

RECHTSPRAAK

# **De Staat der Nederlanden (ministerie van Economische Zaken, AgentschapNL)/BDG Technisch Administratieve Diensten B.V.**

***AgentschapNL heeft geen regresvordering op vervreemder na aanbesteding (BDG naar CapitalP) wat de verlofrechten betreft. Evenmin sprake van ongerechtvaardigde verrijking.***

(Hoger beroep van AR 2013-0510.) 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. De rechtbank heeft geoordeeld dat geen sprake is van overgang van onderneming.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is van oordeel dat CapitalP geen regresvordering had op BDG die zij aan de Staat kon overdragen. Daartoe wordt het volgende overwogen. De regeling van artikel 6:10 en 6:12 BW geeft geen invulling aan de omvang van de onderlinge draagplicht van hoofdelijke schuldenaren. Deze regeling voorziet (slechts) in verhaal van een hoofdelijke schuldenaar op een andere hoofdelijke schuldenaar, voor zover een schuld ten laste van de eerste wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte 'dat hem aangaat', waarbij de tweede moet bijdragen 'voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat'. Uit de regeling van artikel 7:663 BW zelf - zo deze al van toepassing is, rechtstreeks of door overeenstemming daarover - volgt niet dat de vervreemder in de verhouding tot de verkrijger

de draagplicht heeft voor de loonwaarde van het verlof van de overgegangene werknemers, voor zover dit verlof is opgebouwd voor de overgang van onderneming. De regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid in artikel 7:663 BW is uitsluitend bedoeld ter bescherming van de werknemer, en wel voor een beperkte duur. Het hof ziet geen aanleiding en grond om in zijn algemeenheid tot uitgangspunt/regel te nemen dat in de onderlinge verhouding tussen vervreemder en verkrijger de draagplicht ter zake van verplichtingen als de onderhavige bij de vervreemder ligt. De regeling van artikel 7:663 BW voorziet daar als gezegd niet in. De redelijkheid en billijkheid dwingen ook niet noodzakelijkerwijs tot een dergelijke draagplicht. In het geval de vervreemder zijn 'onderneming' aan de verkrijger overdraagt op basis van een contractuele relatie tussen hen beiden, kunnen zij desgewenst een regeling ter zake van de draagplicht treffen. In het geval de onderneming 'over gaat' in de zin van artikel 7:662 BW zonder een contractuele relatie tussen vervreemder en verkrijger, maar als gevolg van een aanbesteding door een derde, zoals in onderhavig geval, ligt het voor de hand dat de derde-aanbesteder in de contractuele relatie(s) met de vervreemder en met de verkrijger een regeling treft ter zake van de draagplicht als dat gewenst wordt geacht. Het is immers voorzienbaar en redelijkerwijs te verwachten dat de verkrijger wordt geconfronteerd met voor de overgang opgebouwde verlofrechten die na de overgang tot loonbetalingen kunnen leiden. Als dat voorzienbare gevolg voor de verkrijger niet wordt afgedekt door de derde-aanbesteder, door een contractuele regeling als hiervoor bedoeld, bijvoorbeeld door betaling van een geldsom aan de verkrijger of door het stellen van een garantie door de derde-aanbesteder, komt dat niet voor risico van de vervreemder. In onderhavig specifiek geval is dat niet anders. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van een ongerechtvaardigde verrijking aan de kant van BDG ten koste van een verarming aan de kant van CapitalP. Het feit dat CapitalP gehouden is het loon aan werknemers te betalen gedurende verlof dat voor de overgang van de werknemer bij BDG is opgebouwd, houdt geen verarming in van CapitalP als bedoeld in artikel 6:212 BW. Van schade, in de zin van verlies of gederfde winst (art. 6:96 lid 1 BW) is geen sprake. Het gaat hier eenvoudigweg om de verplichting van CapitalP die volgt uit de arbeidsovereenkomst om loon gedurende opgenomen verlof te betalen (zie voor bijv. vakantieverlof art. 7:639 BW). De Staat heeft ook niet onderbouwd ten opzichte van welke situatie door CapitalP verlies is gemaakt of winst is gederfd. Dat CapitalP de kosten van het betaalde verlof vanwege de aanbestedingsvoorwaarden niet bij de Staat in rekening kan brengen is geen verlies of gederfde winst, maar een voorzienbare omstandigheid die kennelijk door CapitalP is ingecalculleerd toen zij op de aanbesteding inschreef. Zo al zou worden aangenomen dat BDG door laatstgenoemd voordeel ten koste van CapitalP is verrijkt, dan is die verrijking niet ongerechtvaardigd indien artikel 7:663 BW rechtstreeks of op grond van overeenstemming van toepassing is.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 16-02-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2016:241

**Zaaknummer:** 200.134.332/01

**Rechters:** R.S. van Coevorden, M.L. Filippini en M. Brink

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

**Wetsartikelen:** 7:662 BW en 6:212 BW