
ECLI:NL:GHARL:2015:670



Instantie

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak

03-02-2015

Datum publicatie

26-03-2015

Zaaknummer

200.141.626

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Uitzend-CAO van toepassing? Allocatiefunctie geldt als vereiste bij de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst. Intra concernuitzending? Instructiebevoegdheid.

Wetsverwijzingen

[Burgerlijk Wetboek Boek 7](#)

[Burgerlijk Wetboek Boek 7 690](#)

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

AR-Updates.nl 2015-0206

RAR 2015/63

JAR 2015/69 met annotatie van mr. E. Knipschild

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.141.626

(zaaknummer rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Zutphen, 476376)

arrest van de derde kamer van 3 februari 2015

in de zaak van

de stichting **Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten**,

zetelend te Barendrecht,

appellante,

hierna: SNCU,

advocaat: mr. M.H.D. Vergouwen,

tegen:

1de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Velocitas Personeelsdiensten B.V.,

gevestigd te Didam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[geïntimeerde sub 2].,

bestuurder van geïntimeerde sub 1,

geïntimeerden,

advocaat: mr. E. van Otterloo.

Geïntimeerde sub 1 zal hierna Velocitas, geïntimeerde sub 2 [geïntimeerde sub 2] en geïntimeerden gezamenlijk zullen Velocitas c.s. worden genoemd.

1Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 28 juni 2012, 22 mei 2013 en 20 november 2013 die de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Zutphen) tussen Velocitas c.s. als gedaagden en SNCU als eiseres heeft gewezen.

2Het geding in hoger beroep

2.1

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 3 februari 2014;
- de memorie van grieven, tevens houdende wijziging van eis;
- de memorie van antwoord;
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities. Hierbij is akte verleend van het in het geding brengen van de stukken die bij berichten van 27 oktober 2014 (producties 30 en 31) en 30 oktober 2014 (productie 32) door mr. Vergouwen namens SNCU zijn toegezonden, alsmede van de stukken die bij bericht van 30 oktober 2014 door mr. Van Otterloo namens Velocitas c.s. zijn toegezonden.

2.2

Partijen hebben de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en het hof heeft arrest bepaald.

3De vaststaande feiten

3.1

Velocitas exploiteert een bedrijf waarbij personeel wordt ingezet ten behoeve van de uitvoering van vervoersovereenkomsten tussen haar zustervenootschap Velocitas Logistics B.V. (hierna: Velocitas Logistics) en onder meer Mediq Apotheken (hierna: Mediq, voorheen genaamd: OPG) en [bedrijfsnaam].

3.2

De CAO Uitzendkrachten 2009/2014 (hierna: de CAO Uitzendkrachten) is afgesloten voor de periode 29 maart 2009 tot 29 maart 2014. Deze CAO (alsmede haar voorgangster) is algemeen verbindend verklaard bij besluit van 21 mei 2008 voor de periode van 25 mei 2008 tot en met 28 maart 2009, bij besluit van 19 juni 2009 voor de periode van 25 juni 2009 tot en met 27 maart 2011 en bij besluit van 11 juli 2011 voor de periode van

14 juli 2011 tot en met 31 maart 2012. De CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna: de CAO Sociaal Fonds) is algemeen verbindend verklaard bij besluit van

30 september 2008 voor de periode van 30 september 2008 tot en met 30 maart 2009 en bij besluit van 24 juni 2009 over de periode 28 juni 2009 tot en met tot en met 27 maart 2011 en bij besluit van 27 mei 2011 voor de periode 2 juni 2011 tot en met 28 maart 2014.

In de CAO Uitzendkrachten is in artikel 1 de uitzendonderneming gedefinieerd als:

“de natuurlijke persoon of rechtspersoon die uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers”. De uitzendkracht wordt daar gedefinieerd als *“de natuurlijke persoon die met de uitzendonderneming een uitzendovereenkomst aangaat”* en de daar gegeven definitie van het begrip *“uitzendovereenkomst”* is gelijk aan de wettelijke omschrijving van artikel 7:690 BW.

In artikel 2 van de CAO Uitzendkrachten is het volgende bepaald over de werkingssfeer:

“De CAO is van toepassing op de uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voorzover de omvang van de uitzendloonsom tenminste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt, behoudens dispensatie op grond van artikel 4 van de CAO.”

De CAO Sociaal Fonds kent eenzelfde werkingsfeer.

3.3

Artikel 53 (met als kop: *“Naleving”*) van de CAO Uitzendkrachten luidt als volgt:

“1. Er is een Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) opgericht door de partijen betrokken bij de CAO.

2. De statuten en reglementen van de SNCU zijn vastgelegd in de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.”

3.4

Artikel 7 (met als kop: *“Naleving”*) van de CAO Sociaal Fonds luidt als volgt:

“1. Er is een Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) opgericht door de partijen betrokken bij deze CAO waarvan de Statuten en Reglementen I en II integraal onderdeel uitmaken van deze CAO.

2. De SNCU dient erop toe te zien, dat de bepalingen van deze CAO algemeen en volledig worden nageleefd en is door de partijen betrokken bij deze CAO gemachtigd al datgene te verrichten dat daartoe nuttig en noodzakelijk kan zijn.”

3.5

SNCU heeft op grond van artikel 7 lid 4 van haar statuten en haar Reglement I (Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten) haar toezichhoudende taken overgedragen aan de Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: CNCU), een en ander als omschreven in het daartoe opgemaakte Reglement II (Werkwijze van de Commissie Naleving CAO Uitzendkrachten) (hierna: het Reglement II). Dat Reglement II verplicht, kort samengevat, werkgevers die onder de werking van genoemde CAO's vallen aan de CNCU die informatie te verschaffen die zij redelijkerwijs voor de uitvoering van haar taakuitoefening nodig acht. Bij gebreke van het verstrekken van de gevraagde informatie of bij het verstrekken van foutieve informatie voorziet het Reglement II (uiteindelijk) in het opleggen van een forfaitaire schadevergoeding door SNCU.

3.6

Artikel 4 lid 3 van het Reglement II luidt:

“De werkgever is verplicht zijn volledige en voortvarende medewerking te verlenen aan onderzoek door de CNCU, gericht op naleving van de CAO's. Binnen een door de CNCU gestelde termijn dient de gevraagde informatie door de werkgever aan de CNCU ter beschikking worden gesteld.” In het tweede lid van dit artikel is vastgelegd, dat *“het aantonen dat de CAO's getrouwelijk wordt nageleefd moet ondermeer blijken uit de door of namens werkgever gevoerde inzichtelijke en deugdelijke loon- en arbeidstijdenadministratie”*, waarna een opsomming van gegevens volgt.

3.7 Artikel 5 van het Reglement II luidt:

“De werkwijze van de CNCU is als volgt:

1. De CNCU verzoekt uitzendondernemingen/werkgevers schriftelijk tot het aanleveren van afschriften van een selectie van de administratieve bescheiden, zoals bedoeld in artikel 4 lid 2 van dit reglement; (...)

4. Indien de ontvangen administratieve bescheiden onvolledig of onjuist worden geacht, wordt de betrokken uitzendonderneming/werkgever schriftelijk verzocht binnen vijf werkdagen na dagtekening aanvullende en/of gecorrigeerde afschriften van deze administratieve bescheiden aan de CNCU te doen toekomen, conform het gestelde in artikel 4 lid 2;

5. De CNCU controleert op basis van een gegronde vermoeden van overtreding van de CAO's. Van een gegronde vermoeden is sprake indien: (...)

6. De te controleren ondernemingen zullen door middel van een schriftelijke vooraankondiging op de hoogte worden gebracht van het bezoek aan hun bedrijf. In de vooraankondiging wordt aangegeven in welke week de controle bij de onderneming zal plaatsvinden en welke gegevens zullen worden onderzocht. De aangeschreven ondernemingen dienen de te onderzoeken administratieve bescheiden, zoals genoemd in artikel 4 lid 2 op het bezoekadres voor controle beschikbaar te houden (...)

9. Indien een aangeschreven onderneming weigert medewerking te verlenen aan de controle op de naleving van de CAO's, zal de onderneming schriftelijk in gebreke worden gesteld en zal de CNCU het bestuur van de stichting hiervan in kennis stellen. (...)"

3.8

Artikel 6 van het Reglement II luidt:

"1. Indien een werkgever na ingebrekestelling door of namens de SNCU gedurende ten minste tien werkdagen nalatig blijft de vanwege de SNCU verzochte gegevens met betrekking tot de wijze waarop hij de CAO's naleeft te verstrekken, dan wel onjuiste gegevens verstrekt, is hij verplicht door dat enkele feit aan de SNCU een forfaitaire schadevergoeding te betalen. De SNCU kan besluiten geheel of gedeeltelijk af te zien van het innen van deze schadevergoeding indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

2. Indien een werkgever na ingebrekestelling door of namens de SNCU gedurende tien werkdagen volhardt bij het niet naleven van de CAO's op de in de ingebrekestelling vermelde punten, is hij - onverminderd het gestelde onder a. - verplicht aan de SNCU een door het bestuur te bepalen schadevergoeding te betalen. Bij het bepalen van de schadevergoeding wordt in ieder geval rekening gehouden met de aard, de omvang en de duur van de niet-naleving, alsmede met de loonsom van de onderneming van de betrokken werkgever. Daarnaast kan rekening worden gehouden met de mate waarin die werkgever alsnog achterstallige verplichtingen jegens zijn personeel nakomt dan wel zekerheid stelt voor een correcte naleving van de CAO's. De SNCU kan besluiten geheel of gedeeltelijk af te zien van het innen van deze schadevergoeding indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

3. De schadevergoeding dient ter dekking van de kosten die de SNCU maakt en de ter deze zake verkregen middelen worden toegevoegd aan de geldmiddelen van de SNCU tot dekking van de kosten die de SNCU moet maken als gevolg van haar toezichthoudende taak ten aanzien van de wijze waarop de CAO's worden nageleefd.

4. De SNCU hoeft niet aan te tonen dat zij de schade in de omvang als door haar gevorderd ook daadwerkelijk heeft geleden."

3.9

De notitie "Beleid inzake methodiek forfaitaire schadevergoeding SNCU 06-2006" (productie 3 bij inleidende dagvaarding) luidt onder meer als volgt:

"Het bestuur van de SNCU heeft in juni 2006 een beleid vastgesteld inzake een gestaffelde forfaitaire schadevergoeding methodiek. Deze methodiek houdt rekening met de:

- Omvang van de onderneming
- Duur van de overtreding(en)
- Aard van de overtreding(en) (...)

Minimum forfaitaire schadevergoeding is vastgesteld op € 5000 maximum op € 100.000 (...)"

3.10

Het "Advies beleid hoogte forfaitaire schadevergoeding bij niet meewerkende ondernemingen" (pagina 4 van voornoemde productie 3) luidt onder meer:

"(...) Krachtens de bevoegdheid opgenomen in artikel 6 bij niet meewerken, ongeacht het moment waarop of waaraan (aan een controle of het volharden na ingebrekestelling in de weigering van

aanlevering van verzochte bescheiden) zal de SNCU na ingebrekestelling van en sommatie aan de onderneming bij de rechter vorderen:

A. de forfaitaire schadevergoeding, waarvan de hoogte op maximaal € 100.000 per geval wordt bepaald. Het bestuur heeft dit geaccordeerd in de vergadering van 28 januari jl.

B. medewerking aan de controle en/of aanlevering van gegevens op straffe van een dwangsom. De hoogte van de forfaitaire schadevergoeding dient krachtens artikel 6 lid 3 (oud artikel 46 lid 3 CAO) ter dekking van de kosten van SNCU. SNCU hoeft niet aan te tonen dat zij de schade (lees: apparaatskosten van de SNCU) in de omvang ook daadwerkelijk heeft geleden. (...) Naar verwachting gaat hier een schrikeffect van uit waardoor de niet meewerkende onderneming alsnog meewerkt. (...) De rechter zal de hoogte van de schadevergoeding naar alle waarschijnlijkheid matigen maar de onderneming zal desondanks worden gestraft voor niet meewerken."

3.11

In een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 10 februari 2012 zijn als activiteiten van Velocitas vermeld:

"SBI- code: 78201 - Uitzendbureaus

SBI-code 7810 - Arbeidsbemiddeling

het voeren van een uitzendorganisatie, het verlenen van facilitaire diensten, de inkoop en verkoop alsmede de import en export van bovengenoemde diensten en goederen".

3.12

Op een door SNCU gemaakte printscreen van de website www.velocitas.eu is onder meer het volgende vermeld:

"Velocitas Personeelsdiensten

Velocitas is een detachingsbureau, en heeft jarenlange ervaring in het werven, selecteren en detacheren van personeel. (...)

Velocitas Logistiek

Velocitas is eveneens dienstverlener van een groot aantal logistieke diensten. (...)"

3.13

Bij brief van 18 augustus 2011 is Velocitas door SNCU verzocht tot aanlevering van gegevens in verband met controle op de naleving van de CAO Uitzendkrachten.

3.14

Bij brief van 7 september 2011 heeft SNCU Velocitas aangezegd dat zij bij het uitblijven van de verzochte informatie binnen vijf werkdagen een forfaitaire schadevergoeding tot een maximum van € 100.000,- verschuldigd zal zijn. Bij brief van 26 september 2011 heeft SNCU Velocitas voor de tweede maal aangemaand.

3.15

Bij brief van 10 oktober 2011 heeft SNCU Velocitas aangemaand binnen 14 dagen de opgevraagde gegevens alsnog toe te zenden (onder ingebrekestelling) en meegedeeld dat de door het bestuur van SNCU voor de onderneming van Velocitas vastgestelde forfaitaire schadevergoeding is bepaald op een bedrag van € 100.000,-. Bij brief van haar raadsman van 18 november 2011 heeft SNCU deze sommatie en ingebrekestelling herhaald en tevens aanspraak gemaakt op buitengerechtelijke incassokosten ad € 1.785,-.

3.16

SNCU heeft Velocitas c.s. bij dagvaarding van 16 februari 2012 in rechte betrokken en, zakelijk samengevat, gevorderd dat Velocitas c.s. wordt veroordeeld tot naleving van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds, meer precies: tot het overleggen van de in de brief van 18 augustus 2011 gespecificeerde bescheiden alsmede het betalen van de forfaitaire schadevergoeding ad € 100.000,-, vermeerderd met de voormelde buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten.

3.17

Middels een op 14 september 2012 gedateerd formulier heeft Velocitas aan de Kamer van Koophandel een wijziging gemeld met ingang van 1 januari 2005. Op het formulier is aangegeven dat "het voeren van een uitzendorganisatie" als bedrijfsactiviteit is vervallen en dat als activiteit is toegevoegd "het transporteren van goederen".

3.18

Bij brief van 17 september 2012 aan de raadsman van SNCU is namens Velocitas de op 18 augustus 2011 door SNCU gevraagde informatie verschaft, onder bijlevering van stukken.

3.19

Bij de stukken bevindt zich een schriftelijke arbeidsovereenkomst uit het jaar 2008, gesloten tussen Velocitas en een werknemer. Bij die arbeidsovereenkomst hoort een bijlage, waarin onder meer is vermeld:

"Projectomschrijving

Gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst wordt de Werknemer uitgeleend aan OPG en verricht bij voorkeur werkzaamheden in de functie van koerier en/of magazijnmedewerker. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege zonder opzegging op het moment dat het gewenste eindresultaat bereikt is, dan wel indien de opdrachtgever geen gebruik meer wenst te maken van de inleenkracht."

3.20

[geïntimeerde sub 2] is bestuurder van Velocitas. Bestuurder van [geïntimeerde sub 2] is [persoon 1]. Velocitas heeft drie zusterondernemingen, waaronder Velocitas Logistics B.V. (hierna: Velocitas Logistics).

4De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1

De zaak gaat over het volgende. SNCU heeft jegens Velocitas c.s. aanspraak gemaakt op naleving van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds, meer precies: tot het overleggen van de in de brief van 18 augustus 2011 gespecificeerde bescheiden alsmede het betalen van de forfaitaire schadevergoeding ad € 100.000,- omdat niet (tijdig) is meegewerkt aan het onderzoek, met kosten. Velocitas c.s. heeft tijdens het geding in eerste aanleg bescheiden overgelegd.

4.2

Bij het bestreden vonnis van de kantonrechter is de vordering tegen Velocitas afgewezen, kort gezegd, omdat Velocitas gedurende de onderzoeksperiode niet viel onder de werkingssfeer van de beide CAO's. De kantonrechter is van oordeel dat het bij de beoordeling van de vraag of Velocitas een uitzendonderneming is niet gaat om de wijze waarop Velocitas zich in het verleden heeft gepresenteerd, waarvoor zij een deugdelijke verklaring heeft gegeven, maar om de feitelijke omstandigheden. De kantonrechter overweegt onder meer dat slechts sprake is van een personele vennootschap en dat de leiding en het toezicht op de werknemers bij een ander dan Velocitas rust. Daarnaast is de kantonrechter van oordeel dat - zo al van terbeschikkingstelling van personeel aan een derde sprake was - Velocitas niet als een uitzendonderneming kan worden aangemerkt omdat zij geen allocatiefunctie vervulde.

De vordering tegen [geïntimeerde sub 2] is afgewezen omdat niet is gebleken van weigering van deze vennootschap aan het meewerken van enig onderzoek en evenmin van enig onrechtmatig handelen.

4.3

SNCU komt tegen dit vonnis op met vier grieven. In de eerste grief wordt opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter dat Velocitas ten onrechte door SNCU als uitzendonderneming is aangemerkt, dat zij slechts een personele (het hof begrijpt: personeels) vennootschap was en dat werknemers onder haar leiding en toezicht werkzaamheden verricht(t)en (rechtsoverweging 4.5). Met de tweede grief komt SNCU op tegen het oordeel van de kantonrechter in dezelfde rechtsoverweging dat Velocitas c.s. een duidelijke verklaring heeft gegeven voor het feit dat zij zich jarenlang (naar buiten toe) als uitzendbureau heeft gepresenteerd en arbeidscontracten met een

uitzendbeding heeft gehanteerd. De derde grief richt zich tegen de afwijzing van de vorderingen tegen [geïntimeerde sub 2] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (rechtsoverweging 4.1) en de vierde grief richt zich tegen de kostenveroordeling. In hoger beroep heeft SNCU haar vordering deels gewijzigd en wordt sub 1, in plaats van overlegging van de - inmiddels verstrekte - bescheiden, gevorderd, kort gezegd, medewerking aan een controle ter plaatse op straffe van een dwangsom.

Grief 3 [geïntimeerde sub 2]

4.4

Het hof ziet aanleiding de derde grief, waarbij wordt opgekomen tegen de afwijzing van de vordering tegen [geïntimeerde sub 2], als eerste te beoordelen. SNCU voert aan dat [geïntimeerde sub 2], als de bestuurder van Velocitas, door haar is aangeschreven en dat deze bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is (memorie van grieven sub 103 en 106). Velocitas c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

4.5

Het verweer van Velocitas c.s. dat [geïntimeerde sub 2] niet in gebreke is gesteld gaat niet op nu SNCU [geïntimeerde sub 2] aansprakelijk heeft gesteld uit onrechtmatige daad waarbij het vereiste van een ingebrekestelling niet geldt (zie artikel 6:83 onder b BW). Het hof is evenwel van oordeel dat van bestuurdersaansprakelijkheid geen sprake is. De verwijten van SNCU dat stukken tardief zijn overgelegd en medewerking aan het onderzoek is geweigerd, alsmede dat met terugwerkende kracht de bedrijfsomschrijving in de Kamer van Koophandel is gewijzigd, miskennen dat een vennootschap uitsluitend door middel van haar bestuur kan handelen. Ten aanzien van het niet meewerken aan het onderzoek gaat dit bezwaar niet op, zoals hierna zal worden overwogen. Dat in dit geval sprake is van ernstige persoonlijke verwijtbaarheid aan de zijde van de bestuurder, zoals SNCU heeft aangevoerd, is niet gebleken. De aangevoerde feiten en omstandigheden zijn daartoe niet toereikend. Aan bewijslevering wordt in zoverre niet toegekomen. Grief 3 faalt hiermee.

Zijn CAO's van toepassing?

4.6

Alvorens te komen tot de beoordeling van de overige grieven ziet het hof aanleiding het meest verstrekkende verweer van Velocitas te bespreken. Zij heeft aangevoerd dat zij in de onderzoeksperiode zoals gehanteerd door SNCU niet onder de werkingssfeer van de desbetreffende CAO's viel. Bij gelegenheid van de pleidooien heeft zij nader toegelicht dat de CAO algemeen verbindend verklaard was tussen 25 mei 2008 en 29 maart 2009 alsmede tussen 11 juli 2011 en 31 maart 2012, zodat tijdens de controleperiode de CAO niet algemeen verbindend was verklaard en deze dus ook niet behoefde te worden toegepast.

4.7

Het hof stelt voorop dat niet in geschil is dat Velocitas geen contractspartij was bij de hier aan de orde zijnde CAO's (CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds) en haar binding aan deze CAO's uitsluitend gebaseerd kan worden op de algemeen verbindend verklaring van (een van) deze CAO's.

4.8

SNCU heeft bij inleidende dagvaarding sub 2 als onderzoeksperiode aangeduid januari 2009 tot met januari 2011. Bij brief van 18 augustus 2011 heeft zij Velocitas verzocht tot het aanleveren van afschriften van een selectie van de administratieve bescheiden over de periode van januari 2009 tot en met januari 2011. SNCU heeft in haar akte van 28 februari 2013 sub 11 nader gesteld dat de periode die het onderzoek naar de onderneming beslaat betreft december 2009 tot en met januari 2011. Ook Velocitas is blijkens haar akte uitlating van 8 mei 2013 (sub 9) van deze laatste periode uitgegaan, gelijk de kantonrechter in het bestreden vonnis in rechtsoverweging 3.2 als stelling van SNCU heeft weergegeven. Hiertegen is geen grief gericht en evenmin heeft SNCU de onderzoeksperiode opnieuw gedefinieerd. Het hof gaat daarom met de kantonrechter uit van de onderzoeksperiode december 2009 tot en met januari 2011.

4.9

Zoals hierboven onder de vaststaande feiten onder rechtsoverweging 3.3 is vastgesteld was - anders dan Velocitas heeft aangevoerd - de CAO Uitzendkrachten algemeen verbindend verklaard voor de periode van 25 mei 2008 tot en met 28 maart 2009 en blijkens het besluit van de minister van Sociale Zaken van 19 juni 2009, Staatscourant 23 juni 2009, nr. 113, van 25 juni 2009 tot en met 27 maart 2011. De CAO Sociaal Fonds was algemeen verbindend verklaard voor de periode van 30 september 2008 tot en met 30 maart 2009 en over de periode 28 juni 2009 tot en met 27 maart 2011. Het hof stelt vast dat de desbetreffende CAO's algemeen verbindend waren gedurende de onderzoeksperiode december 2009 tot en met januari 2011. Het verweer van Velocitas dat de onderzoeksperiode buiten de periode van algemeen verbindendverklaring valt, wordt daarmee verworpen. De omstandigheid dat SNCU bij brief van 18 augustus 2011 Velocitas heeft verzocht tot het aanleveren van afschriften van een selectie van de administratieve bescheiden over de periode januari 2009 tot en met januari 2011, en dus deels gelegen buiten de periode december 2009 tot en met januari 2011, staat daaraan in zoverre niet in de weg.

4.10

Met de eerste twee grieven legt SNCU in de kern de vraag voor of Velocitas onder de werkingssfeer van de CAO Uitzendkrachten en CAO Sociaal Fonds valt. Deze grieven lenen zich in zoverre voor gezamenlijke bespreking. Het gaat daarbij om de vraag of sprake is *"van uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voor zover de omvang van de uitzend loonsom tenminste 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt (...)"*, als bedoeld in artikel 2, eerste lid CAO Uitzendkrachten/CAO Sociaal Fonds.

4.11

In geschil is of Velocitas een uitzendonderneming drijft. Artikel 1 onder t van de CAO definieert uitzendonderneming als: *"de natuurlijke persoon of rechtspersoon die uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers"*.

De uitzendovereenkomst wordt in dezelfde bepaling onder u gedefinieerd als: *"de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW, waarbij de ene partij als werknemer door de andere partij als werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan die werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde"*.

4.12

Aldus gaat het om de vraag of sprake is van een uitzendonderneming met uitzendovereenkomsten, waarbij ter zake van het laatste de wettelijke definitie van toepassing is.

4.13

Aan SNCU kan worden toegegeven dat uit de bedrijfsomschrijving van Velocitas in het handelsregister, de SBI-codes die vermeld werden in het handelsregister alsmede de website van Velocitas blijkt dat de onderneming zich jarenlang extern gepresenteerd heeft als uitzendbureau. Velocitas heeft ook erkend dat zij in het verleden een uitzendbureau was. Zij heeft echter voldoende gemotiveerd als verweer aangevoerd dat de situatie sedert omstreeks 2005 is gewijzigd en zij sindsdien geen uitzendbureau meer is. Zij voert aan dat de stellingen van SNCU berusten op gedateerde informatie en dat zij gedurende enige tijd verzuimd heeft deze extern beschikbare informatie in overeenstemming te brengen met de (nieuwe) werkelijkheid. Het hof is van oordeel dat SNCU, op wie, als de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan het beweerdelijk van toepassing zijn van de CAO's, de stelplicht ter zake rust, onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit onmiskenbaar volgt dat de situatie van vóór 2005 ongewijzigd is gecontinueerd. Enkel de voornoemde registraties zijn daartoe onvoldoende. In zoverre gaat het hof voorbij aan haar stellingen.

4.14

Velocitas heeft aangevoerd dat zij geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult, omdat zij zich in het kader van haar beroep en bedrijf bezighoudt met transportwerkzaamheden ten behoeve van derden die hun transportwerkzaamheden hebben uitbesteed aan haar zustervenootschap Velocitas Logistics (memorie van antwoord sub 43).

Tussen partijen staat als onvoldoende bestreden door SNCU vast dat Velocitas Logistics met derde partijen, waaronder Mediq, [bedrijfsnaam] en [bedrijfsnaam], vervoersovereenkomsten heeft gesloten. Velocitas heeft voorts aangevoerd dat Velocitas Logistics geen personeel in dienst heeft, hetgeen SNCU onweersproken heeft gelaten, zodat ook het hof daarvan uitgaat. Velocitas heeft gesteld dat de vervoersovereenkomsten van Velocitas Logistics worden uitgevoerd door inschakeling van het personeel dat bij Velocitas in dienst is, hetgeen hoogstens als een intra concern uitzending kan worden beschouwd.

4.15

In het kader van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst twisten partijen over de vraag of de zogenoemde allocatiefunctie als vereiste geldt voor het bestaan van een dergelijke overeenkomst alsmede over de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst in het geval van intra concern uitzending. In dat verband speelt voorts de vraag naar de leiding en het toezicht over de werknemers, de zogenoemde instructiebevoegdheid.

4.16

Het hof is met Velocitas van oordeel dat in een geval als het onderhavige de zogenoemde allocatiefunctie voor de toepasselijkheid van de CAO Uitzendkrachten geldt. Deze allocatiefunctie is weliswaar niet in de CAO en evenmin in de wetstekst opgenomen maar het hof is van oordeel dat deze als zodanig noodzakelijk is om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt immers slechts voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen, hetgeen betekent dat terbeschikkingstelling van werknemers doelstelling moet zijn van de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de werkgever, zoals dit naar het oordeel van het hof volgt uit de parlementaire geschiedenis (MvT, Kamerstukken II 1996/1997, 25.263, nr. 3, pagina's 33-34). De memorie van toelichting op de wet Flexibiliteit en Zekerheid omschrijft de allocatiefunctie van uitzendondernemingen als het door middel van een terbeschikkingstelling bij elkaar brengen van de vraag naar en de aanbod van tijdelijke arbeid. Uitzendondernemingen zorgen ervoor dat knelpunten bij vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door middel van een terbeschikkingstelling worden opgelost (MvT, Kamerstukken II 1996/1997, 25.263, nr. 3, pagina's 9-11). Ook uit de wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) blijkt dat de allocatie voorwaarde ziet op de gebruikmaking van het regime van artikel 7:691 BW. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt door de minister opgemerkt: "*De in wetsvoorstel 25263 geopende mogelijkheid van een regime van verminderde rechtsbescherming dient strikt beperkt te blijven tot die situaties waar dit in verband met de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de allocatieve functie van het uitzendwezen daarin gewenst is.*" (Kamerstukken II 1996/1997, 25.264, nr. 5).

4.17

Dat terbeschikkingstelling van werknemers als hiervoor bedoeld doelstelling is van de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de werkgever Velocitas, is vooralsnog onvoldoende gebleken. Dat de beperking van de werkingsfeer blijkens de wetsgeschiedenis alleen ziet op het incidenteel uitzenden, zoals SNCU heeft aangevoerd, wordt door het hof niet onderschreven.

4.18

Het hof betreft bij zijn oordeel, zoals het in rechtsoverweging 4.14 heeft overwogen, dat Velocitas onweersproken heeft aangevoerd dat Velocitas Logistics geen personeel in dienst heeft maar slechts beschikt over de bedrijfsmiddelen, in dit geval de auto's, waarmee het overeengekomen transport wordt verzorgd. Deze laatste vennootschap heeft ook de vervoersovereenkomsten met derden (waaronder OPG/Mediq en [bedrijfsnaam]) gesloten.

4.19

Voor de vraag of sprake is van uitzending gaat het voorts om de vraag wie leiding en toezicht op de werknemers uitoefent en kan uitoefenen; de zogenoemde instructiebevoegdheid. Velocitas heeft gesteld dat bij haar (hoofdzakelijk) chauffeurs in dienst zijn en dat zij zorg draagt voor de leiding over en het toezicht op de werknemers.

Dit vindt bevestiging in de omstandigheid dat ziekmelding en registratie van vakantiedagen door Velocitas plaatsvindt. SNCU heeft er weliswaar op gewezen dat in de vervoerscontracten is vermeld dat de werkzaamheden worden uitgevoerd onder toezicht en leiding van de vervoerder (de zusteronderneming Velocitas Logistics), maar dit is niet komen vast te staan. Velocitas heeft immers, onvoldoende weersproken door SNCU, aangevoerd dat Velocitas Logistics zelf geen personeel in dienst heeft hetgeen het geven van leiding en toezicht, zonder toelichting die ontbreekt, niet voor de hand doet liggen. Velocitas heeft juist aangevoerd dat de leidinggevend in dienst zijn van Velocitas zelf, hetgeen evenmin is bestreden.

Dat er leiding over en toezicht op de werknemers wordt uitgeoefend door de contractspartijen van Velocitas Logistics, is in het licht van gemotiveerde betwisting door Velocitas vooralsnog niet komen vast te staan. De overweging in de considerans van de vervoersovereenkomst tussen Velocitas Logistics en [bedrijfsnaam], inhoudende dat de werkzaamheden worden uitgevoerd onder toezicht en/of leiding van de vervoerder zelf, waarop SNCU nog heeft gewezen (pleitnota sub 28), duidt er juist op dat het toezicht niet bij [bedrijfsnaam] is gelegen.

4.20

De stelling van SNCU dat ook StiPP, het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten voor de uitzendbranche, de werkingssfeer van de CAO Uitzendkrachten zo uitlegt dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst indien sprake is van intra concern uitzending (memorie van antwoord sub 75) baat haar niet. Dit kan zonder toelichting, die ontbreekt, niet worden afgeleid uit de door SNCU in het geding gebrachte e-mail van een medewerker van Stipp (productie 30). Immers, daarin wordt uitdrukkelijk vermeld dat ondernemingen die in hoofdzaak, al dan niet gedeeltelijk, binnen concernverband uitzendkrachten ter beschikking stellen aan anderen onder de verplichtstelling van StiPP vallen, maar daaraan wordt toegevoegd dat of een onderneming daadwerkelijk onder de verplichtstelling van Stipp valt afhangt van de specifieke feiten en omstandigheden van de desbetreffende ondernemingen. Daarom is vooraf niet aan te geven welke ondernemingen worden aangesloten of niet, aldus de e-mail. Hieruit kan naar het oordeel van het hof, en anders dan SNCU heeft betoogd, niet worden afgeleid dat Velocitas valt onder de verplichtstelling van StiPP en in het verlengde daarvan evenmin onder de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst. Dat overigens het desbetreffende onderwerp de aandacht heeft van de CAO-partijen blijkt uit de vermelding in dezelfde e-mail dat begin 2014 een aanvraag tot wijziging van de verplichtstelling van StiPP door de CAO-partijen is ingediend waarbij de mogelijkheid is opgenomen om voor zuivere personeelsvennootschappen die voor de totale omvang van het premieplichtig loon arbeidskrachten binnen concernverband ter beschikking stellen, uit te zonderen van verplichte deelname bij StiPP. Het hof leidt hieruit af dat in deze mogelijk toekomstige situatie intra concern uitzending in een situatie als de onderhavige in elk geval niet zal vallen onder de verplichtstelling van StiPP.

Onderzoek

4.21

SNCU heeft aangevoerd dat Velocitas, het hof begrijpt: ten onrechte, een onderzoek ter plaatse heeft geweigerd. SNCU heeft haar vordering gewijzigd in hoger beroep en medewerking van Velocitas aan een dergelijk onderzoek gevorderd. De gewijzigde vordering luidt (waarbij de wijzigingen cursief zijn aangegeven):

“geïntimeerden hoofdelijk te veroordelen des dat één betalende de ander zal zijn bevrijd tot naleving van de CAO voor de Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche en meer precies tot het verlenen van medewerking aan een controle ter plaatse conform artikel 5 van het reglement II ‘Werkwijze van de Commissie Naleving CAO Uitzendkrachten’, zulks binnen een

maand na betekening van dit arrest, dit onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat geïntimeerden hiermee in gebreke blijven." Bij gelegenheid van de pleidooien heeft SNCU nader onderscheid gemaakt tussen een werkingssfeeronderzoek en een nalevingsonderzoek. Zij heeft bij die gelegenheid voorgesteld dat zij een werkingssfeeronderzoek zal houden.

4.22

Het hof stelt bij zijn beoordeling voorop dat de hiervoor weergegeven vordering strekt tot een onderzoek als bedoeld in artikel 5 van het Reglement II en daarmee als een *nalevingsonderzoek* moet worden gekwalificeerd. Het verwijt dat Velocitas medewerking aan een nalevingsonderzoek weigert, als zo de in hoger beroep door SNCU ingenomen stellingen moeten worden begrepen, gaat bij deze stand van zaken niet op. Het nalevingsonderzoek, als bedoeld in artikel 5 Reglement II, waarop SNCU doelt en wat zij gelet op het vorenstaande heeft gevorderd, is immers in beginsel gericht op de vraag of en zo ja welke CAO-bepalingen worden overtreden om aldus te kunnen vaststellen of een boete/schadevergoeding kan worden opgelegd. In deze fase van het geschil tussen partijen is evenwel (nog) niet aan de orde of de CAO wordt nageleefd, nu deze verplichting eerst bestaat als vaststaat dat de CAO van toepassing is op Velocitas. Nu dit laatste in geschil is, dient eerst deze voorvraag te worden beantwoord. Aan SNCU kan worden toegegeven dat een *werkingssfeeronderzoek*, welke naar het hof begrijpt ziet op de vraag of Velocitas valt onder de werkingssfeer van de CAO, met andere woorden of deze CAO op Velocitas van toepassing is, aan de beantwoording van deze vraag kan bijdragen. Velocitas is echter niet gehouden haar medewerking te verlenen aan een dergelijk door SNCU zelf uit te voeren onderzoek, zoals SNCU bij gelegenheid van de pleidooien ook heeft erkend, nu daarvoor een grondslag ontbreekt. De conclusie is daarmee dat de voormelde vordering tot het doen van onderzoek ter zake van de naleving van de CAO voor afwijzing gereed ligt en voorts dat wegens het ontbreken van enige verplichting daartoe Velocitas niet gehouden is mee te werken aan een werkingssfeeronderzoek.

CAO toepasselijk?

4.23

Blijft ter beantwoording de (voor)vraag of de CAO op Velocitas van toepassing is. Daarbij is doorslaggevend in hoeverre sprake is van een uitzendonderneming en daarmee van uitzendovereenkomsten. SNCU heeft aangevoerd dat blijkens de door haar onderzochte overeenkomsten, waarvan zij een exemplaar in het geding heeft gebracht (productie 14 bij akte uitlating van 28 februari 2013), zijnde een uitzendovereenkomst met een uitzendbeding als bedoeld in artikel 7:691 BW (memorie van grieven sub 51), blijkt dat Velocitas werknemers ter beschikking stelt aan derden, in dit geval OPG. In bijlage b. behorende bij de arbeidsovereenkomst tussen Velocitas en H.P.J. van den Dobbelsesteen van 8 september 2008 wordt vermeld:

"Projectomschrijving

Gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst wordt de Werknemer uitgeleend aan OPG en verricht bij voorkeurwerkzaamheden in de functie van koerier en/of magazijnmedewerker. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege zonder opzegging op een moment dat het gewenste eindresultaat bereikt is, dan wel indien de opdrachtgever geen gebruik wenst te maken van de inleenkracht."

4.24

Velocitas heeft evenwel gemotiveerd betwist dat zij in de onderzoeksperiode gebruik heeft gemaakt van uitzendkrachten ten behoeve van derden. SNCU zal overeenkomstig haar aanbod worden toegelaten tot het leveren van het bewijs dat Velocitas in de onderzoeksperiode van december 2009 tot en met januari 2011 krachtens uitzendovereenkomsten werknemers ter beschikking heeft gesteld aan derden, onder wie OPG/Mediq, [bedrijfsnaam] en [bedrijfsnaam]. Tussen partijen staat vast dat Velocitas bij brief van 17 september 2012 (productie 1 bij akte uitlating van 8 mei 2013) alsnog de gevraagde stukken aan SNCU heeft gezonden. Gesteld noch gebleken is dat deze stukken onvolledig zijn. SNCU moet derhalve geacht worden te beschikken over voldoende aanknopingspunten voor bewijsoverlevering.

4.25

Verder wordt iedere beslissing aangehouden.

5De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

laat SNCU toe tot het onder 4.24 vermelde bewijs dat Velocitas in de onderzoeksperiode december 2009 tot en met januari 2011 krachtens uitzendovereenkomsten werknemers ter beschikking heeft gesteld aan derden, onder wie OPG/Mediq, [bedrijfsnaam] en [bedrijfsnaam];

bepaalt dat, indien SNCU uitsluitend bewijs door bewijsstukken wenst te leveren, zij die stukken op de roldatum 3 maart 2015 in het geding dient brengen,

bepaalt dat, indien SNCU dat bewijs (ook) door middel van getuigen wenst te leveren, het verhoor van deze getuigen zal geschieden ten overstaan van het hierbij tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof mr. M.F.J.N. van Osch, die daartoe zitting zal houden in het paleis van justitie aan de Walburgstraat 2-4 te Arnhem en wel op een nader door deze vast te stellen dag en tijdstip;

bepaalt dat SNCU het aantal voor te brengen getuigen alsmede de verhinderdagen van beide partijen, van hun advocaten en van de getuigen zal opgeven op de roldatum 3 maart 2015, waarna dag en uur van het verhoor (ook indien voormelde opgave van een of meer van partijen ontbreekt) door de raadsheer-commissaris zullen worden vastgesteld;

bepaalt dat SNCU overeenkomstig artikel 170 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de namen en woonplaatsen van de getuigen tenminste een week voor het verhoor aan de wederpartij en de griffier van het hof dient op te geven;

bepaalt dat, in het geval er getuigen worden voorgebracht, partijen, vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is tot het aangaan van een schikking, samen met hun advocaten bij het verhoor van de getuigen aanwezig zullen zijn om partijen zelf zo nodig nadere inlichtingen te laten geven over de punten waarover de getuigen zullen worden gehoord en om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden;

bepaalt dat indien een partij bij gelegenheid van het getuigenverhoor nog een proceshandeling wenst te verrichten of producties in het geding wenst te brengen, deze partij ervoor dient te zorgen dat het hof en de wederpartij uiterlijk twee weken voor de dag van de zitting een afschrift van de te verrichten proceshandeling of de in het geding te brengen producties hebben ontvangen;

houdt verder iedere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. I.A. Katz-Soeterboek, M.F.J.N. van Osch en A.E.B. ter Heide en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 3 februari 2015.