



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Bij scheepswerf gebruikte constructie is uitzending, geen contracting

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2021). Bij scheepswerf gebruikte constructie is uitzending, geen contracting. 7. Case note on: Rb. Noord-Nederland, 13/10/20, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 30(1), 56-74.

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.

7

Bij scheepswerf gebruikte constructie is uitzending, geen contracting

Kantonrechter Rechtbank Noord-Nederland
 zp Leeuwarden
 13 oktober 2020, nr. 7881962 CV EXPL
 19-5152, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465
 (mr. Zwart-Sneek)
 Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, geen contracting. Schending vergewisplicht. Werknemers moeten individueel loon vorderen.

[BW art. 7:616a, 7:616b, 7:690; Waadi art. 8 lid 1; Wet cao art. 15; Wet AVV art. 10]

VEKA exploiteert een scheepswerf in Lemmer. Op haar bedrijfsactiviteiten is de cao Metaalbewerkingen van toepassing. VEKA heeft met DSW Maritiem B.V. een aantal overeenkomsten gesloten waarin is vermeld dat VEKA bepaalde werkzaamheden wil 'subcontracteren'. DSW schakelde voor deze werkzaamheden Roemeense arbeidskrachten in via verschillende Roemeense uitzendbureaus. FNV heeft de Inspectie SZW gevraagd om een onderzoek te doen naar het naleven door VEKA en DSW van de cao, voor zover algemeen verbindend verklaard, en art. 8 Waadi. De Inspectie heeft dit onderzoek uitgevoerd en heeft geconcludeerd dat er sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten aan VEKA en dat de Waadi niet is nageleefd. FNV heeft VEKA vervolgens aansprakelijk gesteld voor onderbetaling van de Roemeense arbeidskrachten. In deze procedure vordert FNV onder meer een verklaring voor recht dat sprake is van terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi en van schending van de cao, nabetaling aan de werknemers en schadevergoeding voor zichzelf. VEKA voert verweer. De kantonrechter is van oordeel dat inderdaad sprake is van uitzending in de zin van de Waadi en niet van aanneming van werk. Uit de diverse verklaringen blijkt dat de werkzaamheden volledig werden bepaald door VEKA en dat de Roemeense voorman slechts fungeerde als doorgeefluik voor

de opdrachten aan de uitzendkrachten. Als arbeidskrachten ziek waren, moest dat aan VEKA worden doorgegeven en VEKA hield ook de urenregistratie bij. Na beëindiging van de relatie met VEKA heeft DSW ook geen enkele activiteit meer ontplooid. Voldoende aannemelijk is dat DSW slechts als vehikel diende om de Roemeense arbeidskrachten bij VEKA te werk te stellen. Op de Roemeense arbeidskrachten waren daarom de arbeidsvoorwaarden uit de Cao Metaalbewerkingen van toepassing. VEKA heeft onrechtmatig gehandeld jegens de arbeidskrachten door zich er niet van te vergewissen of zij het cao-loon ontvingen. VEKA kan in deze procedure echter niet worden veroordeeld tot betaling van het achterstallige loon. Hiertoe zullen de arbeidskrachten zelf procedures moeten aanspannen. Wel dient VEKA aan FNV een schadevergoeding te betalen van € 50.000 op grond van art. 15 Wet cao.

NB. Zie over 'contracting' bij een scheepswerf in het noorden van Nederland ook «JAR» 2016/281. Ook daar betrof het Roemeense arbeidskrachten. Zie verder «JAR» 2019/239, m.nt. Zwemmer en «JAR» 2019/136, m.nt. Hoogeveen. Als CNV/Pennwalt (HR, «JAR» 1998/39) leidend is, had de kantonrechter de loonvordering kunnen toewijzen en in het dictum kunnen opnemen dat dit alleen geldt voor die werknemers die daarop aanspraak willen maken. Zie ook HR, «JAR» 2018/184 (Inretail).

De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Federatie Nederlandse Vakbeweging te Utrecht, eiseres,
 gemachtigde: mr. W. Smit,
 tegen
 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Veka Shipyard Lemmer B.V. te Lemmer, gedaagde,
 gemachtigden: mr. R. Simons en mr. M.A. Putting.

Procesverloop
 (...)

Motivering

De feiten

2.1. In deze procedure kan van de volgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

FNV is een werknemers-vakvereniging. Zij wil volgens haar statuten (artikel 4.1.) “in het algemeen de materiële en immateriële belangen behartigen van werkenden en niet-werkenden”. Tot de middelen waarmee FNV zijn doelstelling realiseert behoort volgens artikel 8.2 onder 1 van de statuten “het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet-werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek.” Zij is verder bevoegd om collectieve arbeidsovereenkomsten, alsmede alle andere van belang zijnde regelingen tot stand te brengen met werkgevers of verenigingen van werkgevers. FNV is partij bij de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf en bij de Cao voor Uitzendkrachten (hierna: ABU cao).

2.2. VEKA, tot 3 september 2015 Bijlsma Shipyard B.V. genaamd, exploiteert een scheepswerf in Lemmer. Beide namen zullen hierna worden gebruikt. VEKA houdt zich bezig met de bouw van zee- en binnenvaartschepen. VEKA is een van de (vele) dochtervennootschappen van VEKA Groep B.V., statutair gevestigd te Werkendam. VEKA Groep B.V. maakt, net als haar zustergroepsvennootschap VEKA Shipping B.V., onderdeel uit van het VEKA scheepsconcern, ondergebracht in Portsight B.V., dat eigendom is van de familieholding van de familie [naam 1]. VEKA is lid van de metaalwerkgeversvereniging FME-CWE, welke partij is bij de cao Metaalbewerking.

2.3. VEKA geldt gelet op haar bedrijfsactiviteiten als werkgever volgens de cao Metaalbewerkingsbedrijf. Deze cao had, voor zover van belang, een looptijd van 1 maart 2015 tot en met 30 april 2017, en was in die periode algemeen verbindend verklaard van 29 januari 2016 tot en met 30 april 2017, alsmede een looptijd van 1 mei 2017 tot en met 31 mei 2019 en was algemeen verbindend verklaard van 1 februari 2018 tot en met 31 mei 2019.

Artikel 2b lid1 van de cao Metaalbewerkingsbedrijf luidde voor zover van belang:
Op de inleenkracht die werkzaam is ten behoeve van de werkgever die ressorteert onder deze CAO, zijn de bepalingen ter zake van de salaristabellen, vakantie- en seniordagen, de vakantiebijslag en de minimum-vakantiebijslag van deze CAO van toepassing. Evenzo zijn ten aanzien van de werktijden de 38-urige werkweek als bedoeld in artikel 18 lid 1

CAO en de daarbij passende toeslagen c.q. vergoedingen, genoemd in de hoofdstukken (...) van toepassing (...). (...) De (inlenende) werkgever moet zich ervan verzekeren dat de uitzendwerkgever op de inleenkrachten de conform dit lid van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden toepast en een verklaring vraagt dat de uitzendwerkgever de wettelijke bepalingen toepast. Deze aparte verklaring is niet vereist als de uitzendwerkgever NEN-gecertificeerd is:

2.4. VEKA heeft in 2015 en 2016 met de besloten vennootschap DSW Maritiem B.V. (hierna: DSW) een aantal, in de Engelse taal opgestelde, overeenkomsten gesloten waarbij in de considerans van die overeenkomsten is opgenomen dat VEKA “wishes to subcontract the reconversion works of project “(...) Cargo Vessel” to” DSW.

2.5. DSW is blijkens de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel gevestigd in Amsterdam en opgericht, gestart en ingeschreven op 18 juli 2014.

Als activiteiten zijn thans vermeld: “SBI-code: 6420 – Financiële holdings en SBI-code: 3012 – Bouw van sport- en recreatievaartuigen. Het aanbieden van bouwdiensten aan scheepswerven. Houdster- en financieringsactiviteiten.”

Enig aandeelhouder is de vennootschap naar Roemeens recht Seaway International SRL (hierna: Seaway), gevestigd te Constanta in Roemenië. Als alleen/zelfstandig bestuurder met de titel directeur wordt [naam 2] te Constanta (kantonrechter: elders ook aangeduid als [naam 2] of als [naam 2]) vermeld. Tot 31 januari 2016 was tevens gezamenlijk bevoegd als bestuurder de vennootschap Trustmoore Netherlands B.V. (hierna: Trustmoore) te Amsterdam en tot die datum was DSW aan het adres van deze vennootschap gevestigd. Bij oude bedrijfsomschrijvingen van DSW zoals vastgelegd vanaf 18 juli 2017 staat vermeld: “het verrichten van activiteiten op het gebied van outsourcen van personeel aan scheepswerven houdster- en financieringsactiviteiten.”

2.6. De inschrijving in het handelsregister van Seaway vermeldt als activiteit: “SBI-code: 78202 - Uitleenbureaus Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.”

Alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder van Seaway is eerder genoemde [naam 2].

2.7. Een (Engelstalige) overeenkomst tussen VEKA en DSW gedateerd 4 november 2015 bevat onder meer de navolgende bepalingen¹:

“ARTIKEL 1 - ONDERWERP VAN HET CONTRACT

1.1 De CONTRACTOR (kantonrechter: DSW) verplicht zich het las- en plaatwerk en de pijpfitwerkzaamheden uit te voeren op de WERF van de ONDERNEMING (kantonrechter: VEKA) (...), hierna te noemen de ‘WERKZAAMHEDEN’, en de ONDERNEMING koopt en betaalt dit alles conform de voorwaarden van dit Contract.

1.2 De WERKZAAMHEDEN worden door de CONTRACTOR geheel in overeenstemming met dit contract en de Bijlagen als genoemd in Artikel 20 (documentatie en tekeningen aangeleverd door de ONDERNEMING) uitgevoerd, (...). De tekeningen voor de WERKZAAMHEDEN (volgens de Bijlagen) worden aangeleverd door de ONDERNEMING aan de CONTRACTOR en na te zijn goedgekeurd door Bureau Veritas.

(...)

1.6 Het staal en de verbruiksmaterialen die nodig zijn om de WERKZAAMHEDEN volgens dit contract uit te voeren worden volgens het als Bijlage nr. 001 bijgevoegde schema aangeleverd door de ONDERNEMING (...).

(...)

1.10 De ONDERNEMING levert materialen en onderdelen voor het uitvoeren van de WERKZAAMHEDEN voor eigen rekening aan de WERF in Lemmer, om de CONTRACTOR in staat te stellen de WERKZAAMHEDEN uit te voeren volgens het montageschema. (...)

1.11 De CONTRACTOR zorgt voor eigen rekening voor de Persoonlijke Beschermingsmiddelen en persoonlijk gereedschap. (...)

(...)

ARTIKEL 2 - DE CONTRACTPRIJS

2.1 De prijs voor de WERKZAAMHEDEN (...) zoals omschreven in Art. 1 hangt af van:

– Aanpassingen op verzoek van de ONDERNEMING (...)

– De kosten voor de Wijzigingsopdracht (...)

(...)

2.3 De prijs omvat:

– De arbeidskosten voor de montagewerkzaamheden

– Verblijfskosten (accommodatie en maaltijden) arbeidskrachten

– Reiskosten

– Verzekering van de arbeidskrachten

– Beschermingsmiddelen

(...)

ARTIKEL 4 - LEVERING

4.1 De uitvoering van de werkzaamheden begint op (...) De leveringsdatum voor de WERKZAAMHEDEN is (...).

(...)

4.4 De CONTRACTOR informeert de ONDERNEMING over de voortgang van de werkzaamheden door iedere 4 weken de volgende informatie te verstrekken (...)

– Voortgang van de bouw naar het percentage voltooid werk.

(...)

ARTIKEL 6 - TOEZICHT TIJDENS DE MONTAGE

6.1 De CONTRACTOR voert zijn werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid, leiding en toezicht uit. Ook de werknemers van de CONTRACTOR voeren hun taken uitsluitend onder eigen verantwoordelijkheid, leiding en toezicht van de CONTRACTOR uit.

(...)

6.3 De ONDERNEMING, haar inspecteurs, vertegenwoordigers en vertegenwoordigers van het Classificatiebureau (...) hebben het onvoorwaardelijke recht de montageplaats op ieder moment te inspecteren. (...)

(...)

2.8. DSW schakelde voor de uitvoering van de werkzaamheden Roemeense arbeidskrachten in. Deze waren in dienst bij DSW of verschillende Roemeense uitzendwerkgevers, te weten Tehnoship Maritime SLR (hierna: Tehnoship), Saldnav Engeneering SLR (hierna: Saldnav) en Ralucont Maritime SLR (hierna: Ralucont). Tehnoship is opgehouden te bestaan.

2.9. FNV heeft op 28 september 2015 bij de Inspectie SZW een verzoek ingediend tot het instellen van een onderzoek op grond van artikel 10 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) bij DSW en VEKA en op 16 juli 2016 een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar artikel 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) bij DSW, Saldnav en Ralucont.

1 Weergegeven is de in het Nederlands vertaalde tekst, bij dagvaarding overgelegd als productie 14.

2.10. De Inspectie SZW heeft onderzoek uitgevoerd waarbij de onderzoeksperiode per bedrijf verschilde. In het kader van de onderzoeken zijn onder meer bij de diverse bedrijven administratieve bescheiden opgevraagd en personen ondervraagd. Gesproken is daarbij onder meer op 12 januari 2017 met de directeur van VEKA, aangeduid als de heer K., op 24 februari 2016 met de accountmanager bij Trustmoore, aangeduid als mevrouw XXXX, op 12 januari 2017 met vier Roemeense arbeidskrachten, aangeduid als arbeidskracht 1 (een plaatwerker/voorman), arbeidskracht 2 (een lasser), arbeidskracht 3 (een plaatwerker) en arbeidskracht 4 (een ijzerwerker) en op 8 juni 2017 met de manager productie bij VEKA, aangeduid als X, en met een voorman bij VEKA, aangeduid als Y.

2.11. De Inspectie SZW heeft naar aanleiding van de verrichte onderzoeken een vijftal rapporten van bevindingen en verslagen Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, voorzien van bijlagen, opgesteld². Het betreft respectievelijk:

– een Rapport van Bevindingen artikel 10 Wet AVV van 22 juni 2016, met als ‘Bevindingen onderzoek’:

“Uit het onderzoek is gebleken dat Bijlsma [kantonrechter: VEKA] van mening is dat er in geval van Seaway en (...) sprake is van aanneming van werk en dat geen sprake is van inlenen van uitzendkrachten. Derhalve is Bijlsma van mening dat er voor haar geen verplichtingen zijn ten aanzien van de arbeidskrachten in deze ondernemingen. (...) Niet is gebleken dat Bijlsma heeft onderzocht of de arbeidskrachten die werkzaam zijn voor deze ondernemingen ook daadwerkelijk in loondienst zijn of dat deze arbeidskrachten werden ingeleend van andere ondernemingen (...);”

– een Rapport van Bevindingen artikel 10 Wet AVV van 6 juli 2016, met als ‘Bevindingen onderzoek’ onder meer:

“Eén van de problemen die de verzoeker [kantonrechter: FNV] had was het vaststellen bij wie de Roemeense werknemers, werkzaam op de scheepswerf van Bijlsma, in loondienst waren. Bij ons eerste bezoek aan Bijlsma (...) werd er door de managing directors en mevrouw XXXX van de fi-

nanciële administratie telkens gesproken over werknemers van Seaway (...).

Pas na uitgebreid onderzoek door de Inspectie SZW werd duidelijk welke ondernemingen betrokken waren. (...)

Uit het onderzoek is gebleken dat Seaway International SRL een Roemeens uitzendbureau is.

Seaway International SRL heeft een Nederlandse vennootschap, DSW Maritiem B.V., opgericht om als contractspartij op te treden voor de werkzaamheden uit te voeren bij Bijlsma. DSW Maritiem B.V. heeft onder andere als activiteitomschrijving: “Het aanbieden van bouwdiensten aan scheepswerven”. (...)

DSW Maritiem B.V. had in de onderzoeksperiode 12 werknemers in loondienst. DSW Maritiem B.V. huurde tevens werknemers in van Tehnoship Maritime SRL om deze te werk te stellen bij Bijlsma. (...)

– een niet gedagtekend verslag ‘Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs’, waarin onder ‘Bevindingen ter beschikking stellen arbeidskrachten’ onder meer het volgende vermeld:

“Ik, rapporteur, heb uit feiten en omstandigheden vastgesteld dat de arbeidskrachten werkzaam als lasser, ijzerwerker en pijpfitter op de scheepswerf van Veka Shipyard Lemmer B.V. in loondienst van DSW Maritiem B.V. en in loondienst van (uitlener) Saldnav Engineering SRL en (uitlener) Ralucont Maritime SRL door (uitlener en doorlener) DSW Maritiem B.V. gezamenlijk tegen vergoeding ter beschikking werden gesteld aan de inlener Veka Shipyard Lemmer B.V.

Dit is door mij, rapporteur, onder andere gebleken uit het volgende:

Inschrijving Kamers van Koophandel.

Tehnoship Maritiem SRL, Saldnav Engineering SRL en Ralucont Maritime SRL zijn allemaal gevestigd op hetzelfde adres in Roemenië. Ze hebben alle drie dezelfde boekhouder in Roemenië. Ze zijn alle drie van dezelfde eigenaar.

De enig aandeelhouder van DSW Maritiem B.V. is Seaway International SRL. De bestuurder van beide ondernemingen is mevrouw [naam 2].

Seaway International SRL staat in het Roemeense en Nederlandse handelsregister ingeschreven als een uitzendonderneming.

Op de website van Seaway International SRL wordt geadverteerd met “highly experienced, skilled and motivated shipyard personel”. (...)

Contracten.

2 Overgelegd bij dagvaarding als producties 8 tot en met 12. Het letterlijk citeren van onderdelen uit deze getuigenverklaringen zal omwille van de leesbaarheid van de uitspraak zoveel mogelijk achterwege blijven.

(...)

Gesteld werd dat DSW Maritiem B.V. de werkzaamheden had aangenomen van Veka Shipyard Lemmer B.V. en er werden aanneemovereenkomsten overlegd.

In deze contracten die partijen met elkaar hebben gesloten staat echter niets er wat er nu precies is aangenomen. In deze contracten staat alleen vermeld dat de opdracht bestaat uit “werkzaamheden” en dat dit gaat tegen een vaste prijs. (...).

Manurenregistratie.

Tijdens ons eerste bezoek aan Veka Shipyard Lemmer B.V. verklaarde de directeur dat Veka Shipyard Lemmer B.V. niets registreerde van de Roemeense arbeidskrachten. (...) Uit het onderzoek is gebleken dat Veka Shipyard Lemmer B.V. wel degelijk alle Roemeense arbeidskrachten registreerde die werkzaam waren op de werf en dat Veka Shipyard Lemmer B.V. zelf ook de gewerkte uren registreerde niet alleen van de eigen werknemers maar ook van het ingeleende personeel. Veka Shipyard Lemmer B.V. hield dit bij in de projectadministratie. De gewerkte uren werden door Veka Shipyard Lemmer B.V. vergeleken met de voorgerecalculeerde uren. (...)

Deze urenregistratie moest door DSW Martiem B.V. en Veka Shipyard Lemmer B.V. voor akkoord worden getekend anders kon er geen facturering plaatsvinden.

Leiding en Toezicht.

Uit de afgelegde getuigenverklaringen blijkt dat leiding en toezicht volledig berustte bij Veka Shipyard Lemmer B.V. De Roemeense arbeidskrachten werden rechtstreeks aangestuurd door de manager productie en/of de voorman van Veka Shipyard Lemmer B.V.

De Roemeense arbeidskrachten ontvingen hun werkopdrachten rechtstreeks van de manager productie en/of de voorman van Veka Shipyard Lemmer B.V. (...)

DSW Maritiem B.V.

Uit het onderzoek is gebleken dat DSW Maritiem B.V. een postbusonderneming is in Nederland. DSW Maritiem B.V. heeft geen eigen kantoor in Nederland. DSW Maritiem B.V. heeft alleen een postadres bij een Trustkantoor. DSW Maritiem B.V. heeft geen directie of projectmanagement in Nederland. Mevrouw [naam 2] beheert de administratie vanuit haar kantoor in Roemenië. Via de mail geeft zij door wat de accountant in Nederland in het boekhoudsysteem moet boeken. De accountant krijgt geen daadwerkelijk gewerkte uren door, maar verloont de werknemers elke

maand met een vast bedrag, op basis van de uren die zijn vermeld in het arbeidscontract.

DSW Maritiem B.V. beschikt niet over eigen productiemiddelen en gereedschappen. DSW Maritiem B.V. is een postbusonderneming en is helemaal niet in staat om een schip of onderdelen van een schip voor eigen rekening en risico en onder eigen leiding en toezicht in elkaar te zetten.

Geen aanneming van werk.

Datgene wat er contractueel, op papier, was overeengekomen wijkt volledig af van hoe er in de praktijk werd gewerkt. (...)

Allocatiefunctie.

De behoefte aan een bepaalde hoeveelheid arbeidskrachten op enig moment werd bepaald door de planning van Veka Shipyard Lemmer B.V. (...)

(...)

Conclusie.

Uit het onderzoek is gebleken dat voor alle arbeidskrachten in dienstbetrekking bij DSW Maritiem B.V. geldt dat:

- niet het juiste salaris werd betaald
- geen overuren met toeslag werd uitbetaald
- geen ADV rechten werden opgebouwd
- geen vakantierechten werden opgebouwd.

Constatering niet naleven artikel 8 Waadi

Op basis van voornoemde bevindingen is gebleken dat DSW Maritiem B.V. niet tenminste hetzelfde loon betaalde aan haar arbeidskrachten als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaats vond.

Uitlener aanmerken als niet nalever

Ik, rapporteur, merk DSW Maritiem B.V. aan als niet nalever. (...)

Horen niet nalever/uitlener

Op woensdag 11 oktober 2017 heb ik, rapporteur, een mail gestuurd aan mevrouw [naam 2]. Hierin werd mevrouw [naam 2] in kennis gesteld van de geconstateerde niet naleving van artikel 8 Waadi door haar onderneming.

Tevens werd de wettelijk vertegenwoordiger van de onderneming uitgenodigd voor het afleggen van een verklaring of werd in de gelegenheid gesteld een verklaring op te sturen namens de niet nalever.

Ik, rapporteur, heb op 18 oktober 2017 geen verklaring ontvangen namens de niet nalever.

(...)

– een Rapport van Bevindingen artikel 8 Waadi van 4 december 2017 betreffende Ralucont;

– een Verslag Wet allocatie arbeidskrachten door intermediair van 8 december 2017 betreffende Saldnav.

2.12. In het Rapport van Bevindingen van 4 december 2017 en het Verslag Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs van 8 december 2017, beide met soortgelijke inhoud als het verslag ten aanzien van DSW, is ten aanzien van Ralucont en ten aanzien van Saldnav eveneens de conclusie van ‘niet nalever’ in de zin van artikel 8 Waadi getrokken.

2.13. FNV heeft VEKA bij brief van 2 november 2016 in kennis gesteld van geconstateerde overtreding van de cao. Hierna heeft op enig moment een gesprek plaatsgevonden tussen FNV en VEKA. FNV heeft VEKA vervolgens, na het uitkomen van de hiervoor bedoelde Verslagen Waadi van de Inspectie SZW, bij brief van 21 december 2017 aangeschreven en VEKA daarbij kenbaar gemaakt dat zij voornemens was om onder meer VEKA aansprakelijk te stellen. Bij brief van 22 januari 2018 heeft FNV VEKA een mededeling ex artikel 7:616b lid 4 BW gedaan en VEKA mede aansprakelijk gesteld op grond van artikel 7:616a BW.

2.14. Hierna hebben er opnieuw besprekingen tussen partijen plaatsgevonden. FNV heeft VEKA vervolgens bij brief van 13 maart 2019 aansprakelijk gesteld voor onderbetaling van de Roemeense arbeidskrachten.

De vordering en het verweer

3.1. FNV vordert, voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad en na wijziging van eis bij conclusie van repliek:

A. te verklaren voor recht:

Primair:

1. dat de terbeschikkingstelling van de Roemeense werknemers van DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont gedurende de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 kwalificeert als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, dan wel als terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in de zin van de Waadi;

2. dat op de aan VEKA ter beschikking gestelde Roemeense inleenkrachten, in dienst van de uitzendwerkgevers DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont, de financiële arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 2b lid 1 van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf, van toepassing zijn;

3. dat VEKA in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende verplichting, als inlenende werkgever, om zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever op de inleenkracht de conform artikel 2b, eerste lid, van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden toepast en een verklaring te vragen dat de uitzendwerkgever de wettelijke bepaling toepast, dan wel zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever NEN-gecertificeerd is;

Subsidiair:

1. dat de terbeschikkingstelling van de Roemeense werknemers van DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont gedurende de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 kwalificeert als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, dan wel als terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in de zin van de Waadi;

2. dat op de aan VEKA ter beschikking gestelde Roemeense inleenkrachten, in dienst van de uitzendwerkgevers DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont, de financiële arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 19 jo. artikel 68 van de algemeen verbindend verklaarde ABU cao, van toepassing zijn;

3. dat VEKA in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende verplichting, als inlenende werkgever, om zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever op de inleenkracht de conform artikel 2b, eerste lid, van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden toepast en een verklaring te vragen dat de uitzendwerkgever de wettelijke bepaling toepast, dan wel zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever NEN-gecertificeerd is;

B. om VEKA te verbieden:

Primair:

nog langer gebruik te maken van de inzet van ingeleende werknemers die vallen onder de werkingssfeer van de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf die niet beloond worden overeenkomstig de financiële arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 2b van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,-- voor iedere dag dat VEKA na betekening van het in deze te wijzen vonnis in gebreke blijft om aan de veroordeling te voldoen;

Subsidiair:

nog langer gebruik te maken van de inzet van in-geleende werknemers die niet beloond worden overeenkomstig de financiële arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 19 jo. artikel 68 van de algemeen verbindend verklaarde ABU cao, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag dat VEKA na betekening van het in deze te wijzen vonnis in gebreke blijft om aan de veroordeling te voldoen;

C. te verklaren voor recht dat:

Primair:

VEKA (hoofdelijk) aansprakelijk is voor nabetaling van het achterstallige loon van de Roemeense werknemers van DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralutcont gedurende de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) door willens en wetens ge/misbruik te maken van de door DSW (Seaway) en/of de door haar ingeschakelde Roemeense uitzendbureau gepleegde wanprestatie jegens deze werknemers en mede op grond van artikel 7:616a BW;

Subsidiair:

VEKA (rechtstreeks) aansprakelijk is voor nabetaling van het achterstallige loon van de Roemeense werknemers van DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont gedurende de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 op grond van artikel 7:616b lid 4 BW;

D. om op voet van artikel 15 en 16 van de Wet CAO, in samenhang met artikel 2b lid 1 van de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf en artikel 7:616a, BW VEKA te veroordelen in die zin dat:

Primair:

1. VEKA wordt veroordeeld om ten behoeve van alle (ex-)uitzendkrachten die vanaf 1 februari 2016 (gedurende enige periode) bij haar werkzaam zijn (geweest), binnen twee maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, correcte en inzichtelijke berekeningen te maken van het gedurende de periode van de tewerkstelling verschuldigde loon inclusief alle toeslagen, alsook om deze berekeningen aan de betreffende uitzendkrachten te verstrekken;

2. VEKA op de voet van artikel 7:616a lid 1 BW, als opdrachtgever, wordt veroordeeld om aan de betreffende uitzendkrachten, voor zover zij hierop aanspraak kunnen en willen maken, te betalen een schadevergoeding ter grootte van het berekende bedrag aan achterstallig loon (salaristekort), vermeerderd met de wettelijke verhoging ex

artikel 7:625 BW, gesteld op 50% hiervan, en de wettelijke rente vanaf de vervaldata tot de datum der voldoening, dit binnen één maand nadat de berekening aan de betreffende uitzendkrachten is verstrekt;

het gevorderde onder sub D, primair, 1 t/m 2, onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat VEKA dit mocht nalaten;

Subsidiair:

1. VEKA wordt veroordeeld om ten behoeve van alle (ex-)uitzendkrachten die vanaf 1 februari 2016 (gedurende enige periode) bij haar werkzaam zijn (geweest), binnen twee maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, correcte en inzichtelijke berekeningen te maken van het gedurende de periode van de tewerkstelling verschuldigde loon inclusief alle toeslagen, alsook om deze berekeningen aan de betreffende uitzendkrachten te verstrekken;

2. VEKA op de voet van artikel 7:616b lid 4 BW, als hoofdopdrachtgever, wordt veroordeeld om aan de betreffende uitzendkrachten, voor zover zij hierop aanspraak kunnen en willen maken, te betalen een schadevergoeding ter grootte van het berekende bedrag aan achterstallig loon (salaristekort), vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW, gesteld op 50% hiervan, en de wettelijke rente vanaf de vervaldata tot de datum der voldoening, dit binnen één maand nadat de berekening aan de betreffende uitzendkrachten is verstrekt;

het gevorderde onder sub D, subsidiair, 1 t/m 2, onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat VEKA dit mocht nalaten;

Meer Subsidiair:

1. VEKA wordt veroordeeld om ten behoeve van de (ex-)uitzendkrachten in dienst van DSW, die vanaf 1 februari 2016 (gedurende enige periode) bij haar werkzaam zijn (geweest), binnen twee maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, correcte en inzichtelijke berekeningen te maken van het gedurende de periode van de tewerkstelling verschuldigde loon inclusief alle toeslagen, alsook om deze berekeningen aan de betreffende uitzendkrachten te verstrekken;

2. VEKA op de voet van artikel 7:616a lid 1 BW, als opdrachtgever, wordt veroordeeld om aan de (ex-)uitzendkrachten in dienst van DSW, voor zover zij hierop aanspraak kunnen en willen maken, te betalen een schadevergoeding ter grootte van het berekende bedrag aan achterstallig loon (salaristekort), vermeerderd met de wettelijke

verhoging ex artikel 7:625 BW, gesteld op 50% hiervan, en de wettelijke rente vanaf de vervaldatum tot de datum der voldoening, dit binnen één maand nadat de berekening aan de betreffende uitzendkrachten is verstrekt;

het gevorderde onder sub D, meer subsidiair, 1 t/m 2, onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat VEKA dit mocht nalaten; E. om VEKA te veroordelen tot:

betaling aan FNV van een bedrag van Euro 50.000,- (vijftigduizend), dan wel een door de kantonrechter in goede justitie te betalen bedrag aan schadevergoeding

Primair:

op de voet van de artikel 15 jo. artikel 16 van de Wet CAO;

Subsidiair:

uit hoofde van een door VEKA gepleegde onrechtmatige daad;

F. om VEKA te veroordelen:

1. om, binnen één maand nadat het vonnis is betekend, aan FNV al die documenten van/over de Roemeense werknemers die redelijkerwijs nodig zijn om te controleren dat VEKA het op basis van dit vonnis verschuldigde schadevergoeding ter grootte van het salaristekort aan die werknemers heeft uitbetaald;

2. tot betaling aan FNV van de proceskosten, waaronder begrepen het salaris gemachtigde van FNV.

3.2. VEKA voert verweer en betwist daarbij de vorderingen van FNV.

3.3. Partijen hebben hun standpunten op zeer uitgebreide wijze uiteengezet en FNV heeft daarbij een groot aantal producties ter onderbouwing van haar stellingen overgelegd. Bij de hierna volgende beoordeling zal hetgeen door partijen is gesteld en aangevoerd – verkort – worden weergegeven, voor zover dat voor de beoordeling van belang is.

De beoordeling van het geschil

Algemene opmerkingen

4.1. De vorderingen van FNV zullen worden beoordeeld aan de hand van het daartegen door VEKA gevoerde verweer. Allereerst zal daarbij worden ingegaan op door VEKA betwiste bevoegdheid van FNV om de vorderingen in te stellen en de door VEKA gestelde schending van de klachtplicht door FNV.

De ontvankelijkheid

4.2. VEKA heeft bij wijze van eerste verweer de bevoegdheid van FNV om deze vorderingen in te dienen betwist en op grond daarvan geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van FNV. FNV heeft gesteld dat zij als contractspartij bij de voor deze zaak relevante cao's, de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf en de ABU-cao, uit eigen hoofde nakoming kan vorderen van de in die cao's opgenomen werkgeversverplichtingen. Zij heeft daartoe verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980. Verder heeft FNV zich beroepen op de bevoegdheid die artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) haar verleent tot het instellen van de rechtsvordering.

4.3. De kantonrechter oordeelt hierover als volgt, te beginnen met de verwijzing naar artikel 3:305a BW. Artikel 3:305a BW luidde (voor zover van belang) ten tijde van het indienen van de vorderingen:

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.

2. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien zij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de verweerder te bereiken. een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is eveneens niet ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn.

3. Een rechtsvordering (...) kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

4. (...)

(...)

Aldus kunnen vijf ontvankelijkheidsvoorwaarden worden onderscheiden, waaraan een vakbond moet voldoen om namens bepaalde werknemers een procedure te kunnen starten, te weten: er moet sprake zijn van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, deze stichting of vereniging moet een toereikende statutaire doelomschrijving hebben, er moet sprake zijn van behartiging van gelijksoortige belangen als ge-

noemd in de statuten, er moet voldoende zijn geprobeerd het gevorderde via overleg te bereiken en de belangen moeten voldoende gewaarborgd zijn. Verder geldt dat vorderingen tot schadevergoeding op grond van artikel 3:305a BW zijn uitgesloten.

4.4. Niet ter discussie staat dat FNV een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid is. Blijkens de ruime doelomschrijving van artikel 8.2 onder i van de statuten³ komt FNV op voor zowel leden als niet-leden. Het feit dat de Roemeense arbeidskrachten, waar het in dit geval feitelijk om gaat, geen lid zijn van FNV maakt daarom niet dat FNV geen bevoegdheid op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) toekomt, zoals door VEKA is aangevoerd. Ook staat voldoende vast dat de inzet van deze procedure is het behartigen van werknemersbelangen, zoals in de statuten van FNV is genoemd. Voorts is voldoende aannemelijk gemaakt dat er meerdere malen overleg tussen partijen heeft plaatsgevonden met betrekking tot het onderwerp van geschil in deze procedure⁴. Tot slot is de kantonrechter van oordeel dat de belangen waar het hier om gaat bij FNV voldoende zijn gewaarborgd, gelet op haar positie in het maatschappelijk bestel.

4.5. Hetgeen door FNV is gevorderd onder de letters A tot en met C betreft vorderingen niet zijnde schadevergoedingsvorderingen, die naar het oordeel van de kantonrechter vallen binnen de hiervoor genoemde doelomschrijving en het ruime toepassingsbereik van artikel 3:305a BW. Deze bepaling vormt in zoverre ten aanzien van deze onderdelen van het gevorderde geen belemmering voor de ontvankelijkheid van FNV.

4.6. Los van de in artikel 3:305a BW bedoelde groepsactie heeft FNV naar het oordeel van de kantonrechter terecht gesteld dat zij een eigen positie heeft en een eigen belang als contractspartij bij de genoemde cao's en dat zij vanuit die positie een vorderingsrecht heeft ter zake van de nakoming van uit de cao voortvloeiende verplichtingen. Dit volgt naar het oordeel van de kantonrechter uit het hiervoor genoemde arrest van 2 juni 2018, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat FNV uit eigen hoofde nakoming kan vorderen van in een cao waarbij zij contractspartij was opgenomen verplichtingen van een werkge-

ver, zulks onafhankelijk van de wil van de betrokken werknemers. De vorderingen van FNV zijn gericht op nakoming door VEKA van verplichtingen die zij als werkgeefster heeft uit hoofde van de cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf. De onder A gevorderde verklaring voor recht, die er in feite toe strekt vast te stellen dat de desbetreffende werknemers (indirect) onder de werking van de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf vallen, is onlosmakelijk met de nakomingsverplichting ten aanzien van de cao verbonden.

4.7. FNV heeft het gevorderde onder de letter D bij conclusie van repliek gewijzigd, in die zin dat deze vordering moet worden begrepen als een vordering ter zake van de schade die de uitzendkrachten hebben geleden als gevolg van het niet-nakomen door VEKA van de uit artikel 2b lid 1 van de Cao voor het Metalbewerkingsbedrijf voortvloeiende vergewisplicht in combinatie met artikel 7:616a BW. FNV stelt haar bevoegdheid tot het instellen van deze vordering te ontleen aan artikel 15 (en 16) van de Wet op de Collectieve arbeidsovereenkomst (Wet Cao).

Artikel 15 Wet Cao luidt:

Eene vereeniging, welke eene collectieve arbeidsovereenkomst heeft aangegaan, kan, indien eene der andere partijen bij die overeenkomst of een der leden van dezen handelt in strijd met eene harer of zijner verplichtingen, vergoeding vorderen niet alleen voor de schade, welke zij zelve dientengevolge lijdt, doch ook voor die, welke hare leden lijden.

Artikel 16 Wet Cao luidt:

Voor zover de schade in ander nadeel dan vermogensschade bestaat, zal als vergoeding een naar billijkheid te bepalen bedrag verschuldigd zijn.

4.8. Naar het oordeel van de kantonrechter bieden deze bepalingen geen grondslag voor het onder D gevorderde, omdat deze vorderingen schadevorderingen behelzen in de vorm van de betaling van achterstallig loon en wettelijke verhoging, een nakomingsvordering derhalve, ten gunste van de Roemeense arbeidskrachten, zijnde niet-leden van FNV. Uit het arrest van de Hoge Raad van 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, valt af te leiden dat een dergelijke nakomingsvordering alleen betrekking kan hebben op de nakoming van een verplichting van een werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak kunnen en willen maken. Daarvan is in dit geval niet gebleken. Dit maakt dat FNV niet-ontvankelijk is ten aanzien van het onder letter D gevorderde. Dit

3 Weergegeven onder 2.1. hiervoor.

4 Samengevat onder 2.13 en 2.14 hiervoor.

geldt eveneens ten aanzien van het door FNV onder F 1 gevorderde.

4.9. De vordering onder E betreft een schadevordering ten gunste van FNV zelf en is gebaseerd op de hiervoor genoemde artikelen 15 en 16 Wet Cao. De vordering die is geformuleerd onder F 2 volgt uit het bepaalde in artikel 237 e.v. Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv). De ontvankelijkheid van FNV ten aanzien van deze vordering is daarmee gegeven.

De schending van de klachtplicht

4.10. Volgens VEKA heeft FNV te lang getalmd met haar vordering en heeft zij daarmee de klachtplicht van artikel 6:89 BW geschonden. De kantonrechter volgt dit niet. Anders dan door VEKA is aangevoerd, is artikel 6:89 BW, gelet op Hoge Raad 13 juli 2018, ECLIN:HR:2018:1176, niet van toepassing op *alle* verbintenissen, inclusief verbintenissen die voortvloeien uit de wet. Deze bepaling heeft alleen betrekking op gebrekkige prestaties van een schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoorden en dat is in dit geval niet aan de orde. Dit verweer van VEKA slaagt daarom niet.

Het geschil inhoudelijk, algemeen

4.11. De kern van het geschil tussen partijen betreft kort gezegd het volgende. Volgens FNV is met de aannemingsovereenkomst tussen VEKA en DSW een schijnconstructie opgetuigd waarmee de Roemeense arbeidskrachten te werk werden gesteld op een wijze waarmee de van toepassing zijnde cao kon worden ontdoken. De arbeidskrachten zijn daardoor onderbetaald. Volgens FNV waren de Roemeense arbeidskrachten eigenlijk uitzendkrachten. De Roemeense arbeidskrachten hadden daarom moeten worden beloond conform de cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf. FNV baseert zich hierbij op de bevindingen en conclusies van de Inspectie SZW. VEKA betwist dit alles gemotiveerd.

4.12. Van bijzonder belang zijn in dit geval de volgende wettelijke bepalingen. Allereerst de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), in het bijzonder de artikelen 1 en 8 Waadi. Artikel 8 lid 1 Waadi, zoals dat luidde tot 1 januari 2020, bepaalde kort gezegd dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als degene die in dezelfde functie werkzaam is in dienst van de des-

betreffende onderneming. Over artikel 1 Waadi hierna meer.

Verder zijn van belang de artikelen 7:616a en b BW, bepalingen met betrekking tot aansprakelijkheid en ketenaansprakelijkheid voor loonbetaling in situaties van opdracht en aanneming van werk. Voorts artikel 7:690 BW, over de uitzendovereenkomst, en de artikelen 7:750 e.v. BW over aanneming van werk.

De overeenkomst tussen VEKA en DSW

4.13. FNV stelt dat de aannemingsovereenkomst tussen VEKA en DSW een schijnconstructie is en dat het feitelijk ging om het uitzenden en ter beschikking stellen van arbeidskrachten door DSW aan VEKA in de zin van artikel 7:690 BW en van de Waadi. Op FNV rust ter zake hiervan de stelplicht en bewijslast.

Indien zou worden geoordeeld dat er sprake was van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, is de Waadi van toepassing en de consequentie daarvan is dat de cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf, die in de onderneming van VEKA van toepassing is, ook op de Roemeense arbeidskrachten had moeten worden toegepast. Vast staat dat dit laatste niet het geval is geweest.

4.14. Volgens artikel 7:690 BW is de uitzendovereenkomst de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever (in de visie van FNV: DSW), in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde (in de visie van FNV: VEKA) om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. 4.15. Artikel 7:690 BW is opgenomen in Titel 10 van Boek 7 BW, genaamd 'de arbeidsovereenkomst' en ziet als een bijzondere vorm van een arbeidsovereenkomst primair op de relatie tussen de werknemer (de uitzendkracht) en de werkgever (het uitzendbureau). Bij een uitzendsituatie is er, zodra het tot daadwerkelijke tewerkstelling van de werknemer bij een derde (de inlener) komt, eveneens sprake van een (contractuele) relatie tussen de werkgever en de inlener, voor wie de werknemer feitelijk de arbeid verricht. De relatie tussen de werkgever en de inlener kwalificeert als een opdrachtovereenkomst, waarbij de inlener opdrachtgever en de werkgever opdrachtnemer is.

4.16. Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van terbeschikkingstelling door DSW

van arbeidskrachten aan VEKA in de zin van de Waadi moet worden voldaan aan vier in artikel 1 lid 1 onder c Waadi genoemde voorwaarden. Ter beschikking stellen van arbeidskrachten is in die bepaling gedefinieerd als: (i) het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor (ii) het onder diens toezicht en leiding, (iii) anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, (iv) verrichten van arbeid.

4.17. Aan de hand van alle gestelde feiten en omstandigheden zal moeten worden beoordeeld of voldoende aannemelijk is dat in dit geval sprake was van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door DSW aan VEKA, niettegenstaande de tussen hen gesloten aannemingsovereenkomst. Daarbij neemt de kantonrechter als uitgangspunt dat de Hoge Raad in het arrest van 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, heeft geoordeeld dat de vraag of sprake is van “toezicht en leiding” als bedoeld in art. 7:690 BW dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW.

De kantonrechter is van oordeel dat dit ten aanzien van artikel 1 lid 1 onder c Waadi eveneens geldt, nu beide definities op dit punt vrijwel gelijklopend zijn. Het gaat daarbij bij artikel 7:610 BW om het verrichten van arbeid onder zeggenschap van de werkgever. In het geval van een uitzendrelatie is dat de inlener.

Tussenstap; de waardering van de rapporten van de Inspectie SZW

4.18. FNV baseert zijn stellingname op de rapportages van de Inspectie SZW. De Inspectie SZW concludeert in met name het derde hiervoor onder 2.11 genoemde, niet gedateerde, rapport dat DSW arbeidskrachten aan VEKA ter beschikking stelde en dat er geen sprake was van aanneming van werk.

4.19. VEKA heeft verschillende op- en aanmerkingen ten aanzien van deze rapportages gemaakt. Daarover allereerst het volgende. In deze procedure staan de vorderingen van FNV ter beoordeling. De rapportages van de Inspectie SZW vormen een bewijsmiddel voor de aan de vorderingen te grondslag liggende stellingen van FNV en zullen door de kantonrechter als zodanig moeten worden gewaardeerd, conform artikel 152 lid 2 Rv. De (inhoud en conclusies van deze) rapporta-

ges staan als zodanig derhalve niet ter beoordeling. Dit brengt mee dat de kantonrechter niet zal ingaan op alle kritiek die VEKA op de rapporten en de daaraan voorafgaande onderzoeken heeft geuit, maar slechts op die kritiekpunten die naar het oordeel van de kantonrechter de bewijswaardering raken.

4.20. VEKA zet vraagtekens bij de wijze van onderzoek en de feitenvaststelling door de Inspectie SZW en is van mening dat de conclusies zijn gebaseerd op enkele onderdelen uit afgelegde verklaringen die uit hun verband zijn getrokken, waar andere antwoorden zijn genegeerd. Volgens haar was er sprake van tunnelvisie bij de Inspectie SZW en bestaat de indruk dat de rapporteurs van de Inspectie SZW op zoek waren naar bepaalde antwoorden.

VEKA is met het noemen van een zestal concrete punten van kritiek in het bijzonder ingegaan op de interviews die medewerkers van de Inspectie SZW hebben afgenomen bij vier Roemeense arbeidskrachten. VEKA heeft hierbij verwezen naar diverse onderdelen uit de rapportages, waarin zij steun meent te vinden voor haar bezwaren tegen de rapportages.

4.21. Verder concludeert VEKA dat uit de rapporten van bevindingen artikel 10 wet AVV van 22 juni 2016 en 6 juli 2016 niet blijkt dat sprake is van enige overtreding en/of het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en voert zij verder aan dat deze rapporten ten onrechte niet meer zijn betrokken bij de latere oordeelsvorming door de Inspectie SZW.

4.22. Met betrekking tot de twee laatstgenoemde rapporten oordeelt de kantonrechter allereerst dat daaruit niet de conclusie kan worden getrokken die VEKA trekt.

Artikel 10 lid 1 Wet op het algemeen verbindend verklaren en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) betreft een verzoek aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ter zake van onderzoek naar het niet naleven van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Na het onderzoek wordt een feitelijk verslag van bevindingen opgesteld (bijlage bij de Beleidsregel toetsingskader verzoeken artikel 10 wet AVV, Staatscourant 2017, 30494). De bevindingen bevatten ook slechts een aantal feitelijke bevindingen en de meningen van de betrokken ondernemingen. Deze zijn door VEKA niet weersproken.

4.23. Met betrekking tot de door de Inspectie SZW opgestelde getuigenverklaringen van de Roemeense arbeidskrachten deelt de kantonrechter de kritiek die VEKA daarop heeft uitgeoefend niet. Althans de kantonrechter is van oordeel dat deze verklaringen, die onderdeel uitmaken van de rapportages van de Inspectie SZW, kunnen bijdragen aan de bewijslevering. In het algemeen geldt hieromtrent dat het getuigenverklaringen betreft die onder ambtseed of -belofte zijn opgemaakt door de rapporteurs en dat de arbeidskrachten zijn ondervraagd met behulp van beëdigde tolken Roemeens. Van communicatieproblemen tijdens de ondervragingen blijkt niets en de kantonrechter acht hetgeen VEKA hieromtrent heeft aangevoerd suggestief. Ook is de kantonrechter van oordeel dat de vragen niet sturend zijn. Het lijkt veeleer dat de rapporteurs op bepaalde momenten nadere concretisering van de vragen hebben beoogd. Uit de beantwoording blijkt ook niet dat de ondervraagden zich in een bepaalde richting hebben laten sturen, nu zij een concrete beschrijving hebben gegeven van de werkzaamheden die zij verrichten en van de activiteiten die de (Roemeense) bedrijven volgens hen verrichten, waarbij soms ontkenkend is gereageerd op vragen.

4.24. De onderzoeken zijn door de Inspectie SZW verricht in het kader van onderzoek naar en toezicht op naleving van de Waadi en de Wet AVV. Het horen van de diverse getuigen door de rapporteurs van de Inspectie SZW heeft in dat kader plaatsgevonden en dit onderscheidt zich dan ook van getuigenverhoren door de rechter conform artikel 179 Rv. Dat VEKA niet in de gelegenheid is geweest om bij de verhoren aanwezig te zijn maakt daarom niet dat de naar aanleiding van de ondervraging ambtsedig opgestelde schriftelijke getuigenverklaringen niet als bewijsmiddel in deze procedure kunnen gelden.

Dat verder slechts een minderheid van vier Roemeense arbeidskrachten is ondervraagd doet aan de inhoud van de afgelegde verklaringen niet af. Daarnaast is er in zoverre sprake van een representatieve groep ondervraagden dat er vier verschillende beroepsbeoefenaren, te weten een plaatwerker/voorman, een ijzerwerker, een assembleerder en een lasser zijn ondervraagd. Hun antwoorden op vragen met betrekking tot de gang van zaken op het werk komen grotendeels overeen en wijken niet af van hetgeen is verklaard door de eveneens ondervraagde manager produc-

tie (aangeduid als X) en de meewerkend voorman (aangeduid als Y), beiden Nederlanders in dienst van VEKA.

4.25. De kantonrechter is samenvattend van oordeel dat de door FNV overgelegde rapportages van de Inspectie SZW als bewijsmiddel kunnen gelden.

De overeenkomst tussen VEKA en DSW (vervolg)

4.26. Artikel 7:750 lid 1 BW definieert aanneming van werk als de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.

Aanneming van werk impliceert dat de aannemer zelfstandig gehouden is om het aangenomen werk uit te voeren en op te leveren. Hij kan daarvoor hulppersonen inschakelen, maar behoudt de leiding dan wel de aansprakelijkheid voor deugdelijke nakoming (artikel 7:751 BW). Het is verder mogelijk dat de aannemer gebruik maakt van door de opdrachtgever ter beschikking gestelde zaken en materialen, alsmede van door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken en uitvoeringsvoorschriften (artikelen 7:754 BW en 7:760 BW). Voorts is het mogelijk dat de opdrachtgever toezicht houdt, maar dat laat de eigen, zelfstandige positie van de aannemer onverlet.

4.27. De kantonrechter is van oordeel dat in dit geval van aanneming van werk geen sprake is. Daartoe geldt het volgende.

4.28. De overeenkomst zoals die is omschreven in de schriftelijke overeenkomst tussen DSW en VEKA behelst het tot stand brengen van een werk van stoffelijk aard. Naast hetgeen op papier is vastgelegd zijn echter de wijze waarop feitelijk uitvoering aan de overeenkomst wordt gegeven en overige omstandigheden van belang.

Zoals hiervoor is aangegeven heeft de aannemer een zelfstandige positie ten aanzien van de uitvoering van het door hem aangenomen werk. Dit brengt mee dat van de aannemer deskundigheid ter zake van het aangenomen werk mag worden verwacht en dat de aannemer binnen de marges van de door hem aangenomen opdracht zelfstandig opereert en de leiding heeft met betrekking tot het uitvoeren van de concrete werkzaamheden. Dit impliceert dat binnen het bestand van de werknemers van de aannemer, of de door hem

ingeschakelde hulppersonen, op zijn minst sprake moet zijn van een bevelstructuur waarbij de leidinggevende werknemer(s) van de aannemer de deskundigheid bezitten om de te verrichten werkzaamheden en de voortgang daarvan te bepalen aan de hand van een daartoe door de aannemer opgestelde planning en dat deze leidinggevendenden de ondergeschikten aansturen door middel van het geven van opdrachten en aanwijzingen.

4.29. Uit de rapportages van de Inspectie SZW blijkt naar het oordeel van de kantonrechter genoegzaam dat van de hiervoor bedoelde situatie geen sprake was. Uit zowel de verklaringen van de Roemeense arbeidskrachten als de verklaringen van X en Y blijkt dat de werkzaamheden volledig werden bepaald door X, de managing director van VEKA. Hij bepaalde, al dan niet samen met Y, de planning en de hoeveelheid arbeidskrachten die op een bepaald moment nodig waren en gaf de werkinstructies. De Roemeense voorman fungeerde in feite slechts als 'doorgeefluik' voor de aan hem door X gegeven opdrachten en instructies omdat hij de enige, of een van de weinigen, was die Roemeens én Engels sprak. Van enige zelfstandige ruimte en een eigen deskundigheid en bevoegdheid bij DSW om de op papier door haar aangenomen werkzaamheden op zelfstandige wijze in te richten en uit te voeren en daaraan leiding gaf en dat DSW geheel zelfstandig was in de uitvoering van het werk, dat DSW bepaalde hoeveel arbeidskrachten zij inschakelde en dat DSW haar arbeidskrachten aanstuurde, is door VEKA niet onderbouwd, anders dan door aan te voeren dat de rapporten van de Inspectie SZW niet juist zijn. De kantonrechter kan dit verweer dan ook niet volgen.

4.30. Verder heeft arbeidskracht 2 desgevraagd verklaard dat hij ingeval van ziekte of een dag vrij dit moet doorgeven aan arbeidskracht 1, die dat dan aan ene [naam 3] doorgaf. Arbeidskracht 3 verklaart dat hij bij ziekte of vrijaf dit aan zijn werkgever in Roemenië moet doorgeven, die dat dan weer doorgaf aan VEKA. VEKA heeft niet weersproken dat zij hierover werd geïnformeerd,

maar ook niet verklaard waarom. In een situatie van aanneming zou dit enkel een aangelegenheid zijn tussen de betrokken werknemer en DSW, waar VEKA buiten zou staan.

Voorts kunnen bij de urenregistratie enige vraagtekens worden gezet. Vast staat dat de Roemeense arbeidskrachten in- en uitklokten in het registratiesysteem van VEKA, alsmede dat VEKA de door hen gewerkte uren bijhield⁵. X heeft dit laatste ook verklaard. VEKA heeft ten aanzien hiervan aangevoerd dat zij via de klokregistratie bijhield hoeveel personen er op de werf waren en dat zij globaal kon controleren of de door DSW opgestelde begroting overeen kwam met de werkelijkheid. Dat VEKA inzicht wilde hebben in het aantal op haar werf aanwezige personen valt te begrijpen, alleen al uit het oogpunt van veiligheid. Verder valt ook nog te begrijpen dat VEKA via urenregistratie een globaal inzicht in de kosten wilde krijgen, al was het alleen maar in verband met het bedingen van een prijs bij een toekomstige vergelijkbare opdracht. Het argument echter dat VEKA aldus de door DSW opgestelde begroting kon controleren valt, in een situatie waarbij vooraf een vaste aanneemsom is bedongen, zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, niet goed te begrijpen. Daar komt het volgende bij.

In de laatste drie hiervoor onder 2.11 genoemde rapporten van de Inspectie SZW is onder het kopje 'manurenregistratie'⁶ vermeld dat er geen facturering kon plaatsvinden indien de urenregistratie niet door DSW en VEKA voor akkoord was getekend. FNV heeft daarop gewezen. Dit verdraagt zich naar het oordeel van de kantonrechter niet met aanneming van werk tegen een vaste aanneemsom omdat in dat geval immers de verrichte werkzaamheden, en niet de bestede uren, maatgevend zijn voor (deel)betaling. VEKA is in haar conclusies uitgebreid en gedetailleerd ingegaan op deze rapporten, maar zij heeft de hiervoor genoemde constatering in de rapporten onbesproken gelaten. VEKA heeft aangevoerd dat er wel degelijk werd gefactureerd aan de hand van de oplevering van een bepaald werk. FNV heeft ech-

5 Zie 2.11 hiervoor onder 'Manurenregistratie'. Een deel van de registratie is door FNV overgelegd als productie 21 bij dagvaarding.

6 De tekst uit het rapport ten aanzien van DSW is deels geciteerd onder 2.10. De overige twee rapporten bevatten een gelijklopende passage.

ter, met verwijzing naar de rapportages van de Inspectie SZW, aangevoerd dat er van oplevering geen sprake was en VEKA heeft dat onvoldoende gemotiveerd weersproken, mede gelet op de constatering van de Inspectie SZW dat betaling afhankelijk was van een akkoord over de urenregistratie.

4.31. Voorts geldt nog het volgende ten aanzien van Seaway en DSW. Uit de getuigenverklaringen blijkt dat arbeidskracht 1 bij DSW in dienst is. De arbeidskrachten 2, 3 en 4 hebben desgevraagd verklaard dat zij bij Seaway in dienst zijn. Arbeidskracht 3 komt er tijdens de ondervraging achter dat hij door Saldnav is betaald.

Op het door FNV overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel van Seaway is als activiteit van de onderneming het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aangegeven (2.6 hiervoor). FNV heeft verder gesteld dat op de website van Seaway wordt geadverteerd met "highly experienced, skilled and motivated shipyard personnel". VEKA heeft dit in die zin weersproken dat zij stelt dat Seaway een onderneming is met meerdere gespecialiseerde activiteiten op het gebied van scheepvaart, scheepsbouw en offshore industrie, maar zij heeft niet geconcretiseerd waaruit deze activiteiten bestaan en ook geen onderbouwende informatie over dit bedrijf ingebracht waaruit de door haar gestelde activiteiten blijken.

Dat is in het licht van de door FNV aangedragen omstandigheden een onvoldoende weerlegging. Weliswaar geeft arbeidskracht 3 aan dat Seaway een eigen scheepswerf met kantoren in Roemenië heeft, maar arbeidskracht 4 geeft aan dat Seaway een constructiebedrijf voor scheepswerven is. Uit de verklaringen van deze arbeidskrachten blijkt verder dat zij op het moment van ondervraging nog maar enige maanden voor Seaway werkzaam waren en nooit op een bedrijf van Seaway zelf hebben gewerkt. Op grond van het door FNV over Seaway gestelde acht de kantonrechter het onvoldoende aannemelijk dat Seaway een scheepsbouwbedrijf exploiteert. De kantonrechter betreft hierbij dat niet is gebleken dat DSW over eigen productiemiddelen beschikte. VEKA heeft aangevoerd dat de arbeidskrachten van DSW over eigen kleding en persoonlijke beschermingsmiddelen beschikten, maar voor het overige blijken alle middelen door VEKA ter beschikking te zijn gesteld. Dit verdraagt zich naar het

oordeel van de kantonrechter niet met een rol als zelfstandig opererende aannemer.

4.32. De omschrijving in het handelsregister van de activiteiten van DSW, het aanbieden van bouwdiensten aan scheepswerven, is naar het oordeel van de kantonrechter zodanig ruim dat daar van alles onder kan worden geschaard. Uit het rapport van de Inspectie SZW van 6 juli 2016 blijkt dat de accountmanager van Trustmoore Netherlands, degene die ten tijde van de ondervraging de financiële administratie van DSW verzorgde en op wiens adres DSW stond ingeschreven, heeft verklaard dat DSW is opgericht met als doel om contractspartij van Bijlsma te worden voor het uitvoeren van werkzaamheden. FNV heeft verder gesteld dat niet is gebleken dat DSW, naast een aantal op de werf van VEKA werkzame personen, verder nog personeel in dienst had. VEKA heeft dit alles niet weersproken. Verder heeft FNV onweersproken gesteld dat DSW na het beëindigen van de relatie met VEKA geen activiteiten meer heeft ontplooid.

4.33. Kortom, niet is gebleken van enige zelfstandige rol van DSW bij het uitvoeren van de werkzaamheden. Niet blijkt hieruit dat zij meer dan de arbeidskrachten heeft ingebracht. Deze vaststellingen rechtvaardigen de conclusie dat ondanks de schriftelijke overeenkomst(en) tussen VEKA en DSW tot aanneming van werk, daarvan in feite geen sprake was. VEKA heeft nog aangevoerd dat, indien de opdrachtovereenkomst niet strekt tot aanneming van werk, er sprake is van een algemene overeenkomst tot opdracht volgens artikel 7:400 BW. Gelet op de door VEKA onvoldoende weersproken feiten moet deze opdracht dan hebben bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door DSW aan VEKA en dat betreft de grondslag van de stellingname van FNV.

4.34. Hetgeen VEKA verder nog heeft aangevoerd met betrekking tot de problemen die tussen haar en VEKA zouden zijn ontstaan naar aanleiding van door VEKA geconstateerde gebreken aan de schepen en de gerechtelijke procedure die daarover tussen hen nog zou zijn gevoerd, maakt het voorgaande niet anders. Zoals FNV terecht heeft aangevoerd kan in de enkele door VEKA overgelegde e-mails⁷ tussen haar en Seaway hierover een klacht over de vakbekwaamheid van de Roe-

7 Omwille van de leesbaarheid van dit vonnis zijn deze e-mails niet hiervoor onder 'De feiten' opgenomen.

meense arbeidskrachten worden gelezen. VEKA heeft geen met stukken onderbouwd inzicht gegeven in die procedure, zodat niet duidelijk is geworden welke stellingen die raken aan hun rechtsverhouding, partijen daarin hebben ingenomen.

4.35. Na de voorgaande overwegingen van meer algemene aard zal verder worden ingegaan op de vorderingen zoals die door FNV zijn geformuleerd.

De vordering onder A

4.36. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is er voldoende grondslag om de primair onder 1 van onderdeel A gevorderde verklaring voor recht toe te wijzen. Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende komen vast te staan dat er sprake was van het tegen vergoeding (door DSW) ter beschikking stellen van arbeidskrachten (aan VEKA) waarbij de arbeidskrachten onder toezicht en leiding van VEKA arbeid hebben verricht, zonder dat zij bij VEKA in dienst waren. Daarmee is voldaan aan het in artikel 1 lid 1 onder c Waadi neergelegde criterium.

4.37. Er is naar het oordeel van de kantonrechter ook voldoende grondslag voor toewijzing van de vordering voor wat betreft de kwalificatie als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Zoals hiervoor onder 4.14 is overwogen kwalificeert artikel 7:690 BW de (arbeids)verhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau en VEKA is in die verhouding geen partij. In zoverre is het verweer van VEKA tegen dit deel van de vordering juist. Formeel was er sprake van arbeidsovereenkomsten tussen de Roemeense arbeidskrachten en DSW (of Seaway) of een van de uitzendbureaus Tehnoship, Saldnav of Ralucont. Echter met de uitzendovereenkomst is onlosmakelijk verbonden het ter beschikking stellen van de werknemers aan de inlener en daarvan was naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval sprake.

4.38. De arbeidskrachten die in dienst waren van Tehnoship, Saldnav of Ralucont werden door DSW ingeleend en door deze feitelijk bij VEKA te werk gesteld. Uit hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van DSW volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat DSW slechts diende als vehikel om de Roemeense arbeidskrachten bij VEKA te werk te kunnen stellen. Door de gehanteerde werkwijze is een uitzendketen gecreëerd. Daarom kan de vordering van FNV naar het oordeel van de kantonrechter ook voor wat betreft de

kwalificatie als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW worden toegewezen.

4.39. Artikel 2b lid 1 Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf bepaalt dat de in die bepaling genoemde arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op inleenkrachten. Het daarop betrekking hebbende onderdeel 2 van de primaire vordering is niet specifiek door VEKA betwist. VEKA heeft erkend dat binnen haar bedrijf de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf op de bij haar in dienst zijnde werknemers wordt toegepast en zij heeft verder ook niet de stelling van FNV weersproken dat op de Roemeense arbeidskrachten de Nederlandse arbeidsvoorwaarden conform de geldende cao van toepassing waren. Dit leidt er toe dat het primair onder 2 gevorderde toewijsbaar is. Dit geldt eveneens ten aanzien van het primair onder 3 gevorderde.

4.40. Het subsidiair gevorderde behoeft hiermee geen beoordeling.

De vordering onder B

4.41. FNV vordert onder B kortgezegd een verbod op inzet van ingeleende werknemers die vallen onder de werkingssfeer van Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf maar die niet worden beloond conform die cao. De kantonrechter kan uit de onderbouwing die FNV bij conclusie van repliek voor deze vordering heeft gegeven in reactie op het verweer daartegen van VEKA slechts afleiden dat FNV deze vordering baseert op artikel 2b lid 1 Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf. Hierin is bepaald dat de desbetreffende inleenkracht conform deze cao moet worden beloond. Dat schept een verplichting ten aanzien van het uitzendbureau dat de werkgever van de inleenkracht is en niet ten aanzien van de inlener.

Dit geldt eveneens ten aanzien van de artikelen 19 juncto 68 van de ABU-cao, waarop FNV haar subsidiaire vordering onder B kennelijk baseert.

De slotzin van genoemd artikel 2b lid 1 Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf bevat de daarin omschreven vergewisplicht voor de inlenende werkgever ten opzicht van het uitzendbureau, maar naar het oordeel van de kantonrechter kan daarop niet het gevorderde verbod aan VEKA worden gebaseerd. Dit zou naar het oordeel van de kantonrechter slechts anders zijn indien de vergewisplicht vergezeld ging van een uitdrukkelijk verbod aan de inlener zoals door FNV is gevorderd.

4.42. Afgezien van het voorgaande geldt dat de vordering een verbod op een toekomstig handelen betreft. De kantonrechter is van oordeel dat voor het kunnen slagen van een zodanige vordering is vereist dat daarvoor een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die de eiser verboden wil zien zullen worden verricht door de andere partij (vergelijk HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693).

FNV heeft ter onderbouwing gesteld dat het haar er om gaat dat VEKA in de toekomst niet weer gebruik maakt van een (illegale) constructie van oneigenlijke contracting.

VEKA heeft bij wijze van verweer aangevoerd dat het gevorderde verbod te algemeen is geformuleerd, een mogelijk toekomstige situatie betreft en niet vooraf kan worden bepaald hoe een toekomstige situatie kwalificeert. VEKA heeft in dit kader verder aangevoerd dat zij geen werknemers van DSW meer te werk heeft, op haar personeel conform de cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf toepast en dit ook mededeelt aan de uitzendbureaus waarmee zij zaken doet en ook en slechts uitzendkrachten van gecertificeerde uitzendbureaus inhuurt.

4.43. Naar het oordeel van de kantonrechter is van de hiervoor genoemde reële dreiging onvoldoende gebleken. Voorts is de vordering te algemeen geformuleerd en zal steeds in een zich concreet voordoende situatie moeten worden beoordeeld of van derden afkomstige werknemers vallen onder de werkingssfeer van de Cao voor de Metaalnijverheid en of de bepalingen van die cao op hen van toepassing zijn. Het gevorderde voegt in die zin niets toe.

Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

De vordering onder C

4.44. In haar rapportages komt de Inspectie SZW op basis van de aan haar ter beschikking gestelde loon- en urengegevens van de Roemeense arbeidskrachten en na vergelijking met het Handboek Functie-indeling voor de Metaal en Techniek en de salarisschalen uit de Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf ten aanzien van zowel DSW als Saldnav, Tehnoship en Ralucont tot de conclusie dat niet het juiste salaris werd betaald, er geen overuren met toeslag werden betaald, geen ADV rechten werden opgebouwd en er te

weinig vakantierechten werden opgebouwd.⁸ In het bijzonder concludeert de Inspectie SZW dat de arbeidskrachten een vast loon kregen uitbetaald, zonder dat met overuren, die werden gemaakt, rekening werd gehouden. De berekeningen van de Inspectie SZW die aan deze conclusies ten grondslag liggen staan vermeld in de hiervoor onder 2.11. genoemde rapportages en FNV heeft haar stelling dat er te weinig loon is betaald op deze berekeningen en de daaraan ten grondslag liggende loongegevens gebaseerd.

4.45. De kantonrechter is van oordeel dat FNV aannemelijk heeft gemaakt dat er ten aanzien van althans de onderzochte arbeidskrachten sprake was van te weinig betaald loon. Dat VEKA daar nog tegenover heeft aangevoerd dat de Roemeense arbeidskrachten nog een netto dagvergoeding ontvingen die niet op de loonstroken staat, doet daar niet aan af. FNV heeft onbetwist gesteld dat niet alle ondervraagde arbeidskrachten hebben verklaard een zodanige vergoeding te ontvangen en de hoogte van deze vergoedingen is ook niet duidelijk geworden.

4.46. Het onder C gevorderde beoogt een verklaring voor recht dat VEKA aansprakelijk is voor nabetaling van achterstallig loon over de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 en beoordeeld moet worden of daarvoor grondslag is. De kantonrechter gaat bij de beoordeling hieromtrent uit van het hiervoor reeds gegeven oordeel dat VEKA met DSW op papier een overeenkomst tot aanneming van werk is aangegaan die feitelijk een terbeschikkingstelling van arbeidskrachten betrof. De kantonrechter betreft daarbij dat blijkens het onderzoek van de Inspectie SZW DSW slechts een postbusonderneming betreft die is opgericht om als contractspartij te dienen voor bij Bijsma (VEKA) uit te voeren werkzaamheden. Aldus heeft VEKA naar het oordeel van de kantonrechter mede een constructie opgetuigd, althans gebruik gemaakt van een dergelijke constructie, waarmee toepassing van de Nederlandse arbeidsvoorwaardenregeling kon worden vermeden en door DSW en de betrokken uitzendbureaus een voor de betrokken arbeidskrachten minder gunstige regeling werd toegepast. Op deze wijze heeft VEKA zich tevens onttrokken aan de in artikel 2b lid 1 Cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf op haar rustende vergewisplicht ten

⁸ Zie onder 2.11 hiervoor.

opzicht van degenen die de arbeidskrachten ter beschikking stelden.

4.47. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft FNV, als partij bij de Cao voor het Metaalbewerkingbedrijf en als vakorganisatie die opkomt voor de belangen van werknemers in het algemeen, direct belang bij het naleven van hetgeen in de cao is overeengekomen. Immers treedt zij bij het afsluiten van een cao op namens werknemers en is zij gehouden om hun belangen, zowel tijdens het afsluiten van een cao als daarna, te behartigen. Dit klemt te meer ten aanzien van bepalingen die direct raken aan rechten en aanspraken die werknemers, direct of indirect, aan de cao kunnen ontnemen.

Dit in aanmerking nemende is de kantonrechter van oordeel dat VEKA met de hiervoor onder 4.46 omschreven handelwijze onrechtmatig jegens FNV heeft gehandeld.

Omdat met de hiervoor bedoelde handelwijze ook de belangen van de Roemeense arbeidskrachten zijn veronachtzaamd, is de kantonrechter van oordeel dat de handelwijze van VEKA ook ten opzichte van deze arbeidskrachten onrechtmatig was. Dit mede gelet erop dat de vergewisplicht van artikel 2b lid 1 Cao voor het Metaalbewerkingbedrijf daar juist op ziet. Daarmee is echter nog niet gegeven dat het onder C gevorderde in deze procedure toewijsbaar is.

4.48. De vraag of VEKA aansprakelijk is voor nabetaling van achterstallig loon op grond van een onrechtmatige daad of dat zij daartoe hoofdelijk of rechtstreeks aansprakelijk is op grond van het bepaalde in artikel 7:616a BW of artikel 7:616b BW betreft een vraag die naar het oordeel van de kantonrechter zozeer is verweven met de daadwerkelijk loonvordering, dat de hierop gerichte gevorderde verklaring voor recht in deze procedure niet op vordering van FNV kan worden toegewezen. De aansprakelijkheid voor loonbetaling door VEKA jegens de betrokken arbeidskrachten betreft een kwestie die deze arbeidskrachten rechtstreeks raakt zal moeten worden beoordeeld in door dezen aan te spannen loonvorderingsprocedures. FNV heeft naar het oordeel van de kantonrechter geen zelfstandig belang bij de vordering zoals die door haar is geformuleerd en zal daarom niet-ontvankelijk worden verklaard ten aanzien van dit onderdeel van haar vordering.

De vordering onder E

4.49. Hiervoor is overwogen dat VEKA heeft gehandeld in strijd met een verplichting die de Cao voor het Metaalbewerkingbedrijf haar heeft opgelegd. Artikel 15 Wet CAO biedt de grondslag voor een vordering tot schadevergoeding die FNV daardoor heeft geleden. De kantonrechter acht het aannemelijk dat FNV reputatieschade lijdt als gevolg van niet naleven van cao-bepalingen door een aan die cao gebonden werkgever, waardoor werknemers direct worden benadeeld. FNV heeft voorts voldoende inzichtelijk gemaakt dat zij door middel van de inzet van meerdere van haar werknemers zeer veel tijd aan deze kwestie heeft moeten besteden. Het door FNV gevorderde bedrag van € 50.000,- komt de kantonrechter dan ook niet bovenmatig voor en zal daarom worden toegewezen.

De proceskosten

4.50. *Alhoewel FNV deels niet-ontvankelijk zal worden verklaard en de vorderingen voor het overige niet steeds volledig zullen worden toegewezen, ziet de kantonrechter aanleiding om VEKA in de proceskosten te veroordelen. Dit omdat FNV in ten aanzien van de kern van haar vorderingen in het gelijk zal worden gesteld.* De proceskosten aan de zijde van FNV worden vastgesteld op:

- exploitkosten € 86,40
 - griffierecht € 972,00
 - salaris gemachtigde € 1.442,00 (2 punten x tarief € 721,00)
- totaal € 2.500,40.

Beslissing

De kantonrechter:

5.1. verklaart FNV niet ontvankelijk ten aanzien van het onder C, D en F sub 1 van haar inleidende dagvaarding gevorderde;

5.2. verklaart voor recht:

1. dat de terbeschikkingstelling van de Roemeense werknemers van DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont gedurende de periode van 1 februari 2016 tot 1 februari 2017 kwalificeert als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, dan wel als terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in de zin van de Waadi;
2. dat op de aan VEKA ter beschikking gestelde Roemeense inleenkrachten, in dienst van de uitzendwerkgevers DSW, Tehnoship, Saldnav en Ralucont, de financiële arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 2b lid 1 van de algemeen

verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerksbedrijf, van toepassing zijn;

3. dat VEKA in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende verplichting, als inlenende werkgever, om zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever op de inleenkracht de conform artikel 2b, eerste lid, van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Metaalbewerksbedrijf van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden toepast en een verklaring te vragen dat de uitzendwerkgever de wettelijke bepaling toepast, dan wel zich ervan te verzekeren dat de uitzendwerkgever NEN-gecertificeerd is;

5.3. veroordeelt VEKA om aan FNV vanwege schadevergoeding een bedrag van € 50.000,00 te betalen;

5.4. veroordeelt VEKA in de kosten van de procedure, aan de zijde van FNV vastgesteld op € 2.500,40;

5.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft hetgeen hiervoor onder 5.3. en 5.4 is toegewezen;

5.6. wijst het anders of meer gevorderde af.

NOOT

Van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW is sprake wanneer de werkgever de werknemer in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt van een derde – op grond van een met die derde gesloten overeenkomst van opdracht – om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De definitie van terbeschikkingstelling in de Waadi is ruimer. Niet noodzakelijk is dat de terbeschikkingstelling van de arbeidskracht aan een derde geschiedt in het kader van het beroep of bedrijf van degene die de arbeidskrachten ter beschikking stelt en/of op grond van een met die derde gesloten overeenkomst van opdracht. Tijdens de parlementaire behandeling van de Waadi deelde de regering mee dat wordt uitgegaan van een ruim toepassingsbereik waarop uitzonderingen worden gemaakt in situaties waarin de normstelling in de Waadi geen betekenis heeft, althans niet functioneel is (*Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 12*). Die normstelling van de Waadi, dat wil zeggen het met de Waadi beoogde doel, komt erop neer dat moet worden voorkomen dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht een slechtere (arbeidsvoorwaar-

delijke) positie heeft als gevolg van het enkele ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen hem en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld (de inlener). Bijvoorbeeld omdat door het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de inlener de op de inlener toepasselijke cao niet van toepassing is (zie *Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 13*). Niet functioneel is de normstelling van de Waadi wanneer 'de ter beschikkinggestelde in dienst is van de uitlener voor normale arbeid in diens bedrijf' (*Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 12*). Dat kan onder andere aan de orde zijn wanneer de werknemer door die 'uitlener' wordt ingezet bij een opdrachtgever in het kader van een uitbesteding van (neven)activiteiten aan de uitlener door de opdrachtgever. Destijds bood dit een helder kader bij de afbakening van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door uitzendbureaus van het door een opdrachtnemer inzetten van werknemers bij een opdrachtgever in het kader van een aan de opdrachtnemer uitbestede activiteit of werkproces. In die laatste situatie was dan sprake van de uitbesteding van activiteiten als catering, beveiliging en schoonmaak aan een hierin gespecialiseerde opdrachtnemer met een eigen cao. In het afgelopen decennium zijn ook uitzendbureaus en detacheerders zich onder de noemer 'contracting' gaan richten op het overnemen van activiteiten of werkprocessen van hun opdrachtgevers. Soms is daarbij sprake van nieuwe vormen van arbeidsdeling, maar in andere gevallen is sprake van constructies met als (enig) doel het niet te hoeven voldoen aan verplichtingen uit de toepasselijke cao bij de opdrachtgever. In de rechtspraak van de afgelopen jaren wordt uiteenlopend geoordeeld over de vraag of bij contracting sprake is van een verkapte uitzendovereenkomst dan wel terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi. Geoordeeld werd dat sprake was van een uitzendovereenkomst dan wel van terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi in: rechtbank Overijssel (ktr. Enschede) 7 mei 2019, «JAR» 2019/136, m.nt. Hoogveen; hof Amsterdam 19 februari 2019, «JAR» 2019/86; hof Den Haag 25 april 2017, «JAR» 2017/169, m.nt. Hoogveen en hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, «JAR» 2015/10, m.nt. Zwemmer. Geoordeeld werd dat geen sprake was van een uitzendovereenkomst dan wel van terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi in: hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, «JAR» 2019/239, m.nt. Zwem-

mer; hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, «JAR» 2019/144, m.nt. Hoogeveen en hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, RAR 2017/54. Deze uitspraken hebben met elkaar gemeen dat de rechter enerzijds de overeenkomst tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever beoordeelt en anderzijds nagaat wie toezicht en leiding heeft over de verrichte werkzaamheden. In de onderhavige uitspraak overweegt de kantonrechter dat de opdrachtnemer bij een overeenkomst van aanneming van werk 'een zelfstandige positie [heeft] ten aanzien van de uitvoering van het door hem aangenomen werk.' Dit brengt mee dat van de aannemer deskundigheid ter zake van het aangenomen werk mag worden verwacht en dat de aannemer binnen de marges van de door hem aangenomen opdracht zelfstandig opereert en de leiding heeft met betrekking tot het uitvoeren van de concrete werkzaamheden. Een echte overeenkomst van aanneming van werk waarbij de aannemer een 'zelfstandige rol' heeft 'bij het uitvoeren van de werkzaamheden' impliceert naar het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake is van toezicht en leiding van de opdrachtgever over de door de aannemer ingezette werknemers. Deze integrale benadering (zie hierover ook mijn noot onder «JAR» 2019/239) sluit naadloos aan bij de hiervoor toegelichte normstelling van de Waadi. Daardoor is met het oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW tevens gegeven dat sprake is van terbeschikkingstelling ex art. 1 lid 1 sub c Waadi. De overwegingen van de kantonrechter sluiten ook aan bij de manier waarop de Commissie Borstlap contracting benadert in haar advies over de regulering van werk aan de regering van 23 januari 2020. Binnen het hierbij door de Commissie gehanteerde uitgangspunt dat de eigenaar of exploitant van de onderneming waar de werknemer de arbeid verricht de juridische werkgever is, is sprake van een juridisch houdbare vorm van contracting wanneer het contractingbedrijf een zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de werkzaamheden van de werknemer behoren tot de onderneming van het contractingbedrijf. Daarbij is volgens de Commissie relevant dat 'de werknemer (i) onderdeel is van de organisatie van de partij die hem inzet bij de opdrachtgever en (ii) activiteiten verricht die (ook) behoren tot de reguliere ondernemings-

activiteiten van de partij die hem inzet bij de opdrachtgever.'

Met het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van een uitzendovereenkomst staat vast dat de werknemers hadden moeten worden beloond conform de Cao voor het Metaalbewerkingbedrijf. Voorts overweegt de kantonrechter dat VEKA met het opzetten van de contracting-constructie onrechtmatig heeft gehandeld jegens deze werknemers en FNV als partij bij deze cao. Toch wijst de kantonrechter niet de door FNV gevraagde verklaring voor recht toe dat VEKA aansprakelijk is voor nabetaling van achterstallig loon. De kantonrechter overweegt dat dit een vraag betreft die zozeer is verweven met de daadwerkelijke loonvordering dat de hierop gerichte gevorderde verklaring voor recht in deze procedure niet kan worden toegewezen. Dat lijkt mij hier echter geen grond voor afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Wanneer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade geldt dat de rechter ervan uit dient te gaan dat de eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dit geldt ook als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd (zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760). Dat deze verklaring door FNV en niet door de individuele werknemers wordt gevorderd doet hier niet aan af. Bovendien overweegt de kantonrechter onder r.o. 4.6 dat FNV een eigen positie heeft en een eigen belang als contractspartij bij de cao en dat zij vanuit die positie een vorderingsrecht heeft ter zake van de nakoming van uit de cao voortvloeiende verplichtingen. In een andere recente uitspraak waarin de kantonrechter te Groningen oordeelde dat een bij PostNL opgezette contractingovereenkomst een schijnconstructie was, werd deze door FNV gevorderde verklaring voor recht wel toegewezen (rechtbank Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471).

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