



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Contracting = aanneming van werk; leiding en toezicht bij de werkgever

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2019). Contracting = aanneming van werk; leiding en toezicht bij de werkgever. 239. Case note on: Hof 's-Hertogenbosch, 20/08/19, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 28(13), 2378-2390.

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.

Contracting = aanneming van werk; leiding en toezicht bij de werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
20 augustus 2019, nr. 200.228.863/01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:3098
(mr. Van Rijkom, De Haan, Van der Steenhoven)
Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Overeenkomst kwalificeert als aanneming van werk. Geen sprake van uitzendovereenkomst en geen recht op inlenersbeloning.

[Wet AVV art. 10; BW art. 7:616a, 7:620, 7:690; Waadi art. 1, 8; Rv art. 150; Wet cao art. 14]

FNV vordert betaling van achterstallig loon van vennootschap 1 omdat zij haar (ex-)werknemers jarenlang te laag zou hebben verloon. FNV stelt dat vennootschap 1 haar werknemers ter beschikking heeft gesteld aan vennootschap 2 om onder leiding en toezicht van vennootschap 2 productiewerkzaamheden te verrichten in de kippenslachterij van vennootschap 2. Vennootschap 1 is dus een uitzendbureau en verplicht werknemers te verlonen conform de verloningsvoorschriften in de AVV ABU-cao en art. 8 Waadi. Vennootschap 1 stelt dat sprake is van aanneming van werk c.q. contracting. De kantonrechter heeft de vorderingen van FNV afgewezen.

Op het hoger beroep van FNV overweegt het hof dat beslissend is of sprake is van toezicht en leiding van vennootschap 2. Bij de totstandkoming van art. 7:690 BW is in de parlementaire stukken niet toegelicht wat moet worden verstaan onder het begrip 'toezicht en leiding van de derde'. Aansluiting wordt gezocht bij het gezagsvereiste in art. 7:610 BW. Ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv rusten de stelplicht en bewijslast terzake

op FNV. Vaststaat dat de overeenkomst gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van aanneming van werk. FNV stelt dat sprake is van een schijnhandeling. De vraag of daarvan sprake is, is een kwestie van uitleg. Het gaat daarbij om het vaststellen van de werkelijke bedoelingen van partijen. Aan de hand van feiten en omstandigheden moet worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen. Het rapport van ISZW geeft een duidelijk beeld van de dagelijkse gang van zaken in de productiehallen en van dit rapport zal het hof uitgaan voor zijn waardering van de feitelijke situatie. FNV heeft met het rapport niet aangegevoerd dat in de controleperiode sprake was van werkgeversgezag van vennootschap 2. De conclusie is dat daadwerkelijk sprake was van aanneming van werk en niet van uitzending. In dat geval stelt FNV dat vennootschap 1 onder de werkingsfeer van de cao Pluimvee valt. Toepassing van de cao-norm leidt ertoe dat dit het geval is. Vennootschap 1 is geen lid van de werkgeversvereniging en dus is de cao niet op grond van art. 14 Wet cao van toepassing. De cao is slechts beperkt algemeen verbindend verklaard en de vordering van FNV kan alleen op die periode betrekking hebben. In zoverre wordt de vordering van FNV dan ook toegewezen.

NB. Contracting kan zowel een vorm van aanneming van werk zijn als een opdrachtovereenkomst waarbij leiding en toezicht bij de werkgever liggen. Er kan sprake zijn van misbruik als er in wezen sprake is van uitzendwerk, maar gepoogd wordt dit als contracting aan te kleden met het oogmerk om de uitzendcao of de inlenerscao te ontwijken. Zie over de verschillende varianten de noot van Hoogeveen onder «JAR» 2019/136 (Post-NL). Zie ook «JAR» 2019/144, «JAR» 2016/281 en «JAR» 2015/10, m.nt. Zwemmer.

Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) te Utrecht,
appellante,
advocaat: mr. M.H.D. Vergouwen te Amsterdam, tegen
Vennootschap 1 te (...),
geïntimeerde sub 1,
advocaat: mr. M.A.J. Kemps te Eindhoven,
Vennootschap 2 te (...),
geïntimeerde sub 2,
advocaat: mr. J.M. Frons te Groningen.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknummer 5513845, rolnummer 16-9881)
(...; red.)

2. Het geding in hoger beroep
(...; red.)

3. De beoordeling

3.1. In hoger beroep kan van dezelfde feiten worden uitgegaan als in eerste aanleg. De grieven van FNV zijn niet gericht tegen de feitenvaststelling van de kantonrechter in het vonnis waarvan beroep onder rov. 2.1 tot en met 2.6. Het hof zal deze feiten hierna, vernummerd tot 3.11 tot en met 3.1.6, weergeven.

3.1.1. FNV is een werknemers-vakvereniging die blijkens haar statuten individuele en collectieve belangen behartigt van aangesloten werknemers en ex-werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en regelingen die verband houden met c.q. voortvloeiën uit het werknemerschap, een en ander in brede zin. Zij sluit daartoe cao's af met werkgeversverenigingen en ziet toe op de naleving daarvan.

3.1.2. Vennootschap 1 houdt zich volgens haar (primaire) doelomschrijving bezig met (onder) aanneming van werken. Zij neemt voornamelijk arbeidsintensief productiewerk aan in diverse branches, waaronder de pluimvee verwerkende industrie, het grootwinkelbedrijf en de levensmiddelenindustrie, de suikerverwerkende industrie en logistiek, de bouw etc. Vennootschap 1 is geen cao overeengekomen.

3.1.3. Vennootschap 2 maakt deel uit van een (groter) concern met verschillende vestigingen in Nederland. Enig aandeelhouder en bestuurder van vennootschap 2 is vennootschap 3, gevestigd te (...). Vennootschap 2 houdt zich bezig met – op grote schaal – uitsnijden van kipproducten (o.a. voor enkele grote fastfoodketens en voor verschillende industriële bedrijven), alsmede met de in- en verkoop en de import en export daarvan.

Vennootschap 2 is lid van de Vereniging van de Nederlandse Pluimvee Verwerkende Industrie (NEPLUVI), de werkgeversorganisatie in de pluimvee. Deze organisatie is partij bij de CAO Pluimvee, die een looptijd had tot en met 30 april 2014 en inmiddels is geëxpireerd.

3.1.4. Vennootschap 2 maakt in het kader van haar werkzaamheden niet alleen gebruik van eigen werknemers maar ook van (verschillende) opdrachtnemers en (onder)aannemers. Zij heeft

in 2011 twee overeenkomsten van aanneming van werk gesloten met vennootschap 1. Deze overeenkomsten zijn sedertdien telkenmale verlengd.

3.1.5. FNV heeft gesprekken gevoerd met werknemers in dienst van vennootschap 1 en heeft van hen stukken ontvangen. Uit deze gesprekken en stukken rees bij FNV het vermoeden dat in de driehoeksrelatie vennootschap 1, werknemers van vennootschap 1 en vennootschap 2, sprake was en is van een uitzendrelatie ex artikel 7:690 van het burgerlijk wetboek (BW) en artikel 1 lid 1 sub c van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Vennootschap 1 betaalde c.q. betaalt niet conform de algemeen verbindend verklaarde ABU CAO (AVV ABU CAO) en artikel 8 Waadi, die voorschrijven dat uitzendkrachten voor hetzelfde werk hetzelfde loon behoren te ontvangen als de werknemers in dienst bij de opdrachtgever (de inlenersbeloning). De inlenersbeloning staat omschreven in artikel 19 AVV ABU CAO (2016-2017) en in artikel 8 Waadi. Vennootschap 1 verloont haar werknemers conform het wettelijk minimumloon.

Bij brief d.d. 8 september 2014, door FNV als productie 12 bij de inleidende dagvaarding in het geding gebracht, heeft FNV vennootschap 1 geïnformeerd over haar bevindingen. FNV heeft haar brief afgesloten met het verzoek aan vennootschap 1 te bevestigen dat zij het eens was met de bevindingen van FNV en aan FNV kenbaar te maken welke maatregelen zij gaat nemen om de onrechtmatigheden uit het verleden te corrigeren en toekomstige onrechtmatigheden te voorkomen. Voor zover vennootschap 1 het niet eens was met de bevindingen van FNV, heeft FNV vennootschap 1 verzocht haar standpunt met bewijsstukken te onderbouwen.

Tegelijkertijd heeft FNV op 8 september 2014 een verzoek ex artikel 10 van de Wet op het algemeen verbinden en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) ingediend bij de Inspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ISZW). De brief d.d. 8 september 2014 is door FNV overgelegd als productie 13 bij de inleidende dagvaarding. De onderzoeksvraag die FNV bij ISZW heeft neergelegd is:

“Kan de arbeidsverhouding tussen vennootschap 1 en vennootschap 2 worden aangemerkt als het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door vennootschap 1 aan vennootschap 2?”

De ISZW heeft naar aanleiding van het verzoek van FNV onderzoek gedaan naar de feitelijke situatie bij vennootschap 2 en vennootschap 1 over de periode van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2014. De ISZW heeft de volgende onderzoekshandelingen verricht teneinde te kunnen komen tot objectieve bevindingen:

1. overleg met:

- de commercieel directeur, juridisch adviseur en stafmanager van vennootschap 1;
- vijftien productiewerknemers, een projectleider, een operator, een controleur en twee voor mannen van vennootschap 1;
- de personeelsfunctionaris, een assistent teamleider en twee productiewerknemers van vennootschap 2;
- een werknemer van FNV;

2. het uitvoeren van 3 werkplekonderzoeken bij vennootschap 2;

3. bestudering van twee overeenkomsten van aanneming van werk van productiehal 1 en productiehal 2, arbeidsovereenkomsten, loonspecificaties en een verzamelloonstaat.

3.1.6. FNV heeft het rapport van bevindingen van de ISZW op 15 december 2015 ontvangen. Dit rapport (inclusief bijlagen) is door FNV in het geding gebracht als productie 14 bij de inleidende dagvaarding.

Op 26 februari 2016 is zowel vennootschap 1 als vennootschap 2 door FNV aangeschreven. In deze brief heeft FNV vennootschap 1 gesommeerd om binnen twee weken na dagtekening van die brief te bevestigen dat in ieder geval vanaf 1 januari 2016 zal worden verloond overeenkomstig de ABU CAO respectievelijk artikel 8 Waadi. FNV heeft aangegeven dat deze twee weken tevens kunnen worden gebruikt om (in het kader van artikel 3:305a BW) in overleg te treden met FNV om afspraken te maken over de precieze nabetalingen wegens in het verleden te weinig betaald loon en over controle daarop. FNV heeft haar brief afgesloten met de mededeling dat bij het uitblijven van de betalingen een gerechtelijke procedure zou volgen, waarbij zij er dan tevens niet aan zou ontkomen om ook vennootschap 2 in de procedure te betrekken en op grond van artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor het achterstallige salaris aan de werknemers van vennootschap 1.

Als reactie op de sommatiebrief van FNV hebben zowel vennootschap 1 als vennootschap 2 inhoudelijk schriftelijk gereageerd. Een gesprek tussen

FNV en vennootschap 1 heeft plaatsgevonden op 25 mei 2016. Hierna hebben partijen over en weer schriftelijk hun standpunten gedeeld. Gesprekken tussen FNV en vennootschap 2 hebben plaatsgevonden op 22 juni 2016, 14 september 2016 en 4 oktober 2016. Partijen zijn geen minnelijke regeling overeengekomen.

3.2.1. In eerste aanleg vorderde FNV, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. vennootschap 1 te veroordelen tot naleving van de AVV CAO voor Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche indien en voor zover deze algemeen verbindend is, alsmede tot naleving van artikel 8 Waadi 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;

II. voor de periode van 8 september 2009 tot 26 februari 2011 vennootschap 1 te veroordelen tot naleving van de AVV CAO voor de Uitzendkrachten, de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche alsmede artikel 8 Waadi en meer precies tot (1) het maken van een loonberekening op basis van de loonverhoudingsvoorschriften in de CAO voor werknemers werkzaam in de Pluimveeverwerkende Industrie, (2) nabetaling aan de (ex-)werknemers van de bedragen die uit die berekeningen voortvloeien en (3) tot overlegging van deugdelijke salarisspecificaties en betaalbewijzen hiervan aan zowel de werknemers als aan FNV, voor wat betreft die laatste vordering op straffe van een dwangsom van € 10.000,= per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven;

III. voor de periode van 26 februari 2011 tot en met de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de werknemers rechtsgeldig zullen zijn geëindigd vennootschap 1 en vennootschap 2 hoofdelijk te veroordelen tot (1) het maken van loonberekeningen op basis van de loonverhoudingsvoorschriften in de CAO voor werknemers werkzaam in de Pluimveeverwerkende Industrie, (2) nabetaling aan de (ex-)werknemers van de bedragen die uit die berekeningen voortvloeien en (3) tot overlegging van deugdelijke salarisspecificaties en betaalbewijzen hiervan aan zowel de werknemers als aan FNV, voor wat betreft die laatste vordering op straffe van een dwangsom van € 10.000,= per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven;

IV. vennootschap 1 te veroordelen tot betaling van de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over het onder II gevorderde salaris;

V. vennootschap 1 en vennootschap 2 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over het onder III gevorderde salaris;

VI. een verklaring voor recht te geven dat vennootschap 2 met ingang van 1 januari 2016 ook op grond van artikel 7:616a BW aansprakelijk is voor betaling van het achterstallige salaris van de (ex-)werknemers in dienst van vennootschap 1 tot en met de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met die werknemers rechtsgeldig zullen zijn geëindigd;

VII. vennootschap 1 te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan FNV te voldoen de somma van € 100.000,=, ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 Wet CAO jo. artikel 3 Wet AVV, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

VIII. vennootschap 2 te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan FNV te voldoen de somma van € 100.000,=, ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 Wet CAO en op grond van onrechtmatige daad, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

IX. vennootschap 1 en vennootschap 2 hoofdelijk te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 8.197,75 inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

X. vennootschap 1 en vennootschap 2 hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure.

3.2.2. Aan deze vorderingen heeft FNV, kort weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd.

De in het geding zijnde loonvordering vindt zijn grondslag in de AVV ABU CAO en artikel 8 Waadi.

Vennootschap 1 heeft haar (ex-)werknemers jarenlang te laag verloned. Zij stelt dat haar bedrijfsvoering gekwalificeerd dient te worden als aanneming van werk c.q. contracting, terwijl er sprake is van een pure uitzendrelatie. Vennootschap 1 heeft haar (ex-)werknemers van meet af aan ter beschikking gesteld aan vennootschap 2, om onder leiding en toezicht van vennootschap 2 productiewerkzaamheden te verrichten in de kip-

penslachterij van vennootschap 2. Vennootschap 1 is derhalve een uitzendbureau en is verplicht haar (ex-)werknemers te verlonen conform de verloningsvoorschriften in de AVV ABU CAO en artikel 8 Waadi. In plaats daarvan heeft vennootschap 1 haar werknemers verloond ter hoogte van het wettelijke minimumloon.

Naast vennootschap 1 wordt ook de opdrachtgever, vennootschap 2, die de werknemers doorlopend heeft ingeleend, voor de loonvordering aansprakelijk gehouden uit hoofde van zowel schending van haar contractuele vergewisplicht als uit hoofde van de door haar gepleegde onrechtmatige daad die bestaat uit het willens en wetens gebruik maken van de wanprestatie van vennootschap 1. Vennootschap 2 heeft op die wijze meegewerkt aan de onderbetaling van een zeer kwetsbare groep (buitenlandse) werknemers. Tevens wordt vennootschap 2 vanaf 1 januari 2016 op grond van artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor betaling van het achterstallige salaris van de (ex-)werknemers in dienst van vennootschap 1.

3.2.3. Vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

3.2.4. Bij het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter de vorderingen van FNV afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld.

3.3. FNV heeft in hoger beroep negen grieven aangevoerd. FNV heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen, met veroordeling van vennootschap 1 en vennootschap 2 in de proceskosten in eerste aanleg alsmede in hoger beroep.

3.4. De grieven 1 tot en met 6 en 8 die zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat uit het rapport van ISZW blijkt dat in de verhouding tussen vennootschap 1 en vennootschap 2 tijdens de controleperiode sprake was van een houdbare vorm van contracting, lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.5. Zoals FNV ter introductie van haar grieven naar voren heeft gebracht, is de kantonrechter tot dit oordeel gekomen door de door mr. dr. J.P.H. Zwemmer geformuleerde deelaspecten van contracting in diens artikel 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *Tijdschrift Arbeidsrechtspraak* 2015/3, te

bespreken. FNV had in eerste aanleg een beroep op dit artikel gedaan (productie 26 bij de inleidende dagvaarding). Met de grieven gaat FNV in op de deelaspecten van de door Zwemmer geformuleerde definitie van contracting. FNV betoogt dat er hier geen sprake is van een houdbare vorm van contracting. Daarbij verwijst zij naar een opinie die zij heeft laten opstellen door Zwemmer over het vonnis waarvan beroep (productie 22 bij de memorie van grieven).

3.6. Het hof zal niet de door FNV gekozen aanpak volgen. Bij de beoordeling van de onderhavige zaak dient de wet tot uitgangspunt, in het bijzonder de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst. De vorderingen van FNV zijn er immers op gebaseerd dat vennootschap 1 weliswaar stelt dat haar bedrijfsvoering gekwalificeerd dient te worden als aanneming van werk c.q. contracting, maar dat er daadwerkelijk sprake is van een pure uitzendrelatie. In artikel 7:690 BW is de uitzendovereenkomst gedefinieerd als 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.

3.7. Van beslissende betekenis acht het hof in dit geval of de werknemers van vennootschap 1 in de controleperiode in de kippenslachterij van vennootschap 2 in (...) hun arbeid verrichtten onder toezicht en leiding van vennootschap 2. Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW is in de parlementaire stukken niet toegelicht wat moet worden verstaan onder het begrip 'toezicht en leiding van de derde'. Het hof zal daarvoor aansluiting zoeken bij het gezagsvereiste als bedoeld in artikel 7:610 BW. Voorts rust ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de stelplicht en bewijslast terzake van de voor de beslissing van deze zaak relevante feiten en omstandigheden op FNV (zie voor het toepasselijke kader ook ECLI:NL:GHSHE:2017:32, rov. 3.6.3-3.6.5).

3.8. Deze zaak wordt bovendien gekenmerkt door de beweringen van FNV over de samenwerking tussen vennootschap 1 en vennootschap 2. Zo stelt FNV dat het startpunt van de samenwerking tussen vennootschap 2 en vennootschap 1 niet was dat vennootschap 2 een gespecialiseerd bedrijf met kennis van kipverwerking zocht, maar 'zij zocht eenvoudigweg handjes die zij zelf niet op de reguliere arbeidsmarkt (voor het laaggeschool-

de werk) kon krijgen' (memorie van grieven, 49). Volgens FNV hebben vennootschap 1 en vennootschap 2 een contractingconstructie opgetuigd die illustratief is voor de door sociale partners en regering keer op keer veroordeeld uitbuiting aan de onderkant van de samenleving die met name in de uitzendbranche plaatsvindt. FNV geeft in dit verband een uiteenzetting over 'schijnconstructies binnen de uitzendbranche'. FNV voert aan dat een constructie is opgezet die op papier lijkt op contracting, maar dat schijn voor wezen gaat en voldaan is aan alle essentialia van uitzending.

3.9. Dergelijke beweringen liggen ook ten grondslag aan aantal van de vorderingen van FNV. Zij vordert bijvoorbeeld een schadevergoeding van € 100.000,= ex artikel 15 Wet CAO jo. artikel 3 Wet AVV van vennootschap 1, omdat 'vennootschap 1 [...] de positie van FNV stelselmatig [heeft] ondergraven door willens en wetens een papieren werkelijkheid te creëren die niet spoort met de feitelijke situatie op de werkvloer' (inleidende dagvaarding, 164). Aan de stelling van FNV dat vennootschap 2 onrechtmatig heeft gehandeld, ligt mede ten grondslag dat 'vennootschap 2 [...] heel bewust mee[werkte] aan deze schijnconstructie om de kosten te drukken' (inleidende dagvaarding, 176).

3.10. Tussen partijen is niet in geschil dat hetgeen vennootschap 1 en vennootschap 2 contractueel zijn overeengekomen gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van aanneming van werk. De kantonrechter heeft dit overwogen in het vonnis waarvan beroep (rov. 4.3) en FNV heeft daartegen niet gegriefd. De desbetreffende contracten zijn door vennootschap 1 en vennootschap 2 ook in het geding gebracht bij hun conclusies van antwoord. Onder de aanhef 'Overeenkomst van aanneming van werk (7:750 van het Burgerlijk Wetboek)' is in deze contracten vennootschap 2 vermeld als opdrachtgever en vennootschap 1 als aannemer. Volgens de contracten gelden de overeenkomsten met ingang van 1 juni 2013 voor onbepaalde tijd. Het hof verwijst verder naar deze contracten waarin de gebruikelijke bepalingen over aanneming van werk zijn opgenomen.

3.11. Voor zover FNV betoogt dat deze overeenkomsten van aanneming van werk een schijnhandeling betreffen en dat zij in wezen een uitzendrelatie zijn overeengekomen, heeft het volgende te gelden. De vraag of sprake is van een schijnhandeling is een kwestie van uitleg. Het gaat daarbij

om het vaststellen van de *werkelijke bedoelingen* van partijen (vgl. de conclusie van A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:752, 3.10 en 3.11). Naar het oordeel van het hof heeft FNV onvoldoende concreet onderbouwd dat vennootschap 1 en vennootschap 2 in 2013 een schijnconstructie hebben opgetuigd. Voor de door FNV gedane beweringen ziet het hof onvoldoende feitelijke grondslag in het dossier. Mede op vragen van het hof heeft de heer X, manager van vennootschap 1, tijdens het pleidooi de beweegredenen van vennootschap 1 toegelicht om overeenkomsten van aanneming van werk aan te gaan met vennootschap 2. Dat vennootschap 1 en vennootschap 2 hun rechtsverhouding in werkelijkheid anders hebben geregeld, is het hof niet gebleken.

3.12. Het voorgaande laat de mogelijkheid onverlet dat in de controleperiode – 1 januari 2014 tot en met 31 december 2014 – feitelijk wel sprake was van een uitzendrelatie, al dan niet doordat de rechtsverhouding tussen vennootschap 1 en vennootschap 2 die bij aanvang aanneming was op enig moment uitzending is geworden. Beantwoord dient daarvoor te worden de vraag of er sprake is van werkgeversgezag van vennootschap 2 als opdrachtgever over de werknemers van vennootschap 1 dat van dien aard is dat deze werknemers de arbeid verrichten onder toezicht en leiding van deze opdrachtgever in de zin van artikel 7:690 BW. Of er sprake is van dergelijk werkgeversgezag is voorts een feitelijke vraag, in die zin dat het gaat om feitelijk werkgeversgezag. Aan de hand van feiten en omstandigheden moet worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen (Hof 's-Hertogenbosch, 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32, rov. 3.6.4).

3.13. In haar toelichting bij de grieven stelt FNV dat uit het rapport van ISZW evident volgt dat de leiding en het toezicht berustte bij vennootschap 2. Daarbij baseert zij zich op verklaringen van getuigen die ISZW heeft gehoord in het kader van haar onderzoek. Zij haalt passages uit die verklaringen aan die haar stelling staven. Het gaat om passages waaruit volgens FNV blijkt dat vennootschap 2 niet alleen mogelijk was om werkinstructies te geven, maar ook dat zij die daadwerkelijk en veelvuldig gaf. Een goed voorbeeld van werkinstructies geven, is het bepalen van het werktempo en uit het rapport blijkt dat vennootschap 2 dit deed, aldus FNV. Ook citeert FNV passages uit verklaringen van werknemers van vennootschap 1 waaruit volgens haar kan worden

geconcludeerd dat vennootschap 2 bepaalde wanneer zij met hun shift begonnen en wanneer er moest worden overgewerkt.

3.14. Vennootschap 1 en vennootschap 2 weerspreken dat de leiding en het toezicht berustte bij vennootschap 2. Ook zij beroepen zich op het rapport van ISZW. Zij geven op hun beurt passages uit getuigenverklaringen weer die hun gelijk ondersteunen. Beide hebben naar voren gebracht dat 22 van de 24 getuigen bevestigen dat de leiding en toezicht op hun werkzaamheden bij de leidinggevendenden van vennootschap 1 berusten. Dit zijn een leidinggevende die het personeel op de werkvloer aanstuurt (aangeduid als LG2P) en een andere leidinggevende die zich bezig houdt met personeelszaken (aangeduid als LG1P). Voorts hebben vennootschap 1 en vennootschap 2 beide mede op grond van de getuigenverklaringen weersproken dat vennootschap 2 het werktempo en de werktijden bepaalt.

3.15. Het hof overweegt dienaangaande het volgende. De kantonrechter heeft geoordeeld dat – zoals hem ter zitting is gebleken – het rapport van ISZW een duidelijk beeld geeft van de dagelijkse gang van zaken in de productiehallen van vennootschap 2 in de periode van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2014 (rov. 4.4 van het vonnis waarvan beroep). Het hof ziet ook geen aanleiding hierover anders te oordelen. Partijen hebben dit oordeel in hoger beroep ook niet bestreden. Het hof zal dan ook van het rapport van ISZW uitgaan voor zijn waardering van de feitelijke situatie bij vennootschap 2 destijds. Anders dan partijen zal het hof daarbij de gespreksverslagen en getuigenverklaringen die bij het rapport zijn gevoegd integraal betrekken.

3.16. FNV heeft ter gelegenheid van pleidooi een beroep gedaan op het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Overijssel van 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538. In die zaak heeft FNV met succes een beroep gedaan op rapporten van ISZW. In die rapporten is ISZW tot de conclusie gekomen dat er sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten waardoor artikel 8 Waadi van toepassing is (zie rov. 2.18 van dat vonnis). Het rapport in de onderhavige zaak bevat evenwel geen evaluerende opmerkingen. Zoals hiervoor in rov. 3.1.5 is vermeld, is onderzoeksvraag die FNV bij ISZW heeft neergelegd: “Kan de arbeidsverhouding tussen vennootschap 1 en vennootschap 2 worden aangemerkt als het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door

vennootschap 1 aan vennootschap 2?”. ISZW heeft deze vraag niet (bevestigend) beantwoord. Overigens heeft de Stichting tot Naleving cao voor Uitzendkrachten (SNCU) ook onderzoek gedaan naar de situatie bij vennootschap 1 en is zij tot de conclusie gekomen dat er geen sprake was van een uitzendconstructie. De brief van 22 juni 2015 hierover hebben vennootschap 1 en vennootschap 2 bij hun conclusies van antwoord overgelegd, respectievelijk als productie 8 en productie 20. In die brief heeft de SNCU haar conclusie verder niet gemotiveerd, zodat het hof zijn oordeel in dezen ook niet kan baseren op het gedane onderzoek van de SNCU.

3.17. Naar het oordeel van het hof heeft FNV met het rapport van ISZW niet aangetoond dat in de controleperiode sprake was van werkgeversgezag van vennootschap 2 als opdrachtgever over de werknemers van vennootschap 1 dat van dien aard is dat deze werknemers de arbeid verrichten onder toezicht en leiding van deze opdrachtgever in de zin van artikel 7:690 BW. Ter toelichting dient het volgende.

3.18. Tussen partijen staat niet ter discussie dat, zoals vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben aangevoerd, er twee leidinggevendenden van vennootschap 1 waren die aan de werknemers van vennootschap 1 leiding gaven. FNV heeft dit bij de bespreking van de rol van LG1P en LG2P ook met zoveel woorden erkend. Uit de getuigenverklaringen leidt het hof af dat LG2P inderdaad werkinstructies gaf aan het personeel van vennootschap 1. Voorts hield LG1P zich inderdaad bezig met administratieve kwesties, waaronder de indeling, planning en ziekmeldingen. Ter adstructie verwijst het hof naar getuigenverklaring 3. Dit is een verklaring van een van de werknemers van vennootschap 1. Zij heeft verklaard: “Mevrouw LG2P is mijn leidinggevende bij vennootschap 2.” en “LG1P is voor de administratieve afhandeling van personeelsaangelegenheden”. In haar verklaring legt deze getuige verder uit waarin het leiding geven door LG2P uit bestaat. Zo bekijkt deze leidinggevende de bestellingen en vertelt zij de werknemers van vennootschap 1 hoe zij de kipfilets moeten bewerken. Ook geeft deze getuige aan waaruit het contact met LG1P bestaat. Bij LG1P moet je je bijvoorbeeld ziek melden.

3.19. Het punt van FNV is dat de leidinggevendenden van vennootschap 1 op hun beurt worden geleid door de opdrachtgever vennootschap 2. De leidinggevendenden van vennootschap 1 kregen veel-

vuldig werkinstructies van de leidinggevenden van vennootschap 2 door, en van hen werd verwacht dat zij die zouden doorgeven aan de productiemedewerkers. Uit diverse getuigenverklaringen bij het rapport van ISZW blijkt dat sprake was van een taalbarrière tussen het personeel van vennootschap 1 en de leidinggevenden van vennootschap 2 en dat de leidinggevenden van vennootschap 1 fungeerden als 'doorgeefluik'. Ook blijkt uit het rapport dat vennootschap 2 de leidinggevenden van vennootschap 1 soms passeerde en dan rechtstreeks werkinstructies gaf aan de medewerkers van vennootschap 1. Bovendien is van leiding en toezicht door de opdrachtgever reeds sprake is als *de mogelijkheid* bestaat werkinstructies te geven, en had vennootschap 2 die mogelijkheid, aldus FNV.

3.20. Vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben het vorenstaande gemotiveerd betwist. Hun standpunt komt erop neer dat bij het sluiten van de overeenkomst partijen voor ogen stond dat vennootschap 1 de werkzaamheden bij vennootschap 2 op basis van aanneming van werk zou verrichten en dat zij feitelijk aan deze overeenkomst uitvoering en inhoud hebben gegeven. Vennootschap 1 en vennootschap 2 zijn een resultaatverplichting aangegaan betreffende het tot stand brengen en opleveren van een werk van stoffelijke aard, te weten het be- en verwerken van pluimvee. Zij zijn daarvoor een vaste som overeengekomen, te weten een vast bedrag per kilo dat door vennootschap 1 wordt geproduceerd. De facturen die vennootschap 1 aan vennootschap 2 heeft verstuurd, zijn ook gebaseerd op het door vennootschap 1 geproduceerde aantal kilo's. Vennootschap 2 heeft dit onderbouwd met facturen en administratie van vennootschap 1 en vennootschap 2 (productie 11 en 12 bij haar conclusie van antwoord). Vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben er ook op gewezen dat het risico van het werk bij vennootschap 1 is ondergebracht.

3.21. Naar het oordeel van het hof zijn er onvoldoende concrete aanwijzingen dat het in de praktijk toch anders ging. Onomstreden is dat vennootschap 1 arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde of bepaalde tijd had met haar werknemers die werkzaam waren bij vennootschap 2 in (...). Vennootschap 1 heeft als productie 5 een voorbeeld van haar handboek overgelegd voor werknemers die vennootschap 1 opdracht geeft om uitvoering te geven aan een door vennootschap 1 aangenomen werk op een locatie. Daarin

zijn bepalingen opgenomen waaraan de werknemer zich moet houden opdat de werk onder leiding en toezicht van vennootschap 1 wordt uitgevoerd, waaronder afspraken over arbeidsduur en ziek- en herstelmelding. Niet gebleken is dat vennootschap 1 op enig moment haar werkgeversgezag heeft overgedragen of overgelaten aan vennootschap 2. Niet gezegd kan worden dat vennootschap 1 vennootschap 2 de mogelijkheid heeft gegeven om werkinstructies te geven, laat staan dat dat eigenlijk de bedoeling van partijen was (vgl. rov. 3.11).

3.22. Zoals hiervoor reeds is vermeld (rov. 3.18), leidt het hof uit de getuigenverklaringen af dat LG2P inderdaad werkinstructies gaf aan het personeel van vennootschap 1. Zij stuurde het personeel op de werkvloer aan. Dat werknemers van vennootschap 2 incidenteel ook werkinstructies aan personeel van vennootschap 1 gaf, is niet van dien aard dat daardoor de leiding en toezicht bij vennootschap 2 is komen te liggen. Verder waren er ook contacten tussen personeel van vennootschap 1 en vennootschap 2, maar dat dit contact van een andere aard en inhoud was dan de gebruikelijke contacten tussen aannemer en opdrachtgever is niet gebleken. Het gaat hierbij om contacten over de aanlevering van het product, kwaliteitscontroles en contacten over de oplevering van het product.

3.23. Hierbij moet ook worden bedacht dat nu het risico van het werk bij vennootschap 1 lag, het ook voor rekening en risico van vennootschap 1 kwam hoeveel tijd en personeel zij gebruikte voor de uitvoering van het werk. Vennootschap 1 droeg verantwoordelijkheid en was aansprakelijk voor het resultaat – kwantiteit en kwaliteit – daarvan. Vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben dit niet althans onvoldoende bestreden door FNV naar voren gebracht. Het hof heeft tijdens het pleidooi ook nader onderzocht of vennootschap 1 inderdaad geen invloed had op de hoeveelheid kip die per dag verwerkt diende te worden, zoals in het rapport van ISZW is opgenomen (pagina 7 onderaan, pagina 8 bovenaan). Namens vennootschap 1 en vennootschap 2 is desgevraagd geantwoord dat het voorgekomen is dat er door het uitbreken van een epidemie vennootschap 2 geen opdracht voor vennootschap 1 had en dat de consequenties daarvan voor vennootschap 1 waren.

3.24. Het hof kan FNV dan ook niet volgen in haar stelling dat vennootschap 2 het werktempo bepaalde. Een voorbeeld hiervan is dat vennoot-

schap 1 bepaalde hoe snel de lopende band kon gaan. X voornoemd heeft hierover tijdens het pleidooi verklaard: “Aan de knop van de lopende band zit de medewerker van vennootschap, maar het is vennootschap 1 die aangeeft of de snelheid omhoog moet en dit is omdat ook enkel vennootschap 1 gebaat is bij die snelheid. Hoe sneller dit kan en mag gaan, hoe beter dit voor vennootschap 1 is. Immers hoe meer er kan worden afgeleverd, des te hoger is de marge die vennootschap 1 behaalt. Maar hier staat tegenover, als het te snel gaat en het product niet aan de kwaliteit voldoet dat vennootschap 1 hiervoor aansprakelijk is.” Voor een ander voorbeeld van hoe vennootschap 1 het werktempo bepaalde, kan worden verwezen naar getuigenverklaring 3. Daarin staat dat LG2P de pauzes van de medewerkers van vennootschap 1 aan de drie lopende banden een aantal keren heeft ingekort.

3.25. Ook kan het hof FNV niet volgen in haar stelling dat vennootschap 2 de werktijden bepaalde. Niettegenstaande de andere indruk die hierover bij de werknemers van vennootschap 1 kenmerkend soms bestond, is het gelet op de arbeidsovereenkomsten, het handboek en de rol van LG1P duidelijk dat vennootschap 1 besliste wie wanneer moest werken, en niet vennootschap 2. Het was aan vennootschap 1 om de werkroosters op te stellen, zoals FNV ook heeft erkend. Ook kan alleen vennootschap 1 haar werknemers overwerk opdragen, en deed zij dit ook zoals volgt uit de getuigenverklaringen 3, 5, 6, 8, 11 en 23. Zulks past ook in de verhouding tussen vennootschap 1 en vennootschap 2 zoals hiervoor weergegeven in rov. 3.23.

3.26. Dat werknemers van vennootschap 1 in hun getuigenverklaringen vennootschap 1 een uitzendbureau hebben genoemd, komt in dit geval naar het oordeel van het hof geen betekenis toe. Dat zij daarmee het oog hadden op het juridische verschil tussen een uitzendovereenkomst en een overeenkomst van aanneming van werk acht het hof niet aannemelijk. Niet gebleken is dat werknemers van vennootschap 1 eerder op grond van een uitzendovereenkomst bij vennootschap 2 in (...) hebben gewerkt. Dat neemt niet weg dat zij wel op grond van een uitzendovereenkomst op andere locaties kunnen hebben gewerkt, bijvoorbeeld via vennootschap 4, een zusterbedrijf van vennootschap 1, in (...). Dat doet in dit geval echter niet ter zake. In het rapport van ISZW is ook opgenomen dat niet gebleken is dat een draai-

deurconstructie van toepassing is tussen vennootschap 1 en vennootschap 4.

3.27. Op grond van al het voorgaande komt het hof tot de conclusie dat er in het geval van vennootschap 1 en vennootschap 2 daadwerkelijk sprake was aanneming van werk en niet van uitzending. Het hof gaat voorbij aan het bewijsaanbod van FNV. Het hof ziet geen aanleiding om de door ISZW ondervraagde getuigen en de arbeidsinspecteurs (opnieuw) te horen, nu FNV niet heeft aangegeven wat zij meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. Ook ziet het hof geen aanleiding om alle andere werknemers die op de werkvloer bij vennootschap 2 rondliepen te horen, nu FNV niet heeft geconcretiseerd over welke feiten en omstandigheden zij kunnen verklaren. Hier komt bij dat de vraag of sprake is van aanneming van werk of uitzending een juridische kwalificatie betreft, die zich niet voor bewijsoverlevering leent. De grieven 1 tot en met 6 en 8 falen derhalve.

3.28. Het vorenstaande brengt mee dat het hof toekomt aan de (subsidiare) stelling van FNV dat ingeval vennootschap 1 geen uitzendbureau is, zij rechtstreeks onder de werkingssfeer van de CAO Pluimvee valt. De kantonrechter heeft deze stelling verworpen. Daartegen is grief 7 gericht.

3.29. Het werkingssfeerartikel van de CAO Pluimvee luidt, voor zover relevant, als volgt (artikel 2):

“Deze Collectieve Arbeidsovereenkomst is van toepassing op de onderneming, welke zich bezighoudt met één van de volgende activiteiten:

(...);

het be- en verwerken van pluimvee, wild en/of tamme konijnen;

het vervaardigen van producten van pluimvee, wild en/of tamme konijnen;

uitleenbedrijven (uitzendorganisaties, onderaannemers) die meer dan 75% van de totale activiteiten verrichten binnen de pluimveeverwerkende industrie.

(...)

Die onderneming, waarin ook andere activiteiten dan bovenstaande worden verricht, wordt indien meer Collectieve Arbeidsovereenkomsten van toepassing zijn, gerangschikt onder de cao van die bedrijfstak, waartoe het merendeel van de activiteiten behoort.”

3.30. FNV stelt dat vennootschap 1 als een pluimveewerkend bedrijf in de zin van de CAO Pluimvee moet worden aangemerkt. De werkzaamhe-

den die de werknemers van vennootschap 1 verrichten bij vennootschap 2 betreffen immers het be- en verwerken van pluimvee en vervaardigen van producten van pluimvee als bedoeld in het tweede en derde gedachtestreepje van vernoemd werkingsfeerartikel uit de CAO Pluimvee, aldus FNV.

3.31. Vennootschap 1 heeft hiertegen ingebracht dat zij niet onder de werkingsfeer van de CAO Pluimvee valt omdat zij nimmer meer dan 75% van haar totale activiteiten heeft verricht binnen de pluimveeverwerkende industrie. Volgens vennootschap 1 geeft FNV een onjuiste uitleg aan het vierde gedachtestreepje van het werkingsfeerartikel door een onderscheid te maken tussen “onderaannemer” en een “echte aannemer”.

3.32. Ook vennootschap 2 heeft zich op het standpunt gesteld dat de CAO Pluimvee niet op vennootschap 1 van toepassing is. vennootschap 1 diende om die reden geen conform de cao Pluimvee te betalen. Ook vennootschap 2 is om die reden niet aansprakelijk voor te weinig betaald loon, want er is niets te weinig betaald.

3.33. Partijen verschillen aldus van mening over de uitleg van de CAO Pluimvee. Ter beslechting van dit geschilpunt past het hof de cao-norm toe. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden (zie onder meer HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, rov. 3.4.).

3.34. Naar het oordeel van het hof is de tekst van de werkingsfeerartikel van de CAO Pluimvee duidelijk. Daaruit volgt dat de cao van toepassing is op de onderneming die zich bezighoudt met het be- en verwerken van pluimvee en het vervaardigen van producten van pluimvee. Voorts geldt het 75% criterium alleen voor uitleenbedrijven. Zoals bij de bespreking van de grieven 1 tot en met 6 en

8 is gebleken, verrichtte vennootschap 1 haar werkzaamheden bij vennootschap 2 als aannemer. Zij kan dus niet worden aangemerkt als een uitzendorganisatie. Ook is er geen sprake van onderaanneming. Vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben althans onvoldoende onderbouwd dat vennootschap 2 overeenkomsten van aanneming van werk heeft gesloten met háár opdrachtgever(s). Dat elders in de tekst van de CAO Pluimvee geen onderscheid wordt gemaakt tussen een aannemer en een onderaannemer leidt niet tot een ander oordeel. Dat onderscheid wordt namelijk slechts niet gemaakt waar het gaat om de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten (artikel 31). Het hof acht de (rechts)gevolgen van de hier gegeven uitleg van de cao ook niet onaannemelijk, namelijk dat, nu vennootschap 1 (onder meer) een pluimveewerkend bedrijf is, zij ook gebonden is aan de CAO Pluimvee.

3.35. Door vennootschap 1 en vennootschap 2 is, ten slotte, niet althans onvoldoende betwist dat het merendeel van de activiteiten van vennootschap 1 onder de werkingsfeer van de CAO Pluimvee vallen (zie de laatste zin van het werkingsfeerartikel zoals hiervoor weergegeven in rov. 3.29). FNV heeft aangevoerd dat uit het rapport van ISZW volgt en nadien ook als zodanig is bevestigd door de directeur van vennootschap 1 dat vennootschap 1 (in 2014) ongeveer 150 werknemers in dienst had, waarvan er 75 werkzaam waren bij vennootschap 2 en dat de overige werkzaamheden werden verricht in verschillende andere branches. Vennootschap 1 heeft hierover opgemerkt dat het feit dat op enig moment 75 werknemers werkzaam zijn geweest bij vennootschap 2 niet betekent dat zij allemaal voltijds werden ingezet ten behoeve van werken bij vennootschap 2. Dit acht het hof een onvoldoende betwisting. Gelet op hetgeen FNV heeft aangevoerd, had het op de weg van vennootschap 1 gelegen om hierover nadere gegevens te verstrekken, hetgeen zij niet heeft gedaan. Hiervoor volstaat niet dat, zoals vennootschap 1 en vennootschap 2 hebben beargumenteerd, vennootschap 1 minder dan 75% van haar activiteiten in de pluimveeverwerkende industrie verricht.

3.36. Partijen zijn het wel eens dat vennootschap 1 geen lid is van de werkgeversvereniging (NEPLUVI) en dat vennootschap 1 dus geen partij is bij de CAO Pluimvee. De cao is derhalve niet op grond van artikel 14 Wet CAO op vennootschap 1 van toepassing. Ook is CAO Pluimvee slechts voor

een beperkte periode algemeen verbindend verklaard. Dit betreft de periode van 22 maart 2010 tot 30 april 2011 en de periode van 24 augustus 2012 tot 30 april 2013. Een vordering van FNV kan om die reden enkel betrekking hebben op deze perioden. In zoverre slaagt grief 7.

3.37. Het slagen van grief 7 leidt tot de beslissing dat vennootschap 1 zal worden veroordeeld om haar (ex-)werknemers met terugwerkende kracht te verlonen conform de CAO Plumvee. De gevorderde dwangsom van € 10.000,= zal worden toegewezen tot een maximum van € 1.000.000,=. Het hof ziet aanleiding om de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW te matigen tot 25%.

3.38. Voor het overige dienen doordat de grieven 1 tot en met 6 en grief 8 falen de vorderingen van FNV jegens vennootschap 1 te worden afgewezen. Dit geldt ook voor de gevorderde schadevergoeding en buitengerechtigde incassokosten. Ook die vorderingen zijn gegrond op de veronderstelling van FNV dat vennootschap 1 met vennootschap 2 middels overeenkomsten van aanneming van werk een schijnconstructie heeft opgezet teneinde het bepaalde over gelijk loon voor gelijk werk in AVV ABU CAO en artikel 8 Waadi te omzeilen. Dat heeft FNV echter niet hard kunnen maken.

3.39. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het vonnis waarvan beroep ten aanzien van vennootschap 1 dient te worden vernietigd. De vorderingen van FNV zullen worden toegewezen als in het dictum is vermeld. Als de in het ongelijk gestelde partij zal vennootschap 1 worden veroordeeld in de proceskosten van FNV zowel van de eerste aanleg als van het hoger beroep. In zoverre slaagt ook grief 9, die is gericht tegen de proceskostenbeslissing van de kantonrechter.

3.40. Ten aanzien van vennootschap 2 dient het vonnis waarvan beroep te worden bekrachtigd. Het slagen van grief 7 heeft geen betekenis voor vennootschap 2, nu er sprake was van aanneming van werk en de werknemers van vennootschap 1 op grond van arbeidsovereenkomsten werkzaam waren (zie hiervoor rov. 3.21 en 3.26). Dit betekent ook dat de vergiswisplicht van artikel 31 lid 3 van de CAO Plumvee niet aan de orde is. Vennootschap 2 was immers geen werkgever (inlener) als bedoeld in dat artikellid. In de gegeven omstandigheden slaagt het beroep van vennootschap 2 op artikel 7:616a lid 2 BW. Het hof verwijst naar de onderbouwing van dit beroep in randnummers 13.38 tot en met 13.48 van de con-

clusie van antwoord. FNV is hierop niet althans onvoldoende ingegaan. FNV is van de veronderstelling uitgegaan dat vennootschap 2 met vennootschap 1 een schijnconstructie heeft opgezet, maar zoals hiervoor al orde is geweest, heeft zij dit in deze procedure op geen enkele wijze aangetoond. Als de in het ongelijk gestelde partij zal FNV worden veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep van vennootschap 2.

4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep ten aanzien van vennootschap 1;

en opnieuw recht doende:

veroordeelt vennootschap 1 om haar (ex-)werknemers over de periode van 22 maart 2010 tot 30 april 2011 en de periode van 24 augustus 2012 tot 30 april 2013 te verlonen conform de CAO Plumvee door (1) het maken van loonberekeningen, (2) het verrichten van nabetalingen aan de (ex-)werknemers van de bedragen die uit die berekeningen voortvloeien en (3) het overleggen van deugdelijke salarisspecificaties en betaalbewijzen hiervan aan zowel de werknemers als aan FNV, de laatste veroordeling op straffe van een dwangsom van € 10.000,= per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit arrest in gebreke wordt gebleven met een maximum van € 1.000.000,=, te vermeerderen met 25% wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW;

veroordeelt vennootschap 1 in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van FNV op € 113,88 aan dagvaardingskosten, € 941,= aan griffierecht en op € 1.000,= aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 196,62 aan dagvaardingskosten, op € 5.200,= aan griffierecht en op € 3.222,= aan salaris advocaat voor het hoger beroep;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep ten aanzien van vennootschap 2;

veroordeelt FNV in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van vennootschap 2 op € 5.200,= aan griffierecht en op € 3.222,= aan salaris advocaat; verklaart voormelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Contracting is sinds enkele jaren met regelmaat negatief in het nieuws vanwege de gevolgen hiervan voor de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. Inhoudelijk is bij contracting geen sprake van een nieuwe vorm van dienstverlening. Wel kan onderscheid worden gemaakt tussen wat ik aanduid als klassieke contracting en moderne contracting. Bij *klassieke* contracting worden neven- of niet bedrijfseigen activiteiten uitbesteed aan een gespecialiseerde opdrachtnemer. Denk bijvoorbeeld aan catering, beveiliging en schoonmaak. Deze eerste vorm van contracting kwam op in het laatste kwart van de vorige eeuw en hierbij is doorgaans een specifieke (bedrijfstak-)cao van toepassing op de dienstverlening door het contractingbedrijf. Bij *moderne* contracting worden bedrijfseigen- of kernactiviteiten uitbesteed aan een externe partij. Deze tweede vorm van contracting kwam op in dit decennium en hierbij is geen specifieke (bedrijfstak-)cao van toepassing op de dienstverlening van het contractingbedrijf. De werknemers van het contractingbedrijf hoeven evenmin te worden beloond conform de cao die van toepassing is op de opdrachtgever van het contractingbedrijf omdat het werk is uitbesteed en dan geen sprake is van terbeschikkingstelling van werknemers in de zin van art. 7:690 BW en de Waadi. Vooral ondernemingen in de bouw, assemblage, verpakingsindustrie, logistiek en – zoals in onderhavige uitspraak – vleesverwerking maken hiervan gebruik. Hoewel het de ondernemer vrijstaat zijn activiteiten en productieproces in te richten op de door hem gewenste wijze en hij om die reden uit kosten- of andere overwegingen kan besluiten een deel hiervan uit te besteden aan een externe partij, staat de toelaatbaarheid van moderne contracting ter discussie, zoals recent nog werd bevestigd in de brief van de Minister van SZW van 13 mei 2019 (*Kamerstukken II 2018/19*, 29544, nr. 914).

In de lagere rechtspraak wordt uiteenlopend geoordeeld over de juridische kwalificatie van contracting in situaties waarin sprake is van moderne contracting als hiervoor omschreven. De centrale vraag is daarbij telkens of sprake is van een verkapte vorm van uitzending. In de onderhavige zaak oordeelde de kantonrechter in eerste

aanleg dat geen sprake was van uitzending maar van een overeenkomst van aanneming van werk. De kantonrechter kwam tot dit oordeel door de feiten en omstandigheden in het door de Inspectie SZW (ISZW) opgestelde rapport van bevindingen te toetsen aan de elementen en kenmerken van een juridisch houdbare vorm van contracting als genoemd in mijn bijdrage in *TAP 2015/118*. Hierin analyseerde ik het criterium 'onder toezicht en leiding van de derde' in art. 7:690 BW en de betekenis van de in dit artikel genoemde terbeschikkingstelling krachtens een door de derde 'aan de werkgever verstrekte opdracht' in de situatie waarin sprake is van contracting. Hieruit blijkt dat zowel de aard en inhoud van de uitbestede activiteit en de voorwaarden waaronder dit gebeurt, als de wijze waarop de werknemers van het contractingbedrijf de werkzaamheden voor en/of bij de opdrachtgever verrichten een rol speelt bij een juridische kwalificatie van contracting. Een integrale benadering is dus noodzakelijk. Op basis van de in mijn artikel besproken wetsgeschiedenis en jurisprudentie bij art. 7:690 BW en art. 7:750 BW heb ik vervolgens een negental elementen en kenmerken van een 'echte' uitbesteding van een activiteit of werk door een opdrachtgever aan een externe dienstverlener geformuleerd. In een opinie naar aanleiding van het vonnis van de kantonrechter in eerste aanleg heb ik de achtergrond van deze kenmerken en elementen nader toegelicht en afgezet tegen de feiten en omstandigheden in deze zaak. In r.o. 3.5 van zijn onderhavige arrest overweegt het hof hierover dat hij een andere 'aanpak' zal volgen bij de kwalificatie van de overeenkomst tussen Storteboom en POS en hierbij 'de wet tot uitgangspunt' dient. In feite komen beide 'aanpakken' echter op hetzelfde neer. Dat blijkt ook uit het feit dat, zij het soms impliciet, de meeste van de door mij onderscheiden elementen en kenmerken aan bod komen in de overwegingen van het hof.

Op die overwegingen kan echter wel wat worden aangemerkt. Eerst overweegt het hof dat van beslissende betekenis is of de werknemers van POS hun werk verrichtten onder toezicht en leiding van Storteboom, waarvoor aansluiting wordt gezocht bij het gezagsvereiste in art. 7:610 BW. Vervolgens stelt het hof, onder verwijzing naar de tekst van de door POS en Storteboom gesloten overeenkomsten, vast dat geen sprake

is van uitzending maar van echte aanneming van werk. Dat laatste laat naar het oordeel van het hof dan weer onverlet dat feitelijk wel sprake zou kunnen zijn van uitzending wanneer de werknemers van POS het werk op enig moment zijn gaan verrichten onder toezicht en leiding van Storteboom. Dat is naar het oordeel van het hof niet het geval. Het hof leidt dit af uit bepalingen in het handboek van POS en uit het feit dat de voorman in dienst van POS de werkinstructies feitelijk (door)gaf aan de werknemers van POS. Daarna benadrukt het hof dat POS verantwoordelijk en aansprakelijk was voor het resultaat van het werk. Het hof oordeelt hierbij in afwijking van het door de ISZW opgestelde rapport dat POS wel invloed had op de hoeveelheid kip die per dag verwerkt diende te worden. Mijns inziens legt het hof in zijn overwegingen de begrippen 'resultaat' en 'toezicht en leiding' te beperkt uit. Ook wanneer zou worden aangenomen dat POS invloed zou hebben gehad op de hoeveelheid kip die per dag moest worden verwerkt, dan nog is het resultaat van het werk onder de (eind)supervisie en met hulp van Storteboom gerealiseerd. De door de werknemers van POS verrichte productiewerkzaamheden in de kippenslachterij behoorden tot de kernactiviteiten van Storteboom en slechts een deel van deze werkzaamheden was uitbesteed. In dit verband kan toezicht en leiding naar mijn mening niet worden beperkt tot het feitelijk (door)geven van de werkinstructies en het opstellen van de werkroosters door de voormannen van POS. Hoewel het hof terecht – zie HR 4 november 2016, «JAR» 2016/286, m.nt. Knipschild (*Care4Care*) – aansluiting zoekt bij het gezagscriterium van art. 7:610 BW, kan dit meer of iets anders betekenen in een situatie als deze, waar de werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de partij voor en/of bij wie deze worden verricht. Dit wordt ook uiteengezet in de door Boot, Verhulp, Duk, Bennaars en mijzelf op verzoek van het Ministerie van SZW opgestelde *position papers* over de duiding van het gezagscriterium (zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/11/26/vervolgbijeenkomst-%E2%80%98werken-als-zelfstandige%E2%80%99>).

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam