



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hof 's-Hertogenbosch (rolnr. HD 200.139.216/01: contracting = uitzending, schijnconstructie, uitzend-cao van toepassing, criterium "toezicht en leiding")

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2015). Hof 's-Hertogenbosch (rolnr. HD 200.139.216/01: contracting = uitzending, schijnconstructie, uitzend-cao van toepassing, criterium "toezicht en leiding"). 10. Case note on: Hof 's-Hertogenbosch, 21/10/14, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2015(1), 54-57.

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 2015/10

Aflevering	JAR 2015, afl. 1
Publicatiedatum	12-01-2015
Rolnummer	HD 200.139.216/01
Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014 (mr. Smeenk-van der Weijden, mr. Den Hartog Jager, mr. Maes)
Annotator	mr. dr. J.P.H. Zwemmer
ECLI	ECLI:NL:GHSHE:2014:4353
Wetsbepaling	BW Boek 7 - 691 Wet AVV - 2

Titel

Contracting = uitzending, Schijnconstructie, Uitzend-cao van toepassing, Criterium “toezicht en leiding”

Samenvatting

De werkgever houdt zich bezig met het uitzenden en detacheren van personeel in de agrarische sector. Hij heeft een aantal Poolse werknemers uitgeleend aan een ander bedrijf (de inlener) voor werkzaamheden in de champignonteelt. SNCU, de stichting die toeziet op de naleving van de cao voor uitzendkrachten, heeft zich op het standpunt gesteld dat de werkgever in de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 december 2010 de algemeen verbindend verklaarde cao's uitzendkrachten niet heeft nageleefd. De werkgever betwist dat hij hiertoe gehouden was. Hij stelt dat geen sprake was van uitzending van werk, maar van aanneming van werk (contracting). Hij zou namelijk zelf toezicht en leiding hebben gegeven aan de betrokken werknemers en zou dit niet hebben overgelaten aan de inlener. De kantonrechter heeft het standpunt van de werkgever gevolgd.

Op het hoger beroep van SNCU oordeelt het hof dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat sprake was van aanneming van werk in plaats van uitzending. De tekst van de overeenkomst tussen de werkgever en de inlener biedt onvoldoende aanknopingspunten voor het aanmerken ervan als aanneming van werk. Bovendien heeft de werkgever met de werknemers expliciet uitzendovereenkomsten afgesloten en was hij ook aangesloten bij het pensioenfonds in de uitzendbranche. Gebleken is dat de directeur van de werkgever, mevrouw X, Pools sprak. In die zin is het logisch dat zij instructies gaf aan de werknemers, aangezien bij de inlener niemand Pools sprak. Dat wil echter niet zeggen dat zij daarmee toezicht hield en leiding gaf namens de werkgever. Evenzeer kan gezegd worden dat zij in dit opzicht de inlener vertegenwoordigde. Al met al is de conclusie dat sprake is van uitzending. Het vonnis van de kantonrechter wordt vernietigd.

NB. Voor het zijn van uitzendbureau is in beginsel vereist dat toezicht en leiding (mede) bij de inlener berusten, maar volgens het hof is het ook mogelijk dat de uitlener een deel van het toezicht uitoefent namens de inlener. Zie ook «JAR» 2009/23, waarin detachering ook werd aangemerkt als uitzending. In «JAR» 2013/202 werd daarentegen geoordeeld dat toezicht en leiding bij de uitlener berustten en er daarom geen sprake was van uitzending.

Partijen

De Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten te Barendrecht,
appellante,
advocaat: mr. M.H.D. Vergouwen te Amsterdam,
tegen
Qatro BV te Veldhoven,
geïntimeerde,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Tekst

1. Het geding in eerste aanleg (zaak- en rolnummer 876621 resp. 13/1493)

(...; red.)

2. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

3. De gronden van het hoger beroep

(...; red.)

4. De beoordeling

4.1. In deze zaak gaat het om het volgende.

4.1.1. Qatro drijft een onderneming die, volgens het uittreksel uit het handelsregister van 1 maart 2011 (prod. 9 mvg), zich toelegt op 'het uitzenden en detacheren van personeel met name in de agrarische sector'. Blijkens het uittreksel van 17 januari 2013 (prod. 4 inl. dagv.) is daaraan toegevoegd 'en aannemen van werk in de ruimste zin des woords'. In de onderhavige zaak gaat het om werkzaamheden in de champignonteelt. Qatro betwist niet dat zij werkzaamheden ontplooit in de agrarische sector (prod. 16 inl. dagv.).

4.1.2. Op een uitzendorganisatie zijn de CAO voor Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche van toepassing. Voor zo'n onderneming geldt ook de verplichting tot aansluiting bij de Stichting Pensioenfonds voor Personeeldiensten StiPP.

Gedurende de hier aan de orde zijnde periode (1 juli 2009 tot en met 31 december 2010) waren de genoemde CAO's algemeen verbindend verklaard.

Qatro was aangesloten bij StiPP.

4.1.3. De werkingssfeer van de CAO's wordt bepaald in artikel 2. De leden 1 en 3 luiden:

"De CAO is van toepassing op de uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voor zover de omvang van de uitzendloonsom ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt, (...)

De CAO is niet van toepassing op de uitzendonderneming (in een andere sector dan de uitzend-sector), die valt onder de werkingssfeeromschrijving van een andere bedrijfstak-CAO, tenzij (...)"

Artikel 7:690 BW bepaalt:

"De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde."

4.1.4. In februari 2004 is SNCU opgericht door werknemersorganisaties (vakbonden) en werkgeversorganisaties in de uitzendbranche om onder andere toe te zien op een correcte naleving van de CAO voor uitzendkrachten. De statuten en reglementen van de SNCU zijn vastgelegd in de algemeen verbindend verklaarde, reeds genoemde CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (prod. 2 bij inl. dagv.).

4.1.5. SNCU heeft conform haar statuten een deel van haar bevoegdheden overgedragen aan de Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten (CNCU). In de reglementen van de CNCU is bepaald dat de werkgever verplicht is zijn volledige en voortvarende medewerking te verlenen aan het onderzoek door de CNCU. Binnen een door de CNCU gestelde termijn dient de gevraagde informatie door de werkgever aan de CNCU ter beschikking te worden gesteld. Bij uitblijven van medewerking is de CNCU bevoegd de bedoelde gegevens naar beste weten vast te stellen. Het naleven van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche moet aangetoond worden aan de hand van de door of namens de werkgever gevoerde inzichtelijke en deugdelijke loon- en arbeidstijdenadministratie. De primaire bewijslast inzake de correcte naleving is gelegen bij de werkgever (aldus het reglement).

4.1.6. Bij brief van 26 oktober 2010 is Qatro namens de SNCU verzocht afschriften van een selectie van administratieve bescheiden over de periode januari 2008 tot juni 2010 aan te leveren (prod. 5 inl. dagv.).

Per brief van 1 december 2010 (prod. 8 inl. dagv.) heeft de boekhouder van Qatro, de heer Van Deursen (B Ec), de gevraagde stukken overgelegd. In die brief wordt uitgegaan van het bestaan van uitzendwerkzaamheden.

4.1.7. CNCU en SNCU hebben de stukken beoordeeld en naar aanleiding daarvan per brief van 11 februari 2011 (prod. 9 inl. dagv.) aan Qatro medegedeeld dat een gegrond vermoeden was vastgesteld van niet-naleving van de CAO.

4.1.8. Het onafhankelijke externe onderzoeksbureau VRO heeft in opdracht van SNCU vervolgens op 21 september 2011 een controle op de naleving van de CAO ter plaatse bij Qatro uitgevoerd. In het auditrapport (prod. 10 inl. dagv.) staat ten aanzien van de werkingssfeer opgemerkt dat de CAO voor Uitzendkrachten van toepassing is.

4.1.9. Bij het onderzoek door VRO zijn loonstroken ten behoeve van werknemers aangetroffen met daaraan toegevoegd de contracten. De loonstroken vermelden de woorden *uitzendkracht* en *uitzendbedrijven*. De contracten (onder meer prod. 21 bij de brief van 25 juni 2013 van SNCU aan de comparitierechter) dragen de titel: *Uitzendovereenkomst*. Vervolgens staat onder het kopje werkgever: *De werkgever/uitzendornderneming: Qatro B.V.*

Onder het kopje werknemer staat: 'Naam uitzendkracht' (gevolgd door een naam).

Onder het kopje opdrachtgever staat de naam van het bedrijf, onder meer *Worldchamp international B.V.*

Verder staat er te lezen:

“Qatro B.V. (werkgever) en de uitzendkracht (werknemer) gaan met elkaar een uitzendovereenkomst aan waarbij het uitzendbureau de uitzendkracht ter beschikking zal stellen aan de opdrachtgever. De uitzendkracht zal krachtens de door de opdrachtgever aan het uitzendbureau verstrekte opdracht arbeid verrichten onder toezicht en leiding van de opdrachtgever.”

Bij de overeenkomst behoren Voorwaarden van uitzending . Artikel 1 van die voorwaarden luidt:

“De onderhavige uitzendovereenkomst is aangegaan onder het beding dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht door de werkgever/het uitzendbureau aan de opdrachtgever op verzoek van die opdrachtgever ten einde komt op grond van artikel 7:691 lid 2 van het BW.”

Er zijn overgelegd uitzendovereenkomsten die op diverse dagen zijn ondertekend: 4 december 2008, 6 januari 2009, 24 maart 2009, 26 maart 2009, 7 april 2009, 1 juni 2009, 3 juni 2009, 25 juni 2009, 1 juli 2009, 23 september 2009, 1 februari 2010 en 5 maart 2010.

4.1.10. Qatro is in de gelegenheid gesteld om op de concept-rapportage van de audit te reageren. Haar boekhouder stelde in een e-mail van 1 december 2011 (prod. 11 inl. dagv.) namens Qatro, anders dan hij eerder deed, dat Qatro niet onder de CAO voor Uitzendkrachten viel. Haar werkzaamheden zouden bestaan uit het aannemen van werk, i.c. het oogsten van champignons. Bijgevoegd werd een kopie van de aanneemovereenkomst gedateerd 27 maart 2009 tussen Qatro en haar grootste (mogelijk enige) opdrachtgever Worldchamp International B.V., verder Worldchamp.

De titel van dit contract luidt: *Aannemingsovereenkomst*.

De omschrijving van de te verrichten diensten, artikel 1, luidt:

“De opdrachtgever besteedt aan de aannemer uit, gelijk de aannemer van de opdrachtgever aanvaardt, de diensten, bestaande uit, [volgt een opsomming van feitelijke werkzaamheden, hof]. De diensten dienen verricht te worden op het bedrijf van de opdrachtgever (...).”

Artikel 4 luidt:

“1. De werknemers van de aannemer [Qatro, hof] zijn gehouden de diensten onder toezicht en onder leiding van de aannemer te verrichten. Zij dienen daarbij de aanwijzingen van de aannemer op te

volgen. De opdrachtgever [Worldchamp, hof] is niet gerechtigd over genoemde werknemers enigerlei gezag, leiding of toezicht uit te oefenen.

2. Het is de opdrachtgever [Worldchamp, hof] te allen tijde toegestaan aan de werknemers van de aannemer [Qatro, hof] instructies te geven die noodzakelijk zijn voor het naleven van de verplichtingen inzake (brand)veiligheid op de werkplek en eisen over hygiëne en andere wettelijke bepalingen."

De overeenkomst was aangegaan voor de periode ingaande 1 april 2009 en eindigende 31 december 2009. Een (of meer) overeenkomst(en) met betrekking tot het jaar 2010 zijn door Qatro niet in geding gebracht.

In de brief van de advocaat van Qatro van 12 april 2012 aan SNCU wordt overigens weer een ander standpunt ingenomen:

"Met betrekking tot onderdeel 1 (het naleven van de CAO voor uitzendkrachten) heeft cliënte geen enkel probleem, nu deze door haar wordt nageleefd en zij ook steeds deze intentie heeft gehad."

4.1.11. Qatro heeft overgelegd (prod. 2 cva) facturen uit de periode tussen 3 augustus 2009 en 8 februari 2010 aan Worldchamp. Deze vermelden als opdracht: *Voor U geplukte Kilogram Week* (volgt weeknummer) ... of *Aan U geleverde arbeid in week ...* (in uren).

4.1.12. VRO had tijdens het onderzoek vastgesteld dat volgens haar de werkzaamheden van Qatro bestonden uit het werven, selecteren, uitzenden en detacheren van (buitenlands) personeel, met name in de agrarische sector. De (definitieve) rapportage van VRO (prod. 13 inl. dagv.) is daarom niet aangepast aan de nadere stellingname van de boekhouder. Uit die rapportage blijkt dat Qatro de betreffende CAO's niet voldoende heeft nageleefd.

4.1.13. Aan de hand van de definitieve rapportage van VRO van 17 januari 2012 (prod. 13 inl. dagv.) heeft SNCU geconstateerd dat Qatro diverse overtredingen van de CAO heeft gepleegd. Zij heeft dat Qatro bericht bij brief van 21 maart 2013 (prod. 14 inl. dagv.). De materiële benadeling van haar werknemers gedurende de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 december 2010 is vastgesteld op € 345.328,=.

Qatro is nadien een forfaitaire schadevergoeding aangezegd van € 52.200,= wegens het niet voldoen van de kosten voor de hercontrole ad € 1.750,= (brief dd. 24 september 2012, prod. 15 inl. dagv.). Conform vast beleid van SNCU is tevens een bedrag ter gelijke hoogte van de niet nabetaalde materiële benadeling ad € 345.328,= aangezegd als aanvullende forfaitaire schadevergoeding die niet in mindering strekt op de schadevergoeding van € 52.200,=.

De onderneming is daarmee overigens niet ontslagen van de voortdurende verplichting de materiële benadeling te compenseren aan de (ex-)werknemers.

4.1.14. Vanwege de stelling van de gemachtigde van Qatro dat geen sprake zou zijn van een uitzendbureau, heeft SNCU in oktober/november 2012 nogmaals naar de gegevens van Qatro gekeken. SNCU kwam tot dezelfde conclusie als VRO.

4.1.15. Qatro heeft haar ondernemingsactiviteiten inmiddels gestaakt.

4.2. SNCU vordert in dit geding:

– het bestreden vonnis te vernietigen,

en opnieuw rechtdoende, uitvoerbaar bij voorraad,

– Qatro te veroordelen tot het verplicht naleven van de CAO's voor Uitzendkrachten indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard, op straffe van een dwangsom van € 5.000,= voor iedere dag dat zij daarmee vanaf twee weken na betekening van dit vonnis in gebreke is;

– Qatro te veroordelen tot nabetaalingen (aan de uitzendkrachten) van in totaal € 345.328,= binnen vier weken na betekening van dit arrest;

– Qatro te veroordelen tot betaling aan SNCU van dat gedeelte van € 345.328,= dat niet binnen vier weken na betekening van dit arrest is nabetaald als aanvullende forfaitaire schadevergoeding;

- Qatro te veroordelen tot betaling van de forfaitaire schadevergoeding van € 52.200,= te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de [inleidende] dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- Qatro te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 1.794,88 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- Qatro te veroordelen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

De eis in hoger beroep stemt overeen met die in eerste aanleg.

4.3. In het vonnis waarvan beroep zijn de vorderingen van SNCU afgewezen, waartoe de kantonrechter concludeerde:

“Gelet op de hierboven staande overwegingen luidt de conclusie dat niet vast is komen te staan dat Qatro onder de werkingssfeer van de CAO voor Uitzendkrachten valt. De uitzendovereenkomsten zijn in dit geval, gelet op alle feiten en omstandigheden die hierboven uitgebreid zijn besproken, niet doorslaggevend. Voldoende is komen vast te staan dat sprake is geweest van een vergissing en onwetendheid en dat er feitelijk geen uitvoering is gegeven aan de schriftelijke uitzendovereenkomsten. SNCU heeft onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat sprake is van een uitzendorganisatie.”

4.4. Grief 1 keert zich tegen de volgende overweging uit rov. 3.5.1 van het bestreden vonnis:

“Echter, Qatro heeft gemotiveerd betwist dat sprake is van een uitzendbureau en zij heeft gemotiveerd verklaard dat sprake is geweest van een vergissing. Haar voormalige adviseur zou, op de vraag om overeenkomsten op te stellen die pasten bij het contract van aanneming van werk, de onjuiste overeenkomsten hebben opgesteld. Als gevolg van het verkeerd aangenomen uitgangspunt, uitzendwerk, is de bal verder gaan rollen en heeft er een aanmelding bij het verkeerde pensioenfonds plaats gevonden en is de verkeerde benaming op de loonstroken terecht gekomen. Qatro heeft destijds bij gebrek aan juridische kennis vertrouwd op de adviezen van de administrateur. De uitzendovereenkomsten stroken ook niet met de aanneemovereenkomst die met Worldchamp is aangegaan. Een kwalijke vergissing die weliswaar voor rekening komt van Qatro, maar die niet tot het gevolg leidt dat dus sprake is van een uitzendorganisatie. De uitzendovereenkomsten zijn dus niet doorslaggevend. Voldoende is komen vast te staan dat sprake is geweest van een vergissing en onwetendheid en dat er feitelijk geen uitvoering is gegeven aan de schriftelijke uitzendovereenkomsten.”

Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

4.4.1. Centraal staat de vraag of Qatro in de betreffende periode van 1 juli 2009 tot en met 31 december 2010 onder de werkingssfeer van de CAO voor uitzendkrachten viel. De kern van het verweer van Qatro is haar beroep op het bestaan van een aanneemovereenkomst (van 27 maart 2009) tussen haar en Worldchamp. Uit het bestaan van deze overeenkomst leidt Qatro af dat (het aangaan van) de uitzendovereenkomsten met haar werknemers op een 'vergissing' berust. De kantonrechter heeft zodanige vergissing aannemelijk geacht. SNCU bestrijdt dat oordeel.

4.4.2. Het woord 'vergissing' kan duiden op meerdere te onderscheiden situaties.

Toen de boekhouder op 1 december 2011 zich op het standpunt is gaan stellen dat sprake was van een vergissing (zie hiervoor 4.1.9) kan hij hebben bedoeld (dat valt niet meer na te gaan; hij is overleden) dat hij op dat moment, dus achteraf, zich heeft gerealiseerd dat het beter ware geweest dat de werknemers (in het verleden) geen contracten hadden ondertekend ten titel van uitzendovereenkomst. Vergissing in deze betekenis kan Qatro niet baten. Het is niet mogelijk om achteraf de aard van de rechtsverhouding te wijzigen.

Met vergissing kan ook bedoeld zijn het geval dat de boekhouder in 2009 en 2010 wel bekend was met de aanneemovereenkomst en dat hij, althans Qatro per vergissing de uitzendkrachten uitzendovereenkomsten heeft laten ondertekenen (door Qatro te adviseren die contracten te laten tekenen, althans Qatro daarvan niet te weerhouden). Voor het bestaan van zodanige vergissingen bestaat geen grond. Er zijn talrijke contracten getekend door Qatro en de werknemers. Dat hen per ongeluk een verkeerd contract is voorgelaten is volstrekt onaannemelijk. Aan de werknemers is welbewust een uitzendovereenkomst aangeboden. Het pensioenfonds is betaald. De overeenkomsten tussen de werknemers en Qatro worden derhalve beheerst door bepalingen die gelden voor een uitzendovereenkomst, waaronder die van de CAO's.

Met vergissing wordt dan kennelijk bedoeld dat Qatro, gelet op het bestaan van de aanneemovereenkomst, geen uitzendovereenkomst mocht en kon aanbieden (hoewel zij dat wel deed), omdat beide typen overeenkomst niet met elkaar verenigbaar (zouden) zijn. Dat ten onrechte wel uitzendovereenkomsten met de werknemers zijn gesloten, is een vergissing, maar die vergissing doet Qatro nog niet onder de werkings sfeer van de CAO vallen, zo begrijpt het hof de stellingen van Qatro. Deze onverenigbaarheid zou volgen uit de slotwoorden van artikel 7:690 BW: *om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde* (hier: Worldchamp). De werknemers van Qatro stonden niet onder toezicht en leiding van Worldchamp, maar onder haar toezicht, aldus Qatro.

4.4.3. Het hof neemt dienaangaande het volgende in overweging. Qatro is met haar voornamelijk Poolse werknemers uitzendovereenkomsten (contracten met die titel) aangegaan. Dat zij, Qatro en haar Poolse werknemers, ten tijde van dit aangaan een andere bedoeling hadden dan het aangaan van een uitzendovereenkomst is door Qatro niet onderbouwd. Die bedoeling blijkt overigens ook uit de opdrachten aan het pensioenfonds STIPP. Het is aldus aan Qatro aannemelijk te maken dat in casu geen sprake is van een uitzendovereenkomst. Zij beroept zich daarbij uitsluitend op het bestaan en de tekst van de 'aanneemovereenkomst'. De vraag is aldus of dit beroep opgaat. SNCU heeft aangevoerd dat de grens tussen een echte aanneemovereenkomst en een uitzendrelatie gering is. 'Contracting', als verkapt uitzendvorm, kan erop zijn gericht om de rechten van uitzendkrachten te omzeilen. De aanneemovereenkomst is aldus volgens SNCU aan te merken als een schijnconstructie. Naar het oordeel van het hof getuigt de aanneemovereenkomst inderdaad van elementen die tot doel hebben (gehad) om het uitzendkarakter van de overeenkomsten tussen Qatro en haar werknemers weg te nemen. Zo bepaalt artikel 4 van de aanneemovereenkomst uitdrukkelijk dat de werknemers onder toezicht en leiding van de 'aannemer', dat is Qatro, staan en dat de 'opdrachtgever', dat is Worldchamp, niet gerechtigd is om over de werknemers enigerlei gezag, leiding of toezicht uit te oefenen. Een toelichting op deze bepaling wordt door Qatro niet gegeven. In het bijzonder wordt niet uiteengezet waarom Worldchamp geen gezag, leiding of toezicht zou mogen uitoefenen. Overigens is de tekst van de aanneemovereenkomst niet consequent. In artikel 9 staat dat de 'aannemer' een bewijs van goed gedrag aan 'inleener' (ook nog fout gespeld) ter beschikking zal stellen.

De conclusie is dat de (tekst van de) aanneemovereenkomst, in het bijzonder artikel 4, onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan de contractuele relatie tussen Qatro en haar werknemers de kwalificatie uitzendverhouding te ontnemen.

Bovendien is er het volgende. In de onderhavige situatie betrof het werkzaamheden (champignonpluk) die werden uitgevoerd door Poolse werknemers van Qatro. Zij hebben hun werkzaamheden feitelijk uitgevoerd onder leiding en in opdracht van de directeur van Qatro mevrouw X (en haar echtgenoot Y). Zij spreekt immers Pools, terwijl gesteld noch gebleken is dat er iemand (in dienst) van Worldchamp was die die taal machtig was (er werkten bij Worldchamp twee mensen: een monteur en een teeltleider). Gelet op deze taalkwestie was het ook praktisch onmogelijk dat de champignonplukkers onder feitelijk toezicht en leiding van Worldchamp hun werkzaamheden uitoefenden. Daaruit vloeit voort dat Worldchamp die taak (toezicht en leiding) kennelijk aan Qatro heeft uitbesteed. Daarmee is nog geen sprake van een overeenkomst die het bestaan van een uitzendovereenkomst uitsluit. Het is immers mogelijk, en het hof houdt het er daarom voor (het is immers onaannemelijk dat zij uitsluitend als vertaalster heeft opgetreden), dat mevrouw X (Qatro) (mede) Worldchamp vertegenwoordigde ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de champignonpluk geacht moet worden (mede) te zijn uitgevoerd in opdracht van en onder toezicht en leiding van Worldchamp. Aldus kan in de relatie tussen Qatro en de plukkers sprake zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW waaraan de tekst van de 'aanneemovereenkomst' niet in de weg staat.

4.4.4. Naar het oordeel van het hof kan de tekst van de aanneemovereenkomst niet tot een andere conclusie leiden. In dit verband wordt eerst in aanmerking genomen dat die overeenkomst alleen werking heeft tussen (hier:) Qatro en Worldchamp en deze is derhalve niet, althans niet zonder meer bepalend voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers. Weliswaar kunnen aan de (tekst van de) overeenkomst tussen Qatro en Worldchamp aanwijzingen worden ontleend voor het bestaan van een aanneemovereenkomst tussen Qatro en Worldchamp, maar deze zijn hier niet, zoals in de vorige overweging overwogen, doorslaggevend voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers. In het bijzonder niet omdat uit de overige feiten (bijvoorbeeld de uitzendovereenkomsten) sterkere aanwijzingen voor het tegendeel bestaan. Bovendien is voor de vraag of een uitzendrelatie bestaat niet de tekst van het contract tussen 'uitzendbureau' en 'inleener' noch die tussen opdrachtgever en uitvoerder bepalend, maar de feitelijke situatie. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet.

Van feiten of omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat Qatro geen uitvoering heeft gegeven aan de uitzendovereenkomsten zoals overeengekomen (en zoals de kantonrechter overwoog), is het hof niet gebleken. Deze worden ook niet gesteld (behoudens dat wordt gesteld dat de plukkers niet onder toezicht en leiding van Worldchamp staan). Qatro heeft overigens pensioenpremies afgedragen aan Stipp hetgeen onmiskenbaar op deze uitvoering duidt.

4.4.5. Naar het oordeel van het hof is er hier derhalve geen sprake van een vergissing: Qatro is met haar champignonplukkers uitzendovereenkomsten aangegaan. Zij heeft deze werknemers ter beschikking gesteld aan Worldchamp om voor Worldchamp werkzaamheden uit te voeren, dit onder leiding en toezicht van Qatro, die daarbij Worldchamp vertegenwoordigde. Het bestaan van die overeenkomsten wordt niet uitgesloten door het bestaan van de (tekst van de) 'aanneemovereenkomst' tussen Qatro en Worldchamp.

Hetgeen Qatro hiertegen verder aanvoert, bijvoorbeeld dat zij in het kader van de Arbeidstijdenwet als werkgever wordt aangemerkt, doet hier niet aan af. Het gaat immers om de kwalificatie door de civiele rechter van de rechtsverhouding tussen Qatro en haar werknemers op grond van de in deze procedure naar voren gebrachte feiten en omstandigheden, stellingen en verweren.

Het beroep op onwetendheid (punt 5 cva) wordt verworpen. Dat de bestuurder van Qatro juridisch niet onderlegd is neemt niet weg dat de betreffende overeenkomsten zijn aangegaan ten titel van uitzendovereenkomst en dat het ook de bedoeling was dergelijke overeenkomsten te sluiten. Dat volgt ook uit de omschrijving van haar werkzaamheden in het handelsregister. Zie ook de in de jaarrekening van 2011 van Qatro opgenomen doelstelling: het uitzenden en detacheren van personeel (prod. 10 mvg, punt 27 mvg).

Ten slotte wordt ook het beroep op de wijze van facturering door Qatro aan Worldchamp, namelijk per kilo en per uur geleverd werk, afgewezen. Deze wijze van facturering levert hooguit een zwakke aanwijzing voor het bestaan van een (echte) aanneemovereenkomst. Hier is die aanwijzing te zwak om de balans ten gunste van Qatro te doen uitvallen.

4.4.6. In punt 7 van de conclusie van antwoord stelt Qatro dat zij onder de CAO Colland valt. Die CAO is evenwel alleen van toepassing op ondernemingen die zich bezig houden met paddestoelenteelt, niet op Qatro dat zich met uitzendwerkzaamheden bezig houdt.

4.4.7. Grief 1 is gegrond. De overige grieven behoeven geen bespreking.

Het hof ziet geen aanleiding voor nadere bewijslevering nu het bovenstaande oordeel is gegrond op niet betwiste feiten en door Qatro geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die, mits bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

4.5. Ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep komt het hof toe aan het subsidiaire verweer van Qatro en de (voorwaardelijke) eis in reconventie (aan de voorwaarde is voldaan nu het hof het bestaan van uitzendovereenkomsten aanneemt).

Qatro verzoekt in staat te worden gesteld herberekeningen uit te voeren ter vaststelling van de hoogte van de uit te keren nabetalingen, c.q. vergoeding aan SNCU. Het hof ziet geen aanleiding tot honorering van dit verzoek. De stelling van Qatro als zou de berekening door de controleurs van SNCU niet juist zijn, is niet onderbouwd. Qatro heeft voorts voorafgaande aan en in dit geding voldoende tijd en mogelijkheden gehad voor het aanleveren van schriftelijke stukken ter nadere onderbouwing van de hoogte van de verschuldigde nabetalingen, althans om een begin te maken voor een aannemelijkheid dat de berekening van SNCU ondeugdelijk zou zijn.

Voor matiging van de vorderingen en de boete ziet het hof geen aanleiding. De gestelde omstandigheid, namelijk dat Qatro bij toewijzing van de vorderingen zal failleren, is hiertoe onvoldoende. De vorderingen van SNCU zijn ook niet naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

4.6. De buitengerechtelijke kosten zijn als onbetwist toewijsbaar.

Qatro zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen (tariefgroep VII, 3 punten in hoger beroep).

5. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter van de Rechtbank Oost-Brabant, sector kanton, locatie Eindhoven van 3 oktober 2013;

en

opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Qatro tot het verplicht naleven van de CAO's voor Uitzendkrachten indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard, op straffe van een dwangsom van € 5.000,= voor iedere dag dat zij daarmee vanaf twee weken na betekening van dit vonnis in gebreke is;

veroordeelt Qatro tot nabetaaling aan haar werknemers van hetgeen zij hen nog verschuldigd is bij juiste toepassing van de CAO's voor uitzendkrachten, zulks binnen vier weken na betekening van dit arrest, tot het beloop van € 345.328,=;

veroordeelt Qatro om binnen vier weken na betekening van dit arrest tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan SNCU te betalen € 345.328,= (zegge: driehonderd vijfveertigduizend driehonderdachtentwintig euro) verminderd met hetgeen Qatro als nabetaaling aan haar werknemers heeft uitgekeerd;

veroordeelt Qatro om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan SNCU te betalen de somma van euro € 52.200,= (zegge: tweeënvijftigduizend tweehonderd euro), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de dagvaarding tot aan die der voldoening;

veroordeelt Qatro in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 1.794,88 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de inleidende dagvaarding (4-2-2013) tot aan die der voldoening;

veroordeelt Qatro in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep aan de zijde van SNCU gevallen, tot op heden begroot op

€ 97,38 voor kosten dagvaarding eerste aanleg

€ 896,= voor griffierecht eerste aanleg

€ 1.600,= voor salaris gemachtigde

€ 95,32 voor kosten dagvaarding hoger beroep

€ 4.961,= voor griffierecht hof

€ 11.685,= voor salaris advocaat;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

In haar meest recente jaaroverzicht (over 2012) stelt de SNCU ruim 1000 meldingen te hebben ontvangen over vermoedelijke overtredingen van de cao's in de uitzendbranche. In dat jaar heeft zij voor meer dan € 7 miljoen aan te betalen schadevergoedingen opgelegd aan uitzendbureaus die medewerking aan het onderzoek of aan het nabetalen aan uitzendkrachten weigerden. De SNCU richt zich ook op driehoeksverhoudingen waarbij met behulp van schijnconstructies cao's – met de name de ABU-cao – worden ontlopen. In het bovenstaande arrest was volgens de werkgever sprake van contracting, maar oordeelde het hof op basis van de feitelijke omstandigheden dat sprake was van een verkapt vorm van uitzending. Dit is niet de eerste keer dat het hof in een door SNCU aangehangig gemaakte procedure door contracting heen kijkt en oordeelt dat sprake is van een uitzendovereenkomst (zie ook Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2369). In het arrest van het hof uit 2013 had het contractingbedrijf de werknemers echter niet in dienst genomen, maar sloot het contractingbedrijf (onder)aannemingsovereenkomsten met zzp'ers die zelf hun gewerkte uren aan het contractingbedrijf factureerden.

Bij de wijze waarop het hof komt tot zijn oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst kunnen vraagtekens worden geplaatst. Dat geldt allereerst voor de overweging van het hof dat, ook wanneer tussen Qatro en Worldchamp sprake zou zijn van een overeenkomst van aanneming van werk, dit niet betekent dat de werknemers niet op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn. Artikel 7:690 BW spreekt van een overeenkomst van opdracht tussen het uitzendbureau en de opdrachtgever. Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW deelde de regering mee dat in dit artikel werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling van de werknemer dient te geschieden op basis van een overeenkomst van opdracht tussen de uitzendwerkgever en de derde "om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden" (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33).

Ook bij de overweging van het hof, dat Worldchamp de leiding en het toezicht heeft uitbesteed aan Qatro en Qatro daardoor mede Worldchamp vertegenwoordigde ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de champignonpluk mede moet worden geacht te zijn uitgevoerd onder toezicht en leiding van Worldchamp, plaats ik vraagtekens. Kenmerk van het met de woorden leiding en toezicht in artikel 7:690 BW bedoelde feitelijke werkgeversgezag is nu juist dat dit niet kan worden gedelegeerd of uitbesteed (zie par. 4.5.4 van mijn dissertatie Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012). Ik denk dat met name de rommelige wijze waarop de aannemingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomsten met de werknemers waren ingericht én de gedachte dat voorkomen moet worden dat misbruik wordt gemaakt van contracting debet zijn geweest aan het oordeel van het hof. Bij dat laatste kan ook een rol hebben gespeeld dat de procedure aanhangig was gemaakt door de SNCU, die zich, mede in het belang van de werknemers, richt op het bestrijden van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het niet correct toepassen van de cao's in de uitzendbranche.

Niet alleen uit de rechtspraak, maar ook uit mededelingen van sociale partners en het kabinet volgt dat kritisch wordt gekeken naar contracting (zie o.a. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 7/8 en 12). Volgens de vakbonden - met name de FNV - zou contracting een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie zijn die uitsluitend als doel heeft de toepasselijkheid van cao's te omzeilen. Inhoudelijk is bij contracting echter geen sprake van een nieuw fenomeen en hierbij hoeft ook niet altijd sprake te zijn van een schijnconstructie. Bedrijven zijn al decennialang bezig met het uitbesteden, 'outsourcen', van (neven)activiteiten aan dienstverlenende ondernemingen of toeleveranciers. In de afgelopen jaren heeft contracting echter een hoge vlucht genomen. In eerste instantie gebeurde dat met name door het uitbesteden van werk aan Midden- en Oost-Europeanen. Daarbij is niet zelden sprake van doorleenconstructies waarbij verschillende rechtspersonen tussen enerzijds de 'werkgever' en het contractingbedrijf en anderzijds de opdrachtgever worden geschakeld in het kader van het ontduiken (of ontgaan) van in Nederland van toepassing zijnde cao's of het minimumloon. Ook buiten dit soort situaties neemt contracting toe. Uitzendbureaus en detacheerders richten zich steeds vaker (eveneens) op contracting, veelal met behulp van een speciaal voor dat doel opgerichte groepsmaatschappij. Doordat het uitzendbureau geen werknemers ter beschikking stelt aan de opdrachtgever, maar als contractingbedrijf werk aanneemt dat door werknemers wordt verricht die door eigen werknemers en niet door de opdrachtgever worden aangestuurd, zou geen sprake zijn van uitzending ex artikel 7:690 BW en van toepasselijkheid van het loonverhoudingsvoorschrift uit de Waadi en de ABU-cao. Hoewel bij contracting in beginsel sprake is van een minder flexibele arbeidsrelatie met de werknemer dan bij uitzending omdat de werknemers op basis van een 'gewone' arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in dienst zijn van het contractingbedrijf (tenzij sprake is van doorlening van uitzendkrachten door het contractingbedrijf), maken deze factoren dat contracting voor ondernemers een aantrekkelijk alternatief kan zijn voor uitzending of detachering. Die aantrekkelijkheid zal als gevolg van het nieuwe akkoord voor de ABU-cao voor de periode 2014-2017 met ingang van 30 maart 2015 alleen maar toenemen, omdat vanaf die datum op grond van de ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten. Deze factoren maken een nadere juridische afbakening van contracting noodzakelijk. Het arrest van het hof illustreert dit.

Als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding kwalificeert contracting niet als uitzending wanneer het contractingbedrijf de werknemers bij de opdrachtgever tewerk stelt krachtens een overeenkomst van aanneming van werk. Ook de Waadi is dan niet van toepassing (artikel 1 lid 3 sub a Waadi). Kan het type werk dat verricht wordt op grond van de overeenkomst tussen het contractingbedrijf en de opdrachtgever niet worden geschaard onder aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW, dan is tussen hen sprake van een overeenkomst van opdracht. In dat geval zou evenmin sprake zijn van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW wanneer het contractingbedrijf, en niet de opdrachtgever, het feitelijke werkgeversgezag uitoefent over de door de werknemers verrichte arbeid. In dit geval is de Waadi eveneens niet van toepassing (artikel 1 lid 1 sub c Waadi). Op basis van de wetgeving en jurisprudentie zou mijns inziens sprake zijn van een juridisch houdbare vorm van contracting en niet van een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie wanneer het contractingbedrijf zich verbindt, tegen betaling van een met de opdrachtgever overeengekomen (stuk)prijs, een (deel van een) werkproces bij de opdrachtgever uit te voeren én het contractingbedrijf bij de uitvoering van die overeenkomst gebruik maakt van eigen productiemiddelen en werknemers, die onder zijn leiding en toezicht en als een in bepaalde mate autonome groep worden ingezet bij de opdrachtgever. Zie hierover nader (en over de duiding van contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding binnen het bestaande juridische kader van in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten) mijn annotatie naar aanleiding van het arrest van het hof op www.ar-updates.nl (Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten, AR 2014-1017).

Het tegengaan van onderbetaling van werknemers, onder meer met behulp van schijnconstructies, is ook een speerpunt van de huidige Minister van SZW. Op 12 december 2014 is het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies (WAS) ingediend bij de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2014/15, 34 108). Het wetsvoorstel maakt deel uit van een op 11 april 2013, in navolging van het op die datum door sociale partners en het kabinet gesloten Sociaal Akkoord, door de Minister van SZW aan de Tweede Kamer verzonden 'Plan van aanpak schijnconstructies' (Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428). In

het wetsvoorstel WAS wordt onder meer paal en perk gesteld aan het in mindering brengen van onkostenvergoedingen op het aan de werknemer toekomende minimumloon. Nu is het mogelijk onkostenvergoedingen te verrekenen met dan wel in te houden op het loon van de werknemer, ook wanneer dit ertoe leidt dat aan de werknemer feitelijk minder dan het minimumloon wordt betaald. In de onder «JAR» 2015/11 opgenomen uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 november 2014 had de Minister van SZW zich op het standpunt gesteld dat het in mindering brengen van kosten voor inwoning en premies ziektekosten op het loon van de werknemers, met als gevolg dat aan hen feitelijk minder werd betaald dan het minimumloon, in strijd is met artikel 7 WMM. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat hier niet in mee en overweegt dat in artikel 7 WMM geen recht op betaling of uitkering van het minimumloon is vervat, maar een aanspraak daarop en het de werkgever is toegestaan met toepassing van artikel 6:127 BW en de artikelen 7:631 en 632 BW kosten voor inwoning en premies ziektekosten te verrekenen met het minimumloon van de werknemer. In het wetsvoorstel WAS wordt een nieuw artikel 13 WMM voorgesteld op grond waarvan een dergelijke verrekening met het minimumloon van de werknemer in beginsel niet meer is toegestaan. Voorts wordt de werkgever op grond van een nieuw artikel 7a in de WMM verplicht om na ommekomst van de loonbetaalperiode voor iedere werknemer minimaal het gedeelte van het loon gelijk aan het netto verschuldigde wettelijk minimumloon, giraal uit te betalen.

Veel ingrijpender zijn de gevolgen die het wetsvoorstel WAS heeft voor arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. In het wetsvoorstel worden de werkgever en de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk (artikel 616a nieuw). Deze hoofdelijke aansprakelijkheid gaat gelden voor alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen en de opdrachtgever kan zich slechts disculperen van zijn aansprakelijkheid wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer. In situaties waarin sprake is van een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allen verschillende werkzaamheden (laten) uitvoeren voor één hoofdopdrachtgever, kan de werknemer achtereenvolgens de hogere schakels in de keten aanspreken (dus eerst de opdrachtgever van de opdrachtgever van zijn werkgever en dan eventueel verder naar boven in de keten) indien de vordering van de werknemer op de werkgever en de opdrachtgever niet is geslaagd (artikel 616b nieuw). Ook de hogere opdrachtgever kan zich slechts disculperen wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer. De in de artikelen 616a en 616b voorgestelde regeling vertoont gelijkenis met de inleners- en ketenaansprakelijkheid op grond van respectievelijk artikel 34 of 35 Invorderingswet 1990 (IW 1990). Een belangrijk verschil is dat de in artikel 616a voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever zowel geldt in situaties waarin de werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, zoals bij uitzending en payrolling, als in situaties waarin geen sprake is van leiding en toezicht van de opdrachtgever, zoals bij bepaalde vormen van detachering en contracting. Het doorlenen en/of tussenschakelen van een rechtspersoon ('lagere' opdrachtnemer) tussen opdrachtgever en opdracht- of aannemer zou na de inwerkingtreding van de voorgestelde artikelen 616a en 616b weleens aantrekkelijker kunnen worden, nu hiermee de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever op grond van 616a zou worden vermeden. In het voorgestelde artikel 616b is immers geen sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van een hogere opdrachtgever in de keten; de werknemer moet eerst de werkgever en de opdrachtgever van de werkgever aanspreken.

Naar aanleiding van het bovenstaande arrest van het hof zou Qatro op grond van het voorgestelde artikel 616a hoofdelijk aansprakelijk zijn geweest voor de betaling van het bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers. Op de vraag wanneer bij contracting sprake is van een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie en welke arbeidsvoorwaarden bij contracting zouden moeten worden toegepast op de werknemer, geeft het wetsvoorstel WAS echter geen antwoord. Omdat niet elke vorm van contracting een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie is, zullen sociale partners ervoor moeten zorgen dat de werkingssfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook het aan contractingbedrijven uitbestede werk onder de werkingssfeer van de cao (blijft) vallen. Op grond van de inleners- en ketenaansprakelijkheid in het wetsvoorstel WAS zijn dan zowel de werkgever als de opdrachtgever en, indien de werkgever en de opdrachtgever niet betalen, de hogere opdrachtgever in de keten, aansprakelijk voor het aan de werknemer verschuldigde cao-loon.

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

copyright SDU