



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

JAR 2018/249

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2018). JAR 2018/249. 249. Case note on: Rb. Noord-Holland, 28/03/18, ECLI:NL:RBNHO:2018:2491 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 27(14), 2322-2337.

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.

249

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem
 28 maart 2018, nrs. 5933933\CV EXPL 17-4031 e.v., ECLI:NL:RBNHO:2018:2491 (mr. Jansen)
 Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

“Inlener” is onderneming waar terbeschikkingstelling feitelijk plaatsvindt. Beloning uitzendkrachten volgens cao eindinlener.

[Waadi art. 8; BW art. 7:690]

Zestien uitzendkrachten zijn als vrachtmedewerker werkzaam (geweest) bij twee inleners. Op de uitzendovereenkomsten is de NBBU-CAO van toepassing. De werkgever betaalde het wettelijk minimumloon. De uitzendkrachten stellen dat zij recht hebben op de inlenersbeloning, dat wil zeggen het (hogere) loon volgens de cao's die bij de inleners gelden. De werkgever meent dat hij niet de inlenersbeloning verschuldigd is, nu de werknemers middels een doorlener worden doorgeleend aan de inleners en bij de doorlener geen cao van toepassing is.

De kantonrechter overweegt dat sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies bij de inlener als bedoeld in art. 22 lid 1 NBBU-CAO en art. 8 lid 1 Waadi. Bij de vraag wat moet worden verstaan onder “inlener” in art. 22 lid 1 NBBU-CAO moet de cao-norm worden toegepast (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3634). In het algemeen is de inlener degene aan wie op grond van een overeenkomst van opdracht met de uitzendonderneming een uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de inlener. In zoverre kunnen de inleners in casu niet als inlener in de zin van de cao worden beschouwd, nu alleen een opdrachtovereenkomst bestaat tussen de werkgever en de doorlener. Echter, een redelijke uitleg brengt mee dat als “inlener” moet worden aangemerkt de onderneming waar de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt. Aan het doel van de bepaling, namelijk een gelijke behandeling van uitzendkrachten, kan alleen zinvol uitvoering worden gegeven als de werkzaamheden die de uitzendkracht feitelijk en daadwerkelijk bij een bepaalde onderneming verricht, de eindinlener, worden vergeleken met functies die worden verricht door werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van

diezelfde onderneming of met functies die voorkomen in het functiegebouw en de cao van de betreffende onderneming. Dit brengt mee dat de uitzendkrachten, ongeacht doorlening, moeten worden beloond volgens de cao bij de eindinlener. De kantonrechter stelt de werkgever in de gelegenheid om bij akte te reageren op de berekening van de vorderingen. De hoogte van de vorderingen is vervolgens vastgesteld bij eindvonnis van 19 september 2018 (ECLI:RBNHO:2018:7811).

NB. Ktr. Nijmegen kwam, in navolging van Hof Amsterdam («JAR» 2017/267, m.nt. J.P.H. Zwemmer), tot een andere conclusie, namelijk dat bij het vaststellen van de beloning moet worden gekeken naar het bedrijf van de doorlener. Het gevolg daarvan is echter dat, zoals de Ktr. Haarlem in onderhavige zaak opmerkt, dan geen vergelijking kan worden gemaakt met de functies van de werknemers in de onderneming waarin de uitzendkracht feitelijk werkt, hetgeen toch de bedoeling is van art. 8 Waadi.

16 eisers, uitzendkrachten, allen met gekozen woonplaats te Amsterdam,
 eisers,
 gemachtigde: mr. M.H.D. Vergouwen,
 tegen
 1. de besloten vennootschap Flexcargo Services BV, en
 2. de besloten vennootschap Dienstverlenings Maatschappij Wijk aan Zee BV, beide te Beverwijk, gedaagden,
 gemachtigde: mr. M. Alkilic en mr. V. Kellaenaar.

1. Het procesverloop
 (...; red.)

2. De feiten

2.1. Flexcargo is een onderneming die zich richt op het detacheren en uitzenden van personeel. DMW is een onderneming die adviseert op het gebied van management en bedrijfsvoering.

2.2. Flexcargo en eisers zijn een “Uitzendovereenkomst fase 1 & 2” overeengekomen. In de uitzendovereenkomsten met eisers staat onder meer het volgende:

“De uitzendonderneming zal de uitzendkracht ter beschikking zal stellen aan de in de uitzendbestediging genoemde inlener. De uitzendkracht zal krachtens de door de inlener aan de uitzendonderneming verstrekte opdracht arbeid verrichten onder toezicht en leiding van de inlener.”

2.3. een bevestiging van uitzending van Flexcargo ontvangen. In die bevestiging van uitzending staat onder meer het volgende:

“Functie: Vrachthal-medewerker (niveau 1) (...)
Bruto uurloon: (...) per uur * (...)”

* Zolang niet op grond van de CAO voor uitzendkrachten (NBBU) de beloningsregeling van de opdrachtgever moet worden toegepast. (...)”

2.4. In het geval van eiser 2 (eerste periode), eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 is in de bevestiging van uitzending als inlener DHL Amsterdam (hierna: DHL) genoemd.

2.5. In het geval van eiser 1, eiser 2 (tweede periode), eiser 4, eiser 5, eiser 6, eiser 7, eiser 9, eiser 10, eiser 11, eiser 12 en eiser 14 is in de bevestiging van uitzending als inlener Menzies Aviation Contracts B.V. (hierna: MAC) genoemd.

2.6. In het geval van K., eiser 4, eiser 9, eiser 12 en eiser 14 is zowel sprake van een bevestiging van uitzending bij inlener MAC als een bevestiging van uitzending van gelijke datum bij inlener Menzies World Cargo B.V. (hierna: MWC).

2.7. MAC heeft eiser 1, eiser 2, eiser 3, eiser 4, eiser 5, eiser 6, eiser 7, eiser 10 en eiser 11 doorgeleend aan DHL.

2.8. MWC heeft eiser 9 en eiser 12 ook doorgeleend aan DHL.

2.9. Eiser 3 en eiser 16 zijn daarnaast in dienst geweest van DMW op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, eiser 3 van 24 november 2014 tot 24 juni 2015 en eiser 16 van 1 juni 2013 tot 31 december 2015.

2.10. DHL en MWC hebben beide een vrachthal op Schiphol, waar luchtvracht wordt afgehandeld.

2.11. Eiser 1, eiser 2, eiser 5, eiser 6, eiser 7, eiser 8, eiser 9, eiser 10, eiser 11, eiser 12, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 hebben gedurende de gehele periode van hun dienstverband uitsluitend werkzaamheden verricht in de vrachthal van DHL.

2.12. Eiser 3 en eiser 4 hebben zowel in de vrachthal van DHL als in de vrachthal van MWC gewerkt. eiser 14 heeft de gehele periode van het dienstverband uitsluitend in de vrachthal van MWC gewerkt.

2.13. Eisers zijn allen als vrachthalmedewerker werkzaam (geweest).

2.14. In de uitzendovereenkomsten van eisers is de collectieve arbeidsovereenkomst voor uitzendkrachten van toepassing verklaard, zoals overeengekomen tussen de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen en de vakbon-

den (hierna: NBBU CAO). Flexcargo is ook lid van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen.

2.15. MWC past op haar eigen werknemers de CAO Menzies World Cargo Nederland toe (hierna: MWC CAO).

2.16. Op werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de vennootschappen DHL Express (Netherlands) BV, DHL International BV en DHL Aviation (Netherlands) BV is de CAO DHL Express Nederland van toepassing (hierna: DHL CAO).

2.17. In het voorjaar van 2015 heeft de FNV onderzoek gedaan naar de inzet van uitzendkrachten van Flexcargo door MWC en DHL. In een rapport van 16 september 2015 heeft de FNV geconcludeerd dat naar haar mening de uitzendkrachten van Flexcargo niet conform de DHL CAO en de MWC CAO werden betaald.

2.18. Naar aanleiding van het rapport van de FNV hebben Flexcargo, MAC en DHL afgesproken dat de werkgeversvereniging AWWN nader onderzoek zou doen naar de juiste toepassing van de NBBU CAO bij Flexcargo. In een rapport van 13 november 2015 heeft AWWN onder meer geconcludeerd dat FlexCargo handelt in overeenstemming met de wettelijke bepalingen en de NBBU CAO.

2.19. Een aantal eisers is per 1 april 2016 door DHL rechtstreeks in dienst genomen, op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

2.20. FNV, Flexcargo, MAC, MWC en DHL zijn met elkaar in gesprek gegaan en dit heeft in oktober 2016 geleid tot een minnelijke regeling tussen die partijen. Kern van de regeling is dat aan de uitzendkrachten van Flexcargo, die feitelijk werken bij DHL, per 1 januari 2016 het (hogere) loon wordt betaald volgens de DHL CAO. Ook is afgesproken dat Flexcargo over de periode van 17 september 2015 tot en met 31 december 2015 aan de uitzendkrachten loon nabetaalt, te weten het verschil tussen het feitelijke betaalde loon en het (hogere) loon volgens de DHL CAO.

2.21. In 2017 hebben eisers Flexcargo en DMW gesommeerd om over een periode vanaf 2011, 2012, 2013 of 2014, en tot 17 september 2015, alsnog over te gaan tot betaling van loon op basis van de DHL CAO of de MWC CAO. Flexcargo en DMW hebben daar geen gehoor aan gegeven.

3. De vorderingen

3.1. Eisers vorderen dat de kantonrechter Flexcargo veroordeelt – kort samengevat – tot naleving van de NBBU CAO en artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi), en dat Flexcargo in verband daarmee ook wordt veroordeeld tot betaling van achterstallig salaris.

3.2. Schematisch weergegeven wordt per eiser (bruto) gevorderd:

<i>eiser</i>	<i>loon</i>	<i>periode</i>
eiser 1	€ 16.495,78	26-07-2011 tot 17-09-2015
eiser 2	€ 15.743,87	20-02-2012 tot 17-09-2015
eiser 3	€ 13.951,55	11-04-2012 tot 24-11-2014 25-05-2015 tot 17-09-2015
eiser 4	€ 6.740,20	20-03-2013 tot 14-09-2014
eiser 5	€ 17.644,43	29-07-2011 tot 17-09-2015
eiser 6	€ 28.477,13	29-07-2011 tot 09-06-2014
eiser 7	€ 36.461,95	29-07-2011 tot 17-09-2015
eiser 8	€ 4.029,60	25-09-2013 tot 15-09-2014
eiser 9	€ 10.283,76	12-04-2013 tot 17-09-2015
eiser 10	€ 23.626,83	29-07-2011 tot 22-09-2014
eiser 11	€ 19.926,91	22-05-2012 tot 01-10-2015
eiser 12	€ 6.170,43	18-11-2014 tot 17-09-2015
eiser 13	€ 13.623,82	25-09-2013 tot 17-09-2015
eiser 14	€ 7.112,86	03-04-2012 tot 25-02-2013 05-03-2015 tot 17-09-2015
eiser 15	€ 5.162,40	09-12-2014 tot 17-09-2015
eiser 16	€ 7.703,94	12-05-2012 tot 31-05-2013

3.3. Eisers leggen aan de vordering ten grondslag – zakelijk weergegeven – dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond, en dat dit onder meer volgt

uit de NBBU CAO, artikel 8 Waadi en de Europese Uitzendrichtlijn. Eisers stellen dat zij door Flexcargo direct of indirect zijn uitgeleend aan DHL en MWC, en dat zij bij DHL en MWC feitelijk hetzelfde werk hebben verricht als vaste werknemers van DHL en MWC. Volgens eisers hebben zij daarom vanaf het begin van hun terbeschikkingstelling door Flexcargo recht op de zogenoemde inlenersbeloning, dat wil zeggen het loon dat werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies verdienen volgens de DHL CAO en de MWC CAO. Flexcargo heeft slechts het wettelijk minimumloon betaald en eisers menen dat zij alsnog aanspraak hebben op de hogere inlenersbeloning conform de DHL CAO en de MWC CAO, inclusief de toepasselijke emolumenten.

3.4. Eiser 3 en eiser 16 vorderen dat de kantonrechter ook DMW veroordeelt tot naleving van de NBBU CAO en artikel 8 Waadi, en tot betaling van achterstallig salaris.

3.5. Schematisch weergegeven wordt per eiser (bruto) gevorderd:

<i>eiser</i>	<i>loon</i>	<i>periode</i>
eiser 3	€ 3.013,32	24-11-2014 tot 25-05-2015
eiser 16	€ 20.834,05	01-06-2013 tot 17-09-2015

3.6. Eiser 3 en eiser 16 leggen aan hun vordering dezelfde feiten en argumenten ten grondslag als de overige eisers in hun vordering ten aanzien van Flexcargo. Verder wijzen eiser 3 en eiser 16 erop dat op de arbeidsovereenkomst tussen eiser 3 en eiser 16 enerzijds en DMW anderzijds de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is, gesloten tussen de Algemene Bond Uitzendondernemingen en een aantal vakbonden (hierna: ABU CAO). Volgens eiser 3 en eiser 16 volgt uit artikel 17 ABU CAO dat DMW als opvolgend werkgever van Flexcargo moet worden beschouwd, en had DMW met inachtneming daarvan het loon moeten betalen zoals dat geldt bij de inlener, te weten MWC en DHL.

4. Het verweer van Flexcargo en DMW

4.1. Flexcargo betwist de vordering. Zij voert aan – samengevat – dat zij het juiste loon heeft betaald en niet in strijd met de geldende wet- en regelgeving heeft gehandeld, en met name niet in strijd met artikel 8 Waadi. Flexcargo wijst erop dat gelet

op de arbeidsovereenkomsten tussen Flexcargo en eisers MAC de inlener is en niet DHL of MWC, en dat Flexcargo dus niet de inlenersbeloning volgens de DHL CAO of de MWC CAO verschuldigd is. Volgens Flexcargo kent MAC geen collectieve arbeidsovereenkomst en heeft Flexcargo daarom terecht een loon betaald volgens de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Daarbij is de NBBU CAO ook nageleefd, aldus Flexcargo.

4.2. Verder voert Flexcargo aan dat haar opdrachtgevers, de arbeidsinspectie en de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten op de hoogte zijn van haar werkwijze, maar dat daarover nooit een klacht is ingediend, zodat Flexcargo er gerechtvaardigd vanuit mocht gaan dat de loonbetaling correct is geweest. Dat Flexcargo in het kader van een minnelijke regeling met ingang van 17 september 2015 aan eisers het (hogere) loon is gaan betalen volgens de DHL CAO, houdt volgens Flexcargo geen erkenning in dat zij dit loon ook vóór 17 september 2015 verschuldigd is.

4.3. Als Flexcargo aan eisers in beginsel wel een loon verschuldigd zou zijn overeenkomstig de inlenersbeloning bij DHL of MWC, dan meent Flexcargo dat eisers ook dan geen aanspraak kunnen maken op een hoger loon. Volgens Flexcargo is namelijk geen sprake van een gelijke of gelijkwaardige functies bij DHL of MWC, en zijn vergelijkbare of gelijkwaardige functies ook niet te vinden in (het functiegebouw van) de DHL CAO of de MWC CAO.

4.4. Verder beroept Flexcargo zich op artikel 22 lid 3 NBBU CAO, waarin volgens Flexcargo is neergelegd dat de inlenersbeloning niet met terugwerkende kracht kan worden gevorderd. Ook stelt Flexcargo dat eisers hun loonvordering onvoldoende hebben onderbouwd, onder andere omdat er te weinig salarisspecificaties zijn overgelegd om het gestelde aantal gewerkte uren en de emolumenten in het aan de orde zijnde tijdvak te kunnen berekenen en vaststellen.

4.5. DMW betwist de vorderingen ook. Zij stelt – samengevat – dat zij slechts incidenteel werknemers in dienst heeft en geen uitzendbureau is, zodat de bepalingen van de Waadi niet op haar van toepassing zijn. Volgens DMW is daarom ten aanzien van haar geen collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing, ook niet het door eisers genoemde artikel 17 ABU CAO betreffende opvolgend werkgeverschap.

5. De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaken in de kern om de vraag of eisers ten aanzien van de werkzaamheden die zij hebben verricht in de periode vanaf 2011 tot 17 september 2015 aanspraak hebben op een inlenersbeloning, dat wil zeggen op het (hogere) loon volgens de DHL CAO of de MWC CAO, zoals eisers stellen, of dat Flexcargo en DMW mochten volstaan met betaling van het minimumloon, zoals Flexcargo en DMW stellen.

5.2. Bij de beantwoording van die vraag zijn gelet op de vordering, de grondslag daarvan en het verweer daartegen de volgende punten van belang. Die zullen hier achtereenvolgens worden behandeld en besproken.

Artikel 22 lid 1 NBBU CAO

5.3. Partijen zijn het erover eens dat tussen eisers en Flexcargo in de periode van 2011 tot 17 september 2015 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Ook is niet in geschil dat op die arbeidsovereenkomst de NBBU CAO van toepassing is. De NBBU CAO heeft in de periode tussen 2011 en 17 september 2015 een aantal veranderingen ondergaan, maar die zijn in deze zaak niet van belang, behalve het hierna te bespreken artikel 22 lid 3 NBBU CAO.

5.4. In de NBBU CAO staat in artikel 22 lid 1 het volgende:

“Het loon en de vergoedingen van de uitzendkracht zijn gelijk aan het loon en vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Dit loonverhoudingsvoorschrift dient ter bescherming van de rust op de arbeidsmarkt en is opgenomen in artikel 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).”

5.5. In artikel 2 van de NBBU CAO staat dat als “inlener” wordt aangemerkt iedere natuurlijke- of rechtspersoon, die zich door tussenkomst van een uitzendonderneming voorziet van uitzendkrachten.

Artikel 8 Waadi en de Uitzendrichtlijn

5.6. Volgens artikel 8 lid 1 Waadi, zoals deze bepaling luidt sinds 27 april 2012, heeft de ter beschikking gestelde arbeidskracht recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt,

met betrekking tot het loon en overige vergoedingen, en op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst met betrekking tot de arbeidstijden en dergelijke. Van 1 juli 1988 tot 27 april 2012 hield het toen geldende artikel 8 lid 1 Waadi een soortgelijke bepaling in.

5.7. Artikel 8 lid 1 Waadi is ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 2008/104/EG, de zogenoemde Uitzendrichtlijn (zie: *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 895, nr. 3). Artikel 8 lid 1 Waadi moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (zie: HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR: 2017:689 (*Focus on human*)).

5.8. In artikel 5 lid 1 Uitzendrichtlijn staat het beginsel van gelijke behandeling, waarbij is bepaald dat de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.

5.9. In artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn is bepaald dat de lidstaten passende maatregelen nemen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen.

Geen afwijking van artikel 8 Waadi

5.10. Op grond van artikel 8 lid 3 Waadi kan onder voorwaarden bij collectieve arbeidsovereenkomst worden afgeweken van het eerste en tweede lid. Gelet op het feit dat artikel 22 lid 1 NBBU CAO nadrukkelijk verwijst naar artikel 8 Waadi, moet ervan worden uitgegaan dat in de NBBU CAO geen afwijking van artikel 8 lid 1 Waadi is neergelegd, maar dat juist is beoogd daarbij aan te sluiten. Dat betekent naar het oordeel van de kantonrechter dat artikel 8 Waadi in deze zaak onverkort van toepassing is naast of in aanvulling op de NBBU CAO.

5.11. Ook in de DHL CAO en de MWC CAO wordt niet afgeweken van artikel 8 lid 1 Waadi. Artikel 53 lid 3 DHL CAO sluit aan bij artikel 8 lid Waadi, doordat daarin wordt bepaald dat aan uitzendkrachten die door een uitzendonderneming op uitzend- of detachingsbasis ter beschikking worden gesteld aan de werkgever, overeenkomstige lonen, onregelmatigheidstoelagen, overwerktoelagen en vakantiegeld worden toege-

kend als aan werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de werkgever. In de MWC CAO staat een soortgelijke bepaling.

Directe inlening door DHL

5.12. Vast staat dat eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 door Flexcargo ter beschikking zijn gesteld aan DHL als inlener, zonder tussenkomst van een andere onderneming of inlener. Dat wil zeggen dat ten aanzien van deze eisers dus sprake is van directe inlening door DHL. Zij hebben ook gedurende de gehele periode van hun dienstverband uitsluitend werkzaamheden verricht in de vrachthal van DHL.

5.13. Gelet op deze directe inlening door DHL kan ten aanzien van eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 als vaststaand worden aangenomen dat DHL inlener is in de zin van de NBBU CAO en de Uitzendrichtlijn, en ook de onderneming is waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 Waadi.

5.14. Eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 kunnen op grond van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi dus aanspraak maken op een inlenersbeloning, dat wil zeggen op hetzelfde loon en dezelfde vergoedingen als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van DHL.

Gelijkwaardige of gelijke functies

5.15. Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van gelijke of gelijkwaardige functies, als bedoeld in artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi. Daarbij is het volgende van belang.

5.16. Bij de beoordeling of sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies bij de inlener, moet het begrip “gelijke of gelijkwaardige functies” ruim worden uitgelegd, gelet op doel en strekking in dit kader van de NBBU CAO, de Waadi en de Uitzendrichtlijn. Dat brengt onder meer mee dat niet bepalend is of vast komt te staan dat DHL feitelijk ook zelf werknemers in dienst heeft (gehad) in een gelijke of gelijkwaardige functie, maar of de functie die eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 hebben vervuld, past bij de functies en de functiebeschrijvingen genoemd in de DHL CAO (zie ook: Gerechtshof Den Haag, 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1855).

5.17. Eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 zijn feitelijk gedurende het dienstverband en de terbeschikkingstelling aan DHL werkzaam geweest als vrachthalmedewerker in de vrachthal van DHL.

5.18. Gelet op de stukken en hetgeen op de zitting is besproken, neemt de kantonrechter het volgende als vaststaand aan ten aanzien van de door eisers, waaronder eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16, in de periode tussen 2011 en 17 september 2015 feitelijk verrichte werkzaamheden als vrachthalmedewerker en de werkplek. In de vrachthal van DHL wordt vracht die uit vliegtuigen is gelost op pallets binnengebracht, waarna de vrachthalmedewerkers pakketten van de pallets halen, deze sorteren en op transportbanden plaatsen. De pakketten worden gesorteerd op onder meer adressering, waarna deze via transportbanden in containers terechtkomen met verschillende eindbestemmingen. De vrachthalmedewerkers scannen de pakketten, zodat deze ingeboekt worden en traceerbaar zijn. De vrachthalmedewerkers verrichten hun werkzaamheden dag en nacht en in ploegendiensten.

5.19. Eisers hebben op de zitting nader feitelijk en gedetailleerd beschreven waaruit hun werkzaamheden, en die van eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16, in de vrachthal van DHL hebben bestaan. Daarbij is ook toegelicht dat eisers samen met uitzendkrachten van andere uitzendbureaus aan de transportbanden werkten, maar dat ook met werknemers van DHL werd samengewerkt aan die transportbanden. Die werknemers van DHL waren ook feitelijk werkzaam als vrachthalmedewerker, deden hetzelfde werk en onderscheidden zich alleen van de uitzendkrachten doordat zij bedrijfskleding van DHL droegen. Daarvan uitgaande, moet worden geconcludeerd dat sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies bij DHL. Eisers deden immers in essentie hetzelfde werk als vrachthalmedewerkers die rechtstreeks in dienst waren van DHL.

5.20. Op de zitting heeft Flexcargo op genoemde beschrijving en toelichting door eisers gereageerd met de stelling dat haar uitzendkrachten in diensten van drie à vier uur werkten en dat de werknemers die rechtstreeks in dienst waren van DHL *fulltime* diensten werkten. Dit verschil in aantal gewerkte uren brengt volgens Flexcargo mee dat geen sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies of werkzaamheden. De kantonrechter volgt Flexcargo hierin niet. Voor zover al sprake is ge-

weest van een verschil in het aantal gewerkt uren – eisers hebben dat ontkend – doet deze enkele omstandigheid er niet aan af dat het gaat om gelijke of gelijkwaardige functies en werkzaamheden. Het gaat immers naar zijn aard en feitelijk om dezelfde werkzaamheden, die zowel door eisers als werknemers van DHL in ploegendienst werden verricht. Dat de werkzaamheden die eisers hebben verricht in de loop van de tijd ingewikkelder zijn geworden en niet altijd gelijk zijn geweest in de periode waarop de vorderingen zien, zoals Flexcargo op de zitting ook nog heeft aangevoerd, is niet gebleken. Gelet op eerdergenoemde beschrijving van de werkzaamheden door eisers gaat het om eenvoudige werkzaamheden, die blijkens de toelichting door eisers in ongeveer één week konden worden aangeleerd. Flexcargo heeft daartegenover niet duidelijk kunnen maken waarom de betreffende werkzaamheden in de loop van de tijd ingewikkelder of anders zouden zijn geworden. Er is ook niet gebleken van andere relevante verschillen die tot de conclusie kunnen leiden dat geen sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies, of die kunnen rechtvaardigen om af te wijken van het in de NBBU CAO, de Waadi en de Uitzendrichtlijn neergelegde beginsel dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond.

5.21. In het kader van eerdergenoemde minnelijke regeling tussen FNV, Flexcargo, MAC, MWC en DHL, is Flexcargo per 1 januari 2016 alsnog aan eisers een hoger loon gaan betalen op basis van de DHL CAO. Flexcargo heeft gelijk als zij stelt dat het aangaan van deze minnelijke regeling niet inhoudt dat zij erkent dat zij ook vóór 1 januari 2016 te weinig loon of een onjuist loon heeft betaald aan eisers. Echter, wel van belang is dat Flexcargo aan de minnelijke regeling uitvoering heeft gegeven door bij de beloning van eisers per 1 januari 2016 uit te gaan van de DHL CAO, waarbij eisers zijn beloond op basis van de functie *warehouse operator 1*, respectievelijk *warehouse operator 2*, te weten functies die zijn beschreven in en ontleend aan de DHL CAO. Ook uit de ter zitting overgelegde e-mail van 20 januari 2016 van DHL en de e-mail 22 januari 2016 aan DHL blijkt dat DHL per 1 januari 2016 wilde starten met “verloning van de uitzendkrachten volgens DHL CAO” en dat er in de DHL CAO loonschalen zijn opgenomen voor flexwerkers. Daaruit volgt dus ook dat de door eisers feitelijk verrichte werkzaamheden kunnen worden ondergebracht

bij functies en loonschalen in de DHL CAO, en dat die werkzaamheden gelijk of gelijkwaardig zijn aan functies bij DHL.

5.22. Verder weegt mee dat uit een door eisers op de zitting overgelegde functiebeschrijving van DHL van de functie *warehouse operator 1*, afkomstig uit de DHL CAO van 2006, blijkt dat de werkzaamheden die bij die functie behoren grotendeels gelijk zijn aan het werk dat eisers deden. Het verweer van Flexcargo dat niet kan worden aangeknoopt bij deze functiebeschrijving omdat het bij die beschrijving gaat om het lossen van vrachtwagens en niet om het lossen van vliegtuigen, treft geen doel. Kern van de functiebeschrijving is het verwerken, registreren en lossen van goederen, waarbij niet onderscheidend is of die goederen nu worden aangevoerd door vrachtwagens of vliegtuigen. Daarnaast is van belang dat uit een door eisers overgelegd getuigschrift van 7 juni 2013 van DHL blijkt dat eiser 6 vanaf 3 november 2008 als uitzendkracht in de vrachthal van DHL heeft gewerkt, waarbij de functie van eiser 6 wordt beschreven als die van “warehouse operator at our HUB at Schiphol Airport”. Ook het voorgaande leidt dus tot de conclusie dat de functie die eisers hebben vervuld, gelijk of gelijkwaardig is aan functies bij DHL en van de DHL CAO.

5.23. De conclusie is dat de feitelijk door eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 verrichte werkzaamheden gelijk of gelijkwaardig zijn aan functies bij DHL en functies benoemd in de DHL CAO. Concreet kan de functie “vrachthalmedewerker”, genoemd in de bevestiging van uitzending van Flexcargo, als gelijk of gelijkwaardig worden aangemerkt aan de functie *warehouse operator 1*, respectievelijk *warehouse operator 2*, genoemd in de DHL CAO. Dat zijn functies die worden beloond overeenkomstig functiegroep 4 en de bijbehorende loonschaal van de DHL CAO.

5.24. De kantonrechter merkt nog op dat ten aanzien van eiser 2, eiser 5, eiser 6 en eiser 7 geldt dat zij een bepaalde periode (ook) andere werkzaamheden hebben verricht, namelijk als (*assistant*) *supervisor*. Ook zij hebben hun vordering echter uitsluitend gebaseerd op hun werkzaamheden als vrachthalmedewerker en indeling in de functie *warehouse operator 1*, respectievelijk *warehouse operator 2*, zodat de werkzaamheden als (*assistant*) *supervisor* in deze zaak niet relevant zijn. Overigens moet ervan worden uitgegaan dat ook ten aanzien van de functie (*assistant*)

supervisor een gelijke of gelijkwaardige functie zou kunnen worden aangewezen in de DHL CAO, zoals blijkt uit hetgeen hierna onder 5.42 wordt overwogen.

Inlenersbeloning volgens de DHL CAO

5.25. Het voorgaande brengt mee dat eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16 moeten worden beloond volgens de DHL CAO en dus vanaf de aanvang van de terbeschikkingstelling door Flexcargo en de inlening door DHL aanspraak hebben op betaling van loon en emolumenten volgens de DHL CAO.

Doorlening aan DHL door MAC/MWC

5.26. Afgezien van eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16, geldt ten aanzien van alle overige eisers dat Flexcargo hen eerst ter beschikking heeft gesteld van MAC dan wel MWC, en dat MAC dan wel MWC hen vervolgens heeft doorgeleend aan DHL. MAC en MWC zijn in die gevallen dus de doorlener en DHL de eindlener.

5.27. De doorleningen doen er op zichzelf niet aan af dat de arbeidsovereenkomsten van eisers-uitzendovereenkomsten zijn gebleven in de zin van artikel 7:690 BW. Ook partijen gaan daarvan uit.

5.28. Gelet op de standpunten van partijen komt bij deze eisers de vraag aan de orde of DHL als inlener in de zin van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi moeten worden aangemerkt, dan wel MAC en/of MWC. Indien alleen MAC en/of MWC als inlener kunnen worden beschouwd, zoals Flexcargo stelt, kunnen eisers immers geen aanspraak maken op de inlenersbeloning volgens de DHL CAO. De vraag is dus of genoemde doorleningen, in het kader van de toepassing van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi, in de weg staan aan een aanspraak van eisers op een inlenersbeloning volgens de DHL CAO.

Doorlening en artikel 22 lid 1 NBBU CAO/artikel 8 lid 1 Waadi

5.29. Zoals hiervoor is overwogen, volgt uit artikel 22 lid 1 NBBU CAO dat de aanspraak op inlenersbeloning moet worden gebaseerd op “gelijkwaardige functies in dienst van de inlener”. Dat roept de vraag op wie als “inlener” in de zin van artikel 22 lid 1 NBBU CAO moet worden gezien en hoe de NBBU CAO in dit verband moet worden uitgelegd.

5.30. Bij de uitleg van artikel 22 lid 1 NBBU CAO komt het aan op de tekst van dat artikel, gelezen in het licht van de gehele tekst van de NBBU CAO en de eventuele toelichting daarbij, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen en de kennelijke strekking van de regeling waartoe de bepaling behoort (zie: HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3634 (*Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten*)).

5.31. In zijn algemeenheid zal ervan moeten worden uitgegaan dat in het kader van een uitzendrelatie de inlener degene is aan wie op grond van een overeenkomst van opdracht met de uitzendonderneming een uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de inlener. Dat volgt onder meer uit de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 2 NBBU CAO en artikel 7:690 BW. Er is, behoudens in het geval van eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16, niet gebleken dat tussen Flexcargo en DHL direct een opdrachtovereenkomst is aangegaan. Die opdrachtovereenkomst bestaat alleen tussen Flexcargo en MAC en/of MWC. In zoverre kan DHL in dit kader in beginsel dus niet zonder meer als inlener worden aangemerkt ten aanzien van eisers.

5.32. Echter, naar het oordeel van de kantonrechter moet ten aanzien van artikel 22 lid 1 NBBU CAO een uitleg worden gegeven aan het begrip “inlener” in het licht van de kennelijke strekking van dat artikel, en kan daarbij niet worden uitgegaan van de meer algemene uitleg van dat begrip. Een redelijke uitleg van artikel 22 lid 1 NBBU CAO brengt mee dat als “inlener” moet worden aangemerkt de onderneming waar de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt. Daarbij is het volgende van belang.

5.33. Het kennelijke doel van artikel 22 lid 1 NBBU CAO is om aan uitzendkrachten een aanspraak te geven op gelijke arbeidsvoorwaarden als werknemers werkzaam in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. In dat artikel is dus het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten neergelegd. Aan dat artikel en dat beginsel kan alleen dan zinvol uitvoering worden gegeven als de werkzaamheden die de uitzendkracht feitelijk en daadwerkelijk bij een bepaalde onderneming verricht, worden vergeleken met functies die worden verricht door werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van diezelfde onderneming of met functies die voorkomen in het functiegebouw en de collectieve arbeidsovereen-

komst van de betreffende onderneming. De onderneming waar de werkzaamheden feitelijk worden verricht is de eindinlener, waar ook de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt. Een vergelijking met werknemers van een doorlener zal in veel gevallen niet tot een zinvolle toepassing van het beginsel van gelijke behandeling kunnen leiden, alleen al niet omdat een doorlener een “papierene” onderneming kan zijn waar feitelijk geen werkzaamheden worden verricht, dan wel uitsluitend werkzaamheden die vanwege de aard van de activiteit van de doorlener nooit gelijk of gelijkwaardig kunnen zijn aan het werk dat de uitzendkrachten verrichten. Dit kennelijke doel van artikel 22 lid 1 NBBU CAO brengt daarom mee dat als “inlener” moet worden aangemerkt de eindinlener, dat wil zeggen de onderneming waar de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt.

5.34. Deze uitleg van de NBBU CAO wordt niet verhinderd door de definitie van het begrip “inlener” in de NBBU CAO. Volgens artikel 2 van de NBBU CAO is de “inlener” iedere natuurlijke- of rechtspersoon, die zich door tussenkomst van een uitzendonderneming voorziet van uitzendkrachten. Gelet op de tekst van dat artikel wordt daarmee niet uitgesloten dat als “inlener” ook de eindinlener kan worden aangemerkt.

5.35. Verder weegt mee dat artikel 22 lid 1 NBBU CAO, zoals hiervoor al is overwogen, nadrukkelijk verwijst naar artikel 8 Waadi, zodat ervan moet worden uitgegaan dat is beoogd aan te sluiten bij artikel 8 lid 1 Waadi. Volgens artikel 8 lid 1 Waadi heeft de uitzendkracht recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Hieruit volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat het ook in het kader van dit artikel gaat om de vraag waar de werkzaamheden door de uitzendkracht feitelijk en daadwerkelijk worden verricht. Niet valt in te zien dat een doorlener kan worden aangemerkt als de onderneming “waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt”, als daar feitelijk geen werkzaamheden worden verricht door de uitzendkracht of daar zelfs in het geheel geen activiteiten plaatsvinden. Ook een uitleg van artikel 22 lid 1 NBBU CAO in overeenstemming met artikel 8 lid 1 Waadi leidt dus tot de conclusie dat als “inlener”

moet worden aangemerkt de onderneming waar de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt.

5.36. Er is temeer reden voor de hiervoor genoemde uitleg van artikel 22 lid 1 NBBU CAO, omdat iedere andere uitleg ertoe zou leiden dat aan de bedoelde werking van dit artikel en het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten eenvoudig kan worden ontkomen door gebruik te maken van een constructie van doorlening. Immers, indien als “inlener” in de zin van artikel 22 lid 1 NBBU CAO moet worden beschouwd de (eerste, tweede of volgende) doorlener, kan die doorlener ervoor kiezen geen eigen werknemers in dienst te nemen en/of geen collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing te laten zijn, als gevolg waarvan er geen gelijke of gelijkwaardige functies zijn aan te wijzen en/of geen gunstiger collectieve arbeidsvoorwaarden. Meer specifiek voor deze zaak zou dan het resultaat ook zijn dat eiser 2, eiser 8, eiser 13, eiser 15 en eiser 16, die direct zijn ingeleend door DHL, wel recht hebben op de inlenersbeloning, terwijl de overige eisers die via doorlening indirect zijn ingeleend door DHL, maar overigens onder identieke omstandigheden hebben gewerkt, dat recht zou worden onthouden. Dat is geen aannemelijk rechtgevolg van hetgeen de partijen bij de NBBU CAO met artikel 22 lid 1 NBBU CAO hebben beoogd. Ook dit pleit dus voor een uitleg als hiervoor bedoeld. Hetzelfde geldt voor de uitleg van artikel 8 lid 1 Waadi. Daarbij moet mede in aanmerking worden genomen dat artikel 8 lid 1 Waadi richtlijnconform moet worden uitgelegd en dat uit artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn volgt dat misbruik bij de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten moet worden voorkomen.

5.37. Tegen de hiervoor genoemde uitleg zou nog kunnen pleiten dat een uitzendonderneming als Flexcargo onder omstandigheden kan worden geconfronteerd met uitzendkrachten die in geval van doorlening aanspraak maken op een inlenersbeloning volgens de arbeidsvoorwaarden bij een eindinlener, zonder dat die uitzendonderneming op de hoogte is van de doorlening. Echter, een uitzendonderneming kan dat risico voorkomen door in de opdrachtovereenkomst met de inlener te bedingen dat doorlening niet is toegestaan. Voor zover de uitzendonderneming doorlening wel toelaat, heeft zij ook het risico te aanvaarden dat een aanspraak kan ontstaan op genoemde in-

lenerbeloning. Overigens merkt de kantonrechter nog op dat Flexcargo in dit geval in ieder geval vanaf 2011 op de hoogte is geweest van de doorlening en het feit dat haar uitzendkrachten feitelijk bij DHL werkzaam waren.

5.38. De hiervoor genoemde uitleg leidt ertoe dat in het kader van de toepassing van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi, DHL als inlener moet worden aangemerkt, en niet MAC of MWC, voor zover zij slechts doorlener zijn. Daarbij merkt de kantonrechter nog op dat is gebleken dat MAC zelf geen functies kent die op het gebied van vrachtafhandeling liggen, dat bij MAC kennelijk geen collectieve arbeidsovereenkomst geldt, en dat eisers feitelijk nooit bij of voor MAC hebben gewerkt.

Inlenersbeloning bij doorlening

5.39. Het voorgaande brengt mee dat eisers, ongeacht een indirecte inlening door DHL en doorlening door MAC en/of MWC, moeten worden beloond volgens de DHL CAO en dus vanaf de aanvang van de terbeschikkingstelling door Flexcargo en de indirecte inlening door DHL aanspraak hebben op betaling van loon en emolumenten volgens de DHL CAO.

Leiding en toezicht

5.40. Uit het voorgaande blijkt dat de kantonrechter bij de beoordeling wie als inlener in de zin van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi moet worden beschouwd, geen belang heeft toegekend aan de vraag wie leiding en toezicht heeft (gehad) over (de werkzaamheden van) eisers. Voor zover toch van belang zou zijn wie die leiding en toezicht heeft (gehad) – de kantonrechter acht dat belang dus niet aanwezig en partijen hebben zich daarover maar zeer beperkt uitgelaten – wordt daarover nog het volgende overwogen.

5.41. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vraag of sprake is van toezicht en leiding als bedoeld in artikel 7:690 BW, moet worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW (zie: HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care*)). Dat brengt mee dat aan de hand van alle feiten en omstandigheden moet worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen (zie ook: conclusie A-G, 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238). Het Gerechtshof

Amsterdam heeft in geval van een uitzendovereenkomst en doorlening geoordeeld dat voor de vraag wie als derde heeft te gelden onder wiens leiding en toezicht de uitzendkracht arbeid verricht, niet beslissend is onder wiens feitelijke leiding de uitzendkracht zijn arbeid verricht, maar de rechtsverhouding waaraan de eindinlener zijn instructiebevoegdheid ten opzichte van de uitzendkracht ontleent (zie: Gerechtshof Amsterdam, 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723 (*StiPP/Percival*)). Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de instructiebevoegdheid op grond van de arbeidsovereenkomst bij de uitzendonderneming als werkgever berust, en dat bij gebreke van een contractuele relatie tussen de uitzendonderneming en de eindinlener, die eindinlener de instructiebevoegdheid uitsluitend kan ontlenen aan de contractuele relatie met de doorlener.

5.42. Uit de stukken en eerdergenoemde toelichting op de zitting door eisers blijkt dat in de vrachthal van DHL steeds ongeveer 200 vrachthalmedewerkers tegelijkertijd aan het werk waren, waarvan een groot deel uitzendkrachten, en dat daarnaast in de vrachthal ongeveer zeven *supervisors*, een *duty manager* en een *director* werkten, die in dienst waren van DHL, en die toezicht hielden op de werkzaamheden, pauzes regelden, aanwijzingen gaven en zo nodig hulp verleenden. Op de zitting is door Flexcargo ook erkend dat DHL *supervisors* in dienst heeft die in de vrachthal werkzaam waren. Gelet daarop kan als vaststaand worden aangenomen dat in de periode waar het hier om gaat feitelijk sprake is geweest van leiding en toezicht (uitsluitend) door DHL. Dat mogelijk bij aanvang van de werkzaamheden in 2008 en enige tijd nadien MAC nog een rol heeft gehad bij de planning en het toezicht in de vrachthal van DHL, zoals Flexcargo op de zitting heeft gesteld, is niet van belang, omdat niet is gebleken dat dit in de perioden waarop de vorderingen zien nog steeds in relevante mate het geval was. Ook is niet gebleken dat Flexcargo, MAC of MWC feitelijk enig vorm van toezicht of leiding hebben uitgeoefend over eisers.

5.43. Voor de kantonrechter is ook voldoende komen vast te staan dat Flexcargo, MAC en MWC steeds op de hoogte zijn geweest van de feitelijke situatie in de vrachthal van DHL en de omstandigheden waaronder hun uitzendkrachten daar werkten. Dat betekent dat zij ook geacht moeten worden op de hoogte te zijn geweest van het feite-

lijk uitoefenen van leiding en toezicht door DHL. Daarvan uitgaande moet worden aangenomen dat Flexcargo, MAC en/of MWC de instructiebevoegdheid, al dan niet stilzwijgend of impliciet, hebben gedelegeerd of overgedragen aan DHL.

5.44. Voor zover bij de beoordeling wie als inlener in de zin van artikel 22 lid 1 NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi moet worden aangemerkt van belang zou zijn wie leiding en toezicht heeft (gehad) over (de werkzaamheden van) eisers, moet er dus van worden uitgegaan dat dit DHL is geweest. Ook in dat geval is dus de conclusie dat eisers moeten worden beloofd volgens de DHL CAO.

MWC als (eind)inlener

5.45. Hetgeen hiervoor is overwogen over DHL als eindinlener geldt ook voor die gevallen waarin MWC (eind)inlener is geweest, te weten in geval van eiser 3, eiser 4 en eiser 14. Dat betekent dat eiser 3, eiser 4 en eiser 14 moeten worden beloofd volgens de MWC CAO.

5.46. Flexcargo heeft aangevoerd dat er in de MWC CAO geen gelijke of gelijkwaardige functies zijn aan te wijzen. Daarbij is verwezen naar een e-mail van 5 oktober 2015 van A., general manager bij Menzies Aviation Netherlands, aan B., indirect bestuurder en indirect aandeelhouder van Flexcargo, waarin onder meer wordt opgemerkt dat “voor de werkzaamheden die de medewerkers van FlexCargo uitvoeren bij Menzies, er geen functie bestaat in de CAO van Menzies World Cargo” en dat de medewerkers van Flexcargo niet voldoen “aan de functie-eisen van een allround Warehouse Agent, de laagste functieschaal in de CAO”.

5.47. Niet in geschil is dat in de MWC CAO een aantal functies worden benoemd, waaronder de functie *werknemer cargo control*, *facility medewerker* en *warehouse agent*. De eerste twee functies vallen in functiegroep 2 (MC2), feitelijk de laagste functiegroep van de MWC CAO, de laatstgenoemde functie valt in functiegroep 4 (MC4).

5.48. Ook staat niet ter discussie dat eiser 3, eiser 4 en eiser 14 hun werkzaamheden als vrachthalmedewerker voor MWC als (eind)inlener hebben verricht in de vrachthal van MWC. Hetgeen hiervoor is overwogen over de aard van de werkzaamheden van eisers in de vrachthal van DHL geldt ook voor de werkzaamheden van eiser 3, eiser 4 en eiser 14 in de vrachthal van MWC. Met name is niet dan wel onvoldoende door Flexcargo weersproken dat in de vrachthal van MWC ook

vrachthalmedewerkers werkzaam zijn geweest die rechtstreeks in dienst waren van MWC en in wenzen hetzelfde werk deden als eiser 3, eiser 4 en eiser 14.

5.49. Gelet op het voorgaande is voldoende gebleken dat er in de MWC CAO een gelijke of gelijkwaardige functie kan worden aangewezen, te weten in ieder geval de functie *werknemer cargo control of facility medewerker*. Het andersluidende standpunt van Flexcargoo is in het licht van het voorgaande onvoldoende onderbouwd. De enkele verwijzing naar genoemde e-mail van 5 oktober 2015 schiet in ieder geval tekort.

5.50. Eiser 3, eiser 4 en eiser 14 hebben hun vordering gebaseerd op de laagste functiegroep 2 (MC2) en de daarbij behorende loonschaal van de MWC CAO, uitgaande van de functie *werknemer cargo control of facility medewerker*. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen, kan de kantonrechter eiser 3, eiser 4 en eiser 14 daarin volgen.

Loonbetaling door DMW

5.51. Aan eiser 1, eiser 2, eiser 6, eiser 9, eiser 10, eiser 10-Golinska en eiser 16 is gedurende een periode van 26 weken loon betaald door DMW. Aan eiser 5 en eiser 7 is twee keer een periode van 26 weken loon betaald door DMW. Flexcargoo stelt zich op het standpunt dat gedurende die periode van loonbetaling DMW als werkgever heeft te gelden en niet Flexcargoo, zodat over de betreffende periode de vordering jegens Flexcargoo niet kan worden toegewezen.

5.52. De kantonrechter volgt het standpunt van Flexcargoo niet. Het enkele feit dat DMW over een bepaalde periode het loon heeft betaald, betekent niet dat daarmee of daardoor de arbeidsovereenkomst tussen Flexcargoo en genoemde eisers zou zijn gewijzigd of beëindigd, of dat een nieuwe arbeidsovereenkomst met DMW zou zijn aangegaan. Dat dit zou zijn beoogd, blijkt ook nergens uit. De enkele loonbetaling door DMW is daarvoor niet genoeg. DMW kan gelet op artikel 6:30 BW de verplichting tot loonbetaling ook namens Flexcargoo nakomen, zoals zij kennelijk (als zuster-vennootschap van Flexcargoo) heeft gedaan, omdat de aard van de arbeidsovereenkomst zich daartegen niet verzet.

Artikel 22 lid 3 NBBU CAO

5.53. Flexcargoo heeft een beroep gedaan op artikel 22 lid 3 NBBU CAO en heeft gesteld dat eisersgelet op deze bepaling geen betaling van achterstallig loon kunnen vorderen met terugwerkende kracht.

5.54. Artikel 22 lid 3 NBBU CAO is met ingang van 1 juli 2015 ingevoerd en in werking getreden en luidt:

“De toepassing van de inlenersbeloning kan worden gebaseerd op de informatie als verstrekt door de inlener over de functiegroep, de hoogte van het loon, de van toepassing zijnde arbeidsduurverkortings, de hoogte van de periodieken, de hoogte van de initiële loonsverhoging, de onbelaste kostenvergoedingen en de toeslagen.

Toepassing van de inlenersbeloning zal dan nooit worden aangepast met terugwerkende kracht, tenzij er sprake is van opzet danwel kennelijk misbruik.”

5.55. Flexcargoo meent dat eisers als gevolg van de inwerkingtreding van artikel 22 lid 3 NBBU CAO geen aanspraak meer kunnen maken op een inlenersbeloning over de gehele periode van 2011 tot 17 september 2015, en subsidiair dat deze bepaling voorkomt dat eisers aanpassing van hun beloning over de periode van 1 juli 2015 tot 17 september 2015 kunnen vorderen.

5.56. Naar het oordeel van de kantonrechter kan Flexcargoo artikel 22 lid 3 NBBU CAO niet aan eisers tegenwerpen over de periode van 2011 tot 1 juli 2015. In die periode maakte dat artikel immers geen deel uit van de NBBU CAO en was dat artikel dus niet van toepassing op de uitzendovereenkomst tussen Flexcargoo en eisers. Uit artikel 22 lid 3 NBBU CAO kan ook niet worden afgeleid dat de partijen bij de NBBU CAO hebben beoogd om aan die bepaling terugwerkende kracht te geven en dat is ook geen aannemelijk rechtsgevolg van dat artikel.

5.57. Verder is voor een geslaagd beroep op artikel 22 lid 3 NBBU CAO vereist dat Flexcargoo informatie heeft gevraagd en verkregen van eindinlener DHL of MWC over onder meer de functiegroep en de hoogte van het loon. Niet is gebleken dat Flexcargoo in de periode waar het hier om gaat dergelijke informatie heeft gevraagd of verkregen, en Flexcargoo heeft dat ook niet of onvoldoende gesteld, zodat alleen al hierom aan Flexcargoo geen beroep toekomt op artikel 22 lid 3 NBBU CAO. De kantonrechter kan verder in het midden laten of het wel de bedoeling is geweest van artikel 22

lid 3 NBBU CAO om een individuele uitzendkracht een aanspraak op inlenersbeloning met terugwerkende kracht te ontnemen.

Instemming of rechtsverwerking door eiser 1

5.58. In de zaak van eiser 1 heeft Flexcargo nog aangevoerd dat eiser 1 als lid van de ondernemingsraad van DHL heeft ingestemd met de hiervoor onder 2.20 genoemde minnelijke regeling en dat hij in verband daarmee zijn rechten heeft verwerkt. Dit verweer kan niet slagen. Uit de door eiser 1 overgelegde e-mail van de FNV van 26 juli 2016 blijkt dat bij de minnelijke regeling uitdrukkelijk is bepaald dat die regeling niet kan afdoen aan vorderingen van individuele werknemers, ongeacht of deze lid zijn van de FNV. Het staat eiser 1 dus vrij een individuele claim in te dienen, zoals hij in deze zaak heeft gedaan.

De vordering met betrekking tot DMW

5.59. Eiser 3 en eiser 16 zijn beiden gedurende een bepaalde periode ook in dienst geweest bij DMW. Gelet op de door partijen overgelegde arbeidsovereenkomst gaat het bij eiser 3 om de periode van 24 november 2014 tot 25 mei 2015 en bij eiser 16 om de periode van 1 juni 2013 tot 17 september 2015. Eiser 3 heeft in die periode feitelijk gewerkt bij MWC en eiser 16 bij DHL.

5.60. Anders dan DMW stelt, moet zij ten aanzien van eiser 3 en eiser 16 als uitzendwerkgever worden aangemerkt, als bedoeld in artikel 7:690 BW, artikel 8 Waadi en de ABU CAO. DMW heeft eiser 3 en eiser 16 immers in het kader van de uitoefening van haar beroep of bedrijf ter beschikking gesteld van een derde om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde. Dat DMW zich niet als uitzendbureau presenteert en ook niet als zodanig staat geregistreerd bij de Kamer van Koophandel, doet er niet aan af dat zij eiser 3 en eiser 16 beroeps- of bedrijfsmatig ter beschikking heeft gesteld. Er is immers geen sprake van een incidentele uitzending door DMW, maar van uitzending van twee werknemers gedurende een periode van meer dan een half tot bijna anderhalf jaar. Ook gelet op de definitie in artikel 1, onderdeel t, ABO CAO is DMW als uitzendonderneming aan te merken, omdat DMW een rechtspersoon is die feitelijk uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers.

5.61. Dat betekent dat eiser 3 en eiser 16 in ieder geval op grond van de ABU CAO en/of artikel 8 lid 1 Waadi aanspraak kunnen maken op de inlenersbeloning, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen. DMW heeft geen andere verweren of argumenten dan de hiervoor genoemde naar voren gebracht, die aan die aanspraak kunnen afdoen.

5.62. De stelling van eiser 3 en eiser 16 dat DMW in de betreffende perioden is aan merken als opvolgend werkgever van Flexcargo, is door DMW betwist, maar uitsluitend onder verwijzing naar haar standpunt dat zij niet als uitzendwerkgever is te beschouwen. Zoals hiervoor al is overwogen, kan dat standpunt niet worden gevolgd. Dat betekent dat ervan moet worden uitgegaan dat sprake is geweest van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 17 ABU CAO en dat eiser 3 en eiser 16 hun vordering terecht mede daarop hebben gebaseerd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat uit artikel 17 ABU CAO volgt dat bij het bepalen van de rechtspositie van de uitzendkracht rekening moet worden gehouden met het relevante arbeidsverleden van die uitzendkracht bij de vorige werkgever(s). Verder is van belang dat de ABU CAO in de periode waar het hier om gaat algemeen verbindend is verklaard.

5.63. DMW is dus op basis van dezelfde uitgangspunten als hiervoor is overwogen wat betreft de vordering ten aanzien van Flexcargo, de inlenersbeloning verschuldigd aan eiser 3 en eiser 16. Daarbij gaat het bij eiser 3 over de periode van 24 november 2014 tot 25 mei 2015 om het loon op basis van functiegroep 2 en de bijbehorende loonschaal van de MWC CAO, en voor eiser 16 over de periode van 1 juni 2013 tot 17 september 2015 om functiegroep 4 en de bijbehorende loonschaal van de DHL CAO.

Conclusie

5.64. Gelet op het voorgaande kan de vordering van eisers om Flexcargo en DMW te veroordelen tot naleving van de NBBU CAO en artikel 8 lid 1 Waadi worden toegewezen. Die veroordeling zal nu nog niet in dit vonnis worden neergelegd, omdat Flexcargo en DMW de hierna te bepreken gelegenheid krijgen om nog een akte te nemen, in verband waarmee een beslissing in deze zaak zal worden aangehouden.

De verdere beoordeling van de vordering en de berekening daarvan

5.65. De kantonrechter stelt vast dat de hoogte van het basisuurloon dat eisers aan hun vorderingen en de berekening van het achterstallig loon ten grondslag hebben gelegd, tussen partijen niet in geschil is. Ook de berekening van de reserveringen en toeslagen aan de hand van dit basisuurloon is in essentie niet betwist door Flexcargo en DMW.

5.66. Wel hebben Flexcargo en DMW aangevoerd dat eisers hun vorderingen te weinig specifiek hebben onderbouwd, doordat er onvoldoende representatieve salarisspecificaties zijn overgelegd, waardoor ook het aantal door eisers gestelde gewerkte uren niet is te controleren.

5.67. Eisers hebben in de dagvaarding voor iedere eiser en per halfjaar in een overzichtelijke tabelvorm de diverse variabelen die ten grondslag liggen aan de berekening van het achterstallig loon gepresenteerd, en hebben daarbij uitgelegd hoe zij tot die variabelen zijn gekomen. Het totaal aantal gewerkte uren is daarbij per half jaar weergegeven. Ook is telkens een in tabelvorm opgemaakt overzicht bij de dagvaarding gevoegd. Op de zitting hebben eisers de berekening van het achterstallige loon nog nader toegelicht, en is met name de berekening en de onderbouwing van de gevorderde onregelmatigheidstoeslag uitgewerkt. Daarbij is duidelijk geworden dat de berekening van de onregelmatigheidstoeslag op een schatting is gebaseerd, uitgaande van een gebruikelijke inroostering van iedere eiser en de percentages die volgens de DHL CAO en de MWC CAO gelden ten aanzien van de onregelmatigheidstoeslag, variërend van 0 tot 30%.

5.68. Op zichzelf voeren Flexcargo en DMW terecht aan dat op basis van de overgelegde salarisspecificaties niet exact kan worden gecontroleerd of het door eisers genoemde aantal gewerkte uren in het door hen overgelegde overzicht juist is. Er zijn ook geen werkroosters overgelegd waaruit het recht op onregelmatigheidstoeslag zonder meer kan worden afgeleid. Echter, naar het oordeel van de kantonrechter hebben eisers aan de hand van de door hen overgelegde gegevens en overzichten hun vorderingen wel voldoende aannemelijk gemaakt. Flexcargo en DMW hebben als werkgever de beschikking over de door hen gevoerde loonadministraties en aangenomen moet worden dat zij daarom ook de beschikking hebben over salarisspecificaties, urenspecificaties en

werkroosters. Flexcargo en DMW moeten daarom in staat zijn om op relatief eenvoudige wijze de door eisers aan hun vordering ten grondslag liggende stelling ten aanzien van gewerkte uren en werktijden te kunnen controleren en zo nodig gemotiveerd te kunnen weerleggen. Het ligt daarom bij de huidige stand van zaken op de weg van Flexcargo en DMW om hun verweer ten aanzien van de berekening van de vorderingen voldoende te onderbouwen, onder overlegging van relevante gegevens.

5.69. Het tussen partijen gevoerde debat heeft tot nu toe voornamelijk gezien op de hiervoor behandelde geschilpunten. Gelet op hetgeen hiervoor onder 5.68 is overwogen, zullen Flexcargo en DMW, zoals zij ook hebben verzocht, nog in de gelegenheid worden gesteld om bij akte te reageren op de berekening van de vorderingen van eisers. Daarbij worden Flexcargo en DMW, met toepassing van artikel 22 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), bevolen de hiervoor genoemde gegevens te overleggen, te weten salarisspecificaties, urenspecificaties en werkroosters. Indien Flexcargo en DMW dat niet doen of weigeren, en die weigering niet gerechtvaardigd is, kan de kantonrechter daaraan op grond van artikel 22 Rv de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Indien nodig, zullen eisers in de gelegenheid worden gesteld nog te reageren op de akte van Flexcargo en DMW.

5.70. De kantonrechter wijst erop dat Flexcargo en DMW hun reactie in één akte kunnen neerleggen, maar wel in zestienvoud moeten indienen.

Gelegenheid tot reactie op nadere stukken

5.71. Flexcargo heeft nog verzocht schriftelijk te mogen reageren op de onder 5.22 genoemde functieomschrijving die door eisers op de zitting is overgelegd. Dit verzoek wordt afgewezen. De functiebeschrijving heeft een beperkte omvang, is bij aanvang van de zitting overgelegd en de zitting is twee keer geschorst. Gelet daarop heeft Flexcargo voldoende gelegenheid gehad om op de functiebeschrijving te reageren, temeer ook omdat op de zitting uit opmerkingen van een aanwezige medewerker van Flexcargo is gebleken dat Flexcargo feitelijk al goed op de hoogte was van de werkzaamheden die eisers hebben verricht bij DHL.

6. De beslissing

De kantonrechter:

- 6.1. bepaalt dat Flexcargo en DMW de gelegenheid krijgen om zich bij akte uit te laten, zoals hiervoor onder 5.69 bedoeld, onder overlegging van de daarbij behorende stukken;
- 6.2. bepaalt dat Flexcargo en DMW die akte uiterlijk op de rolzitting van 9 mei 2018 om 10:00 uur moeten indienen;
- 6.3. bepaalt dat uitstel voor het nemen van de akte in beginsel niet wordt verleend;
- 6.4. houdt iedere verdere beslissing in deze zaken aan.

NOOT

Doorlening van werknemers komt in verschillende situaties voor. Soms leent een uitzendbureau een bij hem in dienst zijnde uitzendkracht tijdelijk 'door' aan een ander uitzendbureau dat een opdrachtgever heeft aan wie deze uitzendkracht ter beschikking kan worden gesteld. Een andere vorm van doorlening doet zich voor bij contracting in de situatie waarin het contracting-bedrijf een activiteit gaat verrichten voor een opdrachtgever en de daarbij door hem ingezette werknemers betreft van een uitzend- of payroll-bedrijf. Een derde vorm van doorlening – ook aan de orde in onderhavige uitspraak – is die waarin een (uiteindelijke) inlener de werknemers inleent via een doorlener die in dat kader een overeenkomst is aangegaan met een payrollbedrijf of uitzendbureau dat de werknemers in dienst neemt (of al heeft). Het is de vraag of bij doorlening sprake is van een uitzendovereenkomst: de werknemer verricht immers geen arbeid voor de doorlener maar voor een andere derde en er is geen sprake van een (opdracht)overeenkomst tussen zijn werkgever en die andere derde (zie hierover nader mijn noot onder «JAR» 2017/267).

In zijn arrest in de zaak *StiPP/Percival* overweegt het Hof Amsterdam dat de doorlener ten opzichte van de werkgever kwalificeert als de derde ex artikel 7:690 BW omdat deze doorlener aan de door hem met de werkgever gesloten (opdracht)overeenkomst een instructiebevoegdheid (toezicht en leiding) ontleent ten opzichte van de werknemer. Dat de doorlener geen gebruik maakt van zijn instructiebevoegdheid, omdat de werknemer voor hem geen arbeid verricht, maar deze overdraagt aan de uiteindelijke inlener doet

naar het oordeel van het hof niet af aan de door hem aangenomen uitzendovereenkomst tussen de werkgever, de werknemer en de doorlener. Op basis van deze argumentatie heeft de kantonrechter te Nijmegen op 9 maart 2018 («JAR» 2018/153) geoordeeld dat de uitzendkrachten geen recht hebben op een beloning conformde bij de uiteindelijke inlener van toepassing zijnde cao. De kantonrechter overweegt dat de onderneming onder wier toezicht en leiding de arbeid wordt verricht de onderneming is waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt in de zin van artikel 8 lid 1 Waadi en dat het daarbij niet gaat om de feitelijke leiding over de arbeid, maar om de rechtsverhouding waaraan de instructiebevoegdheid wordt ontleend. Bij doorlening is dat de overeenkomst van opdracht tussen de uitzendwerkgever en de doorlener. Dat de doorlener geen gebruik maakt van zijn instructiebevoegdheid, maar deze overdraagt aan de uiteindelijke inlener, doet naar het oordeel van de kantonrechter niet af aan het feit dat deze ten opzichte van de uitzendwerkgever kwalificeert als de derde onder wiens toezicht en leiding de uitzendkrachten arbeid verricht.

In bovenstaande uitspraak gaat de kantonrechter te Haarlem niet in op de vraag of de doorlener ten opzichte van de werkgever kwalificeert als de derde ex artikel 7:690 BW. De kantonrechter volstaat met de overweging dat partijen het erover eens zijn dat de betrokken werknemers op basis van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:690 BW in dienst zijn van Flexcargo en het doorlenen van de uitzendkrachten er op zichzelf niet aan af doet dat de arbeidsovereenkomsten uitzendovereenkomsten zijn gebleven. Anders dan de kantonrechter te Nijmegen komt de kantonrechter te Haarlem tot de conclusie dat de uitzendkrachten recht hebben op een beloning conformde cao die van toepassing is bij de uiteindelijke inlener. De kantonrechter te Haarlem baseert dit op een 'redelijke uitleg' van de afspraken die in de op de uitzendovereenkomst van toepassing zijnde cao zijn gemaakt over de beloning van de uitzendkrachten. Artikel 8 lid 1 Waadi is van driekwart dwingend recht en hiervan mag binnen de grenzen van artikel 8 lid 3 Waadi bij cao worden afgeweken. Dat is gebeurd in de (tot 1 juni 2019 algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao en in de in deze zaak van toepassing zijnde NBBU-cao. In artikel 22

van de NBBU-cao dat betrekking heeft op het loon en de vergoedingen van de uitzendkracht is in lid 1 bepaald dat de beloning van de uitzendkracht gelijk is *“aan het loon en vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener.”* Op grond van de definities van inlener, uitzendonderneming en uitzendovereenkomst in artikel 2 NBBU-cao is de inlener degene die een overeenkomst van opdracht sluit met de uitzendonderneming krachtens welke de uitzendkracht aan hem ter beschikking wordt gesteld om onder zijn toezicht en leiding arbeid te verrichten. Dat zou betekenen dat op grond van de NBBU-cao – net als op grond van de ABU-cao – bij de bepaling van de inlenersbeloning moet worden aangeknoopt bij de cao of beloningsregeling die van toepassing is bij de doorlener. De kantonrechter te Haarlem oordeelt echter dat de uitzendkrachten moeten worden beloofd conform de bij de uiteindelijke inlener van toepassing zijnde cao. Hoewel de kantonrechter constateert dat de uiteindelijke inlener (DHL) op basis van een tekstuele uitleg van de NBBU-cao niet zonder meer als inlener kan worden aangemerkt bij de toepassing van artikel 22 NBBU-cao, brengt naar zijn oordeel *“een redelijke uitleg”* van dat artikel mee dat daarin als inlener moet worden aangemerkt *“de onderneming waar de terbeschikkingstelling feitelijk en daadwerkelijk plaatsvindt.”* Mijns inziens is nog maar de vraag of deze redelijke uitleg verenigbaar is met de cao-norm. Dat een meer bij de bewoordingen van de NBBU-cao aansluitende uitleg zou leiden tot onaannemelijke rechtsgevolgen staat voor mij niet vast. Bij cao mag immers worden afgeweken van artikel 8 (lid 1) Waadi en ook in (artikel 1 onder j en n) ABU-cao is – in nog duidelijker bewoordingen – de inlenersbeloning gedefinieerd als de *“beloning van de werknemer in dienst van de opdrachtgever”* van de uitzendwerkgever; de doorlener dus. Daardoor is mijns inziens evenmin sprake van een situatie als in het Condor-arrest (HR 25 november 2016, «JAR» 2016/303) waarin grond bestaat voor een van de cao-norm afwijkende uitleg.

De kantonrechter te Haarlem lijkt te zijn gekomen tot zijn redelijke uitleg van artikel 22 NBBU-cao vanuit de gedachte dat het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten een zeker dwingendrechtelijk karakter heeft en doorlening

van uitzendkrachten vooral een papieren constructie is. Zo wijst de kantonrechter erop dat de doorlener in deze zaak *“zelf geen functies kent die op het gebied van vrachtafhandeling liggen, dat bij [de doorlener] kennelijk geen collectieve arbeidsovereenkomst geldt, en dat [de werknemers] feitelijk nooit bij of voor [de doorlener] hebben gewerkt.”* De kantonrechter voegt daar ten overvloede aan toe dat de uiteindelijke inlener (DHL) toezicht en leiding had over de werkzaamheden. Dat DHL deze instructiebevoegdheid ontleent aan de rechtsverhouding tussen Flexcargo en de doorlener speelt voor de kantonrechter geen rol bij de beoordeling wie als inlener kwalificeert bij de toepassing van artikel 8 lid 1 Waadi en artikel 22 NBBU-cao. Los van de vraag of de door de kantonrechter gehanteerde redelijke uitleg van artikel 22 NBBU-cao verenigbaar is met de cao-norm, gaan de overwegingen van de kantonrechter in tegen die in de hiervoor aangehaalde uitspraken van het Hof Amsterdam en de kantonrechter te Nijmegen. In de literatuur wordt doorlening geaccepteerd en is betoogd dat de wet niet verbiedt dat de opdrachtgever van het uitzendbureau toezicht en leiding over de aan hem terbeschikkinggestelde uitzendkracht subdelegeert aan een vierde, zoals bij doorlening gebeurt (zie hierover mijn bijdrage 'Doorlening, toezicht en leiding en de uitzendovereenkomst', in *ArbeidsRecht* 2018/2). Het is dan aan sociale partners om afspraken te maken over de beloning van de uitzendkracht in de situatie waarin deze wordt doorgeleend die aansluiten bij het in artikel 5 Uitzendrichtlijn (2008/104/EG) opgenomen beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten.

Hoewel een deel van de vorderingen van de uitzendkrachten betrekking heeft op een periode liggend na de inwerkingtreding van de Wet aanpak schijnconstructies, is de doorlener niet door hen gedagvaard in deze procedure. De doorlener is op grond van artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk voor het na 1 juli 2015 te weinig betaalde loon. Als vast zou komen te staan dat de doorlener geen verhaal biedt, kan op grond van artikel 7:616b BW de uiteindelijke inlener worden aangesproken. De doorlener en uiteindelijke inlener zijn echter niet aansprakelijk indien zij in rechte aannemelijk maken dat hun niet kan worden verweten dat het loon niet (volledig) is voldaan. Een beroep op deze niet-

verwijtbaarheid zou hier naar mijn mening kans van slagen hebben gehad gelet op de in de NB-BU-cao – en in de ABU-cao – gemaakte afspraken over de inlenersbeloning en gelet op de andere wijze waarop het Hof Amsterdam en de kantonrechter te Nijmegen het element toezicht en leiding bij doorlening hebben uitgelegd.

J.P.H. Zwemmer,
advocaat bij Stibbe, Amsterdam