

RECHTSPRAAK

BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat der Nederlanden, Agentschap NL

Overgang van payrollwerkgever leidt niet tot overgang van onderneming. Omgekeerde Albron-situatie

Tot mei 2010 verzorgde BDG de detachering en payrolling van ongeveer 600 werknemers bij Agentschap NL. Die werknemers waren op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst van BDG. 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. Tussen partijen is in geschil of sprake is van een overgang van payrollonderneming (van BDG naar CapitalP) en bijgevolg sprake is van een overgang van rechten en plichten van werknemers, in het bijzonder verlofuren. Deze verlofuren, althans de schadeloosstelling door de vervreemder, zijn gecedeerd aan Agentschap NL. Agentschap NL heeft deze vordering verrekend met de aan haar kant openstaande factuur aan BDG. Thans vordert BDG betaling van de openstaande factuur, stellende dat de verrekening niet mocht plaatsvinden. In een eerder geschil tussen CapitalP en BDG heeft de kantonrechter Zwolle-Lelystad (19 oktober 2011, LJN BU5790) geoordeeld dat sprake is van een overgang van onderneming.

De rechtbank oordeelt als volgt. Volgens het HvJ EU 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 HvJ EU 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. 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). 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. 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 Agentschap NL, 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 Agentschap NL, 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. 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 Agentschap NL 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.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:7749

Zaaknummer: C/09/433443 / HA ZA / 12-1463

Rechters: J.J. Willemsen, M.J. van Cleef-Metsaars en H.F.M. Hofhuis

Advocaten: H.A. van der Kleij en S.H. van Dijk

Wetsartikelen: 7:61o BW en 7:663 BW