde brief is een arbeidsovereenkomst fase C onbepaalde tijd gevoegd. Op grond van deze arbeidsovereenkomst treedt de *werkneemster* per 1 mei 2014 voor onbepaalde tijd in dienst bij de uitzendorganisatie. De uitzendorganisatie stelt de *werkneemster* exclusief ter beschikking van de *inlener*.

2.6. In artikel 1 lid 4 van de CAO Schoonmaken Glazenwassersbedrijf (verder te noemen de CAO) is payroll gedefinieerd als de payrollkracht die via een payrollbedrijf bij het schoonmaak- of glazenwassersbedrijf werkt, evenals de buitenlandse payrollkracht die via een buitenlands payrollbedrijf in de branche werkt.

2.7. In artikel 38 van de CAO is bepaald dat de werkgever die bij een contractwisseling een object verwerft aan de werknemers die op het moment van de wisseling op het object werkzaam zijn in beginsel een arbeidsovereenkomst zal aanbieden.

2.8. Bij brief van 8 december 2016 schrijft de uitzendorganisatie het volgende aan de *werkneemster*: “Sinds begin maart 2016 is de uitzendorganisatie onderdeel van het uitzendbureau. In de afgelopen maanden hebben wij op intensieve wijze met het uitzendbureau samengewerkt. (...) Met ingang van 12 december a.s. maken wij volledig onderdeel uit van het uitzendbureau en wordt de naam van de uitzendorganisatie gewijzigd in het uitzendbureau. (...) De overgang naar het uitzendbureau brengt in de praktijk beperkte veranderingen met zich mee: jouw contactpersonen blijven dezelfde, de arbeidsovereenkomsten worden gerespecteerd en de opgebouwde rechten en reserveringen worden volledig overgenomen door het uitzendbureau. Kortgezegd: de huidige situatie gaat over naar het uitzendbureau.”

2.9. De schoonmaak van de algemene ruimtes (23,25 uur) van het onder 2.1 genoemde object is door (...) per 1 januari 2018 gegund aan de *verkrijger*.

2.10. Bij brief van 19 december 2017 schrijft het uitzendbureau onder andere het volgende aan de *werkneemster*: “Middels deze brief bevestigen wij dat de uren van object (...) door een contractwisseling met ingang van 01-01-2018 komen te vervallen.”

2.11. Vanaf 1 januari 2018 wordt de werknemster niet meer toegelaten tot het schoonmaken van de algemene ruimtes. Haar loon wordt evenmin betaald.

2.12. De werknemster is de enige medewerker die via (de rechtsvoorganger van) het uitzendbureau bij de inlener is gedetacheerd.

3. *Het geschil*

De werknemster vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

A. primair gedaagden, te veroordelen tot betaling aan de werknemster van het haar toekomende loon vanaf 1 januari 2018 tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd, meer in het bijzonder een bedrag van € 1.076,94 bruto per vier weken, te vermeerderen met het wettelijke vakantiegeld, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW alsmede de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over het loon en de wettelijke verhoging vanaf 1 januari 2018 tot aan de dag der algehele voldoening, als ook de werknemster toe te laten tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden;

B. subsidiair gedaagden hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen tot betaling van het haar toekomende loon vanaf 1 januari 2018 tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente, als ook de werknemster toe te laten tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden;

C. gedaagden hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de veertiende dag na betekening van het vonnis.

3.1. De werknemster stelt daartoe dat geen rechtsgeldig einde is gekomen aan haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Geen van de gedaagde partijen betaalt echter thans loon voor de overeengekomen 23,25 uur per week en zij laten haar ook geen werkzaamheden verrichten. De werknemster heeft zich bij gedaagden bereid en beschikbaar verklaard tot het verrichten van arbeid. De inlener is aansprakelijk voor de loonbetaling als werkgever/opdrachtgever als geen sprake is van overgang van onderneming en als de verkrijger niet gehouden is om de werknemster op grond van artikel 38 van de CAO een aanbod voor een arbeidsovereenkomst te doen. De inlener is

de enige die (feitelijk) gezag over de werknemster heeft uitgeoefend, haar roosters heeft opgesteld en haar functioneren heeft beoordeeld. Alle correspondentie werd ook vanuit de inlener gevoerd. De werknemster heeft nimmer een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau gesloten en zij is niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig akkoord gegaan met omzetting. De werknemster is dus geen payroll of uitzendkracht. Het uitzendbureau is aansprakelijk voor de loonbetaling als zij de werkgever van de werknemster blijkt te zijn, er geen sprake is van overgang van onderneming en als de verkrijger niet gehouden is om de werknemster op grond van artikel 38 van de CAO een aanbod voor een arbeidsovereenkomst te doen. Van een opzegging is geen sprake en het aangeboden werk was niet passend. De verkrijger is aansprakelijk voor de loonbetaling als er wel sprake is van overgang van onderneming of van een verplichting tot het doen van een geldig aanbod op grond van artikel 38 van de CAO.

3.2. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

3.3. De inlener en het uitzendbureau stellen zich primair op het standpunt dat de werknemster vanaf 1 januari 2018 in dienst is bij de verkrijger krachtens overgang van onderneming dan wel krachtens artikel 38 van de CAO. Subsidiair stellen zij dat de arbeidsovereenkomst door het uitzendbureau tegen 1 januari 2018 is opgezegd en dat de werknemster niet binnen de vervalttermijn een verzoekschrift heeft ingediend. Meer subsidiair heeft de werknemster geweigerd om passende arbeid te verrichten, zodat zij geen aanspraak kan maken op loon. De werknemster werd door (de rechtsvoorganger van) het uitzendbureau als werkgever permanent gedetacheerd bij de inlener. Zij is akkoord gegaan met haar overgang van de uitzendingorganisatie naar het uitzendbureau. Bij de overname door het uitzendbureau van de uitzendingorganisatie was sprake van een overgang van onderneming. De werknemster kon vervolgens als permanent gedetacheerde werknemer rechten en bescherming ontleen aan artikel 38 van de CAO. Permanent gedetacheerde werknemers dienen als gewone werknemers te worden behandeld. De werknemster dient dan ook een aanbod van de verkrijger te krijgen. Middels de onder 2.9 genoemde brief is de arbeidsovereenkomst door het uitzendbureau opgezegd. De werknemster heeft passende arbeid bij het uitzendbureau geweigerd.

3.4. De verkrijger betwist dat de werknemster een spoedeisend belang heeft. Het uitzendbureau en de verkrijger hebben haar immers passend werk aangeboden, welk werk door de werknemster is afgewezen. Het uitzendbureau is de werkgever van de werknemster. De verkrijger heeft alleen de opdracht overgenomen. Nu er verder niets is overgegaan, is geen sprake van overgang van onderneming. Artikel 38 van de CAO is niet van toepassing. Deze bepaling geldt alleen voor werknemers in de zin van de CAO en niet voor een uitzendkracht/payrollkracht zoals de werknemster. De CAO partijen in de schoonmaakbranche kunnen payrollbedrijven en uitzendbureaus niet binden. De werknemster kan in ieder geval niet terugkeren op het onder 2.1 genoemde object.

4. De beoordeling

4.1. De werknemster heeft een spoedeisend belang bij de door haar gevraagde voorziening. Zij ontvangt immers thans geen loon over 23,25 uur per week. Het kan zo zijn dat het uitzendbureau en de verkrijger haar werk hebben aangeboden, maar dit betrof, los van de vraag naar de passendheid van het aangeboden werk, beperking van het aantal uren (tot ongeveer 10 uur per week), waardoor een loonverlies zou blijven bestaan. Daar komt nog bij dat de werknemster het werk, ook als het passend is, niet hoeft te accepteren als zij recht heeft op de bedongen arbeid.

4.2. Vooropgesteld wordt dat voor toewijzing van de voorlopige voorziening zoals deze door de werknemster wordt gevorderd, het in hoge mate waarschijnlijk moet zijn dat een gelijklopende vordering in een te voeren bodemprocedure zal worden toegewezen. Beoordeeld dient dus te worden of al dan niet aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de werknemster arbeidsrechtelijke aanspraken heeft jegens gedaagden.

4.3. Vastgesteld moet worden wie voorshands als werkgever van de werknemster heeft te gelden.

4.4. Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet sprake zijn van arbeid, loon en een gezagsverhouding. De werknemster is op 1 mei 2014 op grond van de arbeidsovereenkomst fase c onbepaalde tijd voor de schoonmaak van de algemene ruimtes, in dienst getreden bij de uitzendorganisatie. Op grond van deze overeenkomst voerde de werknemster werkzaamheden uit en betaalde de uitzendorganisatie loon aan de werk-

nemster. Doel van deze overeenkomst was detachering van de werknemster bij de inlener. De uitzendorganisatie heeft het werkgeversgezag daardoor uitbesteed aan de inlener. Hiermee is in overeenstemming dat werkinhoudelijke zaken door de inlener werden afgehandeld. Uitbesteding van het werkgeversgezag staat niet in de weg aan een arbeidsovereenkomst met de uitzendorganisatie. De werknemster heeft derhalve nimmer een arbeidsovereenkomst met de inlener gehad. De vorderingen jegens de inlener worden dan ook afgewezen.

4.5. De uitzendorganisatie maakt sinds 12 december 2016 volledig onderdeel uit van het uitzendbureau. Het uitzendbureau heeft de uitzendorganisatie overgenomen, waardoor het uitzendbureau op 12 december 2016 door overgang van onderneming van rechtswege werkgever is geworden van de werknemster.

4.6. Niet aannemelijk is geworden dat het uitzendbureau het dienstverband met de werknemster middels de onder 2.9 genoemde brief heeft opgezegd. De enkele mededeling dat de uren van het object komen te vervallen is hiertoe onvoldoende. Daaruit vloeit namelijk, zonder nadere toelichting (die niet is gegeven) niet logischerwijs voort dat ook de arbeidsovereenkomst eindigt.

4.7. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of er sprake is van overgang van onderneming van de inlener op de verkrijger, of van een contractsoverneming in de zin van artikel 38 CAO, waar de werknemster – die dus in dienst was van het uitzendbureau – rechten aan kan ontnemen nu de verkrijger de schoonmaakwerkzaamheden per 1 januari 2018 van de inlener heeft overgenomen, dan wel of de werknemster in dienst is gebleven van het uitzendbureau.

4.8. Van overgang van onderneming is sprake als een economische eenheid (zijnde een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit) die haar eenheid behoudt, overgaat, ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing. Beslissend is verder of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Er moet sprake zijn van een overgang van een georganiseerd economisch verband.

4.9. Anders dan uit de formulering van artikel 7:663 BW, gelezen in samenhang met artikel 7:662 BW zou kunnen worden afgeleid, is voor een overgang van onderneming niet vereist dat de verkrijger (de verkrijger) en vervreemder (de inle-

ner) een daartoe strekkende overeenkomst gesloten hebben. Het volstaat dat de overgang plaatsvindt in het kader van contractuele betrekkingen. Daarvan is hier sprake. Het project (...) is op basis van een contract tussen (...) en de verkrijger aan de verkrijger gegund. Voorts is het contract tussen de inlener en (...) geëindigd op 1 januari 2018.

4.10. Van een economische eenheid is sprake als deze eenheid voldoende gestructureerd en autonoom is. Het behoeft niet noodzakelijkerwijs materiële en immateriële activa van betekenis te omvatten. In de schoonmaakbranche, waar het in onderhavige procedure om gaat, zijn arbeidskrachten de voornaamste factor. Een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, kan derhalve, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid worden aangemerkt (Hof van Justitie van de EG/EU, 10-12-1998, C-127/96, C-229/96, C-94/97, JAR 1999, 16). De behoud van identiteit van een dergelijke eenheid kan daardoor niet afhangen van overdracht van dergelijke activa. Voor de beoordeling of aan de voorwaarden voor overgang van een economische eenheid is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de overgang kenmerken.

4.11. In de schoonmaakbranche, waar een eenheid werknemers zonder specifieke materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, is met name van belang of de overnemende onderneming de activiteiten van de overgenomen onderneming voortzet of daarbij gebruik wordt gemaakt van een qua aard en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel dat haar voorganger speciaal voor die activiteiten had ingezet. De kantonrechter is van oordeel dat in een bodemprocedure naar alle waarschijnlijkheid zal worden geoordeeld dat sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 BW. Het begrip “onderneming” dient immers zeer ruim uitgelegd te worden. Van overgang van onderneming kan blijkens vaste jurisprudentie ook sprake zijn in een geval waarin niet een gehele onderneming maar slechts een gedeelte, althans een gedeelte van de ondernemingsactiviteiten wordt overgedragen.

4.12. Hier geldt dat vast staat dat de verkrijger de uren en werkzaamheden van de inlener aan de (...) te (...) per 1 januari 2018 volledig heeft overgenomen. De werknemster is gedurende lange tijd als enige werkzaam op dit object. Nu de acti-

viteiten van de inlener ten aanzien van dit project worden voortgezet door de verkrijger, hoort de werknemer die de werkzaamheden uitvoert, zijnde de werknemster daarbij. Daar doet niet aan dat de werknemster middels een payroll constructie door de inlener bij het uitzendbureau tewerk is gesteld. Uit het Albron arrest (HR 5 april 2013, JAR 2013/125) volgt dat, hoewel het hier ging om intra-concerndetachering, permanent gedetacheerde medewerkers bij overgang van onderneming mee overgaan, ook al zijn zij formeel niet in dienst bij het over te dragen onderdeel. Die omstandigheid is in de overwegingen van het EU Hof (HvJ EU, 21-10-2010, JAR 2010/298), en later dus ook de Hoge Raad, geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van de richtlijn bij overgang van onderneming van de materiele werkgever op de daarbij permanent ter beschikking gestelde werknemers. Bij payroll is sprake van een arbeids-overeenkomst met een permanent karakter met de inlener. Zo ook bij de werknemster. Nu in het Albron arrest afstand is gedaan van de leer dat de werknemer een arbeidsovereenkomst dient te hebben met de vervreemder van de overgaande onderneming dient dit naar het oordeel van de kantonrechter ook te gelden voor de payroll-constructie als bovenomschreven. De ingeleende werknemer gaat bij overgang van onderneming mee over en geniet dezelfde bescherming als de werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van een overdragende werkgever.

4.13. Gezien het voorgaande is naar het oordeel van de kantonrechter voorshands sprake van overgang van onderneming van de inlener naar de verkrijger, in de zin van artikel 7:662 BW, zodat de werknemster op grond van artikel 7:663 BW per 1 januari 2018 voor de volledige arbeidsomvang van 23,25 uur, waarvoor zij bij het uitzendbureau in dienst was, bij de verkrijger in dienst is gekomen.

4.14. Gelet op het bovenstaande behoeft de eventuele toepasselijkheid van artikel 38 van de CAO geen bespreking meer.

4.15. De werknemster vordert tewerkstelling op het onder 2.1 genoemde project. De kantonrechter wijst deze vordering af. Uit het niet weersproken verslag van 23 februari 2018 van C blijkt immers dat de opdrachtgever van de schoonmaakwerkzaamheden niet tevreden is over de uitgevoerde werkzaamheden. Zij wenst daarom geen gebruik meer te maken van de diensten van de werknemster. Het is voor de verkrijger derhalve niet moge-

lijk de werkneemster te werk te stellen bij het onder 2.1 genoemde object. De verkrijger zal de werkneemster daarom tewerk dienen te stellen in een andere passende functie. Dat moeten partijen verder onderling regelen.

4.16. De werkneemster heeft vanaf 1 januari 2018 recht op betaling door de verkrijger van het gevorderde loon, waarvan de hoogte niet is weersproken.

4.17. De verkrijger wordt niet gevolgd in haar standpunt dat geen recht bestaat op loon omdat de werkneemster passende arbeid heeft geweigerd. Een aanbod van 10 uur werk, nog los van de werktijden, bij een dienstverband van 23,25 uur per week, is niet passend te achten.

4.18. De wettelijke verhoging zal worden beperkt tot 10%.

4.19. Het gevorderde vakantiegeld en de rente zijn als onweersproken toegewezen.

4.20. De verkrijger zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de werkneemster worden veroordeeld. De overige proceskosten zullen tussen de inlener/het uitzendbureau en de werkneemster worden gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. De kosten aan de zijde van de werkneemster worden begroot op:

- dagvaarding € 98,01
 - griffierecht € 226,=
 - salaris gemachtigde € 600,=
- totaal € 924,01

De gevorderde rente wordt als onderstaand toegewezen.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. veroordeelt de verkrijger tot betaling aan de werkneemster van haar salaris van € 1.076,94 bruto per 4 weken te vermeerderen met het wettelijke vakantiegeld, vanaf 1 januari 2018 tot het moment dat tussen partijen rechtsgeldig een beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft plaatsgevonden;

5.2. veroordeelt de verkrijger tot betaling aan de werkneemster van de tot 10% beperkte wettelijke verhoging over het te laat betaalde salaris vanaf de verschuldigdheid tot de voldoening;

5.3. veroordeelt de verkrijger tot betaling aan de werkneemster van de wettelijke rente over de onder 5.1 en 5.2 toegewezen bedragen vanaf de verschuldigdheid tot de voldoening;

5.4. veroordeelt de verkrijger in de kosten van het geding, aan de zijde van de werkneemster tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 924,01, waaronder € 600,= voor salaris van de gemachtigde, waarvan het totaalbedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.5. veroordeelt de verkrijger, onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door de werkneemster volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 100,= aan salaris gemachtigde,
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van het vonnis;

5.6. compenseert de proceskosten tussen de inlener, het uitzendbureau en de werkneemster in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.7. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

In het Albron-arrest van 21 oktober 2010 («JAR» 2010/298) oordeelde het Hof van Justitie dat binnen een concern de groepsmaatschappij waarbij de werknemers (intra-concern) tewerk zijn gesteld, maar waarmee zij niet een arbeidsovereenkomst hebben, kan worden beschouwd als vervreemder in de zin van Richtlijn 2001/23/EG. Omdat de door deze richtlijn geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit op dat moment bestaande arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen moet, zo overwoog het Hof van Justitie, op het moment van overgang "hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij, in plaats daarvan en dus als gelijkwaardig alternatief, een arbeidsbetrekking" bestaan met de in de onderneming werkzame werknemer. Van een dergelijke arbeidsbetrekking is naar het oordeel van het Hof van Justitie sprake wanneer de werknemer "permanent" is tewerkgesteld bij een "niet-contractuele werkgever" en deze verantwoordelijk is voor de economische activiteit van de overgedragen eenheid. De Hoge Raad heeft de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest zo uitgelegd dat de intra-

concern gedetacheerde werknemer met een arbeidscontract met een personeels-BV, bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij "feitelijk werkzaam" is, van rechtswege mee overgaat naar de verkrijger van die onderneming (HR 5 april 2013, «JAR» 2013/125 m.nt. Beltzer).

In de hiervoor opgenomen uitspraak past de kantonrechter te Almere de Albron-jurisprudentie toe op de situatie waarin de onderneming van de opdrachtgever van het payrollbedrijf overgaat. Gevolg hiervan is dat de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer van rechtswege is overgegaan naar de verkrijger van de onderneming van de opdrachtgever van het payrollbedrijf (en de werknemer als gevolg van de overgang van de onderneming dus geen payrollwerknemer meer is). Dat de kantonrechter de Albron-jurisprudentie toepast bij payrolling is niet onbegrijpelijk. Hoewel in het Albron-arrest sprake was van intra-concern detachering, vormde deze omstandigheid in de overwegingen van het Hof van Justitie geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van Richtlijn 2001/23/EG. Ook de Hoge Raad heeft de overwegingen van het Hof van Justitie niet beperkt tot de situatie waarin sprake is van intra-concern detachering.

De Albron-jurisprudentie kan dus ook van toepassing zijn in andere situaties waarin de werknemer permanent is tewerkgesteld in de onderneming van een ander dan zijn contractuele werkgever. De vraag is wat in dit verband moet worden verstaan onder permanent. Ik meen dat daarvoor niet zozeer naar de duur van de tewerkstelling moet worden gekeken, maar vooral naar de werkzaamheden waarvoor de werknemer op basis van zijn kwalificaties werd aangenomen en of de werknemer op basis van de door partijen gemaakte afspraken uitsluitend werkzaam zou zijn bij een bepaalde onderneming (zie par. 5.10.4 van mijn dissertatie, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). Zo kunnen uitzendkrachten gedurende lange tijd werkzaam zijn bij één opdrachtgever van het uitzendbureau maar gaan zij bij de overgang van de onderneming van die opdrachtgever niet mee over omdat zij werkzaam zijn in de onderneming van het uitzendbureau. De onderneming van een uitzendbureau bestaat uit knowhow op het gebied van

uitzenden, een op de organisatie van het uitleenen 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 (zie HvJ EG 13 september 2007, «JAR» 2007/252). Als de onderneming van de uitzendwerkgever binnen deze omschrijving past - en dus sprake zal zijn van een door de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt vervulde actieve allocatiefunctie - heeft de opdrachtgever niet de hoedanigheid gekregen van 'niet-contractuele werkgever' van de aan hem ter beschikking gestelde uitzendwerknemer, ook niet wanneer de uitzendwerknemer gedurende lange tijd aan hem ter beschikking wordt gesteld. De uitzendwerknemer is dan voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG *uitsluitend* werkzaam in de onderneming van de uitzendwerkgever. Uitsluitend in de onderneming van de uitzendwerkgever omdat een werknemer naar mijn mening voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG niet tegelijkertijd werkzaam kan zijn in zowel de onderneming van een contractuele als in de onderneming van een niet-contractuele werkgever (zie par. 5.11 van mijn dissertatie, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). Alleen wanneer de uitzendonderneming zelf overgaat, zou de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht mee overgaan naar de verkrijger van de uitzendonderneming (zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15 en HvJ EG 13 september 2007, «JAR» 2007/252).

Ingeval van intra-concern detachering door een personeels-BV als aan de orde was in het Albron-arrest fungeert de (contractuele) werkgever uitsluitend als de juridische werkgever van de binnen de groep werkzame werknemers. Naast het vervullen van de aan de arbeidsovereenkomsten verbonden financiële en administratieve verplichtingen, worden door deze personeels-BV geen (ondernemings)activiteiten verricht. Daarmee vertoont intra-concern detachering gelijkenis met payrolling. Bij payrolling is het de opdrachtgever die de werknemer werft en selecteert en daar vervolgens een payrollbedrijf bij zoekt om het werkgeverschap op zich te nemen. Dit payrollbedrijf fungeert uitsluitend als de juridische werkgever van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer en ver-

vult uit dien hoofde de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. De payrollwerknemer wordt exclusief aan die opdrachtgever ter beschikking gesteld om in diens onderneming arbeid te gaan verrichten. Met de kantonrechter te Almere meen ik dat de payrollwerknemer dan voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG werkzaam is in de onderneming van de opdrachtgever van het payrollbedrijf. Als de activiteiten van het payrollbedrijf al als onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG zouden worden aangemerkt, dan bestaan deze mijns inziens niet uit het 'op papier werkgever zijn' van de bij opdrachtgevers werkzame payrollwerknemers, maar uit het voor opdrachtgevers uitvoeren van de aan het juridische werkgeverschap verbonden administratieve en financiële verplichtingen. Van een overgang van deze onderneming van het payrollbedrijf zou sprake zijn wanneer een ander payrollbedrijf deze administratieve en financiële verplichtingen gaat uitvoeren. In dat geval gaan dan mijns inziens echter uitsluitend mee over de werknemers van het payrollbedrijf die deze aan het juridische werkgeverschap van de payrollwerknemers verbonden administratieve en financiële verplichtingen uitvoeren en niet ook de payrollwerknemers zelf. Dat betekent dat wanneer de opdrachtgever de payrollopdracht heraanbesteedt aan een ander payrollbedrijf, de payrollwerknemer op individuele basis akkoord zal moeten gaan met een arbeidsovereenkomst met een ander payrollbedrijf (vgl. Rb. Den Haag 26 juni 2013, «JAR» 2013/193 m.nt. Zwemmer; zie anders Rb. Zwolle-Lelystad 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBZ-LY:2011:BU5790).

J.P.H. Zwemmer,
Advocaat bij Stibbe, Amsterdam