

Heden, de tweeduizendachtien, ten verzoeken
van de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV)**, statutair gevestigd en gevestigd te Utrecht te deze zaak woonplaats kiezende ten kantore van De Koning Vergouwen Advocaten aan het adres Sophialaan 33 te (1075 BL) Amsterdam, van welk kantoor mr. drs. M.H.D. Vergouwen in deze zaak als gemachtigde wordt gesteld, en als zodanig zal optreden zulks met het recht van substitutie, heb ik

GEDAGVAARD

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **In Person Bemiddelingsbureau B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (7511 JJ) Enschede aan het adres M.H. Tromplaan 1, mitsdien aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **In Person International B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (7511 JJ) Enschede aan het adres M.H. Tromplaan 1, mitsdien aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:
3. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **In Person Outsourcing B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (7511 JJ) Enschede aan het adres M.H. Tromplaan 1, mitsdien aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

4. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **PostNL Pakketten Benelux B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (2132 WT) Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer, aan het adres Siriusdreef 42, mitsdien aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

OM

op tweeduizendachtien, des
uur, in persoon of
middags te
vertegenwoordigd door een gemachtigde, te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank Overijssel, kamer voor kantonzaken, locatie Enschede, alsdan aldaar zitting houdend in het gerechtsgebouw aan Molenstraat 23 te Enschede.

MET DE UITDRUKKELIJKE AANZEGGING

- dat een gedaagde op die terechtzitting, in persoon of bij gemachtigde, kan antwoorden op de eis als hierna vermeld, dan wel uiterlijk op die terechtzitting, of daarvoor ter griffie (postbus 3343, 7500 DH Enschede), mondeling of schriftelijk een met redenen omkleed antwoord kan indienen;
- dat indien een gedaagde niet uiterlijk op die terechtzitting in persoon of bij gemachtigde antwoordt of om uitstel om te antwoorden verzoekt, de rechter de eis bij verstek zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt of de voorgeschreven termijnen en formaliteiten niet in acht zijn genomen;
- dat indien tenminste een van de gedaagden in het geding verschijnt, tussen alle partijen

één vonnis wordt gewezen dat als vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;

- dat van een gedaagde geen griffierecht zal worden geheven.

TENEINDE

Alsdan het navolgende te horen eisen en concluderen (de hierna te noemen producties zullen op de eerst dienende dag in het geding worden gebracht).

I INLEIDING

1. Deze dagvaardingsprocedure betreft een loonvordering. Een loonvordering gebaseerd op het beginsel "gelijk loon voor gelijk werk". Dit beginsel is voor de categorie werknemers die in deze zaak centraal staan: uitzendkrachten vastgelegd in zowel de Uitzendrichtlijn – in Nederland geïmplementeerd in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) - alsook in de in Nederland voor de uitzendkracht geldende cao's (de Cao voor Uitzendkrachten (hierna de "ABU-cao") en in de daarvan gedispenseerde NBBU cao voor Uitzendkrachten (hierna de 'NBBU cao'). Dit beginsel is tot slot ook vaak opgenomen in de cao van de opdrachtgever van het uitzendbedrijf, in deze zaak (artikel 93 van) de PostNL cao 2016-2017 en de versies daarvoor. De NBBU cao 2014-2019, (AVV) ABU cao 2017-2019 en PostNL cao 2016-2017 worden overgelegd als **productie 1, 2 en 3**
2. Gedaagden sub 1, 2 en 3 (hierna gezamenlijk 'In Person') hebben hun werknemers jarenlang bewust onderbetaald. Dit hebben zij gedaan door de werknemers ten onrechte niet als uitzendkrachten te verlonen, en daarmee het voormelde beginsel "gelijk loon voor gelijk werk" met voeten te treden. Dit terwijl de werknemers al jarenlang in de praktijk (wel degelijk) door In Person als uitzendkrachten tewerk worden gesteld. Gedaagde sub 4, PostNL Pakketten Benelux B.V. (hierna 'PostNL'), is niet alleen van meet af aan bekend met deze constructie: de constructie is (mede) op instigatie van PostNL opgetuigd en PostNL heeft van deze onderbetaling aan de werknemers van In Person sinds jaar en dag doelbewust en structureel geprofiteerd.
3. In dit kader is de volgende juridische constructie gehanteerd (zie schema onder punt 133). In Person stelt (voorheen via In Person Projects B.V., de rechtsvoorganger van In Person Outsourcing B.V.) sinds 23 oktober 2012 uitzendkrachten ter beschikking aan PostNL om onder leiding en toezicht van Post NL pakketten te sorteren in PostNL pakquetsorteercentra (op locatie in o.a. Amersfoort, Waddinxveen en Goes). In Person

Projects B.V. is op 18 februari 2014 hernoemd tot In Person Outsourcing B.V. Vóór 23 oktober 2012 werkten In Person en Post NL ook al samen, en werden dezelfde werkzaamheden verricht. Conform de verloningsvoorschriften van artikel 8 Waadi, artikel 22 van de NBBU cao, artikel 19 ABU cao en artikel 93 van de PostNL cao moe(s)ten de uitzendkrachten dus niet alleen vóór, maar ook na 23 oktober 2012 conform de cao van de inlener – de PostNL cao - worden verloond. Vóór 23 oktober 2012 is dat ook steeds zo gebeurd, maar sinds die datum is dat niet meer het geval.

4. In Person en (in haar kielzog) PostNL stellen zich namelijk op het standpunt dat de genoemde werkzaamheden sinds 23 oktober 2012 niet meer kwalificeren als uitzendwerkzaamheden (waarop de voormelde verloningsvoorschriften van toepassing zijn). In hun optiek kan er daarmee worden volstaan de werknemers een salaris toe te kennen conform het minimumloon uit de WML.
Het zou volgens gedaagden sinds die datum niet meer om uitzendwerk gaan, maar om aanneming van werk waarbij het sorteren van pakketten vanaf dat moment het werk van stoffelijke aard is dat In Person als uitzendbureau zou hebben "aangenomen".
Een tweede "verweer" is/likt te zijn dat de bij de uitzendovereenkomst traditionele driehoek tussen de drie schakels uitzendbureau (1), uitzendkracht (2) en inlener (3) is "aangevuld" met een 4^e (tussen)schakel (4), bestaande uit (het door de Inspectie SZW als "papieren BV" aangeduide) In Person Outsourcing BV. Nu deze BV tussen schakel (1) en (3) is geschoven, zou -om die enkele reden- (volgens gedaagden) geen sprake meer zijn van een uitzendovereenkomst in de traditionele zin en zou om die reden de kwalificatie van de werkzaamheden niet meer uitzending kunnen zijn, respectievelijk zou de inlenersbeloning anders kunnen worden vastgesteld dan de voornoemde verloningsvoorschriften voorschrijven.
5. De bovenstaande standpunten van gedaagden snijden geen hout. Anders dan gedaagden willen doen geloven, is hier wel degelijk sprake van een uitzendconstructie waarop de genoemde loonvoorschriften onverkort van toepassing zijn. Dat is altijd al zo geweest, en ook de door gedaagden met ingang van 23 oktober 2012 gehanteerde juridische schijnconstructie (lees: truc) heeft hier op geen enkele wijze verandering in gebracht. Dat de werkzaamheden van de werknemers van In Person ook na 23 oktober 2012 derhalve nadrukkelijk nog steeds kwalificeren als uitzendarbeit wordt overigens ook -zeer expliciet- bevestigd in een onderzoeksrapport van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna 'ISZW'). FNV zal hier in het navolgende nader op ingaan. Daarbij zal zij ook aandacht besteden aan de vorderingen die zij hierbij tegen gedaagden wenst in te stellen en de gronden waarop deze daar door haar worden gebaseerd.

6. FNV houdt In Person aansprakelijk voor het achterstallig loon van alle werknemers vanaf 23 oktober 2012, op welke datum In Person is gestopt met het door wet en cao's voorgeschreven hanteren van de inlenersbeloning, zijnde de PostNL cao. FNV baseert deze vordering tot nakoming zowel op het bepaalde in de Wet cao en meer in het bijzonder de artikelen 9 en 12 tot en met 17 (daar waar de vordering (mede) gebaseerd is op de niet naleving van de NBBU cao) alsmede artikel 3 Wet AVV (daar waar de vordering (mede) gebaseerd is op de niet naleving van de (AVV) ABU cao). Ook doet FNV in dat verband een beroep op artikel 8 Waadi en artikel 22 NBBU cao. Naast deze grondslagen die zien op het naleven van bepalingen in cao's en de wet, vloeit de bevoegdheid van FNV om onderhavige vorderingen in te stellen tevens voort uit artikel 3:305a BW. De FNV vordert naast nakoming van genoemde cao's tevens vergoeding van de schade die werknemers alsmede de FNV zelf hebben geleden. Deze laatste schade bestaat uit reputatieschade, verlies van werfkracht en door haar gemaakte kosten.
7. FNV houdt ook PostNL hoofdelijk aansprakelijk voor de (loon)vorderingen, zulks uit hoofde van een door PostNL gepleegde onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) door willens en wetens ge/misbruik te maken van de (nota bene op instigatie van Post NL zelf) door In Person gepleegde wanprestatie. Deze vordering kan sinds 1 juli 2015 ook worden gebaseerd op de Wet Aanpak Schijnconstructies (artikel 7:616a e.v. BW), en voor zover het loonvorderingen vanaf die datum betreft doet FNV in dat kader ook een beroep op deze wet c.q. de daargenoemde wetsartikelen. Ten overvloede: noch voor, noch na de inwerkingtreding van de Wet Aanpak Schijnconstructies kan PostNL zich disculperen gezien haar zeer nauwe betrokkenheid en kennis van de door haarzelf opgezette constructie. Zij heeft van deze constructie en daaraan verbonden onderbetaling ook profijt gehad. Dat was immers de hele bedoeling achter de constructie.
8. FNV houdt zowel In Person als PostNL aansprakelijk voor de door FNV zelf geleden schade door de schendingen van verschillende cao's: de NBBU, de ABU en de PostNL cao, meer precies de daarin opgenomen inlenersbepalingen.

II **Achtergronden**

9. Deze zaak kent een rijke historie. Het postverkeer, waaronder pakketten, werd sinds 1799 genationaliseerd aan welke nationalisatie in 1989 een eind kwam door de privatisering. PTT Post werd in 1998 TNT Post Groep (TPG) om in 2011 haar huidige naam PostNL te verkrijgen. Bij het beursgenoteerde PostNL werkten eind 2016 46.456 werknemers en werd een jaarwinst gerealiseerd van 280 miljoen.

10. De pakketverwerking, die sinds 1881 plaatsvond, is derhalve tot 1989 verricht door werknemers die als ambtenaar werkten. Vanaf 1989 werden de werkzaamheden verricht door werknemers in de zin van artikel 7:610 BW waarvoor (goede) afspraken werden gemaakt in opvolgende cao's. Sinds het begin van de 21^e eeuw werd in toenemende mate gebruik gemaakt van uitzendkrachten (met nog steeds het zelfde PostNL salaris), daar waar bij de pakketbezorging in toenemende mate gebruik werd gemaakt van schijnzelfstandigen die de facto minder verdienen(d)en dan het minimumloon. Dit laatste leidde vanaf 2013 tot meerdere stakingen en door FNV grotendeels gewonnen rechtszaken. Geconcludeerd kan worden dat een duidelijke trend zichtbaar is, waarbij PostNL steeds de randen van het arbeidsrecht opzoekt, teneinde loonkosten te drukken.
11. De laatste stap in deze ontwikkeling betreft de in deze zaak centraal staande constructie waarbij het werk dat eerder door ambtenaren, werknemers en uitzendkrachten werd gedaan nu nog steeds door uitzendkrachten wordt verricht, maar sinds 23 oktober 2012 niet meer tegen het in de PostNL cao bedongen salaris maar tegen het minimumloon. De race naar beneden passeert hiermee alle arbeidsrechtelijke bescherming die in deze maatschappij voor werknemers te gelden heeft en heeft hiermee de absolute ondergrond bereikt, het wettelijk minimumloon.

FNV

12. FNV is een werknemers-vakvereniging die blijkens haar statuten, bijgaand overgelegd als **productie 4**, individuele en collectieve belangen behartigt van aangesloten werknemers en ex-werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en regelingen die verband houden met c.q. voortvloeien uit het werknemerschap, een en ander in brede zin. Zij sluit daartoe cao's af met werkgeversverenigingen en ziet toe op de naleving daarvan. Uit de statuten blijkt verder dat FNV haar doelen nastreeft voor een grotere groep dan de aangesloten werknemers. In artikel 8.2 sub i is als middel ter verwezenlijking van haar doelen opgenomen: *"het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden of groep van werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie als bedoeld in artikel 305a Boek 3 BW"*. Het vorderen van nabetaling van loon leent zich bij uitstek voor bundeling.

In Person

13. De In Person groep staat met meerdere vennootschappen en met verschillende bedrijfsomschrijvingen ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. In Person is opgericht op 14 februari 1999 uit een fusie van 2 uitzendbureaus. De oprichter, Herman Kok, wilde blijkens de tekst op de website maar 1

ding "de uitzendbranche op z'n kop zetten". Op de site van In Person wordt consequent gesproken over uitzenden, uitzendkrachten en flexkrachten. In Person staat al jaren stabiel in de top 100 grootste uitzendbureaus van Nederland. Twee citaten van de website.

In Person is specialist op het gebied van flexibele arbeid. In alles wat wij doen staan gelukkige klanten en flexkrachten centraal. Samen met ruim 20.000 flexkrachten helpen we onze klanten beter te presteren én te groeien. In 2014 en 2015 behoorden wij tot de Beste Werkgevers van Nederland (Effortory & Intermediair) en tot de beste groeiers van Nederland (FD Gazellen en High Growth Awards).

Same Old Way	In Person Way
Levenswijze 200 medewerkers leveren	Doorgroeiing People X Projects X Power
Beleidsgebied van 0 tot 18 jaar	Beleidsgebied 7/7 bereikbaar
Menselijke kracht Wat wilt u bereiken? 10 betrouwbare belien voor vakbond?	Wij leveren alle medewerkers te naam Hil, Mark, Wil, Elan, Peter, Michiel, Omer, Maris, Pavel, Marie en Youcef belien?
Uitzendkrachten zijn nutteloos	Uitzendkrachten zijn collega's
Hoogstbepaalde Wat wilt u bereiken van uitzendkrachten?	Streek personeel Onderverband 62% langer dan branche gemiddelde
Financieel voordeel Wat wilt u bereiken van uitzendkrachten?	Ingrijpende voordeel Werd jij onderdeel van het mooiste bandenmerk ter wereld?

OLD WAYS
WON'T OPEN
NEW DOORS

We leveren geen hardjes, maar werken met mensen. Wij geloven dat iedereen het verschil kan maken, ongeacht leeftijd, opleidingsniveau of achtergrond. Die overtuiging zie je terug in alles wat we doen. Dat zie je onder meer terug in onze binding met uitzendkrachten: zij zoeken gemiddeld 62% langer bij ons dan het branchegemiddelde.

14. In Person Bemiddelingsbureau B.V. staat in het Handelsregister ingeschreven met de Standaard Bedrijfsindelingcodes (SBI-code) voor "Uitzendbureau", "Payrolling (personeelsbeheer)" en "Arbeidsbemiddeling". Een uittreksel uit het Handelsregister van In Person Bemiddelingsbureau B.V. wordt overgelegd als **productie 5**.

15. Ook In Person International B.V. staat in het Handelsregister ingeschreven met de SBI-code voor "Uitzendbureaus". Een uittreksel uit het Handelsregister van In Person International B.V. wordt overgelegd als **productie 6**.

16. Vóór september 2016 stond ook In Person Outsourcing B.V., sinds 18 februari 2014 de rechtsoopvolger van In Person Projects B.V. in het Handelsregister ingeschreven met de SBI code voor "Uitzendbureaus" (78201). In Person Outsourcing B.V. heeft deze SBI-codes kort na aanvang van het onderzoek van de ISZW gewijzigd en staat sindsdien in het Handelsregister ingeschreven met de SBI code voor "Pakken, sorteren e.d. in loon" (8292). Bij activiteiten wordt weergegeven "Het uitvoeren van overeenkomsten van opdracht. Het uitvoeren van overeenkomsten tot aanneming van werk." Uittreksels van

vóór en na september 2016 worden overgelegd als **productie 7 en 8**. De bij Post NL ingezette medewerkers van In Person betreffen in hoofdzaak mensen met de Poolse nationaliteit.

PostNL Pakketten Benelux B.V.

17. PostNL Pakketten is de sterkst groeiende 'business unit' van PostNL. De pakketbezorging heeft in de afgelopen jaren een vlucht genomen en is voor PostNL de drijvende kracht achter de groei van haar onderneming. PostNL is marktleider in Nederland in de pakkettenindustrie en zij bezorgt meer dan 600.000 pakketten per dag. De omzet van deze 'business unit' is in de afgelopen jaren sterk gegroeid. De omzet uit de pakkettak is in het derde kwartaal van 2017 gestegen naar 274 miljoen euro, tegenover een omzet van 227 miljoen euro in het derde kwartaal van 2016. De omzetten in de posttak van PostNL nemen steeds verder af.

18. PostNL Pakketten Benelux B.V. heeft circa 20 vestigingen door Nederland waar haar pakketsorteercentra zich bevinden. PostNL Pakketten Benelux B.V. is de opdrachtgever van In Person, die de vestigingen Waddinxveen, Amersfoort en Goes van PostNL met uitzendkrachten beminst om (eenvoudige) sorteerwerkzaamheden te verrichten. Ook alle andere pakketsorteercentra worden beminst door uitzendbureaus, met uitzondering van (in elk geval) de pakketsorteercentra in Halfweg en in Zwolle. Daar werken (nog) pakketsorteerders in loondienst van PostNL. Een overzicht wordt overgelegd als **productie 9**.

19. PostNL Pakketten Benelux B.V. is ingeschreven in het Handelsregister met als activiteitenomschrijving o.a. "*Het verzorgen van de zelfstandige productie van pakketdistributie in de Benelux, zowel import als export en waaronder mede begrepen het collecteren, sorteren, transporteren en distribueren van pakketten*". Een uittreksel uit het Handelsregister wordt overgelegd als **productie 10**. Hieruit blijkt dat In Person niet enig (secundair) bedrijfsproces zou hebben aangenomen, zoals gedaagden stellen, maar dat PostNL haar essentiële kernactiviteit, waarvoor deze onderneming is opgericht, voor wat betreft het "handwerk" door uitzendkrachten laat verrichten.

Onderzoek en rapport van bevindingen

20. Op grond van informatie verkregen van werknemers van In Person die aan PostNL ter beschikking werden gesteld, had FNV gegronde reden te vermoeden dat sprake was van uitzending alsmede de daarmee samenhangende onderbetaling. Aan de uitzendkrachten werd en wordt immers slechts (en soms iets boven) het minimumloon uitgekeerd, terwijl zij recht hebben op (ten minste) dezelfde arbeidsvoorwaarden die gelden voor

werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van PostNL. Het kostte FNV erg veel tijd en moeite om het vertrouwen van de werknemers te winnen. De betreffende werknemers waren erg bang waren om hun loonstroken te laten zien, laat staan dat zij stappen durfden te ondernemen, omdat zij vreesden hun werk/huisvesting te verliezen. Deze zaak was daarom bij uitstek geschikt om nader te laten onderzoeken door ISZW (zie toelichting onder punt 32 en volgende). FNV heeft daarop op 11 juli 2016 een "artikel 8 Waadi-melding" gedaan bij ISZW en verzocht onderzoek in te stellen naar (1) de vraag of sprake is van ter beschikking stelling van arbeid van werknemers van In Person aan PostNL, en (2) de vraag of bij beloning van de arbeidskrachten sprake is van gelijke beloning ten opzichte van vergelijkbare werknemers van PostNL.

21. Het onderzoek door ISZW startte op 16 september 2016. Het bestond uit een werkplekonderzoek, het horen van medewerkers van In Person en PostNL en het controleren van overeenkomsten en andere bescheiden. Het onderzoek heeft betrekking op de periode 1 juni 2015 tot en met 31 mei 2016. Omdat In Person Outsourcing B.V. door ISZW als een niet ter zake doende "papieren" B.V. werd aangeduid, waar geen personeel in dienst is, hebben de rapporten effectief betrekking op In Person als geheel. Feitelijk wordt In Person Outsourcing door ISZW "weggedacht". Gedaagden onder 1, 2 en 3 zullen om die reden in het vervolg van deze dagvaarding 'In Person' worden genoemd, tenzij het relevant is een In Person-entiteit separaat te benoemen.

22. Op 22 september 2017, een jaar na aanvang van het onderzoek, is door ISZW aan In Person de vastgestelde overtreding van artikel 8 Waadi medegedeeld, waarbij In Person in de gelegenheid is gesteld als niet nalever een verklaring af te leggen. Deze verklaring is door In Person op 9 oktober 2016 aan ISZW verzonden. Op de inhoud van de in deze verklaring opgenomen verweren wordt later in de dagvaarding ingegaan. Op 2 november 2017 heeft ISZW de twee rapporten van bevindingen aan FNV en In Person verzonden. Het eerste rapport betreft In Person Arbeidsbemiddeling B.V. Het tweede rapport In Person International B.V. De rapporten zijn qua inhoud en conclusies gelijklopend. Beide volledige rapporten inclusief bijlagen, worden overgelegd als **productie 11 en 12**. (Hierna als geheel: het "rapport" of de "rapporten").

23. ISZW heeft vastgesteld dat:
 - a. werknemers een dienstbetrekking hadden bij In Person;
 - b. waarbij tegen vergoeding ter beschikking werd gesteld aan PostNL;
 - c. leiding en toezicht lag bij PostNL;
 - d. de kwalificaties in de samenwerkingsovereenkomsten en SLA's tussen PostNL en In Person niet overeenkomen met de feitelijke situatie.

Zie voor deze conclusies pagina 24 van de rapporten.

24. Na oplevering van de rapporten heeft FNV op 22 november 2017 een gesprek gevoerd met (het management van) In Person in het bijzijn van raadslieden. Hierbij is aan FNV toegezegd haar binnen twee weken van een reactie te voorzien.
25. Bij brief van 30 november heeft FNV In Person in gebreke gesteld, welke brief bijgaand als **productie 13** wordt overgelegd. In de brief wordt In Person aansprakelijk gesteld en gesommeerd om binnen twee weken te bevestigen dat zij al hun uitzendwerknemers conform artikel 8 Waadi en de PostNL cao zullen verlonen en tevens alle onregelmatigheden (met terugwerkende kracht) zullen herstellen. In deze brief is uitdrukkelijk -nogmaals- overleg aangeboden in het kader van artikel 3:305a BW.
26. Op 14 december 2017 is door de (nieuwe) Managing Director van In Person schriftelijk gereageerd op de sommatie, welke brief bijgaand wordt overgelegd als **productie 14**. Aangegeven wordt dat overleg plaatsvindt met Post NL, maar dat meer tijd nodig is voor een schriftelijke reactie. Op 20 december 2017 is -op verzoek van In Person- zonder raadslieden overlegd tussen FNV en In Person. Namens FNV waren bestuurders Mariette van der Neut en Masja Zwart aanwezig. Namens In Person waren de Managing Director Karl van de Wel en eigenaar Herman Kok aanwezig. Door In Person is benadrukt dat FNV en In Person in deze zaak aan dezelfde kant staan en dat ook In Person van mening is dat al deze werknemers de inlenersbeloning verdienen. In Person heeft in dat gesprek ook aangegeven niet met juristen aan tafel te willen, omdat het risico bestaat dat men dan in discussie gaat over of het rapport goed dan wel fout is. Maar volgens In Person is dat de essentie niet. Volgens In Person is de essentie van het verhaal of die inlenersbeloning aan die werknemers betaald moet worden of niet en daar zijn In Person en FNV het wel over eens. Door In Person is aangegeven dat zij een half jaar nodig hebben om met Post NL tot andere tarieven te komen zodat zij de inlenersbeloning kunnen toepassen. Zij berekenden zelf -uitgaande van de inlenersbeloning- een claim van 4 miljoen, hetgeen zij niet zouden kunnen betalen omdat het al jarenlang slecht zou gaan met In Person. Wel werd geopperd dat wellicht (alleen) een nabetaling kon worden gerealiseerd voor de thans (nog) zittende populatie, hetgeen zou betekenen dat de reeds vertrokken werknemers dan geen nabetaling krijgen. Als Post NL niet zou willen meebewegen overwoog In Person zich bij deze opdrachtgever geheel terug te trekken. Op 11 januari 2018 volgde de aangekondigde nadere reactie, welke bijgaand als **productie 15** wordt overgelegd. In Person stelt zich "formeel" op het standpunt dat iedere aansprakelijkheid wordt betwist. *"Ondanks het voorgaande blijft het*

onze intentie om tot een werkzame oplossing te komen en in dit kader blijven wij graag met jullie in gesprek." Aan de korte brief is een nadere reactie richting ISZW gehecht welke reactie later in deze dagvaarding zal worden behandeld.

27. FNV heeft op 29 januari 2018 (mede) gereageerd op de brief met bijlage van 11 januari, welke brief bijgaand als **productie 16** wordt overgelegd. In de brief bevestigt FNV de toezegging van In Person om in de eerste week van februari een gesprek met PostNL te plannen "met als doel tot een voor FNV acceptabele regeling te komen voor juiste beloning en nabetaling van de betreffende uitzendkrachten". De FNV stelt In Person in deze brief een nadere -uiterste- termijn tot 8 februari. Door In Person is in het geheel niet meer gereageerd, reden waarom een dagvaarding onvermijdelijk bleek.
28. Bij brief van 5 december heeft FNV ook PostNL een ingebrekestelling gestuurd en ter hand gesteld, waarin zij PostNL aansprakelijk houdt en sommeert binnen twee weken medewerking te verlenen c.q. zorg te dragen voor correcte nabetaling van de uitzendkrachten. Ook aan PostNL is eenzelfde overlegperiode aangeboden in het kader van artikel 3:305a BW om tot een eventueel vergelijk te komen. Deze brief van 5 december 2017 wordt bijgaand als **productie 17** overgelegd.
29. Door de pers is de sommatie van Post NL opgepakt. Post NL wees begin december in de pers vooral naar de uitzender: "De betreffende pakkeetsorteerders zijn in dienst bij In Person. Wij verwachten van onze onderaannemers dat zij hun zaken goed op orde hebben". Verder maakte PostNL bekend de claim te bestuderen. "In het kader van de recente cao-bespreking hebben we met FNV goede afspraken gemaakt over de inzet van flexibele arbeid", aldus PostNL. "We gaan deze afspraken zelf, maar ook samen met de sector en FNV verder uitwerken". In Person heeft niet in de pers gereageerd. Het verweer van PostNL is opmerkelijk nu zowel uit het rapport van ISZW als andere bronnen blijkt dat de werkwijze van In Person tot op de punt en komma was uitgedacht (1) en -letterlijk en figuurlijk- voorgeschreven door PostNL. Het is dus niet In Person die naar PostNL is gegaan met de vraag of zij een door In Person ontwikkeld "aanneemproduct" aan PostNL konden verkopen. Het was PostNL die in 2012 een in samenwerking met Tempo Team Outsourcing ontwikkeld model aan haar reeds bestaande uitzendsamenwerkingspartner In Person ging voorschrijven: het model zoals beschreven in het rapport van ISZW. Instructief in dit kader is een 5 jaar oud filmpje waar de directeur "Sourcing & Sustainability" van PostNL, de heer Laurens Tuinhout dit "model" schetst als een verder uit te rollen idee om de loonkosten nog verder te drukken, zie en luister <https://vimeo.com/43603580>.

30. Het e.e.a. blijkt ook uit het feit dat nagenoeg dezelfde constructie vanuit PostNL is opgelegd aan andere uitzenders, waaronder zelfs aan door Gemeenten opgezette uitleenbureaus waar mensen vanuit de sociale werkvoorziening en de sociale dienst worden bemiddeld. Zie in dit kader het op 12 januari 2018 uitgebrachte rapport van de ISZW over de situatie in Kolham. Ook bij dit onderzoek concludeert de ISZW dat de gebezigde -gelijkluidende- contracten afwijken van de feitelijke situatie. Het rapport - zonder bijlagen- wordt bijgaand als **productie 18** overgelegd. De FNV benadrukt dat het in die zaak gaat over mensen die voor het behoud van hun bijstandsuitkering verplicht worden om deze werkzaamheden te verrichten alsmede mensen die een arbeidshandicap hebben. Dit zegt wat over de aard van de werkzaamheden en de door In Person gepretendeerde specialisatie met betrekking tot dit soort werkzaamheden. Die is er niet. Er zijn -simpel gezegd- handjes nodig: de meest klassieke vorm van uitzending.
31. Bij mail van 19 december is door PostNL gevraagd om een uitstel voor een reactie, welk uitstel bij mail van 20 december 2017 is gegeven. Daarna is uiteindelijk een afspraak gemaakt om elkaar op 11 januari 2018 in aanwezigheid van raadsleden te ontmoeten in het hoofdkantoor van Post NL, zie bijgaand als **productie 19** de gewisselde correspondentie. Tijdens deze bijeenkomst zijn partijen niet tot een regeling gekomen. Post NL heeft daags voor deze bijeenkomst wel een reactie gestuurd naar ISZW met een kritische reactie op de inhoud van haar rapport. Deze brief met een verzoek tot aanpassing van het rapport aan ISZW wordt bijgaand als **productie 20** overgelegd. FNV heeft PostNL op 29 januari 2018 een brief geschreven met een laatste verzoek tot overleg nu door PostNL over deze kwestie direct contact is gezocht met het bestuur van de FNV, hetgeen mogelijk wees op een wens alsnog tot een minnelijke regeling te komen. In deze brief wordt een deadline genoemd van 7 februari 2018. Deze brief wordt bijgaand overgelegd als **productie 21**. Mevrouw Limpens heeft daarop gereageerd in een brief namens PostNL d.d. 9 februari jl., (overgelegd als **productie 22**) waarin zij onder verwijzing naar "overleg in bredere zin" heeft aangegeven dat minnelijk overweg in de onderhavige zaak niet aangewezen is. In verband met de op het spel staande acute belangen van de werknemers, is een dagvaarding onvermijdelijk gebleken. Dit heeft FNV aan PostNL kenbaar gemaakt bij brief d.d. 22 februari 2018, welke brief als **productie 23** wordt overgelegd.

Maatschappelijk kader en achtergrond

32. De handhaving van cao's is in de afgelopen jaren sterk geïntensiveerd en verbeterd. Daar waar in het verdere verleden het vorderen van nakoming veelal werd overgelaten aan werknemers zelf en sinds de jaren tachtig een eerste paritair initiatief in de Taxibranche werd gerealiseerd, is sinds het begin van deze eeuw een steeds breder

scala aan -vaak paritaire- cao-handhavers ontstaan in de uitzendbranche, de bouw & infra, de timmerindustrie, het besloten busvervoer, de particuliere beveiliging, het beroepsgoederenvervoer en de schoonmaak- en glazenwassersbranche. Sinds 2013 is binnen de FNV ook een speciaal Team Handhaving en Naleving opgericht.

33. De toegenomen aandacht voor de noodzaak van intensivering van cao-handhaving hangt mede samen met de toegenomen arbeidsmigratie uit Midden- en Oost Europa. Herhaald zij dat In Person bij de pakketverwerking in hoofdzaak met Poolse mensen werkt. Op 29 september 2011 heeft de parlementaire commissie, belast met het onderzoek naar de arbeidsmigratie uit Midden- en Oost-Europa, een onderzoeksrapport gepubliceerd. Daarin heeft de commissie geconcludeerd dat de toestroom van Poolse en andere Oost-Europese arbeidsmigranten is 'onderschat'. De commissie heeft voorts gewaarschuwd voor verdringing op de arbeidsmarkt, uitbuitingssituaties, malafide uitzendbureaus en ontduiking van toepasselijke cao's als hardnekkige problemen die arbeidsmigratie met zich brengt.¹ Buitenlandse werknemers vormen een gemakkelijk doelwit, want zij werken vaak in landen waar de loonstandaarden significant lager liggen, zijn door de taalbarrière minder mondig en kennen hun Nederlandse rechten (als werknemer) niet.
34. Minister Asscher heeft begin 2013 aan de Tweede Kamer geschreven dat malafide uitzendbureaus een zeer hardnekkig probleem vormen en zeer moeilijk zijn aan te pakken, onder andere door de vluchtigheid van het ondernemerschap, de wijze van opereren van deze uitzendbureaus in allerlei complexe, vaak frauduleuze constructies en het (soms) internationale karakter ervan.²
35. In navolging van voornoemd schrijven aan de Tweede Kamer heeft minister Asscher op 11 april 2013 een actieplan bestrijding schijnconstructies gepresenteerd.³ In de begeleidende brief bij dit actieplan heeft minister Asscher geschreven:

"Bij schijnconstructies wijkt de feitelijke situatie af van de situatie zoals die wordt voorgespiegeld. Dit met het doel om wet- en regelgeving te omzeilen. Dit is ongewenst en leidt tot oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Ongewenst voor werknemers omdat het leidt tot verdringing, onderbetaling en soms uitbuiting. Ongewenst voor ondernemers omdat er geen gelijk speelveld meer is om te ondernemen. En ongewenst

¹ 'Parlementair onderzoek Lessen uit recente arbeidsmigratie'. *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 680.

² Brief van minister L.F. Asscher d.d. 13 maart 2013, "Aanpak malafide uitzendbureaus". <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/03/17/aanpak-uitzendbranche.html>.

³ "Actieplan bestrijden van schijnconstructies", als bijlage bij *Kamerstukken II*, 2012-13, 17 050, nr. 428.

voor de overheid vanwege het mislopen van premies en belastingen en het uitkeren van extra uitkeringslasten als werknemers als gevolg van oneerlijke concurrentie worden ontslagen."

36. De minister heeft benadrukt dat de kern van deze problematiek is dat werkgevers op deze wijze proberen de kosten van arbeid te verlagen waardoor voor gelijk werk ongelijke arbeidsvoorwaarden ontstaan.

37. Het kabinet heeft sindsdien de aanpak van schijnconstructies geïntensiveerd. Voor gelijk werk moeten gelijke arbeidsvoorwaarden gelden. Speerpunten van het actieplan zijn onder meer de veelvuldige ontduiking van cao's. Onder meer is het Sociaal Akkoord Team opgericht, waar een cao-team deel van uitmaakte. Dit team voert artikel 8 en 10 Waadi onderzoeken uit op verzoek van sociale partners. Ook de in deze zaak aan de orde zijnde rapporten zijn door het Sociaal Akkoord Team van ISZW opgesteld. Bij brief van 17 april 2015⁴ heeft minister Asscher de Tweede Kamer voorzien van een reactie op een in de Volkskrant verschenen artikel omtrent contracting als opkomende vorm van schijnconstructie⁵. De Volkskrant heeft in dit artikel aandacht besteed aan diverse door de FNV/SNCU aangepakte malafide uitzendbureaus, waaronder Qatro en BMS Protowin en Den Breejen.⁶ In de eerste kwestie heeft het Hof Den Bosch geoordeeld dat een schijnconstructie in stand werd gehouden (contracting), terwijl feitelijk sprake was van uitzending. In de tweede kwestie heeft de Rechtbank Noord-Holland geoordeeld dat sprake was van ontduiking van de ABU cao en instandhouding van een schijnconstructie, daar waar, hoewel sprake was van een uitzendverhouding, de werkgever zich op het standpunt stelde dat sprake was van contracting. In de brief van Asscher wordt ook de constructie tussen In Person en PostNL beschreven:

"Ik doel hierbij op de constructie waar op papier sprake is van het uitbesteden van werkzaamheden door de opdrachtgever op basis van een overeenkomst van aanneming van werk, of een overeenkomst van opdracht, aan een derde (contractingbedrijf) die deze

⁴ Brief minister L. Asscher d.d. 17 april 2015, kenmerk 2015-0000085824. <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2015/04/17/kamerbrief-contracting/kamerbrief-contracting.pdf>.

⁵ N. Troost, 'Vakbonden waarschuwen voor nieuwe schijnconstructie', *Volkskrant* 23 maart 2015. <http://www.volkskrant.nl/economie/vakbonden-waarschuwen-voor-nieuwe-schijnconstructie~a3921628/>.

⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353 (SNCU/Qatro); Rechtbank Noord-Nederland, zp Groningen, 4 maart 2015, JAR 2015/86 (FNV/Groningen Shipyard).

werkzaamheden zogenaamd onder zijn leiding en toezicht (bij of voor de opdrachtgever) verricht, maar waar leiding en toezicht eigenlijk berusten bij de opdrachtgever. In die situatie is er feitelijk sprake van uitzenden. Uitzenden is een in de wet vastgelegde vorm van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten die alleen onder strikte voorwaarden kan plaatsvinden." En verderop in de betreffende brief:

"De FNV heeft genoemd rapport aan werkgevers aangeboden. Het is nu dan ook aan sociale partners om gezamenlijk de handschoen op te nemen en het oneigenlijk gebruik van contracting aan te pakken."

38. Onder leiding van minister Asscher is op 1 juli 2015 de Wet aanpak schijnconstructies ingevoerd. De wet is voor wat betreft de ketenaansprakelijkheid sinds 1 juli 2015 van kracht. Het belangrijkste onderdeel voor de uitzendpraktijk betreft de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van opdrachtgevers voor het voldoen van het aan de werknemer verschuldigde loon, welke aansprakelijkheid zowel bij de werkgever als de (hogere) opdrachtgever(s) ligt. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt overigens zowel voor situaties waarin de werknemer de arbeid verricht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever (zoals bij uitzending) alsook in situaties waarin de leiding en toezicht bij de werkgever blijft liggen (zoals bij contracting).
39. In het Regeerakkoord van 10 oktober 2017 wordt de behoefte aan flexibiliteit bij werk- en opdrachtgevers onderkend. *"Verschillende vormen van het aanbieden van flexibel arbeid sluiten aan bij verschillende behoeften. Voorkomen moet echter worden dat deze vormen worden benut om te concurreren op arbeidsvoorwaarden of leiden tot excessen waarbij de flexibiliteit voor werk- of opdrachtgever ten kosten gaat van de arbeidsmarktkansen van de werkende"* (pagina 23). Op het gebied van handhaving wordt 50 miljoen per jaar vrijgemaakt voor de handhavingssketen van de ISZW. Doelen zijn onder andere het beter toezicht houden op schijnconstructies en het tegengaan van uitbuiting. Het rapport van ISZW in deze zaak is een mooi voorbeeld van dergelijk toezicht.
40. FNV is vanaf het begin van 2016 met In Person in conclaaf geweest over een andere constructie die In Person tot die tijd hanteerde. In Person kwam met haar uitzendkrachten werkzaam bij Post NL zogenaamde 'weekcontracten' overeen in de eerste 78 weken van het (uitzend)dienstverband. Aan de ene kant werd en wordt dus gesteld dat sprake zou zijn (geweest) van "contracting" waardoor werknemers in plaats van de veel hogere inlenersbeloning (de PostNL cao) slechts het wettelijke minimumloon kregen. Aan de andere kant was dan toch weer wel sprake van uitzending met alle flexibiliteit van dien: mensen hadden een (baan) "zekerheid" van precies 1 week. In de eerste 78 weken van

zowel de ABU als de NBBU cao is het overigens ook mogelijk met een zogenaamd uitzendbeding te werken hetgeen even weinig baanzekerheid geeft. Beide uitzendcao's kennen bij het werken met een uitzendbeding echter wel een compensatie in geld. Met de (78) weekcontracten bedacht In Person dus een constructie die voor de werknemer het slechtste van 2 werelden combineerde. Zelfde effect als een uitzendbeding (geen baanzekerheid voor de uitzendkracht), nog minder kosten voor het uitzendbureau (en derhalve: nog minder loon voor de uitzendkrachten). De constructie was echter evident verboden gezien het bepaalde in artikel 7:691 lid 6 BW. Daarnaast experimenteert In Person, tezamen met PostNL, nog verder met uitzendconstructies, waarvan de door In Person met PostNL opgetuigde contractingconstructie in deze zaak centraal staat. Deze omgang met werknemers staat in schril contrast met de websiteteksten zoals ten dele opgenomen in punt 12 van deze dagvaarding.

41. In de meeste pakkeetsorteercentra, waaronder de depots in Amersfoort, Waddinxveen en Goes, die ieder door In Person worden bemenst, wordt het werk door ochtend- en avond/nachtploegen gedaan. In genoemde depots worden de avond- en nachtdiensten van hetzelfde werk met uitzendkrachten van In Person gedaan, terwijl de ochtenddiensten in Amersfoort door het SW-bedrijf Amfors gedaan. De ochtenddiensten in Waddinxveen worden door het SW-bedrijf Promen gedaan en de ochtenddiensten in Goes worden door het SW-bedrijf Dethon gedaan. Allemaal dezelfde werkzaamheden die de core-business van PostNL betreffen. Allemaal contractpartners die dezelfde strakke sturing krijgen door PostNL. Niets of niemand heeft hier een werk van stoffelijke aard opgeleverd. Bij het opleveren van een stoffelijk werk zoals een laat je ook niet exact hetzelfde huis opvolgend door steeds weer wisselende aannemers bouwen. Het zou een rommeltje worden. Dan kies je een (1) hoofdaannemer die desnoods onderdelen van het werk (slopen, schilderen, timmeren) door onderaannemers laat doen. In casu is hiervan in geen velden of wegen sprake. Wat gebeurt is dat door verschillende opvolgende uitzendbureaus exact dezelfde werkzaamheden op verschillende opvolgende uren worden gedaan. De coördinatie tussen die opvolgende werkzaamheden gebeurt door maar 1 partij: PostNL. Kort en goed: het enige werk van stoffelijke aard dat geleverd wordt is de mensen die ter beschikking worden gesteld om onder leiding en toezicht van PostNL werkzaamheden te verrichten. Dat heet uitzending.
42. De contractingconstructie die In Person en PostNL hebben opgetuigd is illustratief voor de door sociale partners en de regering veroordeelde uitbuiting aan de 'onderkant van de arbeidsmarkt', die met name in de uitzendbranche plaatsvindt. Ik verwijs naar opmerking 9 in het rapport (pagina 33): "[In Person] geeft in haar schriftelijke verklaring [bij het

rapport, MVJ een weergave van de situatie zoals die door partijen is vastgelegd. Uit onderzoek is gebleken dat deze schriftelijke situatie niet overeenkomt met de feitelijke situatie."

43. Uit de verderop in deze dagvaarding uiteengezette analyse van de contracten en de feitelijke situatie zal blijken dat door In Person en PostNL getracht is een 'papieren werkelijkheid' te creëren met als enig doel het "drukken" van loonkosten.

III. Juridisch kader

Gelijk loon voor gelijk werk

44. Eén van de basisbeginselen van het arbeidsrecht is 'gelijk loon voor gelijk werk'. Dit is vastgelegd in internationale verdragen zoals artikel 7 sub a onder 1 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVSCR) dat langs de band van artikel 7:611 BW doorwerkt in private verhoudingen. De Hoge Raad heeft meermaals geoordeeld dat gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden gelijk moet worden beloond.⁷ In het Parallel Entry arrest geeft de Hoge Raad aan dat het adagium 'gelijk loon voor gelijke arbeid' een uitvloeisel is van goed werkgeverschap.⁸
45. Dit basisbeginsel geldt ook voor uitzending als bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst. Het beginsel gelijk loon voor gelijk werk is bij uitzending neergelegd in zowel inleen- en uitleencao's, de wet (Waadi) als in de (Uitzend)richtlijn 2008/104/EG.

Uitzending versus contracting

46. De uitzendovereenkomst is gedefinieerd in artikel 7:690 BW:

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

⁷ Hoge Raad 8 april 1994, JAR 1994, 94.

⁸ Hoge Raad 30 januari 2004, JAR 2004/68. Zie ook kantonrechter Zutphen 24 april 2004, JAR 2004/127; Hof Den Haag 4 februari 2005, JAR 2005/113 en HR 14 april 2006/119.

(onderstreping MV)

47. Wil sprake zijn van uitzenden dient te worden voldaan aan een viertal elementen (zie onderstrepingen in het bovengenoemde citaat). In het hiernavolgende wordt kort ingegaan op deze elementen.

(1) In het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf

48. In de wetenschappelijke literatuur heeft over dit element lange tijd discussie bestaan. Ondertussen is duidelijk(er) dat hiermee de allocatiefunctie is bedoeld. De allocatiefunctie is als zodanig niet in de wettekst opgenomen. In de Memorie van Toelichting valt te lezen⁹:

"dat betekent dat terbeschikkingstelling een doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever".

49. Hieruit volgt dat het beroep of bedrijf uitdrukkelijk betrekking heeft op de terbeschikkingstellingsactiviteit. Ergo: werkgevers die slechts incidenteel uitzenden vallen niet onder de definitie. Als voorbeeld geldt een advocatenkantoor dat incidenteel een advocaat detacheert bij een klant. Overigens valt deze incidentele terbeschikkingstelling weliswaar niet onder de definitie van artikel 7:690 BW, maar wel onder de definitie van de Waadi, waardoor deze laatste wel van toepassing is. Indien op structurele wijze arbeid wordt aangeboden aan een opdrachtgever, zoals In Person dat doet, geschiedt dit dus in het kader van de uitoefening van het uitzendbedrijf van In Person.

50. Voorgaande lezing is recentelijk bevestigd door de AG in de cassatiezaak tussen Care4Care en StiPP.¹⁰ De AG heeft aan de hand van een uitvoerige uiteenzetting van de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur, geconcludeerd dat voor een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW slechts vereist is dat de werkgever zich bedrijfsmatig of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers. De Hoge Raad heeft in haar arrest van 4 november 2016 overeenkomstig geoordeeld.¹¹

(2) Ter beschikking stellen aan een derde

⁹ Kamerstukken II 1996/1997, 25 263, nr. 3, p. 33-34 (MvT), Parl. Gesch. Flexwet, p. 937.

¹⁰ Conclusie A-G 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238.

¹¹ Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.

51. Bij uitzenden wordt een werknemer ter beschikking gesteld aan een derde om arbeid te verrichten. Deze terbeschikkingstelling is niet beperkt tot het verrichten van arbeid in de onderneming van de derde. Ook deze derde, wiens bedrijf of beroep erin bestaat in de onderneming van een ander werkzaamheden te verrichten, kan de uitzendkrachten doorlenen aan een vierde. Terbeschikkingstelling is daarbij niet alleen uitzending. De definitie van artikel 7:690 BW bestrijkt alle vormen van een driehoeksrelatie (uitlenen, detachering, arbeidspool, payrolling).

52. Uit een recent arrest van het Hof Amsterdam (Stipp/Percival, 12/09/2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723) werd een situatie besproken waarbij, net als in casu, door een (aldaar niet alleen papieren) "tussen-BV" werd doorgeleend. Het Hof oordeelde (r.o. 3.12) dat "terbeschikkingstelling aan een derde" ook in dat geval vast staat: de uitzendkracht verricht immers werkzaamheden elders dan voor zijn werkgever. *"Tevens staat tussen partijen vast dat de ter beschikkingstelling feitelijk plaats vindt aan de (eind)cliënt en dat de consultant (lees uitzendkracht, toevoeging MV) arbeid verricht onder leiding en toezicht van de (eind)cliënt"*.

(3) *verstrekte opdracht*

53. Er moet sprake zijn van een opdracht van een derde aan de werkgever. De ter beschikkingstelling is dus gebaseerd op een tussen de uitzendwerkgever en de derde gesloten overeenkomst van opdracht. De definitie van een overeenkomst van opdracht is opgenomen in artikel 7:400 lid 1 BW en luidt:

"De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst, waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het geven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken."

54. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de terbeschikkingstelling in de zin van artikel 7:690 BW op grond van een overeenkomst van opdracht dient te geschieden om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden. Dit is ook precies het verweer dat gedaagden in deze zaak trachten te voeren en vormde het startpunt bij het opzetten van de schijnconstructie. De overeenkomst tussen In Person en PostNL zou niet kwalificeren als overeenkomst van opdracht, maar als een aangenomen werk.

(4) leiding en toezicht

55. Bij een uitzendrelatie liggen leiding en toezicht bij de inlener. In de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW is geen nadere toelichting gegeven op het begrip 'leiding en toezicht'. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat voor de vraag of onder toezicht en leiding wordt gewerkt, doorslaggevend is of het gezag bij de inlener ligt.¹² Concreet gaat het om de vraag bij wie de feitelijke instructiebevoegdheid ligt over de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd. De feitelijke instructiebevoegdheid geldt uitsluitend voor de te verrichten werkzaamheden. Dit betekent niet dat tussen uitzendkracht en uitzendonderneming geen (enkele) gezagsverhouding bestaat of kan bestaan. De uitzendwerkgever kan gezag behouden voor zaken als de uitzendurenadministratie ziekmeldprocedures en bijvoorbeeld waar het gaat om het treffen van disciplinaire maatregelen. Deze (gezags)verhouding doet niet af aan de leiding en toezicht die bij de inlener liggen. Dergelijke voorschriften zijn ook opgenomen in de tekst van de NBBU cao.
56. Overigens geldt dat de heersende lijn in de jurisprudentie is dat, indien sprake is van zeer eenvoudig werk aan het leiding en toezicht vereiste (nog) sneller zal zijn voldaan. Reeds bij het (kunnen) geven van summiere aanwijzingen en zeer beperkt toezicht zal al sprake zijn van uitzending.¹³ In deze zaak is sprake van het sorteren van pakketjes: werk dat bij PostNL geschiedt door eigen werknemers, door uitzendkrachten, door SW-geïndiceerden en mensen die deze werkzaamheden doen vanuit de bijstand in het kader van een werkstage. Dit betreft dus bij uitstek (zeer) eenvoudig werk. De "inwerktijd" bij pakketten sorteren is minder dan een uur. Alleen al dit gegeven maakt de stelling dat in casu sprake zou zijn van een uitbestede aangenomen werk dat door een gespecialiseerd aanneembedrijf wordt gedaan een gotspe.
57. In de eerder aangehaalde conclusie van A-G Van Peursem in de kwestie Care4Care concludeerde deze over het leiding en toezicht vereiste dat niet van belang is of de opdrachtgever zich daadwerkelijk heeft bemoeid met de werkzaamheden van de uitzendkrachten. Het gaat nu juist om de vraag of de opdrachtgever die mogelijkheid had: kon de opdrachtgever in redelijkheid invloed uitoefenen op de werkzaamheden? Indien die vraag positief wordt beantwoord, is sprake van leiding en toezicht door de opdrachtgever.¹⁴ In casu werd en wordt door PostNL (heel) veel verdergaand toezicht

¹² Hoge Raad 15 april 1992, B&B 1992, 291; HR 21 november 1997, JAR 1998, 16.

¹³ Zie de conclusie van de PG bij HR 20 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BA3819.

¹⁴ Zie noot 10.

uitgeoefend. Het toezicht kunnen uitoefenen is echter al voldoende om uitzending aan te nemen. In lijn hiermee oordeelde het Hof Den Haag. Sprake was van leiding en toezicht door de opdrachtgever, omdat deze de mogelijkheid had om in te grijpen als zij dat nodig vond.¹⁵

Contracting (aanneming van werk)

58. In de laatste jaren wordt steeds vaker gebruik gemaakt van de overeenkomst van aanneming van werk, in de praktijk vaak aangeduid met de term "contracting". Conform artikel 7:750 BW luidt de definitie van een overeenkomst van aanneming van werk als:

"(...) de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij de opdrachtgever, bevindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te bepalen prijs in geld".

59. Met name het element 'buiten dienstbetrekking' onderscheidt de aanneemovereenkomst van de uitzendovereenkomst, nu bij een aanneemovereenkomst leiding en toezicht bij de aannemer ligt en niet bij de opdrachtgever.

60. In de wetsgeschiedenis zijn diverse voorbeelden van werken van stoffelijke aard genoemd, waaronder het wassen van kleding, het repareren van gebruiksvoorwerpen of het slopen van een reeds bestaand werk. De jurisprudentie benoemt voorts aanvullende voorbeelden, waaronder het oogsten van zaad, het snijden van sla, het snoeien van bomen en het schillen van uien. In de wetsgeschiedenis worden onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard tevens geschaard: *"het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren of slopen van een reeds bestaand werk"*¹⁶. In de rechtspraak worden ook voorbeelden van gevallen waarbij geen sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard. Bijvoorbeeld bij het verplaatsen van kisten met vis van het dek van viskotters naar de kade en stuwadoorswerkzaamheden.

61. Doorslaggevend is of het gaat om werkzaamheden die bestaan in het vervaardigen en/of bewerken van stoffelijke voorwerpen¹⁷. Het sorteren van pakketten valt daar duidelijk niet

¹⁵ Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034.

¹⁶ Kamerstukken II 1992/1993, nr 38a, p. 9-10

¹⁷ Zie Asser-Van den Berg 7-VI (2013), nrs. 25 en 26

onder.

62. Ook is in de juridisch wetenschappelijke literatuur geschreven over de verhouding tussen uitzending en contracting. Verwezen wordt naar een artikel van mr. J.P.H. Zwemmer, bijgaand als **productie 24** overgelegd. Zwemmer heeft de juridische definitie van uitzending afgezet tegen een *mogelijk* juridisch houdbare vorm van contracting.
63. Net als bij uitzending, is ook bij aanneming van werk c.q. contracting vaak sprake van een driehoeksrelatie. Voldoet deze driehoeksverhouding – ondanks dat partijen zelf van aanneming van werk c.q. contracting spreken – aan de elementen van uitzending zoals opgenomen in artikel 7:690 BW, dan is -zoals in casu- sprake van een uitzendovereenkomst.
64. Uit de van toepassing zijnde wetgeving, de literatuur en de tot nu toe gewezen rechtspraak kan volgens Zwemmer sprake zijn van een 'juridisch houdbare vorm van contracting' als sprake is van (onder meer) leiding en toezicht door de aannemer zelf, het geen kernactiviteit van de opdrachtgever betreft (zie samenwerkingsovereenkomst punt 12 waar dit door PostNL zelf wordt erkend/gesteld), een vergaande autonomie van de ingezette teams en van gebruikmaking van productiemiddelen die eigendom zijn van het contractingbedrijf. Het is evident dat hier in casu geen sprake van is.
65. Deze laatste twee "voorwaarden" in het aangehaalde artikel hangen inherent met elkaar samen. Een deel van de 'vereiste' autonomie wordt bepaald door de bevoegdheid tot het nemen van eigen beslissingen versus de in de jurisprudentie genoemde instructiebevoegdheid van de inlener. Een minstens zo belangrijk deel van deze autonomie wordt bepaald door de afhankelijkheid van productie- en bedrijfsmiddelen. Daar waar deze middelen geen eigendom van een contractingbedrijf zijn, kan ook geen sprake zijn van autonomie.
66. Uit de gedetailleerdheid van de contracten die PostNL en In Person hebben afgesloten en de bevoegdheden die PostNL daarin bedongen heeft blijkt ten eerste dat zij de leiding en het toezicht houdt, maar tevens dat dit de core-business van PostNL betreft. Hierbij zijn de kennis, kunde, ervaring en bedrijfs- en productiemiddelen van Post NL elementair. Dit brengt inherent mee dat het in essentie niet mogelijk was en is deze verantwoordelijkheid (en derhalve: leiding en toezicht) aan een uitzend/dan wel contractingbedrijf over te dragen. Alleen het "handwerk" zelf kan worden uitbesteed. Dat heet uitzending.

Jurisprudentie over onderscheid uitzending/contracting

67. Jurisprudentie op het gebied van geoorloofde en ongeoorloofde vormen van contracting is relatief jong. Onderstaand enige uitspraken.

*Hof Den Bosch 21 oktober 2014 (SNCU/Qatro)*¹⁸

68. Het uitzendbureau (Qatro) betoogde, net als In Person, dat geen sprake was van uitzending, maar van aanneming van werk. Ook zij beriep zich op een overeenkomst van aanneming van werk die ten grondslag lag aan de relatie tussen haar en de derde. Voorts stelde Qatro, net als In Person, dat de leiding en toezicht bij haar zou liggen, en niet bij de opdrachtgever.
69. Voor wat betreft het leiding en toezichtcriterium heeft het hof geoordeeld dat de aanneemovereenkomst waar Qatro zich op heeft beroepen, onvoldoende aanknopingspunten bood om de contractuele relatie tussen Qatro en haar werknemers de kwalificatie uitzendverhouding te ontnemen. Ook het feit dat de werknemers hun werkzaamheden feitelijk hebben uitgevoerd onder leiding en in opdracht van de directeur van het uitzendbureau, maakte niet dat geen sprake was van uitzending. Mede gelet op de taalkwestie – ook in de onderhavige PostNL zaak aanwezig – was het ook praktisch onmogelijk dat de champignonplukkers onder feitelijk toezicht en leiding van de opdrachtgever hun werkzaamheden zouden uitvoeren. Het hof oordeelde dat de (vrouw van de) directeur de inlener vertegenwoordigde ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de werkzaamheden geacht moesten worden te zijn uitgevoerd onder toezicht en leiding van "Worldchamp" (de inlener). (Zie r.o. 4.4.3. van dit arrest.)
70. Het hof oordeelde voorts dat de aanneemovereenkomst niet tot een andere conclusie leidde, mede omdat de aanneemovereenkomst alleen werking had tussen het uitzendbureau en de opdrachtgever. Aldus kon in de relatie tussen het uitzendbureau en haar werknemer sprake zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, waaraan de tekst van de 'aanneemovereenkomst' niet in de weg stond. Deze beide overwegingen zijn ook in casu van belang. In zoverre -meewerkend- voormannen (bij PostNL en In Person hebben de 'voormannen' de naam 'teamleider' gekregen) al instructies geven aan collega's betreft dit vertalingen in zowel de letterlijke als figuurlijke zin van door PostNL gegeven instructies van hogerhand. In dat geval doen de teamleiders niets anders dan PostNL vertegenwoordigen, c.q. hun instructies doorgeven. Alle verweren van gedaagden voeren terug naar de papieren werkelijkheid die zij zelf hebben geschapen. Die is echter irrelevant in zoverre de werkelijkheid daarvan afwijkt.

¹⁸ Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035

71. In diezelfde zaak heeft Qatro een beroep gedaan op de facturering die (mede) gebaseerd was op een stuksprijs. Dat leverde volgens het Hof hooguit een zwakke aanwijzing voor het bestaan van een (echte) aanneemovereenkomst. (Zie r.o. 4.4.5., laatste paragraaf). Ook deze overweging is in de onderhavige PostNL zaak relevant.

Rechtbank Noord-Nederland 4 maart 2015¹⁹

72. In de kwestie FNV/Groningen Shipyard ging het om Roemeense werklieden die werkzaamheden verrichten op een scheepswerf. De kantonrechter oordeelde, net als het hof Den Bosch in de hiervoor behandelde zaak, dat ook uitzendkrachten een werk van stoffelijke aard tot stand kunnen brengen, waardoor dat geen doorslaggevend argument kon vormen in de discussie of sprake was van uitzending of niet. Het gaat om de juridische verhouding tussen de werknemer en het uitzendbureau. In hoger beroep is afgezien van het leveren van bewijs dat de werkzaamheden werden verricht op basis van aanneming van werk, waardoor vast is komen te staan dat deze werknemers als uitzendkrachten in de zin van 7:690 BW moeten worden beschouwd²⁰. Vermeldenswaard is dat door Groningen Shipyard is afgezien van het leveren van bewijs. Een schikking is vervolgens getroffen voor de Roemeense werknemers, waarbij tevens is afgesproken dat alleen nog maar van (werkelijke) uitzendkrachten gebruik werd gemaakt onder toekenning van de juiste inlenersbeloning.

Rechtbank Gelderland 29 juni 2016²¹

73. In deze zaak (FNV/Stuwadoorsbedrijf Van Rooij B.V.) was de onderneming reeds 30 jaar gespecialiseerd in laad- en loswerkzaamheden en het verzamelen van orders (orderpicking). Van Rooij betoogde dat deze dienstverlening niet zou kwalificeren als uitzending. Door FNV werd dit bestreden.
74. De kantonrechter oordeelde dat de opdrachtgever rechtstreekse zeggenschap had over de wijze waarop orderpickers hun werkzaamheden verrichten. Bijvoorbeeld of de werknemers goed werk verrichtten en de geldende normen haalden. .
75. Bij Van Rooij was contracting 'op papier' in extenso geregeld, zonder de vele aanwijzingen voor uitzending die wel te vinden zijn in de door PostNL opgelegde papieren werkelijkheid, waarover later meer. Bij Van Rooij was zelfs sprake van een met

¹⁹ Rechtbank Noord-Nederland, 4 maart 2015, JAR 2015/85.

²⁰ Hof Arnhem Leeuwarden, 30 mei 2017, ECLI:GHARL:2017:4647, r.o.2.2

²¹ Rechtbank Gelderland, 29 juni 2016, zaaknummer 2956504.

de CNV gesloten ondernemings-cao waar in de considerans gesteld werd dat geen sprake zou zijn van uitzending (zie voor een vergelijkbare tekst de SLA Amersfoort onder 6). Ongeacht deze 'papieren werkelijkheid' is de kantonrechter op basis van de vastgestelde omstandigheden op de werkvloer tot de conclusie gekomen dat sprake is van uitzending.

Rechtbank Noord-Nederland 6 september 2016²²

76. In een casus die leidde tot een vonnis van 6 september 2016 van de kantonrechter te Groningen voerde de ondernemer isolatiewerkzaamheden uit in de on- en offshore. Ook deze onderneming betoogde dat zij geen uitzendwerkzaamheden verrichtte, hetgeen ook zou blijken uit de (onder)aannemingsovereenkomst(en) die zij sloot met de opdrachtgever(s).
77. Een aparte overweging heeft de kantonrechter gewijd aan het feit dat de eigenaar van het uitzendbureau zelf veel op de werkvloer aanwezig was. Net als het Hof Den Bosch in de hiervoor reeds aangehaalde zaak SNCU/Qatro vindt de kantonrechter dit niet voldoende om aan te nemen dat geen sprake zou zijn van toezicht en leiding door de opdrachtgever. De kantonrechter oordeelde:

"Daarvan is pas sprake bij een werkgever die zijn eigen personeel als eigen autonome groep inzet bij een opdrachtgever – afgescheiden van de rest van de onderneming van de opdrachtgever – op een vast afgesproken klus onder eigen regie en verantwoordelijkheid en met eigen productiemiddelen". (Onderstrepingen MV)

Gerechtshof Den Haag 25 april 2017²³

78. In deze kwestie heeft RMS bezwaar gemaakt tegen aansluiting bij het pensioenfonds (StiPP) in de uitzendbranche. RMS stelde dat geen sprake was van uitzending, aangezien de leiding en het toezicht over de werkzaamheden zouden worden uitgeoefend door het uitzendbureau zelf, via een meegezonden voorman. Het hof oordeelde echter dat sprake was van leiding en toezicht door de opdrachtgever, omdat de opdrachtgever in kwestie de mogelijkheid had om in te grijpen als zij dat nodig vond. De meegezonden voorman fungeerde slechts als doorgeefluik. Het hof overwoog:

²² Rechtbank Noord-Nederland, 6 september 2016, zaaknummer: 4270576.

²³ Zie noot 15.

"Binnen deze kaders voeren de werknemers van RMS, onder leiding van hun voorman, hun werkzaamheden zelfstandig uit, maar dat neemt niet weg dat een uitvoerder kan ingrijpen als hij dat nodig vindt."

Dit is natuurlijk aan de orde van de dag: werknemers voeren bijna altijd hun taken met enige mate van zelfstandigheid uit. Dat betekent niet dat zij niet onder leiding en toezicht van het bedrijf staan waar zij werken. Bij een andere uitleg zou het leiding en toezicht criterium verstrekkender worden dan het gezagcriterium uit 7:610 BW. Gezag betekent niet het voortdurend roepen/geven van instructies: het gaat om het kunnen geven van instructies.

Jurisprudentie ten aanzien van het vaststellen van de inlenersbeloning

79. In de literatuur en jurisprudentie is veel aandacht besteed aan de vraag wanneer werknemers met elkaar te vergelijken zijn en een gelijke beloning dienen te genieten.²⁴ Deze vraag is een steeds belangrijkere rol gaan spelen nu binnen de uitzendbranche allerlei constructies zijn ontstaan c.q. worden opgetuigd ter 'ontduiking' van (het moeten betalen van) de inlenersbeloning. Anders dan de hiervoor behandelde jurisprudentie zien deze uitspraken niet op het onderscheid uitzending/contracting, doch veeleer op het op juiste wijze vaststellen van de inlenersbeloning.
80. De Rechtbank Midden-Nederland heeft bij vonnis van 15 maart 2015 en 22 juli 2015 hierover uitgelaten in de geruchtmakende Rimec-zaak.²⁵ Buitenlandse uitzendkrachten werkten aan de Alexandertunnel op de A2 in Maastricht. Ook in die zaak was sprake van een "lege vennootschap" die er tussen was gezet. Hier werd gewerkt met Portugese uitzendbureaus die via een zustervenootschap in Ierland ter beschikking werden gesteld aan Avenue2 Infra V.O.F., de "lege vennootschap". Net als in casu werd dus doorgeleend door de Ierse zuster die ook alle contracten met de Nederlandse inlener Avenue 2 sloot.
81. Avenue 2 betrof een samenwerkingsverband tussen Strukton en Ballast Nedam. Avenue2 had geen personeel in dienst. Mecra (voorheen Rimec) stelde zich ter zake de inlenersbeloning onder meer op het standpunt dat artikel 8 lid 1 Waadi niet van

²⁴ F.B.J. Grapperhaus, 'De uitzendkracht en gelijke beloning', SMA 2003, afl. 1, p 13; C.E. Passchier, 'Loon naar werk of loon naar werkvloer', SMA 2002, adl. 1; Fase en Plessen, Uitzendbureau moet zelf de salarissen kunnen bepalen, Financieel Dagblad, 7 augustus 2002; C.J. Loonstra, 'Uitzend- of inleen-cao? De Loonverhoudingsnorm van art. 8 Waadi', Ondernemingsrecht 1999, p. 699 e.v.

²⁵ Ktr. Utrecht 15 maart 2015, JAR 2015/83; Rechtbank Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:RBMNE:2015:5393 en ECLI:RBMNE:2015:1752 (kort geding).

toepassing was nu Avenue2 geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst had. De rechtbank verwierp dit betoog.

82. In het vonnis in provisie bepaalde de kantonrechter dat een situatie waarin de inlener een door twee bouwondernemingen opgerichte V.O.F. feitelijk geen eigen personeel in dienst heeft, niet maakt dat geen inlenersbeloning kan worden vastgesteld.

'Het is niet goed voorstelbaar dat twee Nederlandse ondernemingen aan de toepasselijkheid van (artikel 8 van, toevoeging door mij, MV) de Waadi kunnen ontkomen door de enkele oprichting van een VOF die zelf geen personeel in dienst heeft, maar waaraan zij wel hun eigen personeel uitlenen/ter beschikking stellen'.

83. In de bodemprocedure overwoog de kantonrechter in aanvulling hierop het volgende.

'De strekking van de loonverhoudingsnorm van artikel 8 lid 1 WAADI brengt mee dat de functies van de door Mecra (voorheen Rimec), het uitzendbureau, toevoeging door mij, MV), aan de hand van de bij de functie-indelingssystematiek van de CAO Bouwnijverheid in acht te nemen aspecten (zoals daar ingevolge bijlage 9a van die CAO zijn: opleiding, ervaring, veiligheid en gezondheid, belastende fysieke arbeidsomstandigheden, leiding geven en de mate waarin zelfstandige beslissingen genomen moeten worden), worden vergeleken met die van de werknemers van Ballast Nedam en Strukton, daaronder het UTA-personeel dat daadwerkelijk op het A2-project is ingezet.' (r.o. 5.2).

84. De Rimec- zaak maakt ook duidelijk dat vakbonden een direct beroep toekomt op artikel 8 Waadi (r.o. 5.11). Ten tweede wordt duidelijk dat voor het vaststellen van de inlenersbeloning gekeken moet worden naar de daadwerkelijke plaats waar de werkzaamheden worden verricht en niet naar de personele situatie in een rechtspersoon die als eerste inlener optreedt (zie r.o. 4.12).

85. In juni 2016 diende het Hof Den Haag (Transcore) zich uit te laten over de vraag of uitzendwerknemers recht hadden op de inlenersbeloning ex artikel 8 Waadi en artikel 19 ABU cao.²⁶ Het uitzendbureau betwistte dit, nu de vaste medewerkers van de inlener in volcontinudienst werkten en de uitzendkrachten niet. Ook zouden de uitzendkrachten niet werkzaam zijn in 'gelijke of gelijkwaardige functies' als de medewerkers van de inlener, nu de medewerkers van de inlener multifunctioneel werkzaam waren en de

²⁶ Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1855.

uitzendkrachten niet.

86. Het hof verwierp beide stellingen.

'Het feit dat vaste medewerkers van Matrans (lees de inlener, toevoeging MV) in volcontinudienst werken en de [appellanten c.s.] (lees de uitzendkrachten, toevoeging MV) niet is onvoldoende zwaarwegend om te oordelen dat reeds om die reden geen sprake kan zijn van "gelijke of gelijkwaardige functies" als bedoeld in artikel 8 lid 1 Waadi. Vast staat dat [appellanten c.s.] (lees de uitzendkrachten, toevoeging MV) net als de medewerkers van Matrans (lees de inlener, toevoeging MV) onregelmatig werken, met nacht- en weekenddiensten. In zoverre zijn hun arbeidsomstandigheden in voldoende mate vergelijkbaar. Dat [appellanten c.s.] (lees de uitzendkrachten, toevoeging MV), anders dan de medewerkers van Matrans (lees de inlener, toevoeging MV), niet werken volgens een vast rooster maar flexibel worden ingezet, is inherent aan het feit dat het uitzendkrachten zijn.' (r.o. 17)

'Voor de toepasselijkheid van de inlenersbeloning is naar het oordeel van het hof niet doorslaggevend of de inlener eigen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functie, maar of de functie die de uitzendkracht vervult past binnen het functiegebouw van de inlener. Deze uitleg doet het meeste recht aan het doel en de strekking van artikel 9 Waadi, en voorkomt dat er (afhankelijk van het personeelsbeleid van de inlener), die ervoor kan kiezen om bepaalde functies uitsluitend in te vullen met uitzendkrachten) onevenredige verschillen in arbeidsvoorwaarden optreden tussen hetzelfde bedrijf werkzame vaste werknemers en uitzendkrachten.' (r.o. 18)

87. Een laatste uitspraak met betrekking tot het vaststellen van de inlenersbeloning betreft Rb. Groningen, 22 augustus 2012, zaaknummer 539940 (Flexion). Net als in casu werd een uitzendkracht in dienst van een NBBU lid via een zustervenootschap doorgeleend aan de (eind)opdrachtgever. Net als in casu werd deze constructie zo opgezet om te kunnen verdedigen dat de op de zuster toepasselijke cao (Schoonmaak, die een lager arbeidsvoorwaardenniveau kent) van toepassing was en niet de cao bij de (eind)opdrachtgever (de ruimhartiger cao Metalekro). De rechtsvraag ging over wie als "inlener" moest worden beschouwd in de zin van artikel 22 NBBU. De rechter overweegt dat voor de uitleg van cao-bepalingen objectieve maatstaven centraal dienen te staan. De taalkundige betekenis gelezen in de context van de cao als geheel, is voor die uitleg van belang maar niet doorslaggevend. Andere relevante omstandigheden dienen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden meegewogen, met dien verstande

dat bij de uitleg van een bepaling als de onderhavige alleen die omstandigheden meetellen die voor derden naar objectieve maatstaven kenbaar zijn.

88. De kantonrechter kwam tot het oordeel dat de feitelijke werkzaamheden bij de (eind)opdrachtgever (in casu PostNL) bepalend zijn: "CSN (de zuster van het uitzendbureau, toevoeging MV) heeft X in feite slechts doorgeleend aan Icon Yachts (de (eind)opdrachtgever, toevoeging MV). Het lijkt er op dat dit slechts is geschied in een poging bepalingen van de cao voor het Schoonmaakbedrijf op de uitzendovereenkomst van toepassing te laten zijn".

IV Analyse

Van zuster naar zuster, de eerste driehoek

89. Indien (alleen) gekeken wordt naar de door In person en PostNL erkende uitzendverhouding tussen enerzijds In Person Bemiddelingsbureau, anderzijds In Person International BV en -in beide gevallen- In Person Outsourcing en de uitzendkracht, heeft het volgende te gelden.

90. Vast staat dat deze driehoeksverhoudingen beheerst worden door de NBBU cao. In Person Bemiddelingsbureau en In Person International zijn beide aangesloten bij de NBBU en op alle arbeidsovereenkomsten is de NBBU van toepassing verklaard. In Person bevestigt dit ook.

91. Artikel 22 lid 1 van de NBBU cao luidt als volgt.

"Het loon en de vergoedingen van de uitzendkracht zijn gelijk aan het loon en de 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)"(onderstrepingen door mij, MV).

92. Bij PostNL doen de werknemers in Halfweg en Zwolle dezelfde werkzaamheden, maar dan onder verloning volgens de PostNL cao. In het arrest Transcore in overweging 18 overweegt het Hof nog dat van doorslaggevend belang is of de functie die de uitzendkracht vervult, past binnen het functiegebouw van de inlener, hetgeen in deze zaak het geval is. De -uitermate simpele- eindconclusie is dan ook dat de uitzendkrachten moeten worden verloned conform de PostNL cao, net als de werknemers in Halfweg en

Zwolle.

93. Uit de bewoordingen van artikel 22 lid 1 NBBU cao blijkt dat tussen de contract sluitende partijen geen misverstand heeft (mogen) bestaan over de bescherming die artikel 8 van de Waadi biedt en moet blijven bieden aan uitzendkrachten. Daarbij is (slechts) relevant welk vergelijkingsmateriaal beschikbaar is in de zin van werknemers in gelijk(waardig)e functies, ongeacht of dit – in verdere schakels in de keten – onder de noemer uitzending of contracting gebeurt. In deze zaak is dat waar de feitelijke en uiteindelijke terbeschikkingstelling plaatsvindt. Ander vergelijkingsmateriaal is er niet.
94. Artikel 8 Waadi spreekt in dit verband ook over "de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt". Die plaats en onderneming staan niet ter discussie: (dat zijn de depots van) PostNL.
95. Op grond van de kernbepalingen van de richtlijn, de Waadi en de NBBU cao ter bescherming van gelijk loon voor (uitzend)werknemers kan reeds geconcludeerd worden tot verloning volgens de PostNL cao. In zoverre behoeven de conclusies uit het rapport van ISZW over de (juridische) kwalificatie van de verrichtte werkzaamheden (nog) geen aandacht. Dit wordt in de hierna volgende punten toegelicht.
96. In punt 3.2.3. van de memorie van toelichting²⁷ bij de Waadi heeft het kabinet geëxpliciteerd dat zij oog heeft "*voor de versturende werking op het loonpeil en op de arbeidsverhoudingen welke kan uitgaan van het gebruik van ter beschikking gestelde arbeidskrachten, wanneer zij een loon ontvangen dat afwijkt van de beloning van het personeel in rechtstreekse dienst van de inlener. Daardoor kan het gehele stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komen te staan. Het kabinet wil een dergelijke consequentie vermijden.*"
97. Toegespitst op deze casus betekent dit dat met de Waadi beoogd is bescherming te bieden aan pakketsorteerders die als uitzendkracht minder betaald krijgen dan pakketsorteerders in vaste dienst van PostNL.
98. Ter implementatie van de richtlijn 2008/104/EG (de uitzendrichtlijn) zijn aanpassingen in de Waadi doorgevoerd. Beoogd is onder meer met deze richtlijn aan de sociale partners ruimte te bieden te differentiëren in bepaalde arbeidsvoorwaarden, zij het binnen zekere grenzen. Overweging 14 van de richtlijn bepaalt: "*De essentiële arbeidsvoorwaarden die*

²⁷ TK, vergaderjaar 1996-1997, 25 264, nr. 3, blz 13

voor de uitzendkrachten gelden, moeten ten minste dezelfde zijn als die welke voor deze werknemers zouden gelden als zij door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst zouden worden genomen."

99. Overwegingen 16 en 17 van de uitzendrichtlijn laten geen twijfel over het minimale beschermingsniveau dat voor uitzendkrachten gewaarborgd moet blijven. Overweging 16 van de uitzendrichtlijn luidt als volgt: *"Teneinde op flexibele wijze om te gaan met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen, kunnen de lidstaten de sociale partners toestaan de arbeidsvoorwaarden te definiëren, mits het algemene beschermingsniveau wordt eerbiedigd."* (onderstreping MV).
100. Voorts luidt overweging 17 dat lidstaten binnen zekere grenzen moeten kunnen afwijken van het beginsel van gelijke behandeling, *"mits in een adequaat beschermingsniveau is voorzien."*
101. In artikel 22 lid 2 van de NBBU cao is, in overeenstemming met de uitzendrichtlijn en de Waadi opgenomen voor welke looncomponenten de in artikel 22 lid 1 overeengekomen bescherming behelst. Deze looncomponenten zijn te beschouwen als de "essentiële arbeidsvoorwaarden", waarover de Waadi en de uitzendrichtlijn spreken. Gelijke beloning ten aanzien van deze looncomponenten is de algemene en adequate bescherming waar de uitzendkracht op grond van deze cao recht op heeft.
102. Een vervolgvraag is aan "welke gelijkwaardige" functies de loonverhouding, zoals in artikel 22 NBBU cao is overeengekomen, moet worden gekoppeld. Anders gezegd: wie zijn nu de werknemers in vergelijkbare functies?
103. Vast staat dat In Person Outsourcing geen (vergelijkbare) werknemers in dienst heeft, zo blijkt uit het KvK uittreksel van In Person Outsourcing en het rapport van ISZW. In Person Outsourcing verschaft geen vergelijkingsmateriaal. Vaststaat dat PostNL, de onderneming waar de (feitelijke) terbeschikkingstelling plaatsvindt, in haar pakketsorteercentra in Zwolle en Halfweg werknemers in dienst heeft, die hetzelfde werk doen. Deze werknemers worden volgens de PostNL cao verloond. Nogmaals wordt verwezen naar overweging 18 van het reeds aangehaalde Transcore-arrest.
104. Het begrip "inlener" wordt in de NBBU cao als volgt gedefinieerd:

"Inlener. Iedere (onderstreping door mij, MV) natuurlijke- of rechtspersoon die zich door tussenkomst van een uitzendonderneming voorziet van uitzendkrachten" (onderstrepingen door mij, MV).

105. PostNL moet volgens deze definitie als inlener worden beschouwd. De definitie vermeldt niet voor niets dat een inlener "iedere" (lees: niet alleen de eerste inlener) (rechts) persoon is die zich door "tussenkomst" (vermeden is het gebruik van de directe(re) term inlening) van "een" uitzendbureau "voorziet" van uitzendkrachten. Daarvan is in casu sprake: In Person Bemiddeling en In Person International zijn uitzendbureaus. Het feit dat In Person Outsourcing ertussen is geschoven, betekent niet dat geen sprake (meer) is van "tussenkomst van een uitzendonderneming". In Person Bemiddeling en International blijven onderdeel van de keten. Evenmin heeft het feit dat In Person Outsourcing op haar beurt de uitzendkrachten aan PostNL ter beschikking stelt, tot gevolg dat de werknemers opeens de status van uitzendkracht kwijt zijn in de driehoeksrelatie tussen In Person Bemiddeling/International, de uitzendkracht en In Person Outsourcing. Dit staat los van de leiding en het toezicht, waaraan verderop in deze dagvaarding aandacht aan zal worden besteed. Kort en goed: in casu kan een gelijkkluidend oordeel worden geveld als de Groningse rechter gaf in 2012 (Flexion) en de Utrechtse in 2015 (Rimec). In die laatste uitspraak bepaalde de rechter dat een dergelijk simpele ontwijking van de loonverhoudingsnorm getuigt van een te beperkte opvatting van artikel 8 lid 1 Waadi:

"Bij de toepassing van artikel 8 lid 1 Waadi zou het derhalve van een te beperkte opvatting getuigen, indien, zoals Rimec voorstaat – onder werknemers in dienst van 'de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt' uitsluitend de werknemers zouden worden begrepen die Ballast Nedam en Strukton hebben ingezet voor het A2-project. Dat zou het ontgaan van de loonverhoudingsnorm al te zeer faciliteren."²⁸

In het eerdere vonnis in provisie bepaalde de kantonrechter dat een situatie waarin de inlener een door twee bouwondernemingen opgerichte V.O.F. feitelijk geen eigen personeel in dienst heeft, niet maakt dat geen inlenersbeloning kan worden vastgesteld. Zij verwezen naar het reeds in punt 81 aangehaalde citaat uit deze uitspraak. (r.o. 4.12 van ECLI:RBMNE:2015:1752).

106. Mocht in deze zaak door de wederpartij(en) betoogd worden dat een andere lezing van artikel 22 aangewezen is, dan nog geldt dat, om hoegenaamd een vergelijking

²⁸ Rechtbank Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393, r.o. 5.24

te *kunnen* maken om te bepalen welke beloning voor de uitzendkrachten geldt, gekeken moet worden naar het loon dat door de pakketsorteerders in vaste dienst bij PostNL in Zwolle en Halfweg (derhalve: volgens de PostNL cao, zie het Transcore arrest) wordt ontvangen. Tegen iedere andere benadering verzet zich de "*bescherming en rust op de arbeidsmarkt*" die door artikel 22 NBBU cao gewaarborgd is, mede door de expliciete incorporatie van (artikel 8 van) de Waadi in artikel 22.

107. Volstrekt niet aannemelijk is dat partijen deze rust en adequate bescherming, die hun oorsprong vinden in mensenrechtenverdragen en nader uitgewerkt zijn in de uitzendrichtlijn en de Waadi met dit artikel 22 wilden loslaten, waardoor genoemde bescherming geheel teniet wordt gedaan en zij noodgedwongen terugvallen op de bescherming die iedereen heeft: het minimumloon.

108. De enige (logische) mogelijkheid is om te kijken naar het loon dat werknemers in een gelijke/gelijkwaardige functie verdienen bij PostNL. Een dergelijke benadering van deze problematiek is in lijn met eerder gewezen rechtspraak over de Waadi.

109. Met andere woorden: toepassing van de loonverhoudingsnorm uit de WAADI, althans uit artikel 22 lid 1 NBBU cao kan door In Person, bij de bepaling van het loon van haar werknemers, niet worden aangewend door slechts te kijken naar werknemers, werkend (niet eens in dienst), in een vennootschap, die zij daar allemaal zelf heeft neergezet. Dan heeft de loonverhoudingsnorm geen werking meer.

PostNL cao

110. Zoals eerder aangegeven biedt ook de PostNL cao als inleencao de hiervoor uitgewerkte bescherming aan uitzendkrachten. Artikel 93 van de PostNL cao bepaalt als volgt. (Zie productie 3 bij deze dagvaarding).

"In afwijking van de toepasselijke cao voor Uitzendkrachten zal de uitzendkracht die werkzaam is bij de werkgever een salaris en toe(s)lagen ontvangen volgens deze cao."

111. Deze expliciete bepaling in de inleencao maakt een einde aan iedere (mogelijke) discussie. De uitzendkrachten die werkzaam zijn bij PostNL moeten vanaf dag 1 -kort gezegd- de PostNL beloning krijgen. Vaststaat dat in casu sprake is van uitzendkrachten in dienst van In Person Bemiddeling en In Person International. Vaststaat dat die uitzendkrachten gewerkt hebben bij PostNL. Vaststaat dat de PostNL cao bepaalt dat die cao dan moet worden toegepast. Vaststaat dat dat niet is gebeurd. Vaststaat dat een zorgvuldig handelend uitzendbureau bekend mag worden verondersteld met deze

bepaling in een cao van een (grote) opdrachtgever zodat zij niet te goeder trouw hieraan voorbijgaan kan. Vaststaat dat daarmee een aanspraak ontstaat van werknemers uit hoofde van de NBBU cao die voorschrijft hoe op juiste wijze de (inleners)beloning dient te worden vastgesteld.

112. De PostNL cao heeft zelf geen voorbehoud gemaakt voor situaties dat uitzendkrachten werkzaam zijn bij Post NL die tewerk zijn gesteld door tussenkomst van een (papieren) contractor en/of zijn doorgeleend door tussenkomst van een (papieren) uitzender (In Person Outsourcing). Artikel 8 Waadi bepaalt dat in het geval geen in- of uitleencao's worden gehanteerd de hoofdregel van lid 1 geldt. Is er slechts 1 van beide (in- of uitleencao) dan geldt die. Is er -zoals in casu- zowel een inleen als uitleen (NBBU/ABU) cao dan prevaleert de inlenende (Post NL) cao indien die een expliciete bepaling kent voor uitzendkrachten. Expliciet dan artikel 93 kan een dergelijke bepaling in een inleencao niet zijn. Niet alleen wordt geëxpliciteerd dat vanaf dag 1 de PostNL cao geldt voor uitzendkrachten. Ten overvloede wordt geëxpliciteerd dat dit ook in afwijking geschiedt van een mogelijke "cao voor uitzendkrachten", waarbij zowel de ABU als de NBBU cao wordt bedoeld.

113. Ten overvloede wordt ook in de considerans van de PostNL cao vermeld:

"het de bedoeling is van partijen om gedurende de looptijd van de cao de arbeidsrust te verzekeren en alle uit deze overeenkomst voortvloeiende of daarmee samenhangende verplichtingen te goeder trouw zullen naleven c.q. de naleving daarvan met alle ten dienste staande middelen te zullen bevorderen."

In deze overweging leest men een ondubbelzinnige vergewisplicht van PostNL en bovendien een ondubbelzinnige waarborg ter bescherming van de arbeidsrust betreffende de gelijke beloning van arbeidskrachten.

114. Geconcludeerd kan worden dat, waar we ook kijken, of dat nu in de mensenrechtenverdragen, de Waadi, NBBU cao, de ABU cao of de PostNL cao is: werknemers en uitzendkrachten, die hetzelfde werk doen, dienen gelijkwaardig te worden behandeld en gelijk(elijk) te worden betaald.

115. FNV hecht eraan te benadrukken wat het zou betekenen indien in rechte iets anders dan het bovenstaande zou worden aangenomen. De conclusie is dan immers dat het rechtsbeginsel "gelijk loon voor gelijk werk", voor uitzendkrachten in een Europese Richtlijn, wet en cao's verankerd, zou kunnen worden ontmanteld/volkomen ongedaan

kan worden gemaakt door het hanteren van een tussenBV. Als In Person dat mag, dan mogen en -concurrentie technisch moeten- ook alle overige (17.000) uitzendbureaus dat doen. Dat zou betekenen dat 700.000 uitzendkrachten in plaats van de inlenersbeloning alsdan allen het WML gaan verdienen. Daarmee zou Nederland feitelijk in strijd handelen met de uitzendrichtlijn en de uitwerking daarvan in de Waadi, de uitzendcao's (ABU en NBBU) alsmede in casu ook de inleen PostNLcao. Het moge ook duidelijk zijn dat geen zichzelf respecterende vakbond dan nog bereid is een uitzend- of inleencao af te sluiten die dit soort misbruik toelaat.

Zusters worden 1: vereenzelviging

116. Een tweede -om 2 redenen complexere- manier om tot hetzelfde resultaat te komen (De PostNL cao als inlenersbeloning) is het (2x) vereenzelvigen van In Person Outsourcing met de 2 uitzendbv's die de uitzendkrachten leveren. De wijze waarop ISZW deze zaak benadert komt praktisch op hetzelfde neer: zij "denkt de tussenBV weg".
117. Vereenzelviging is volgens Maeijer (Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 621) het bij toepassing van een rechtsregel (lees in casu de juiste vaststelling van de inlenersbeloning) voorbijgaan aan het identiteitsverschil tussen een bij het geval betrokken rechtspersoon en een of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts)personen. De Hoge Raad definieert vereenzelviging in het bekende Rainbow-arrest (NJ 2000,698) als "*het volledig wegdenken van het identiteitsverschil dat tussen rechtspersonen bestaat*". In de conclusie bij dat arrest geeft de AG Mok aan dat het voorbijgaan aan het identiteitsverschil niet volledig hoeft te zijn, aangezien het soms volstaat het identiteitsverschil slechts gedeeltelijk weg te denken. In casu moet alleen voor de juiste vaststelling van de inlenersbeloning aan de rol van In Person Outsourcing als -lege- papieren contractspartner die doorleent worden voorbijgegaan, niet meer en niet minder.
118. In het arrest Krijger-Citco (NJ 1996, 213) werd door de Hoge Raad vereenzelviging aangenomen wegens de bijzondere omstandigheden die er vooral in gelegen waren dat het werken met de (2^e) entiteit geen enkel ander motief had dan de rechtsplicht (lees: het hanteren van de inlenersbeloning) voorkomen. Voorts geeft de Hoge Raad meer in het algemeen aan dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt "*en dat zodanig misbruik niet in rechte hoeft te worden gehonoreerd*", een overweging die letterlijk terugkomt in het latere Rainbowarrest.

119. De Hoge Raad beschouwt de weg van vereenzelviging als ultimum remedium en beperkt vereenzelviging nadrukkelijk tot evidente misbruiksituaties: geknutsel met rechtspersonen om bepaalde rechtsgevolgen (in casu: gelijk loon voor gelijk werk) te vermijden. Volgend Bartman e.a. mag men aannemen dat een beroep op vereenzelviging eerder zal worden gehonoreerd bij de omzeiling van dwingende rechtsplichten (zoals in casu: het betalen van de correcte inlenersbeloning op basis van EU Richtlijn, Waadi etc) dan voor het vestigen van aansprakelijkheid. Zie zowel S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn (Van het concern, Deventer: Kluwer 2016, VIII.3.1) als L. Timmerman (in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002, deel 68, 2002, p.15-28). Zie ook Pres. Rb. Amsterdam, KG 1995, 109.
120. Of vereenzelviging wordt gehonoreerd is sterk afhankelijk van de feiten. De Hoge Raad heeft zich vooralsnog niet gewaagd aan algemene regels voor een geslaagd beroep op vereenzelviging. Een belangrijke voorwaarde voor een geslaagd beroep op vereenzelviging is in ieder geval de omstandigheid dat door één moeder/aandeelhouder/bestuurder beslissende zeggenschap wordt uitgeoefend over de te vereenzelvigen rechtssubjecten. Vast staat dat In Person Personeelsgroep B.V. zowel enig aandeelhouder als bestuurder van In Person Bemiddelingsbureau B.V., In Person International B.V. en In person Outsourcing B.V. is en dat zij daarmee beslissende zeggenschap over alle drie In Person entiteiten heeft.
121. Een ander medebepalend element is vermogensvermenging (Rb. Amsterdam KG 1994, 79). Door ISZW is hierover geconstateerd: *"De door In Person Bemiddelingsbureau BV aan In Person Outsourcing B.V. gefactureerde bedragen worden via rekening courant boekingen afgeboekt. Er vindt geen daadwerkelijke bankbetaling plaats. Uit onderzoek is gebleken dat In Person Outsourcing B.V. alleen een rechtspersoon op papier is."* (pagina 21 3^e en 4^e alinea, rapport over In Person Arbeidsbemiddeling, identieke passage in rapport over International).
122. Herhaald zij dat In Person Outsourcing tot de eerste dag van het onderzoek van ISZW volgens haar eigen inschrijving in de Kamer van Koophandel ook "gewoon" een niet actief uitzendbureau zonder personeel was. Zij transformeerde na die dag -nee, zelfs met terugwerkende kracht reeds daarvoor- in een specialist in het verwerken van pakketten die deze core business van Post NL voor haar klant volledig uit handen nam. Genoemde transformatie is in gang gezet nadat de – voorgenomen – inspectie bij In Person kenbaar was geworden. Het volgende citaat uit het rapport (pagina 8 van het rapport) is illustratief: *"Uit telefonische navraag bij het handelsregister van de Kamer van*

Koophandel bleek mij, rapporteur, dat met een wijzigingsformulier, ondertekend op 25 september 2016 de activiteiten van In Person Outsourcing B.V. is gewijzigd in: SBI-code 8292 – Pakken sorteren e.d. in loon. In Person Outsourcing B.V. is een vennootschap die geen mensen in dienst heeft. In Person Outsourcing heeft dezelfde aandeelhouder en bestuurder als In Person Bemiddelingsbureau en In Person International. Met andere woorden: voor alle drie vennootschappen geldt dat één iemand aan het roer is.

123. In het kader van vereenzelviging is verder relevant dat alle betrokken vennootschappen zich naar buiten toe presenteren als (uitzendbureau) In Person. De heer L., teamleider van In Person heeft verklaard (bijlage 14 bij het rapport) dat hij geen idee heeft van de door In Person/PostNL gesuggereerde scheidslijn tussen In Person International/Bemiddeling enerzijds en In Person Outsourcing anderzijds:

"Ik ben in loondienst van In Person. Ik denk in Person Outsourcing. Ik weet het niet zeker [...]."

124. In Person stelt dat In Person Bemiddelingsbureau/In Person International en In person Outsourcing een samenwerkingsovereenkomst hebben gesloten inzake terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten (bijlage 13 bij het rapport). Daartoe heeft In Person een niet finale en ongetekende overeenkomst overgelegd. Op de plaatsen waar de vertegenwoordigers van de contract sluitende partijen genoemd hadden moeten worden, zijn de ruimten opengelaten (met ** of ...).

125. Als de vertegenwoordigingsbevoegde (rechts)personen op die aangewezen plaatsen in het contract wél zouden zijn ingevuld, had namens alle drie de vennootschappen de heer J. Kok (of zijn vader de heer L. Kok) kunnen tekenen, of In Person Personeelsgroep B.V. (bestuurder en enig aandeelhouder). Namens In Person Personeelsgroep B.V. hadden dan ook weer de heer J. Kok of zijn vader L. Kok als volledig gevolmachtigde kunnen tekenen. De enig aandeelhouder van In Person Personeelsgroep is Euroman B.V. wiens enig aandeelhouder en bestuurder de heer L. Kok is. Kortom, van (enige) onafhankelijkheid is geen sprake. Alle beslissingsbevoegdheid ligt bij de familie Kok. De relevante uittreksels aangaande het bovenstaande worden overgelegd als **productie 25**.

126. In de samenwerkingsovereenkomst tussen de In Person entiteiten is in artikel 5.3 het volgende opgenomen.

“Opdrachtgever (zijnde In Person Outsourcing, MV) is aan In Person verschuldigd de door In Person aan de flexibele arbeidskrachten betaalde vergoedingen, die eveneens onderdeel uitmaken van het zogenoemde loonverhoudingsvoorschrift. De vergoedingen worden uitbetaald door In Person en zonder opslag doorberekend aan de opdrachtgever.”

Dit betekent dat In Person Outsourcing geen zelfstandig (winst)doel heeft, althans hier niet naar handelt.

127. In Person Outsourcing kent geen individuele jaarrekening. Zij is onderdeel van de In Person groep. In Person Outsourcing verdient geen geld en loopt zelf geen risico, aangezien In Person Personeelsgroep via een instemmingsverklaring /aansprakelijkheidsverklaring garant staat voor In Person Outsourcing. Verwezen wordt naar pagina 21 van het rapport.

128. De door In Person Personeelsgroep afgegeven 403-verklaring bewerkstelligt dat In Person Outsourcing in feite geen risico loopt. Het is In Person als geheel, in de hoedanigheid van uitzendbureau die dit risico loopt. Het is daardoor ook In Person als geheel, waarmee PostNL zaken doet.

129. Voormelde toepassing van het leerstuk van de vereenzelviging noopt tot duiding van de bevindingen door ISZW zoals in haar rapporten vastgelegd. Een extra stap, maar ook via het nemen van deze extra stap kan geconcludeerd worden dat de uitzendkrachten betaald moeten worden volgens de PostNL cao.

130. Naast de complexiteit van het leerstuk van de vereenzelviging an sich is het bij deze tweede wijze om hetzelfde resultaat te bereiken ook nog nodig om kennis te nemen van alle concrete – overigens voor zich sprekende – bevindingen ten aanzien van leiding en toezicht, zoals door ISZW in de rapporten neergelegd. Dit rapport is ook van belang indien men de stelling zou willen verdedigen dat bij doorlening de inlenersbeloning niet wordt vastgesteld door te kijken naar de plaats waar de werkzaamheden daadwerkelijk plaatsvinden. Zie het hierna besproken, nog niet gevoerde, verweer.

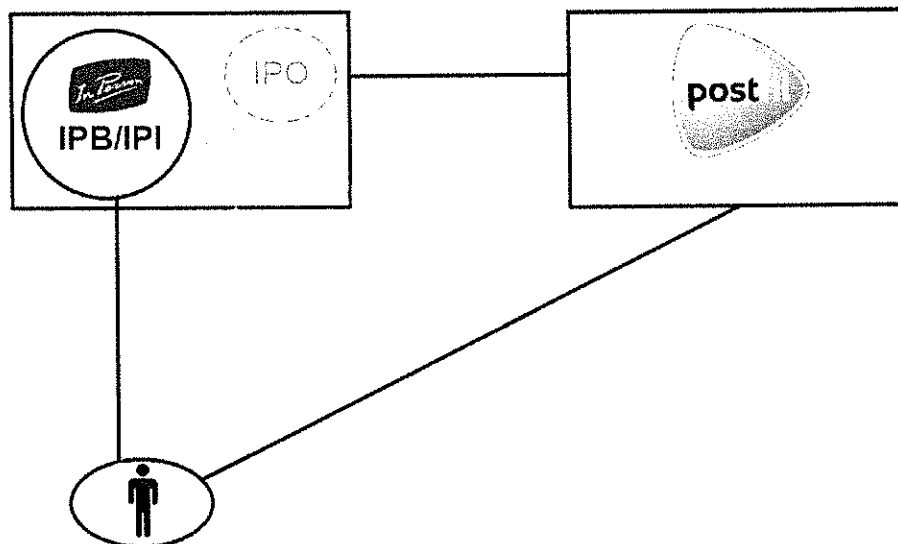
De werkzaamheden bij PostNL

131. Alleen in het geval de rechter een ((nog) niet gevoerd) verweer zou volgen dat de inlenersbeloning niet op de wijze zou kunnen worden vastgesteld zoals in het voorgaande geschetst is het noodzakelijk vast te stellen dat in feite sprake is van uitzenden. Uit het gedegen rapport van ISZW blijkt alles bij elkaar genomen onmiskenbaar dat sprake is

van uitzenden. Anders gezegd: we komen in deze zaak pas toe aan het rapport van ISZW indien de inlenersbeloning niet zou kunnen worden vastgesteld overeenkomstig het bepaalde in de NBBU cao die verwijst naar de Waadi.

132. Alle activiteiten van In Person (arbeidsbemiddeling/International en outsourcing, indien deze laatste al wordt erkend als autonome partij) richting PostNL kwalificeren als uitzending. Het rapport van ISZW concludeert ondubbelzinnig dat (ook) in de verhouding naar PostNL sprake is van uitzending. De wet en de uitzendcao's bepalen alsdan de PostNL cao als de inlenersbeloning.

133. In Person bepleit dat dit alles anders zou zijn/worden door het gebruik van de tussenBV (in de afbeelding IPO, onderdeel van haar eigen groep) met geen enkele werknemer in dienst, die de formele contractspartij is van PostNL waarbij in dat contract wordt gesteld dat het alles behalve uitzending zou zijn. De constructie laat zich als volgt visualiseren.



134. In Person stelt daarbij dat de terbeschikkingstelling van In Person Outsourcing aan PostNL gezien kan worden als aanneming van werk (contracting, 1) en dat zij daarom niet verplicht is de inlenersbeloning te betalen (2). In plaats daarvan betaalt zij de werknemers het minimumloon.

135. In Person stelt in haar verklaring bij het rapport van ISZW:

"Buiten kijf staat dat In Person Bemiddeling en In Person International uitzendondernemingen zijn". (zie verklaring In Person, bijlage 38 bij het rapport)

Zij erkent dat sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, maar dat heeft te gelden dat:

"In Person Bemiddelingsbureau en In Person International in voorkomende gevallen uitzendkrachten ter beschikking hebben gesteld aan In Person Outsourcing B.V." en dat "van een terbeschikkingstelling aan PostNL Pakketten Benelux door In Person Bemiddelingsbureau en In Person International in de regel (onderstreping door mij, MV) geen sprake is geweest".

Van een werkelijke functie van In Person Outsourcing, anders dan het creëren van een extra schakel in de keten, is zoals hiervoor reeds omstandig toegelicht, niet gebleken. De onderstreepte passage "in de regel" suggereert dat deze uitzendbureaus ook direct voor PostNL werk(t)en. Hetzelfde werk, maar dan opeens (wel) uitzending.

136. In de samenwerkingsovereenkomst inzake terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten tussen In Person Bemiddelingsbureau B.V./In Person International B.V. en In Person Outsourcing B.V. (bijlage 13 bij het rapport), artikel 5.3, is opgenomen:

"De vergoedingen worden uitbetaald door In Person en zonder opslag doorberekend aan opdrachtgever."

Het enige wat In Person Outsourcing (wel) "doet" is als contractspartner optreden voor PostNL. De inhoud van dat contract wordt 100% uitgevoerd door haar zusters Arbeidsbemiddeling en International. 100%, niet 99%. Die inhoud bestaat blijkens het rapport van ISZW uit het ter beschikking stellen van uitzendkrachten. Die inhoud bestaat volgens gedaagden uit het aannemen van een werk. Welke van de 2 het ook moge zijn: deze inhoud wordt feitelijk geleverd door de zusters, niet Outsourcing zelf, die om die reden door ISZW wordt weggedacht.

De 'papieren werkelijkheid', ofwel de contracten tussen In Person en PostNL

137. In Person en PostNL hebben verschillende contracten gesloten om hun samenwerking te formaliseren. Ondanks dat In Person en PostNL deze contracten zoveel mogelijk hebben vormgegeven om de werkzaamheden – op papier – niet als uitzending te kunnen kwalificeren, blijft – zoals in het juridisch kader uiteengezet – de (uiteindelijke)

kwalificatie afhankelijk van de feitelijke situatie. Dit betreft standaard jurisprudentie, zie hiervoor.

138. Desondanks blijkt zelfs uit de samenwerkingsovereenkomst Depot Waddinxveen tussen In Person en PostNL (hierna: samenwerkingsovereenkomst, bijlage 31 bij de rapporten) en de Service Level Agreement(s) "avond proces Depot Waddinxveen" (SLA, bijlage 32 bij de rapporten) op een aantal plaatsen dat leiding en toezicht (volledig) bij PostNL liggen. Los van de vraag of het überhaupt mogelijk is de leiding en het toezicht van dergelijke processen die tot de kernactiviteiten van deze onderneming behoren over te dragen, blijkt alleen al uit de contracten onmiskenbaar dat PostNL voortdurend leiding en toezicht behoudt over (alle) door In Person aangeleverde uitzendkrachten.

SLA: PostNL bepaalt uiteindelijke planning

139. In artikel 2. "planning" van de SLA is tussen In Person en PostNL overeengekomen dat PostNL een (concept) weekplanning aan In Person verschaft. In Person maakt op basis daarvan een "*concept inzetplanning*". Uit artikel 2 sub d blijkt dat de (uiteindelijke) dagplanning weer door PostNL aan In Person bekend wordt gemaakt. Dit wordt nog eens bevestigd door de heer L (teamleider bij In Person), die verklaard heeft dat zijn taken en verantwoordelijkheden bestaan uit:

"[...] contacten met de procesmanager (van PostNL, toevoeging MV) wanneer er op of afgeschaald moet worden." (zie pagina 15 van het rapport)

Verder heeft hij verklaard dat:

"[de teamleiders] iedere dag een kickoff [hebben] met de procesmanager van PostNL, [waarin] vaste punten worden besproken, zoals de stapelkwaliteit, overname van andere depots, of er extra wagens komen, contact met de controlroom van PostNL." [onderstrepingen MV] en "Daarnaast is de kickoff met de eigen medewerkers daarin wordt besproken wat de procesmanager met de teamleider heeft besproken."

Ook heeft hij verklaard:

"Onze man op kantoor krijgt van PostNL per dag [onderstreping MV] de prognose van de verwachte aantallen pakketten per proces [...]"

(verwezen zij naar pagina 16 van het rapport)

Kortom: er is geen sprake van autonomie van In Person omtrent de planning. De teamleider geeft door wat met de procesmanager van PostNL is besproken. De planning begint en eindigt bij PostNL.

SLA/samenwerkingsovereenkomst: PostNL-regels zijn geldende regels

140. Voor de uitvoering van de werkzaamheden geldt een door PostNL opgestelde LEAN werkmethode. Deze LEAN werkmethode is door PostNL in een aantal slides gevat. Deze slides worden als **productie 26** overgelegd. .

141. Over deze LEAN werkmethode heeft de heer M. het volgende verklaard (zie bijlage 15 bij het rapport).

"Wij werken op basis van de Lean werkmethode deze is opgesteld door PostNL" en de heer L. heeft hierover het volgende verklaard (zie bijlage 14 bij het rapport)

"De lean Werkmethode is voor mij een leidraad. [...] Als wij ons daar niet aan houden worden wij daarover aangesproken door de procesmanager van PostNL."

142. Dat en hoe deze werkmethode daadwerkelijk van invloed is, zal verderop nog uitgebreider aan bod komen.

143. In de samenwerkingsovereenkomst is in artikel 3 opgenomen dat In Person zich aan:

"bij PostNL Pakketten geldende huis- en veiligheidsregels en werkinstructies"

dient te houden. PostNL heeft eigen huis- en gedragsregels, waaraan de uitzendkrachten zich moeten houden. Deze huisregels worden overgelegd als **productie 27**.

144. In artikel 3 sub c van de SLA is door In Person en PostNL het volgende overeengekomen:

"c. Bij diefstal en verduistering, oplichting, pesten, agressie, vernieling, discriminatie, ongewenste intimiteiten en drank- en drugsmisbruik en andere verwijtbare gedragingen door een medewerkers van IPP zal de tewerkstelling per direct worden beëindigd en is een eventuele arbeidsrelatie met PostNL of opdrachtverlening voor PostNL in de toekomst uitgesloten." (Onderstrepingen MV).

SLA/samenwerkingsovereenkomst: PostNL houdt alles onder controle

145. Uit de SLA blijkt voorts dat In Person onder toezicht staat. Artikel 6 onder c bepaalt dat periodiek bepaalde (Key) Performance Indicators ((K)PI's) worden besproken, waaronder "opvoerkwaliteit, stapelkwaliteit, juist gebruik batchkaarten en juiste belading auto's"

146. Datzelfde artikel bepaalt voorts:

"In Person ontvangt op dagbasis (onderstreping MV) de volgende rapporten:

- o *PIAS meldingen*
- o *OPS mail*
- o *Sorteerkwaliteit*
- o *Tijdigheid Transport*
- o *Procesinformatie Aangetekenden"*

147. Van de hierboven genoemde KPI's en PI's is tevens een uitwerking in een bijlage van de SLA's opgenomen.

148. In artikel 9 sub c van de SLA is opgenomen:

"c. In Person zal iedere maandag de exacte uren van de operatie en overhead doorgeven. Dit is van belang voor de weekly van PostNL Pakketten ter bepaling van de werkelijke efficiencyfactor en van belang voor de landelijke benchmark"

In sub e is het volgende opgenomen.

"e. [...] De gegevens vanuit het tijdregistratiesysteem zijn te allen tijde inzichtelijk voor PostNL Pakketten [...]. (onderstrepingen MV).

Kennelijk hecht PostNL zoveel waarde aan de urenregistratie van de uitzendkrachten, dat zij dit recht contractueel heeft vastgelegd. Dit staat op zeer gespannen voet met de stelling van PostNL en In Person dat prijsafspraken per pakket zijn gemaakt (zie onder meer het verweer van In Person bij het rapport, pagina 13 van 51 van bijlage 38).

149. Volgens artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst is In Person verplicht periodiek een managementrapportage aan te leveren op grond van de KPI's.

150. Volgens artikel 10 van de samenwerkingsovereenkomst kan PostNL op ieder gewenst moment audits uitvoeren op het proces en de onderbouwing van rapportages en administratie. Hiertoe moet In Person aan PostNL volledige toegang tot de administratie en functionarissen verschaffen.

151. Uit het voorgaande volgt dat In Person volledig onder toezicht staat en dat PostNL niets van de processen werkelijk aan In Person overlaat. PostNL controleert de processen evengoed en met eenzelfde striktheid als zij altijd gewend is geweest, ook al is In Person ingeschakeld. Dat is - het zij herhaald - ook logisch nu het de kernactiviteit van Post NL betreft.

152. De samenwerkingsovereenkomst bepaalt in artikel 2 sub e expliciet als volgt.

"e. PostNL Pakketten heeft te allen tijde de eindverantwoordelijkheid voor de veiligheid van het pand en de bedrijfsmiddelen (waaronder de sorteermachine). (onderstrepingen MV).

Voorts bepaalt de SLA in artikel 12:

"PostNL stelt ter beschikking alsmede verleent toegang [tot het] Management Informatiesysteem Sortering (alleen pakjes, geen uren), weekly." (sub d)

"PostNL Pakketten zal gebruiksartikelen zoals handschoenen, mesjes, tie-rips ter beschikking stellen en zal steeds eens per halfjaar een basisvoorraad verzorgen [...]" (sub f)

"PostNL Pakketten verschaft overige bedrijfsmiddelen (in bruikleen) zoals rolcontainers, labels, barcoderollen etc, die noodzakelijk zijn voor het sorteren van pakketten." (sub g)

"Zogenaamde beheertelefoons en simkaarten alsmede portofoons worden [door PostNL] in bruikleen gegeven."

"PostNL Pakketten stelt koffieruimte en eventueel gratis koffie t.b.v. pauzemomenten beschikbaar." (sub k)

153. Alle relevante en essentiële bedrijfsmiddelen, inclusief het meest elementaire bedrijfsmiddel, de sorteermachine, zijn en blijven eigendom van PostNL. Alle overige voorraad en bedrijfsmiddelen worden door PostNL ter beschikking gesteld. Ook het management Informatiesysteem Sortering (i.e. de software) is eigendom van PostNL. Dit is contractueel vastgelegd.

154. Eveneens is contractueel overeengekomen dat de volledige verantwoordelijkheid voor alle bedrijfsmiddelen bij PostNL blijft rusten.

155. In artikel 7 van de SLA wordt voor iedere uitzendkracht verplicht gesteld een kennistoets met goed resultaat af te ronden. Artikel 7 sub b bepaalt dat de opleidingsmodules door PostNL Pakketten ter beschikking worden gesteld. De kennistoets moet jaarlijks herhaald worden, zo bepaalt artikel 7 van de SLA voorts.

156. In artikel 2 sub a onder i van de samenwerkingsovereenkomst is bepaald dat iedere uitzendkracht:

"beschikt over een aanvraag Verklaring Omtrent Gedrag (VOG), ingevuld conform de aanwijzingen van PostNL Pakketten hieromtrent [...]" (onderstrepingen MV).

Tevens is in de samenwerkingsovereenkomst in artikel 2 opgenomen:

"iv. elke medewerker van In Person dient voor aanvang van de werkzaamheden gecontroleerd te worden op een registratie in de negatieve ontbindingsregistratie van PostNL (NOR)."

Door deze vereisten overeen te komen behoudt PostNL volledige controle over de kwaliteit van de in te zetten uitzendkrachten. Net zoals PostNL bij haar eigenwerknemers zou doen. Zij besteedt hiervan geen enkele verantwoordelijkheid uit aan In Person.

157. In artikel 8 van de SLA is tussen In Person en PostNL een stuk tarief overeengekomen. Dat stuk tarief is gebaseerd op de "Gewogen Efficiency Exploitatie". Deze Gewogen Efficiency Exploitatie wordt bepaald aan de hand van de gewogen productie gedeeld door het aantal ingezette operatie-uren. Effectief wordt hiermee een uurtarief gehanteerd.

158. In artikel 6 (tarieven) van de samenwerkingsovereenkomst is het volgende overeengekomen:

"De stuksprijs is gebaseerd op (gewogen) productienormen en het geoffreerde en geaccordeerde uurtarief voor productiemedewerkers en overige functies."

Dit betekent dat de stuksprijs afhankelijk is van uurtarieven. Dat die uurtarieven ook nog eens contractueel (kunstmatig) laag worden gehouden, is af te leiden uit artikel 6 onder d) van de samenwerkingsovereenkomst (bijlage 31 bij het rapport):

"d) De aanpassingen van de kosten en salarissen van werknemers van IPO ten behoeve van het stuktarief (onderstreping door mij, MV) zullen nimmer een sterkere groei laten zien dan de vergelijkbare gemiddelde productiesalarissen binnen de branche zoals de CAO die bij PostNL Pakketten van toepassing is en de ABU CAO."

159. In de samenwerkingsovereenkomst is voorts in artikel 5 overeengekomen dat bij het stilliggen van het proces, niet door toedoen van PostNL, *"op basis van het afgesproken uurtarief en feitelijk aantal ingezette medewerkers"* wordt verrekend. (onderstreping MV).

160. In artikel 8 van de SLA is overeengekomen dat PostNL de wegingsfactor, die de uiteindelijke (uur)tarieven mede bepaalt, landelijk vaststelt. Anders dan dat In Person als dienstverlener bepaalt wat (in haar ogen) redelijke tarieven zijn voor de dienstverlening waarin zij zich beweerdelijk zou hebben gespecialiseerd als (onder)aannemer, is het PostNL die tot in de puntjes bepaalt welke tarieven te gelden hebben tussen de partijen. Een belangrijke factor in het bepalen van de prijs zijn steeds de uurtarieven van medewerkers.

Tussenconclusie naar aanleiding van de contracten

161. Uit het voorgaande blijkt dat het PostNL aan alles gelegen is de leiding en het toezicht te (blijven) houden. PostNL heeft beschikking over alle relevante en specialistische kennis en kunde die benodigd is voor het succesvol verwerken van postpakketten. Ook de eigendom van alle bedrijfsmiddelen ligt onomstotelijk bij PostNL. Deze beide feiten (leiding & toezicht, eigendom) staan ook geheel los van elkaar reeds het aannemen van contracting in de weg. Er is niets "aangenomen", er zijn handjes geleverd voor een door PostNL tot op de punt en de komma uitgewerkt proces. FNV

wenst hier (nogmaals) te benadrukken dat de het sorteren van de pakketten nu juist de "core business" van PostNL vormt. Omdat dit core business van PostNL is en die business in sterke mate afhankelijk is van de in tientallen jaren opgebouwde specialistische kennis alsook de ontwikkelde apparatuur, kan afgevraagd worden of het hoegenaamd mogelijk is de leiding en het toezicht werkelijk over te dragen aan een andere (uitzend)partij.

162. Deze vraag is in deze zaak echter overbodig, aangezien PostNL dit zelf ook wel kon bedenken en zij logischerwijs 'eigenaar' is en wil blijven van het proces, inclusief kennis, kunde en bedrijfsmiddelen. Dat is immers het bestaansrecht van haar onderneming. In overeenstemming daarmee is zij dit ook – tot in detail – zo met In Person overeengekomen. Dit blijkt onomstotelijk uit de zeer gedetailleerde en (voor In Person) stringente SLA's en samenwerkingsovereenkomsten.

163. Dat In Person "leidinggevend" ter beschikking stelt, maakt het voorgaande niet anders. Voor zover al zou gelden dat deze leidinggevend de leiding over mensen hebben, geldt dat zij dit feitelijk niet anders doen dan als 'doorgeefluik' van (procesmanagers van) PostNL, zie de lijn in de standaard jurisprudentie.

164. In het onderstaande zal nader ingegaan worden op de feitelijke omstandigheden op de werkvloer, zoals extensief onderzocht door de ISZW.

Feitelijke situatie op de werkvloer - onderzoeksrapport

165. Om het leiding en toezicht criterium in deze zaak (nog) verder in te vullen moet (ook) worden gekeken naar de feitelijke situatie. Daaruit blijkt eveneens onomstotelijk dat sprake is van daadwerkelijke uitoefening van leiding en toezicht door PostNL.

166. Tijdens het onderzoek zijn verschillende getuigen gehoord: de heer L, teamleider bij In Person (verklaring in bijlage 14 bij de rapporten) en de heer M, procesmanager bij PostNL (verklaring in bijlage 15 bij de rapporten).

167. De heer M, procesmanager van PostNL, heeft het volgende verklaard over de dagelijkse gang van zaken.

"s Ochtends geven wij de aantallen door aan In person van hoeveel en wat er gesorteerd moet worden. In Person past daarop de inzet van mensen aan."

"Ik controleer de kwaliteit van de werkzaamheden, zoals de stapelkwaliteit en wanneer dit niet goed gaat dan neem ik contact op met de teamleider van In person die dit dan communiceert naar de medewerkers."

Dat ook de teamleiders van In Person dit leiding en toezicht geheel erkennen blijkt uit de volgende verklaringen van de heer L.

"Iedere dag hebben teamleiders een kickoff met de procesmanager van PostNL, daarin worden vaste punten besproken, zoals de stapelkwaliteit, overname van andere depots, of er extra wagens komen, contact met de controlroom van PostNL. Daarnaast is de kickoff met de eigen medewerkers daarin wordt besproken wat de procesmanager met de teamleider heeft besproken[...]"

"Gedurende het proces hebben de teamleiders voortdurend contact met de procesmanager en de procesmanager stuurt het proces bij mede in overleg met de controlroom."

Het bovenstaande geeft aan dat niet alleen kan worden ingegrepen indien noodzakelijk, maar ook dat dagelijks sprake is van feitelijke uitoefening van leiding en toezicht door de procesmanager van PostNL en de controlroom van PostNL.

De LEAN werkmethode

168. Op deze processen is, naast de volgens de contracten geldende bedrijfs- en veiligheidsregels van PostNL de eerder aangehaalde "Lean werkmethode" van kracht. Dit is een door PostNL opgestelde werkmethode ter bevordering van de efficiency, waaraan het personeel zich dient te houden. Hierover heeft de heer L het volgende verklaard.

"De 'Lean werkmethode' is voor mij een leidraad. Het geeft aan volgens welke methode het werk moet worden uitgevoerd, het geeft aan hoe het werk gedaan moet worden. [...] Deze Lean werkmethode is voorgeschreven door PostNL en als wij ons daar niet aan houden worden wij daarover aangesproken door de procesmanager van PostNL." (Zie bijlage 14 bij het rapport)

Deze verklaring geeft helder aan dat – ook op basis van de door PostNL opgestelde regels – feitelijk leiding wordt gegeven door (de procesmanager van) PostNL.

169. Dat door PostNL tot in de puntjes is uitgewerkt hoe de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd, blijkt uit het LEAN programma, reeds als **productie 26** overgelegd.

170. De procesmanager van PostNL, de heer M, heeft hierover het volgende verklaard.

"Wij werken op basis van de Lean werkmethode deze is opgesteld door PostNL. Indien medewerkers van In person zich niet aan de Lean werkmethoden houden dan wordt de teamleider van In person daarover aangesproken door de procesmanager." (Zie bijlage 15 bij het rapport).

Bijsturen, aansturen en ingrijpen door PostNL

171. Als zich problemen aandienen – of zelfs dreigen aan te dienen – tijdens het werk, bijvoorbeeld als pakketten niet (direct) verwerkt kunnen worden dan grijpt PostNL in. Dit geldt niet alleen voor ernstige problemen, maar reeds voor de meest simpele. De heer L. heeft verklaard:

"dan gaan wij als teamleiders in overleg met de procesmanager van PostNL. De procesmanager neemt contact op met de controlroom, die gaan dan kijken of er plek is op andere depots en de controlroom bepaalt dan dat er pakketten naar een ander depot gaan. De controlroom beslist dit"

Verder heeft de heer L verklaard.

"Wij zijn voor onze werkzaamheden afhankelijk van de hoeveelheden in de verschillende processen die PostNL aanvoert." (onderstrepingen MV).

172. De heer M heeft verklaard dat hij, samen met de controlroom het proces bijstuurt als er iets misgaat, of dreigt mis te gaan.

"De controlroom bewaakt alle processen van alle depots in Nederland. De Controlroom stuurt bij als er iets dreigt mis te gaan. Bijvoorbeeld als een depot dreigt het niet te gaan halen kan de controlroom voorstellen aan de procesmanager pakketten over te hevelen naar een ander depot. De procesmanager gaat dan in overleg met In Person [...]"

Dit betekent dat, als er iets dreigt mis te gaan, eerst de controlroom daar iets van zegt, vervolgens de procesmanager van PostNL en tot slot komt In Person door overleg nog aan bod. Als in en dergelijk geval overleg of discussie plaatsvindt tussen de procesmanager en de teamleider van In person over het overhevelen van pakketten, dan kan het zijn dat:

"de procesmanager op basis van zijn ervaring In Person overruled en besluit toch pakketten over te hevelen."

Met andere woorden: PostNL bepaalt – ook als het misgaat of dreigt mis te gaan – alles en grijpt in wanneer dat volgens haar noodzakelijk is. Een en ander zelfs na overleg met In Person.

173. Dit wordt nog versterkt door de omstandigheid dat In Person niet eens kán ingrijpen als het fout gaat. De heer M heeft over fout gesorteerde pakketten namelijk het volgende verklaard.

"In person kan niet het aantal fout gesorteerde pakketten tijdens het proces zien. Deze info krijgen ze de volgende dag."

174. Ook als de hoeveelheid pakketten afwijkt, bijvoorbeeld op drukke dagen, zoals feestdagen en het boekenbal, bepaalt PostNL de inhoud van de geldende draaiboeken. De heer M heeft hierover verklaard.

"De draaiboeken voor feestdagen en het boekenbal e.d. worden opgesteld door PostNL. In Person heeft verder geen invloed op deze draaiboeken".

De bedrijfsmiddelen zijn eigendom en verantwoordelijkheid van PostNL

175. Net als in de contracten is overeengekomen, blijkt ook uit de verklaringen van de heer L en de heer M dat zowel de eigendom als de verantwoordelijkheid over de materialen en bedrijfsmiddelen bij PostNL ligt. De heer L. heeft hierover het volgende verklaard.

"Onderneming O is verantwoordelijk voor de machines, die doen het onderhoud en verhelpen de storingen. Daar doen wij niets aan. Bij calamiteiten, bijvoorbeeld een stroomstoring of slechte weersomstandigheden, beslist de procesmanager wat er gaat gebeuren samen met de controlroom."

Uit deze verklaringen blijkt dat In person ook bij dit (gedeelte van het) proces niet aan bod komt.

176. De heer M heeft inzake de bedrijfsmiddelen het volgende verklaard.

"De sorteermachine, rolcontainers, scanapparatuur zijn allemaal van PostNL. [...] Storingen aan de band worden verholpen door onderneming O."

Dat vanuit PostNL aan de teamleiders van In Person instructies worden gegeven hoe deze apparatuur bediend moet worden, hetgeen de teamleiders dan op hun beurt weer aan de uitzendkrachten doorgeven, doet niet af aan het initiële leiding en toezicht van (uit) PostNL. Zowel teamleiders, senior teamleiders als sorteerm medewerkers staan onder direct of indirect leiding en toezicht van PostNL.

Geen sprake van afgebakend werkproces of werkgebied

177. Uit de verklaringen en de contracten blijkt dat geen sprake is van een afgebakend werkproces dat door In Person wordt uitgevoerd. Voortdurend is er contact tussen de teamleiders en de procesmanagers, van wie zij leiding krijgen. Als sprake is van (enige) afwijking, dan grijpt PostNL in, of bepaalt PostNL de te varen koers door teamleiders van instructies te voorzien. De teamleiders van In Person hebben zich naar dat gezag te voegen en geven de instructies door aan de sorteerm medewerkers. Dit blijkt uit de contracten en uit de verklaringen zoals hierin geciteerd. Ook is geenszins sprake van autonomie van In Person. PostNL bepaalt de regels.

178. De getuigen M en L verklaren het volgende over het (wel of niet) afgebakend zijn van het werkgebied.

"Wij werken niet in een afgebakend gedeelte van het sorteercentrum. Hierin Amersfoort werken we in alle processen in het hele gebouw."

En de heer M:

"Het werkgebied van In Person is niet afgebakend. Alle processen vinden plaats in de sorteerhal."

Conclusie: In Person stelt werknemers ter beschikking aan PostNL

179. Dat (ook op een hoger niveau) leiding en toezicht wordt gehouden door PostNL blijkt ook uit een brief die door (een depotmanager van) PostNL via (een) teamleider(s) aan de werknemers van In Person is gestuurd. Met die brief heeft PostNL naar aanleiding van een incident en de toename van diefstal besloten tot aanscherping van de veiligheidsmaatregelen. De door PostNL verzonden brief (als **productie 28** overgelegd) is direct aan "de werknemer" gericht. Hij is door de teamleider 1-op-1 aan de werknemers

van In Person doorgestuurd. De brief is ondertekend door de heer Van Rijthoven, depotmanager Waddinxveen. De In person teamleider noemt daarbij nog eens de – door PostNL opgestelde – geldende huisregels nader. Hieruit blijkt (wederom) onomstotelijk dat PostNL daadwerkelijk leiding en toezicht uitoefent. In Person geeft dit (slechts) door.

180. Zowel uit de hiervoor omschreven papieren werkelijkheid als de feitelijke werkelijkheid kan worden geconcludeerd dat niet In Person, maar (de procesmanagers en de controlroom van) PostNL leiding en toezicht uitoefent op de door In Person ter beschikking gestelde werknemers. Op het depot Amersfoort zijn tien (!) procesmanagers van PostNL die het proces op het depot managen.
181. Uit de contracten en het feitelijke onderzoek is gebleken dat de bedrijfsmiddelen eigendom zijn (en blijven) van PostNL. Ook de verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij PostNL.
182. PostNL kan te allen tijde ingrijpen en doet dat ook dagelijks, zo blijkt uit de verklaringen van de teamleider en de procesmanager. Als het (eenvoudige) werk kwalitatief even wat minder loopt, spreekt de procesmanager van PostNL de mensen (sorteermedewerkers, teamleiders en senior teamleiders) aan en stuurt hen – in samenspraak met de controlroom – bij. Hierbij geldt dat doorgaans eenvoudig werk wordt verricht. PostNL grijpt geregeld in en is daartoe naar eigen zeggen genooddaakt. Op de momenten dat de processen ook maar in geringe mate afwijken van de (doorgaans eenvoudige) standaard, grijpt PostNL in/ is genooddaakt in te grijpen, omdat In Person bij bepaalde beslissingen simpelweg niet aan bod komt (bijvoorbeeld de plannings/draaiboeken van de drukke dagen).
183. Alle bevoegdheden van PostNL zijn tot in detail vastgelegd in de SLA's en de samenwerkingsovereenkomsten die zij met elkaar zijn aangegaan. Het personeel van In Person heeft, in opdracht van PostNL, werkzaamheden verricht. Deze werkzaamheden kwalificeren als uitzending in de zin van 7:690 BW.

Slot: derogerende werking van redelijkheid en billijkheid

184. Naast het hiervoor uiteengezette feitelijke betoog, wenst FNV nog terug te komen op het volgende, dat weer aansluit bij een juiste toepassing van de geldende loonverhoudingsvoorschriften. Met de in voornoemde regelgeving gecodificeerde loonverhoudingsvoorschriften (Waadi, NBBU cao, Uitzendrichtlijn en PostNL cao) wordt een eerlijke verloning van uitzendkrachten gewaarborgd, door daar een objectieve maatstaf aan te verbinden. Men moet kijken naar de beloning van werknemers bij de

inlener waar de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd.

185. Een toepassing van de wet en cao's zoals voorgestaan door gedaagden zou meebrengen dat de gehele idee van een loonverhoudingsvoorschrift teniet wordt gedaan. Het zou meebrengen dat In Person geheel zelf kan bepalen met welke 'werknemers' wordt vergeleken en dat zij aldus kan bepalen dat minimumloon nu eenmaal het loon is dat aan dergelijke werknemers wordt toegekend.
186. Dat een dergelijk toepassing van wet en cao('s) zou meebrengen dat uitzendkrachten die bij PostNL pakketsorteerder zijn het minimumloon betaald krijgen, terwijl pakketsorteerders in gelijke/vergelijkbare functie, in dienst bij PostNL het loon volgens de PostNL cao betaald krijgen, zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Niet in de laatste plaats omdat de overeengekomen en beoogde bescherming in wet en cao('s) precies het tegenovergestelde beoogt te bereiken.
187. Voor zover FNV door UEA niet gevolgd kan worden in haar betogen zoals hiervoor geschetst, heeft alsdan (nog immer) te gelden dat sprake is van hetzelfde werk dat eerst door ambtenaren, toen door mensen in vaste dienst en toen door uitzendkrachten gedaan werd (en wordt, dit met uitzondering van de ambtenaren). Dat gelijke werk vanaf 2012 ongelijk belonen is in strijd met fundamentele rechtsbeginselen. Werkgevers mogen niet beloond worden voor het toepassen van trucjes om onderbetaling te rechtvaardigen. Als dat wel gebeurt, dan heeft dat voor de werknemers in deze zaak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen. Namelijk dat hen een ongelijke behandeling ten deel valt ten opzichte van vergelijkbare werknemers bij PostNL en andere (uitzend)medewerkers. Een dergelijke toepassing van de wet c.q. uitleg van de uitzendcao's zou tot gevolg hebben dat alle bescherming ten aanzien van gelijke behandeling zou kunnen worden omzeild.
188. Ook voor vakbonden heeft voornoemde lezing en toepassing van wet en cao's naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen. De enkele tussenplaatsing van een vennootschap heeft dan namelijk directe ondermijning (c.q. buitenwerkingstelling van de inlenersbepalingen) van alle door de vakbonden afgesloten (uitzend)cao's tot gevolg. Verwezen zij naar randnummer 115 van deze dagvaarding.

V. Verweer In Person

189. Door In Person is op 2 momenten in tijd een verweer gevoerd tegen de bevindingen van de ISZW en FNV. Een eerste gelegenheid ontstond toen In Person door ISZW in de gelegenheid werd gesteld om een verklaring af te leggen omtrent de geconstateerde overtreding van artikel 8 Waadi. Op 9 oktober 2017 heeft de advocaat van In Person per e-mail een verklaring aan ISZW gestuurd. Deze verklaring is als bijlage 38 aan de rapporten gehecht. Voor zover relevant in het kader van het door In Person te voeren verweer, wordt deze verklaring hierna besproken.

Het beginsel van hoor en wederhoor zou zijn geschonden

190. In de verklaring stelt In Person dat ISZW in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor heeft gehandeld. Dit wordt onderbouwd met de stelling dat In Person geen nadere inzage heeft gekregen in het rapport alvorens een definitieve versie daarvan aan partijen werd toegezonden. Hierdoor zou geen sprake kunnen zijn van een zorgvuldig onderzoek. Zie pagina 4 van bijlage 38 bij het rapport.

191. FNV heeft – net als In Person – geen inzage in het rapport verkregen voordat de definitieve versie aan partijen is opgestuurd. FNV ziet dat veeleer als een bewijs van zorgvuldigheid en onpartijdigheid. Ook een vonnis moet niet ter beoordeling in concept worden voorgelegd aan procederende partijen. ISZW is een onafhankelijk instantie (FNV gaat ervan uit dat dit niet door gedaagden wordt betwist) die op basis van eigen (feiten)onderzoek tot een onafhankelijk oordeel komt.

192. Het rapport van ISZW is bij uitstek (zeer) feitelijk van aard. Het rapport bestaat uit een weergave van (passages uit) bescheiden, die door In Person en PostNL zelf aan ISZW ter beschikking zijn gesteld en vormt een getrouwe weergave van verklaringen van getuigen. Dat de (evidente) conclusie gedaagden niet zint, is een gegeven. Dit maakt het onderzoek niet onzorgvuldig. In Person is overigens bij uitstek wel "gehoord": eerst door lezing van de contracten, toen door het horen van medewerkers, toen door het in staat stellen een reactie te geven. In Person heeft -net als PostNL- om haar moverende redenen op 10 januari 2018 een verzoek tot heroverweging ingediend bij ISZW, welk verzoek hierna zal worden behandeld. Hiermee is het belang van In Person om haar kant van het verhaal te vertellen meer dan gediend. Tot slot heeft vanzelfsprekend te gelden dat In Person ook nog in deze procedure haar recht op (weder)hoor ten volle kan benutten ten overstaan van de rechter. Van schending van de beginselen van hoor en wederhoor is dan ook volstrekt geen sprake.

Outsourcen versus kernactiviteiten

193. In paragraaf 5 van bijlage 38 bij het rapport voert In Person aan dat uit de marktontwikkelingen is af te leiden dat 'outsourcing' een fenomeen is waarvan de vraag in sommige sectoren toeneemt, waaronder de logistieke sector. Ter illustratie voert In Person in de derde alinea het volgende aan.

"Omdat het zelf inrichten van een efficiënte supply chain vaak te tijdrovend en kostbaar is en deze activiteit bovendien ver weg ligt van de kernactiviteit van de opdrachtgevers, keren deze bedrijven steeds vaker terug naar hun core business en besteden zij complexe en tijdrovende processen uit aan externe partijen. Deze uitbesteding zorgt voor tijdsbesparing, extra kennis, flexibiliteit en meer focus op de eigen kernactiviteiten."
(onderstrepingen MV).

194. Zoals reeds aan de orde gekomen, is pakkeetsortering van PostNL nu juist haar core business. De pakkeetsorteercentra van PostNL zijn het hart van de distributieketens die PostNL beheert. Door In Person in te schakelen voor het sorteren van pakketten, laat zij juist haar eigen kernactiviteiten uitvoeren door de In Person werknemers.

195. De analogie die door In Person wordt getrokken naar de schoonmaak-, catering- en beveiligingsbranche (zie de eerste alinea van paragraaf 5 van de bijlage), gaat niet op. Die werkzaamheden behoren – bij de bedrijven waar zij worden uitbesteed – niet tot de core business van die bedrijven.

196. In Person stelt dat zij zich op basis van deze marktontwikkelingen is gaan specialiseren in de dienstverlening van logistieke outsourcing en zich *"is gaan richten op outsourcing in de logistieke sector met een resultaatafhankelijk verdienmodel"*. Het is echter andersom: de specialistische kennis en ervaring, evenals de eigendom van alle bedrijfsmiddelen, lagen, en liggen nog steeds bij PostNL, zie hiervoor. Dat In Person zich (eerst) zou hebben gespecialiseerd in de logistieke outsourcing, om vervolgens haar diensten aan PostNL aan te bieden, is onjuist.

Leiding en toezicht en "outsourcing"

197. In Person stelt in paragraaf C (pagina 16 en verder van de bijlage) dat geen sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten, maar van "outsourcing", een andere benaming voor contracting. Vast staat dat noch outsourcing, noch contracting wettelijke begrippen zijn. De vraag die moet worden beantwoord is derhalve of sprake is van uitzending in de zin van 7:690 BW.

Velocitas-arrest Hof Arnhem Leeuwarden 3 februari 2015 ECLI:NL:GHARL:670

198. In Person bespreekt het Velocitas-arrest in de veronderstelling dat dit in haar voordeel zou strekken. De omstandigheden in de zaak die leidde tot dit arrest waren echter wezenlijk anders. Het werk in de Velocitas zaak bestond uit het verzorgen van het vervoer van zaken onder gebruikmaking van eigen vervoersmiddelen. Zoals aangegeven heeft PostNL een vergaande feitelijke (1) en contractueel bedongen (2) instructiebevoegdheid. Daarvan was in veel mindere mate sprake in de Velocitas-zaak. De bedrijfsmiddelen in deze zaak zijn bovendien eigendom van PostNL en vallen – zo is ook contractueel vastgelegd – onder haar verantwoordelijkheid. De opdrachtgevers in het Velocitas-arrest waren geen eigenaar/verantwoordelijke van de vervoermiddelen: een beslissend onderscheid. Niet vergeten mag overigens worden dat de werknemers van het (voormalig) uitzendbureau Velocitas volgens het Hof dan weliswaar niet vielen onder de uitzend (ABU) cao, maar dat hiervoor de ruimhartiger cao voor het beroepsgoederenvervoer in de plaats kwam. Zij vielen dus niet van de regen in de drup zoals dat wel geldt voor de uitzendkrachten in dienst van In Person.

Synapsis-arrest Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32

199. Een tweede door In Person als in haar voordeel beschouwd arrest betreft de Synapsis-zaak. De parallellen met de onderhavige zaak zijn zo mogelijk nog brozer. Daar waar de ontstaansgeschiedenis van In Person zoals geschetst leest als die van een rebel die de uitzendwereld wilde veroveren en veranderen, zo was Synapsis een particulier initiatief om een "leer-werk" programma op te zetten. Anders dan In Person heeft Synapsis nimmer "uitzending" als omschrijving in de KvK gehad. Alhoewel ook in de Synapsis zaak vele aanwijzingen voor uitzending op schrift bestonden werd het de SNCU -als eiser die haar stellingen moest bewijzen- verweten dat zij geen feitelijk onderzoek op de werkplaats had verricht om zo -los van de papieren werkelijkheid- de "echte" werkelijkheid vast te stellen. Medewerking aan dit onderzoek was door gedaagde toegezegd. Hier zit nu het wezenlijke verschil tussen beide zaken. In casu is juist wel een uitgebreid onderzoek gedaan op de werkplek, niet door de SNCU, niet door de FNV zelf, maar door het daartoe aangewezen overheidsorgaan ISZW. En de conclusies liegen er niet om.

Het 'contracting'- verweer

200. Tot slot voert In Person aan dat in weerwil van de bevindingen van ISZW toch sprake is van 'outsourcing' c.q. contracting. Ter ondersteuning van deze stelling voert In Person enkele criteria aan op grond waarvan beoordeeld moet worden of sprake is van outsourcing. Voor zover relevante criteria uit de jurisprudentie en literatuur zijn te

ontwaren, heeft In Person hier slechts een gedeelte van de relevante criteria gegeven²⁹.

Enkele criteria die "van groot belang" zijn, heeft In Person niet, althans onjuist besproken:

- a. 'de feitelijke leiding op de werkvloer dient te geschieden door de opdrachtnemer'.
In casu ligt de feitelijke leiding bij PostNL.
- b. In Person noemt als kenmerk niet dat sprake dient te zijn van vergaande autonomie. Deze is onlosmakelijk verbonden met de hiervoor besproken leiding en toezicht. Zoals bij bespreking van de feiten aan bod is gekomen, blijft de bemoeienis van PostNL niet slechts beperkt tot een simpele kwaliteitscontrole, maar maakt zij gebruik van vergaande instructiebevoegdheden, die haar de mogelijkheid geven adequaat te kunnen ingrijpen als dingen misgaan, althans dreigen mis te gaan. Volgens HR 4 november 2016, JAR 2016/286 zijn dezelfde maatstaven die gelden voor de gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW bepalend voor het aannemen van leiding en toezicht in de zin van 7:690 BW. Ook het kunnen geven van instructies kan worden aangemerkt als toezicht en leiding in de zin van artikel 7:690 BW. In Person kan niet zelfstandig opereren. Zonder de (ad hoc) instructies van de procesmanager van PostNL en controlroom is In Person niet in staat succesvol te zijn/te functioneren. Voorts geldt dat In Person in sterke mate afhankelijk is van o.a. 1) de administratiesystemen van PostNL (telling van pakketten inclusief het weekoverzicht), 2) de (sorteer)machine(s) en andere bedrijfsmiddelen van PostNL en 3) de planning bij drukkere dagen.
- c. *Het contractingbedrijf dient gespecialiseerd te zijn in dienstverlening in de relevante sectoren.* In Person is een uitzendbureau en geen contractingbedrijf gespecialiseerd in de pakquetsorteersector. De relevante specialistische kennis en bijbehorende bedrijfsmiddelen behoren sinds jaar en dag PostNL (en haar concurrenten) toe. Dat blijkt onder meer uit het feit dat PostNL op dezelfde, althans vergelijkbare wijze haar andere pakquetsorteercentra heeft kunnen laten bemensen door onder andere Tempo Team Outsourcing, Timing, Manpower en BWRI.
- d. Anders dan In Person stelt, bepaalt juist PostNL de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht. Nogmaals zij verwezen naar de door PostNL opgestelde LEAN werkmethode en consequente controle die PostNL uitoefent.
- e. Anders dan In Person stelt, is PostNL verantwoordelijk voor administratie. De administratie wordt bewaard door PostNL. Op basis van deze administratie bepaalt PostNL tegen welke tarieven gefactureerd kan worden en maakt In

²⁹ Een heldere opsomming kan worden gevonden in Zwemmer, J.P.H., annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, AR Updates Arbeidsrecht 2014/1017, reeds overgelegd als productie 24.

Person haar facturen aan. Dat In Person blijkens haar brief op pagina 6 bovenaan in staat is om zelfstandig te factureren met een eigen registratiesysteem, is niet (volledig) te rijmen met artikel 9 Facturatie van de SLA (bijlage 32 bij het rapport) onder sub a. Daarin is het volgende bepaald. *“De procesmanager van PostNL zorgt ervoor dat In Person dagelijks een overzicht ontvangt van de gesorteerde aantallen (telling pakketten).”* Dus, ook al heeft In Person (ook) een eigen registratiesysteem, dan nog is ten aanzien van facturatie geen sprake van autonomie.

- f. Anders dan In Person stelt, is PostNL wel verantwoordelijk voor de planning. PostNL bewaart en houdt de planningsgegevens bij. Bij drukke periodes bepaalt PostNL de inhoud van de draaiboeken en de aanvangs- en eindtijden.
- g. Anders dan In Person stelt, is PostNL zelfs verantwoordelijk voor HR-gerelateerde zaken. Dit is zelfs bij uitzending uniek te noemen. Een gewoon uitzendbureau verzorgt in ieder geval deze taken. De bemoeienis van Post NL gaat echter (nog) verder. Zo verzorgt PostNL de inhoud van de opleiding en bepaalt de opleidings- en kwalificatie-eisen. Voorts worden komt het zelfs voor dat vakantieaanvragen met PostNL afgestemd en in voorkomende gevallen door PostNL afgekeurd worden . . .
- h. Person noemt als kenmerk niet dat het contractingbedrijf gebruik dient te maken van vaste teams van werknemers. In werkelijkheid varieert zowel de omvang als de samenstelling van de “teams”. Geen sprake is van het inzetten van vaste teams die, bijvoorbeeld vanwege een bepaalde vaardigheid juist in dát vaste team worden ingezet. Het team , beter gezegd het willekeurige aantal mensen op enig moment aanwezig, wordt enkel bepaald door de drukte c.q. het aantal te verwerken pakketten dat PostNL aan In Person doorgeeft en door welke werknemers beschikbaar zijn. Relevant in dit kader zijn ook de zeer korte dienstverbanden van werknemers van In Person. Gemiddeld bleven de werknemers niet langer dan 6 tot 18 maanden Er is sprake van een constante draaideur, typerend voor de uitzendbranche. Dit is bij uitstek iets anders dan een 'vast team' van op een deeltaak gespecialiseerde en goed ingewerkte medewerkers van een onderaannemer.
- i. Tot slot loopt In Person geen werkelijke financiële risico's ten aanzien van de overeengekomen stuktarieven. Die worden vastgesteld aan de hand van de Gewogen Efficiency Exploitatie, die weer afhankelijk is van het aantal ingezette werknemers c.q. het aantal gewerkte uren. Ik verwijs naar artikel 8 onder d van de SLA tussen PostNL en In Person (bijlage 32 bij het rapport). Bovendien komen voor de hand liggende andere risico's, zoals bijvoorbeeld schade aan bedrijfsmiddelen niet voor rekening van In Person. In Person bemoeit zich niet

met de reparatie en draait daar financieel ook niet voor op.

201. In deze zaak wijzen de omstandigheden, op alle (wezenlijke) factoren die van belang zijn voor de beoordeling of een "juridisch houdbare vorm van contracting" aanwezig kan worden geacht, juist in de tegenovergestelde van contracting.

Verweer in Person in brief aan ISZW 10 januari 2018

202. Zoals hiervoor geschetst heeft In Person ook een tweede verweer gevoerd in een brief van 10 januari 2018 aan ISZW met daarin een verzoek tot wijziging cq aanpassing van het rapport, welk verzoek voor zover FNV bekend is, werd afgewezen. Dit verweer is eerder overgelegd als productie 15.

203. In dit verweer stelt In Person dat uitsluitend aan In Person Outsourcing ter beschikking wordt gesteld, en niet (direct) aan PostNL. Dit verweer raakt niet aan de primaire stellingname van FNV dat in de uitzenddriehoek waarbij de uitzendkracht, In Person International/Bemiddeling en In person Outsourcing partij zijn, de NBBU cao (en derhalve de Waadi) reeds leidt tot vaststelling van de inlenersbeloning op basis van de PostNL cao.

204. Slechts ingeval niet tot het vaststellen van de inlenersbeloning op basis van de PostNL cao kan worden gekomen zoals FNV heeft betoogd, is het ter zake relevant of de uitzendkrachten wel of niet "uitsluitend" aan In Person Outsourcing ter beschikking worden gesteld. Ten aanzien hiervan is ten eerste aangevoerd dat In Person International respectievelijk In Person Bemiddelingsbureau met In Person Outsourcing vereenzelvigd kunnen worden, waardoor van voor de bepaling van de inlenersbeloning relevante uitzending tussen die vereenzelvigde entiteiten geen sprake is. Ten tweede is aangevoerd dat in dat geval sprake is van doorlening, geen "contracting", waardoor de inlenersbeloning via die weg ook weer op de PostNL cao uitkomt.

205. In Person voert verder aan dat ISZW voor een "juridisch onjuiste benadering" kiest alsook "voor een omgekeerde aanpak". De discussie of ISZW een juridisch juiste benadering heeft gekozen en wel of niet naar eigen inzicht een definitie heeft gecreëerd, wil FNV in het geheel niet aangaan en is ook niet noodzakelijk. FNV baseert zich enkel op de feitelijke constatering uit het onderzoek. FNV wenst hier te benadrukken dat ISZW bij uitstek geschikt is voor het verrichte onderzoek, gezien de niet voor niets aan haar in dit kader toegekende vergaande bevoegdheden, zoals onder meer het toegang tot alle plaatsen waar wordt gewerkt kunnen krijgen, de bevoegdheid om iedereen op een werkplaats vragen te stellen, de bevoegdheid tot inzage in documenten etcetera. Het

weigeren van medewerking aan ISZW is ook strafrechtelijk gesanctioneerd (artikel 184 Sr).

206. Ten aanzien van de leiding en het toezicht voert In Person een aantal argumenten aan. Ieder aangevoerd argument/element zal FNV hieronder kort bespreken. Voor een uitgebreide bespreking wordt verwezen naar eerdere uiteenzettingen in deze dagvaarding.
207. Op pagina 3 van de brief wordt een clause geciteerd, waarin partijen zijn overeengekomen dat leiding en toezicht door In Person Outsourcing worden uitgeoefend: de "papieren werkelijkheid".
208. Op pagina 3 wordt het volgende verweer gevoerd: "*Vanaf dat moment is In Person Outsourcing verantwoordelijk voor wat er op de werkvloer gebeurt*". Los van een te hanteren definitie van de term "verantwoordelijk", is deze stelling feitelijk onjuist. De procesmanagers van PostNL (naar zeggen van PostNL zijn dit er in depot Amersfoort reeds 10(!)) en de (werknemers van PostNL in de) controlroom kunnen ingrijpen op ieder gewenst moment, en doen dat ook, voorafgaand aan de dag, regulier tijdens de dag en op elk moment als iets misgaat, of dreigt mis te gaan. Hierover zijn de verklaringen van de teamleider van In Person en de Procesmanager van PostNL eensluidend. Verwezen zij naar de uitgebreide uiteenzetting van de feiten en de verklaringen zoals in de rapporten opgenomen.
209. Dat (werknemers van) In Person voor een groot deel de uitvoering van de werkzaamheden verzorgen, doet niet af aan de uitgeoefende leiding en toezicht van PostNL.
210. Ter onderbouwing van haar standpunt voert In Person voorts aan dat In Person zelf kan bepalen of zij wel of niet extra pakketten wenst te accepteren die haar door de controlroom (PostNL) zijn aangeboden. Dat In Person zelf een eigen inschatting maakt of dit wel of niet haalbaar is, maakt nog niet dat zij -volledig zelfstandig- bepaalt of zij de extra pakketten wel of niet accepteert. Illustratief is de eerder aangehaalde verklaring van de PostNL Procesmanager:

"Het kan ook zijn dat de procesmanager op basis van zijn ervaring In Person Overruled en besluit toch pakketten over te hevelen" (Zie bijlage 15 bij de rapporten).

Het is niet anders dan logisch dat overleg plaatsvindt met werknemers van In Person zodat de procesmanager (eventueel in overleg met de controlroom) kan beslissen bij welk depot de over te hevelen pakketten worden geplaatst. Vast staat dat het uiteindelijk de procesmanager en de controlroom van PostNL zijn die beslissen en ingrijpen indien nodig.

211. In Person stelt in haar brief aan ISZW op bladzijde 6 dat wekelijks gesprekken plaatsvinden tussen "Managers Outsourcing" en de "Senior Teamleiders" over het proces. De Senior Teamleiders zouden op hun beurt weer de leidinggevende van teamleiders en Assistent Teamleiders die uiteindelijk de werknemers op de werkvloer aansturen. Op pagina 7 en 8 van haar brief aan ISZW haalt In Person een verklaring aan van een van haar teamleiders. Daaruit zou volgen dat de teamleider toezicht en leiding houdt op de werknemers en het proces bewaakt. De teamleider moet – blijkens de aangehaalde verklaring – mensen goed neerzetten zorgen voor het goed opvoeren van pakketten, wegzetten van de lege pallets/containers en hij krijgt namen door van mensen die komen werken. Belangrijk is echter dat de teamleider bedenkt niet zelf hoe de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd, daarvoor moet hij de door PostNL opgestelde LEAN regels en daarin opgenomen strikte instructies volgen (en doorgeven/vertalen), zie hiervoor onder meer de reeds overgelegde productie 26 en 28. Uit de door In Person aangehaalde verklaring blijkt ook dat voor op- en afschalen en voor afsluiting van het proces contact met de procesmanagers plaatsvindt.
212. Dat de uitzendkrachten van In Person verschillende rangen hebben gekregen en dat de één meer taken en/of verantwoordelijkheden heeft dan een ander, doet niets af aan het feit dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid en de leiding en het toezicht en de instructie- en ingrijpbevoegdheid, waarvan de procesmanager(s) van PostNL gebruik maken, bij die procesmanagers, en dus bij PostNL liggen.
213. In Person stelt verder nog dat, indien toezicht en leiding daadwerkelijk bij PostNL zouden liggen, dat PostNL dan logischerwijs zelf zou kunnen bepalen of een eventueel overschot met de werknemers van In Person Outsourcing zou kunnen worden weggewerkt. (zie bladzijde 5 van de brief van In Person aan ISZW). Dat PostNL dit niet *voortdurend* doet, betekent niet dat PostNL dit niet zou kunnen. Integendeel, PostNL kan dit wel degelijk en – zo blijkt uit de hiervoor geciteerde verklaring – *dóet* dit ook. Het is juist die instructiebevoegdheid die de werkelijke leiding en toezicht invulling geeft.
214. Op bladzijde 6 van haar brief aan ISZW stelt In Person dat de controlroom en de procesmanager niets te maken hebben met "*de procesvoering door In Person*

Outsourcing". In Person stelt dat "het gehele sorteerproces wordt overgenomen door In Person Outsourcing" (zie bladzijde 3 voorlaatste alinea van de brief van In Person aan ISZW), en PostNL en haar controlroom hebben niets te maken met het sorteerproces.

215. In Person gaat zelfs nóg verder in haar brief door te stellen dat de functie van procesmanager "naar de mening van In Person Outsourcing overbodig is" (pagina 6, laatste alinea van de brief van In Person aan ISZW). Deze beweringen zijn evident in strijd met alle bevindingen van ISZW, alsook de verklaringen van de teamleider van In Person en de verklaringen van de procesmanager PostNL in het rapport van ISZW. Ook zijn zij niet te rijmen met de stelling van PostNL (verwezen zij naar de brief van PostNL aan ISZW) over de hoeveelheid procesmanagers: 10 overbodige procesmanagers per depot die de boel "toch maar niet" aansturen.

216. Ter illustratie van de taken en bevoegdheden van de PostNL procesmanager is het instructief de vacatureteksten van de afgelopen jaren te lezen. Uit een vacature voor procesmanager bij PostNL Waddinxveen blijkt dat het functiedoel is:

"het zelfstandig aansturen en bewaken van de dagelijkse uitvoering van het proces van dienst op het depot Pakketten van PostNL in Waddinxveen. Hierbij stuur je de subcontractors en chauffeurs aan. Verantwoordelijkheid neem je in de operationele procesbewaking en je neemt ad-hoc beslissingen bij calamiteiten of verstoringen in het proces."

"Ervaring met leiding geven" wordt als één van de functievereisten genoemd. Een uitdraai van deze vacature wordt als **productie 29** overgelegd.

217. Een vacature voor procesmanager van PostNL in Nieuwegein op de PostNL website luidt:

"Alle pakketten die binnenkomen worden door werknemers of uitzendkrachten op de sorteermachine geladen." en

"Als Procesmanager ben je verantwoordelijk voor deze processen en voor de mensen die op het depot werken [...] Samen met je collega procesmanagers zorg je dat de werkvloer aan het einde van de dag leeg is en alle pakketten op tijd met de chauffeur mee zijn."

Onder de verantwoordelijkheden van de Procesmanager valt onder meer:

"Plannen, aansturen, controleren en verbeteren van de sorteer- en distributieprocessen"

Een uitdraai van deze vacature wordt overgelegd als **productie 30**.

218. In een vacaturetekst voor procesmanager in Utrecht en Son, overgelegd als **productie 31** is opgenomen dat de verantwoordelijkheid van de procesmanager is:

"dat alle pakketten gesorteerd worden en op tijd met de chauffeurs meekunnen naar de ontvanger."

Volgens deze vacatureteksten is onder de opsomming "verantwoordelijkheden" te lezen dat het aansturen van externe partijen onderdeel van de functie is.

219. Uit een vacature voor procesmanager van januari 2018 op het depot Amersfoort op de website www.myjobspay.com kon FNV nog wel de volledige tekst achterhalen. Een uitdraai hiervan wordt overgelegd als **productie 32** Een aantal citaten:

"alle pakketten die binnenkomen, worden door werknemers of uitzendkrachten op de sorteermachine geladen.";

"Als procesmanager ben je verantwoordelijk voor deze processen en voor de mensen die op het depot werken."

"Je houdt ervan om mensen aan te sturen en bent met name te vinden op de werkvloer.";

"Samen met je collega procesmanagers zorg je ervoor dat de werkvloer aan het einde van de dag leeg is en alle pakketten op tijd met de chauffeur mee zijn."

Onder verantwoordelijkheden is opgenomen:

"Plannen, aansturen, controleren en verbeteren van de sorteer- en distributieprocessen."

220. Niet alleen al het materiaal in het rapport, maar ook alles daarbuiten wijst uit dat de (eind)verantwoordelijkheid voor het sorteerproces niet ligt bij In Person, zoals zij in haar brief aan ISZW (pagina 3, voorlaatste alinea) stelt, maar bij (de procesmanagers van) PostNL.

221. In Person voert verder als verweer aan dat zij, anders dan het rapport vermeldt, wél kan bepalen wat haar starttijden zijn. Ter ondersteuning hiervan stelt zij dat dit blijkt uit artikel 3c van de SLA (zie pagina 4 van de brief). Wel wordt nog toegegeven door In Person dat zij "in overleg treedt met PostNL Pakketten Benelux", maar dat zij uiteindelijk zelfstandig bepaalt wat de starttijden zijn. Ter verdere onderbouwing hiervan wordt geen nader bewijs verschaft. Onbetwist vast staat dat de starttijden afhankelijk zijn van het vaste proces van pakketbezorging van PostNL en de aanvoer van pakketten. Pakketten dienen in principe binnen één dag te worden bezorgd binnen Nederland. Dat maakt dat van een autonomie van In Person om zelf starttijden te bepalen in wezen geen sprake is. In Person zal zich moeten voegen naar de continue aanvoer van pakketten die volgens een zeer vast stramien wordt verwerkt. Ter illustratie van het voorgaande wordt verwezen naar artikel 5 lid c sub ii van de samenwerkingsovereenkomst (bijlage 11 bij het rapport), waarin het volgende is bepaald:

"PostNL Pakketten organiseert aan voor- en achterzijde van de standaard werktijden voor ruimte om eerder te starten, respectievelijk langer door te werken. IPO zorgt dat zij op verzoek van PostNL (onderstreping door mij, MV) Pakketten of wanneer dit gedurende het proces nodig blijkt te zijn, gebruik maakt van deze ruimte."

Hieruit blijkt dat In Person contractueel gebonden is te gehoorzamen aan instructies om eerder te beginnen, of langer door te werken.

222. Zelfs al zou In Person wel soms haar starttijden mogen "bepalen" met inachtneming van het bovenstaande, dan vormt dat geen indicatie dat geen sprake zou zijn van uitzending. Nogmaals zij gewezen op de vaak gebruikte bevoegdheid die PostNL heeft om in te grijpen, ook wanneer In Person een depot niet op tijd af krijgt, of dreigt te krijgen (wellicht omdat ze in een voorkomend geval -heel dwars- te laat gestart zijn?).

Ondernemingsrisico's

223. Voorts stelt In Person dat zij "ondernemersrisico" draagt "voor wat betreft het proces" (zie pagina 5 van de brief). Als kernpunt wordt door In Person aangevoerd dat In Person per gesorteerd pakket factureert en dat zij de risico's draagt als zij te laat begint en/of vertraging oploopt.

224. Ondernemingsrisico bij aanneming van werk komt er -in de kern- op neer dat elke vertraging en/of calamiteit in machines, markt, producten of mensen voor rekening en risico komt van de aannemer die het gehele bedrijfsproces immers letterlijk en figuurlijk voor zijn rekening heeft genomen. Hiervan is in casu geen sprake.

225. In Person heeft het ten eerste over zijn facturering als zij spreekt over het ondernemingsrisico. Ter relativering vooraf zij opgemerkt dat facturering slechts een van de indicaties is voor het onderscheid tussen uitzending en contracting, maar zeker niet decisief. Zo kan ook bij uitzending gewerkt worden met stuksprijzen. Omgekeerd kan ook bij aanneming van werk gewerkt worden met uurtarieven (op "regiebasis" zoals dat dan heet). In casu is door ISZW vastgesteld dat In Person anders dan echte aannemers niet werkt met een zuiver stukstarief. Steeds is het stukstarief afhankelijk van het aantal ingezette operatie-uren. (Zie artikel 8 sub d van de SLA).

226. Ter verdere onderbouwing van het bestaande "niet uitzend" ondernemersrisico stelt In Person dat *"alle werkgeversrisico's eveneens voor risico van In Person"* zijn, zoals ziekte, werkomstandigheden, bedrijfsongevallen etc." In artikel 15 Aansprakelijkheid van de samenwerkingsovereenkomst Depot Waddinxveen is in sub f) (bijlage 31 bij het rapport) echter het volgende overeengekomen.

"PostNL Pakketten is voor zover van toepassing verantwoordelijk voor de nakoming van de uit artikel 7:658 BW, de arbeidsomstandighedenwet en de daarmee samenhangende regelgeving voortvloeiende verplichtingen op het gebied van veiligheid op de werkplek en goede arbeidsomstandigheden in het algemeen."

In artikel 2. Kwalitatieve eisen onder e) van de samenwerkingsovereenkomst Depot Waddinxveen (bijlage 31 bij het rapport) is het volgende overeengekomen:

"IPO aanvaardt geen aansprakelijkheid en PostNL pakketten vrijwaart IPO dan ook van alle aanspraken en claims die zijn toe te rekenen aan PostNL Pakketten (vanwege het schenden van de zorgplicht als PostNL)".

Dat werkgeversrisico's omtrent werkomstandigheden en bedrijfsongevallen voor risico van In Person zouden komen is gezien het bovenstaande onjuist. Dat zij als uitzendwerkgever verantwoordelijk is voor de verplichtingen uit de Wet verbetering Poortwachter maakt dit niet anders: dit moeten alle uitzendwerkgevers doen. Overigens werd ziekte van een uitzendkracht tot voor kort vooral "opgelost" door aan de zieke uitzendkracht geen nieuw weekcontract meer aan te bieden. Zo werd het "ondernemingsrisico" van werkgever In Person beperkt. Een wijze van beperking van ondernemingsrisico's die bij uitstek "voorbehouden" is aan uitzendbureaus.

227. Van alle overige werkgeversrisico's (hetgeen iets anders is dan ondernemingsrisico's) kan vooral gezegd worden dat dit nu juist precies de reden is dat PostNL haar werkzaamheden laat verrichten door de uitzendkrachten van In Person. Bijgaand een aantal citaten van de gebruikelijke "unique selling points" van uitzendbureaus geadresseerd aan potentiële inleners:

Het inhuren van uitzendkrachten via een uitzendbureau biedt een aantal voordelen. Naast het feit dat u op ieder gewenst moment uitzendkrachten in kunt huren zijn er nog een aantal andere voordelen. Hieronder hebben wij voor u het complete overzicht geschreven.

De voordelen op een rijtje:

- ✓ U loopt geen werkgeversrisico.
- ✓ Werknemers worden per uur ingehuurd.
- ✓ U heeft geen omkijken naar loonadministratie.
- ✓ Inhuren.com stelt onbeperkt kandidaten voor.
- ✓ U heeft geen risico bij ziekte, uitval of verlof.
- ✓ De planning wordt voor u verzorgd.

Van de website www.inhuren.com

De voordelen van uitzenden nog even kort op een rijtje:

- de werknemer staat niet op uw loonlijst
- beperkte- tot geen opzegtermijn
- flexibel inzetten van personeel
- geen werkgeversrisico bij ziekte
- geen werkgevers verplichtingen
- geen administratieve lasten
- geen kosten voor eigen werving van medewerkers

Van de website www.manschap.nl

231. Aangezien de (sorteer)machines en andere bedrijfsmiddelen eigendom van PostNL zijn en onder haar volledige verantwoordelijkheid vallen, komen reparatiekosten, afschrijving op de machines en andere bedrijfsmiddelen voor rekening van PostNL (althans, niet voor rekening van In Person) en vertragingen die door het niet functioneren van de machines wordt veroorzaakt, wordt contractueel verrekend. Verwezen wordt naar artikel 2. Kwalitatieve eisen onder e) van de samenwerkingsovereenkomst Depot Waddinxveen (bijlage 31) dat als volgt bepaalt:

"PostNL Pakketten heeft te allen tijde de eindverantwoordelijkheid voor de veiligheid van het pand en de bedrijfsmiddelen (waaronder de sorteermachine)".

In samenhang met artikel 5 Garanties t.a.v. productiecapaciteit onder e) (bijlage 31 bij het rapport) wordt het risico op niet functionerende machines geheel bij PostNL gelegd. Daarin is bepaald:

"Indien het proces langer dan dertig minuten stilligt, niet veroorzaakt door toedoen van IPO, wordt de wachttijd (vanaf 30 minuten) met een maximum van drie (3) uur op basis van het afgesproken uurtarief en feitelijk aantal ingezette medewerkers verrekend."

Maar zelfs indien storingen van minder dan 30 minuten tot aanzienlijke vertraging hebben geleid, compenseert PostNL In Person. In artikel 5. Incidenten van de SLA (bijlage 32 bij het rapport) onder c) is het volgende overeengekomen.

"Indien blijkt dat het aantal storingen <30 minuten, niet veroorzaakt door toedoen van (een) medewerker(s) van In Person, de efficiency aanzienlijk beïnvloeden, wordt per week, tijdens het opmaken van de weekfactuur, gezamenlijk gewerkt aan een (financiële) oplossing."

232. In Person draagt werkgeversrisico's die ieder uitzendbureau draagt, maar werkelijke ondernemingsrisico's, zoals voor essentiële bedrijfsmiddelen en eventueel daardoor veroorzaakte vertraging of bedrijfsongevallen, worden door In Person *juist niet* gedragen. Kortom: de werkelijke bedrijfs/ondernemingsrisico's worden door PostNL gelopen en niet door In Person.

VI. (Hoofdelijke) aansprakelijkheid PostNL

233. FNV houdt tevens PostNL aansprakelijk voor het achterstallig loon van alle werknemers op grond van een door PostNL gepleegde onrechtmatige daad. Vanaf 1 juli

2015 is PostNL tevens op grond van de Wet Aanpak Schijnconstructies (artikel 7:616a e.v. BW) (hoofdelijk) aansprakelijk voor het achterstallig loon.

234. Zoals uit het reeds in de inleiding van deze dagvaarding aangehaalde filmpje (<https://vimeo.com/43603580> zie randnummer 28) is gebleken, is de contracting constructie (mede) bedacht door PostNL, zoals uitvoerig in het filmpje toegelicht door de heer Laurens Tuinhout, destijds directeur Sourcing & Sustainability bij PostNL pakketten. Hij heeft naar eigen zeggen "met de mensen van Tempo-Team Outsourcing eindelijk gezeten" (filmpje minuut 5:50) hoe deze constructie optimaal zou (moeten) worden vormgegeven.

235. Vanaf minuut 3:15 geeft de heer Tuinhout inzicht in de voordelen van uitbesteding. Hij bestempelt enkele van de (vaak zwaarbevochten) arbeidsvoorwaarden uit de cao als "ballast":

"Maar je hebt niet de ballast mee van een cao waar allerlei onzin in zit." En later wijst hij erop:

"hoeveel ongin er op de loonstroken staat" en dat "[hij] ook baalt van dat pensioen".

236. Hoe de heer Tuinhout geïnspireerd is geraakt bespreekt hij vanaf minuut 4:30. Naar eigen zeggen was de heer Tuinhout gecharmeerd van het ondernemerschap van de "onderkant van de maatschappij". Zo zegt hij op 4:35 het volgende.

"We kunnen eigenlijk ook wel eens wat leren van de onderkant van de maatschappij, waar gewoon hard geknukt wordt" en op minuut 4:44 vervolgt hij

"Dát ondernemerschap heeft mij geleerd hoe je dat kunt wegzetten in Pakketten. Het is niet alleen maar het afknippen in centen (onderstreping door mij, MV). Het is juist die productiviteitsstijging, dat mensen voelen wat ze doen in hun portemonnee. 1-op-1.."

237. Dit goede idee kon volgens de heer Tuinhout ook worden uitgevoerd bij de bemensing van paksorteercentra door "SW-ers, werklozen en andere inactieven aan de onderkant van de arbeidsmarkt".

238. De samenwerking met In Person heeft voor de werknemers juist niet gebracht waar de heer Tuinhout aan refereerde. De werknemers krijgen van In Person het minimumloon betaald en voelen dus geenszins in hun portemonnee hoe productief ze

zijn. De heer Tuinhout was niet geïnteresseerd in flexibiliteit, maar door de tussenschakel van In Person Outsourcing is de uitzendflexibiliteit van de werknemers wel degelijk aan de orde. Als de werknemers minder productief zijn, te mondig of anderszins kritisch, kan In Person gemakkelijk van ze af. De duurzame relatie die de heer Tuinhout voor ogen leek te hebben, is er dus niet van gekomen. Sterker nog, door In Person Outsourcing er als "contracting B.V." tussen te plaatsen is juist getracht in het geheel geen relatie met de werknemer te laten ontstaan. Wat wel gelukt is, is "het afknippen in centen" van mensen "aan de onderkant van de arbeidsmarkt". Met de "ballast" uit de PostNL cao hoeft bij deze constructie geen rekening te worden gehouden: de werknemers krijgen niet (meer) volgens de PostNL cao betaald.

239. Door het opzetten van deze schijnconstructie hebben PostNL en In Person "the best of both worlds" en de werknemers "the worst of both worlds". Dat opzetten is erg. Daarmee doorgaan nadat er tegen wordt geageerd is nog erger. De constructie met droge ogen verdedigen op basis van formele argumenten die geen steek houden, is het ergst.

Onrechtmatige daad PostNL

240. PostNL handelde en handelt derhalve onrechtmatig jegens de werknemers die worden onderbetaald. PostNL profiteert van de wanprestatie die In Person jegens haar werknemers pleegt door de NBBU cao niet na te leven.
241. Reeds in 1967 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het uitlokken tot het plegen van een wanprestatie een onrechtmatige daad kan opleveren³⁰. Deze kwestie zag op de arbeidsverhouding tussen een werknemer en zijn werkgever (Rekko). De schriftelijke arbeidsovereenkomst bevatte een concurrentie- en geheimhoudingsbeding. Na beëindiging van het dienstverband met Rekko trad de werknemer in strijd met het concurrentiebeding in dienst bij Herschi, terwijl Herschi op de hoogte was van het tussen de werknemer en Rekko geldende concurrentiebeding. Herschi werd vervolgens door Rekko aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige daad, aangezien Herschi wist van het concurrentiebeding dat tussen de Rekko en de werknemer bestond (1), doch de werknemer bewust in de gelegenheid had gesteld het beding te overtreden (2) en Herschi hiervan had geprofiteerd (3).

³⁰ HR 26 mei 1967, NJ 1967, 331.

242. In het verlengde van voornoemde uitspraak heeft de Hoge Raad in 2007 opnieuw een arrest gewezen waarin het uitlokken van wanprestatie centraal stond.³¹ In die casus was tussen pachters en de eigenaar van de gepachte grond een clause overeengekomen waarin een voorkeursrecht voor de pachters stond opgenomen tot het kopen van de desbetreffende percelen grond die zij pachtten als de eigenaar zou komen te overlijden. Nadat de eigenaar was overleden sloot een derde een koopovereenkomst met betrekking tot de percelen, zonder daarin de pachters te (er)kennen. De Hoge Raad oordeelde dat sprake is van onrechtmatig handelen indien de aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst wanprestatie pleegt jegens een derde en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest ook geoordeeld dat dezelfde normen te gelden hebben wanneer op de wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst rust (zoals een arbeidsovereenkomst met concurrentiebeding of een pachtovereenkomst met voorkeursrecht), maar een verbintenis uit de wet (onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW). Ergo: indien het handelen van In Person (ook) kwalificeert als een onrechtmatige daad is het ge/misbruik hiervan maken door PostNL wederom een onrechtmatige daad.

243. De lijn uit voornoemde arresten heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Teijin Twaron) voortgezet in een situatie die sterkt gelijk op de onderhavige. Het hof heeft in dit arrest bepaald dat de situatie waarin de inlener een situatie van onderbetaling van uitzendkrachten heeft uitgelokt en/of deze voor haar profijtelijke situatie willens en wetens in stand heeft gehouden, onrechtmatig handelen door de inlener kan opleveren.³² Voor de vraag of de inlener wist of in redelijkheid kon weten dat feitelijk te weinig werd verloond, merkte het hof op dat de inlener zicht had op de inroostering van de uitzendkrachten, zodat zij goed zicht moet hebben gehad op het aantal uren dat de uitzendkrachten bij haar werkzaamheden verrichten en het dus duidelijk moet zijn geweest op welk uurtarief de periodieke declaraties van het uitzendbureau waren gebaseerd. Slechts bij heel geringe verschillen kan dit naar het oordeel van het hof de inlener zijn ontgaan. Het hof concludeert in rechtsoverweging 4.6 als volgt:

“Van [geïntimeerde] mag, als professioneel werkgever en mede gelet op de omvang van haar onderneming ook verwacht worden dat zij dit soort gegevens expliciet in haar administratie verwerkt, al was het maar omdat zij aan haar eigen CAO-partners dient te

³¹ HR 27 januari 2007, NJ 2007, 78 (Pos/Van den Bosch).

³² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5161.

kunnen verantwoorden dat haar werknemers niet door uitzendkrachten worden verdrongen."

244. Het hof oordeelde tenslotte dat het van belang is om te weten in hoeverre de uitzendkrachten zich met de eigen werknemers van de inlener lieten vergelijken. Anders gezegd: verrichtten de uitzendkrachten dezelfde werkzaamheden als de eigen werknemers van de inlener en hadden zij om die reden recht op verloning aan de hand van de loontabellen van de CAO van de inlener?

245. Uit deze dagvaarding volgt dat de werknemers van PostNL dezelfde werkzaamheden verrichtten als de uitzendkrachten en de werknemers in dienst van PostNL op de depots in Zwolle en Halfweg, en andere uitzendkrachten ingeleend door PostNL op andere depots, zoals bijvoorbeeld Ridderkerk.

246. Uit het vorenstaande is ook gebleken dat PostNL zelfs contractueel heeft bedongen te allen tijde de administratie van In Person Outsourcing te kunnen raadplegen. Tevens is contractueel bedongen dat In Person PostNL op regelmatige basis van managementrapportages voorziet. (zie artikelen 9 en 10 van de samenwerkingsovereenkomst Depot Waddinxveen, bijlage 31 bij het rapport). Hieruit volgt dat PostNL zicht had en kon hebben op het aantal gewerkte uren (en de daarmee gepaard gaande kosten). Sterker nog, PostNL heeft de gehele constructie (samen met Tempo Team) uitgedacht en nadien voorgelegd aan onder meer In Person. Dit is ook waar de heer Tuinhout (van PostNL) blijkt het aangehaalde filmpje, zo trots op is (geweest).

247. Daarmee heeft PostNL onrechtmatig gehandeld jegens de betrokken werknemers, door bewust van deze door haarzelf gefaciliteerde, dan wel opgelegde c.q. uitgelokte wanprestatie te profiteren. Daarom is zij aansprakelijk voor de door de werknemers geleden schade, te weten het achterstallige salaris.

Artikel 7:616a en 7:616b BW

248. PostNL is vanaf 1 juli 2015 tevens aansprakelijk op grond van de Wet Aanpak Schijnconstructies. Voor de vestiging van deze aansprakelijkheid kan PostNL als opdrachtgever aangemerkt worden in de zin van 7:616a dan wel als naast hogere opdrachtgever in de zin van 7:616b BW.

249. De wet waar de aansprakelijkheid op gebaseerd heet niet voor niets Wet Aanpak Schijnconstructies. Het doel van deze wet is – onder meer – het versterken van de

rechtspositie van werknemers en bij te dragen aan een beloning voor werknemers, conform wet- en regelgeving, cao of afspraken bij individuele arbeidsovereenkomst.

250. In deze zaak is PostNL (hoofd)opdrachtgever. In Person is opdrachtnemer. Uit het voorgaande kan niet anders worden geconcludeerd dan dat deze constructie is opgezet om enerzijds te zorgen voor de mogelijkheid dat In Person door de uitzending aan een lege vennootschap kan profiteren van de flexibiliteitsvoordelen die uitzending biedt en dat zij zich beweerdelijk niet aan de verloningsvoorschriften van de NBBU conform PostNL cao zou dienen te houden. Voor PostNL kon de lege tussenBV mogelijk dienen als extra buffer in de ketenaansprakelijkheid die met de invoering van Wet Aanpak Schijnconstructies in werking is getreden.

251. Voor toepassing van artikel 7:616a lid 1 BW dient allereerst te worden vastgesteld dat in feite sprake is van PostNL als opdrachtgever en In Person als opdrachtnemer. In Person Outsourcing heeft geen werknemers in dienst en treedt ook niet als zelfstandige organisatie naar buiten. Zij heeft geen eigen winst- en verliesrekening en dient slechts als doorgeefluik voor In Person Bemiddelingsbureau en International en als (schijn)buffer voor PostNL. PostNL heeft met In Person als geheel deze samenwerking vormgegeven. Zij kan niet beweren dat zij alleen met In Person Outsourcing zaken heeft gedaan. De (uiteindelijk) bestuurder van In Person Outsourcing is immers dezelfde als de bestuurder van In Person Bemiddelingsbureau en In Person International. FNV verwijst naar de randnummers in deze dagvaarding waar zij uitlegt hoe In Person Bemiddelingsbureau respectievelijk In Person International – voor de toepassing van artikel 7:616a BW – met In Person Outsourcing te vereenzelvigen zijn. Om die reden is PostNL op grond van artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk voor het achterstallige loon. Bij elke andere uitkomst zou de hoofdelijke aansprakelijkheid uit de WAS, het kernpunt van deze wet, reeds omzeild worden door in plaats van direct uit te lenen, cq te contracteren binnen het concern eerst even -met precies dat doel- een eerste "driehoek" op te zetten. Een al net zo onbedoelde uitkomst als de uitsluiting van de juiste vaststelling van de inlenersbeloning die met diezelfde eerste -intra concern- driehoek wordt bepleit door de vormgevers van deze (schijn)constructie.

252. In het geval U.E.A. van oordeel bent dat in casu geen ruimte is voor (deze beperkte) vereenzelving ten aanzien van de toepassing van artikel 7:616a BW en de hoofdelijke aansprakelijkheid, en dat die slechts heeft te gelden bij de aan elkaar in- en uitlenende In Person zusters, blijft gelden dat PostNL direct (hoofdelijk) aansprakelijk is uit hoofde van de door haar gepleegde onrechtmatige daad.

253. In aanvulling daarop geldt dat Post NL als eindopdrachtgever vanaf 1 juli 2015 ook volgtijdelijk aansprakelijk is indien de In Person entiteiten nabetaling uitlaten, zulks ex artikel 7:616b BW.

254. PostNL komt in geen van de gevallen een beroep toe op het niet-verwijtbaarheidsverweer zoals vastgelegd in artikel 7:616a lid 2 en 7:616b lid 3 BW. Zowel uit het rapport als de in deze dagvaarding aanvullend overgelegde bewijzen blijkt afdoende dat PostNL niets heeft gedaan om te bewerkstelligen dat de uitzendkrachten op correcte wijze werden verloond. Sterker nog PostNL hanteert inmiddels dezelfde constructie in andere depots, ook door gebruikmaking van SW-geïndiceerden en mensen die deze werkzaamheden doen vanuit de bijstand in het kader van een werkstage, zie productie .. CAO ontduiking is het enige doel van deze constructies. Disculpatie is dan uitgesloten.

255. PostNL wist, althans behoorde te weten van de onderbetaling van de werknemers. Maar zelfs nadat zij van de onderbetaling door FNV officieel op de hoogte is gesteld, heeft zij niets ondernomen. Zowel vooraf, als achteraf zijn geen maatregelen genomen, waardoor PostNL geen beroep op het niet-verwijtbaarheidsverweer kan doen.

VII. Schadevergoeding FNV

Schadevergoeding FNV In Person

256. Vast staat dat In Person Bemiddeling en In Person International de NBBU cao en/of de ABU cao niet hebben nageleefd, waardoor FNV ernstige (reputatie)schade lijdt. In Person heeft de positie van FNV stelselmatig ondergraven door samen met PostNL willens en wetens van een (papieren) schijnconstructie gebruik te maken, die enkel en alleen dient om geldende loonverhoudingsvoorschriften te ontwijken, waaronder het loonverhoudingsvoorschrift zoals in artikel 22 NBBU cao en artikel 19 ABU cao opgenomen. FNV lijdt daardoor voortdurend grote schade en verliest hierdoor aanzienlijk aan werkkracht. Bovendien heeft FNV-personeel aan deze kwestie vele uren moeten besteden, die zij voor andere activiteiten had kunnen inzetten. (Zie hierna productie 33)

257. In 1979 heeft de Hoge Raad al onderkend dat deze schade voor vergoeding in aanmerking komt en becijferde hij die toentertijd reeds op f 50.000,-.³³ Nadien zijn in de

³³ HR 2 november 1979, NJ 1980, 227.

negentiger jaren vergelijkbare bedragen in lagere rechtspraak toegewezen.³⁴ Ondertussen zijn vele honderden uitspraken door kantonrechters, Gerechtshoven en de Hoge Raad gewezen met bedragen oplopend tot € 100.000,- en meer.³⁵ In deze zaken was het de SNCU die als paritair handhaver in de uitzendbranche deze bedragen incasseerde. Niet valt in te zien waarom FNV als partij die SNCU deze bevoegdheden heeft gedelegeerd in de uitzendbranche, bij eigen optreden met een lager bedrag dan € 100.000,- genoeg zou moeten nemen. De schade, zowel materieel als immaterieel, overstijgt dit bedrag verre.

Schadevergoeding FNV PostNL

258. In de PostNL cao is het volgende opgenomen in de considerans.

"Partijen [...] nemen bij het sluiten van deze collectieve arbeidsovereenkomst in overweging dat [...] het de bedoeling van partijen is om gedurende de looptijd van de cao de arbeidsrust te verzekeren en alle uit deze overeenkomst voortvloeiende of daarmee samenhangende verplichtingen te goeder trouw zullen naleven c.q. de naleving daarvan met alle ten dienste staande middelen te zullen bevorderen."

Voorts is in artikel 93 van de PostNL cao het volgende opgenomen.

"In afwijking van de toepasselijke cao voor uitzendkrachten zal de uitzendkracht die werkzaam is bij de werkgever een salaris en toe(s)lagen ontvangen volgens deze cao."

Verwezen zij naar de uiteenzetting in randnummers 110 e.v. van deze dagvaarding.

259. Uit het voorgaande volgt dat PostNL door deze schijnconstructie met In Person op te zetten geenszins acht heeft geslagen op de plicht die zij overeenkomstig de cao op zich heeft genomen om met alle ten dienste staande middelen de arbeidsrust te verzekeren en de naleving van de cao te zullen bevorderen. Integendeel, zij heeft deze verplichtingen willens en wetens geschonden.

³⁴ Kantonrechter Zwolle 19 april 1996, JAR 1996, 133; Kantonrechter Utrecht 23 december 1998, JAR 1999, 36.

³⁵ HR 28 november 2014 SNCU/Tido Vesta ECLI:NL:HR:2014:3458; Hof 's-Hertogenbosch, 29 december 2015, SNCU/Vakwerk Drenthe ECLI:NL:GHSHE:2015:5277; Hof te Amsterdam, 18 december 2012, SNCU/Arbeidsbemiddeling Interpool 200.088.230/01; Hof Den Bosch, SNCU/Daxxa, 29 mei 2012, 200.088.234; SNCU/MCK Labour, 18 januari 2012, 200.079.026/01; Hof Arnhem, SNCU/JTT Services, 31 augustus 2010, 200.042.938/01.

260. FNV lijdt daardoor voortdurend schade en verliest hierdoor aanzienlijk aan werkracht. Bovendien heeft FNV-personeel aan deze kwestie vele uren moeten besteden, die zij voor andere activiteiten had kunnen inzetten. Door 7 medewerkers van FNV is in de afgelopen 3 jaren veel tijd besteed ter voorbereiding van deze zaak. Een overzicht van de werknemers van FNV en de door hen bestede uren wordt als **productie 33** overgelegd. PostNL dient deze materiële schade te vergoeden, net als de immateriële schade. In beginsel kan in het midden blijven of sprake is van materiële dan wel immateriële schade, nu op grond van artikel 15/16 Wet CAO en artikel 3 Wet AVV schadevergoeding ex aequo et bono gevorderd kan worden, zodat de rechter dan in het midden kan laten of de toegewezen schade het materiële of immateriële deel betreft (HR 2 november 1979, NJ 1980, 227). In de systematiek die door SNCU, als paritaire handhaver in de uitzendbranche wordt gehanteerd, geldt een maximering van € 100.000 aan (im)materiële schadevergoeding. De (im)materiële schade die in deze zaak door FNV geleden is, overstijgt dit maximum verre.

261. Zowel bij PostNL als bij In Person dient de geleden schade te worden begroot op € 100.000.

VIII. Verweer PostNL

262. Bij brief van 5 december heeft FNV PostNL aansprakelijk gesteld (zie productie 17 bij punt 17 van deze dagvaarding). Naast haar reactie in de pers dat zij "*van haar onderaannemers verwacht dat die hun zaken goed op orde hebben*", heeft PostNL ook een brief aan ISZW gestuurd op 11 (check) januari 2018, zie productie 20 bij punt 30 van deze dagvaarding). PostNL reageert in de brief (slechts) inhoudelijk op het rapport van ISZW. Zij stelt niets ten aanzien van de aansprakelijkheid. De brief is qua inhoud sterk gelijkend aan de brief die In Person aan ISZW heeft gestuurd.

263. ISZW zou de samenwerking onjuist hebben beschreven. PostNL legt bij haar reactie de nadruk op de verantwoordelijkheden die In Person heeft, zoals omschreven in de door haar gedicteerde contracten. Net als in de zojuist behandelde brief van In Person aan ISZW wordt verwezen naar de passages uit de overeenkomsten waaruit moet blijken dat In Person de planning voor haar rekening neemt en dat zij bepaalde werkgeversrisico's draagt. FNV verwijst naar het bovenstaande waar de grotendeels gelijklopende brief van In person wordt besproken. Een aantal stellingen van PostNL licht FNV nog kort toe.

264. De draaiboeken voor de feestdagen en het boekenbal worden volgens PostNL ruim van tevoren in overleg met elkaar afgestemd. Dat is ook contractueel vastgelegd in artikel 5 onder d van de samenwerkingsovereenkomst (zie pagina 5 van de brief van PostNL).

265. Dit staat haaks op de verklaring van de procesmanager van PostNL (zie bijlage 15 bij het rapport). Die verklaart immers het volgende.

"De draaiboeken voor feestdagen en boekenbal e.d. worden opgesteld door PostNL. In Person heeft verder geen invloed op de inhoud van deze draaiboeken."

De heer M. geeft expliciet aan dat In Person geen invloed heeft op de inhoud van die draaiboeken. Dus, al zou het zo zijn dat overleg plaatsvindt van tevoren, kan uit de verklaring van de procesmanager van PostNL in elk geval worden afgeleid dat dit een zeer eenzijdig overleg is.

266. Een vergelijkbare analyse geldt voor andere uitzendbureaus, door PostNL "subcontractors" genoemd, zie bijvoorbeeld het rapport van ISZW over de vergelijkbare constructie die PostNL heeft opgezet voor mensen uit de SW, WWB (bijstand), uitzendkrachten en jongeren uit de Wajong (productie 18). Ook die door PostNL als subcontractor aangeduide partij heeft niets in te brengen over de planning in het algemeen en die in feestdagen en het boekenbal in het bijzonder, zie de conclusies op pagina 30 tot en met 34. FNV citeert pagina 32 bovenaan ter zake de feestdagen en het boekenbal: *"Gedurende de drukke periodes (boekenbal en KNJ) worden er door PostNL Pakketten draaiboeken opgesteld. In deze draaiboeken worden de aanvangs-/procestijden door PostNL Pakketten aangepast in verband met de te verwachten grote hoeveelheden te verwerken pakketten. BWRI (het uitzendbureau, door PostNL subcontractor genoemd, toevoeging MV) heeft geen invloed op de inhoud van deze draaiboeken en de wijzigingen van aanvangs-/procestijden."* Kort en goed: PostNL maakt voor al haar vestigingen geheel eigenhandig, exact dezelfde draaiboeken die worden gedicteerd aan de verschillende bedrijven die (uitsluitend) mensen ter beschikking stellen.

267. PostNL stelt dat In Person wél *"zelfstandig kan factureren"* (pagina 5/6 van haar brief). Ter onderbouwing daarvan stelt PostNL dat In Person zelf informatie uit een systeem kan halen. Voor de volledigheid vermeldt zij daarbij dat het systeem door PostNL ter beschikking wordt gesteld en dat PostNL daartoe – zo is contractueel

overeengekomen – aan In Person toegang verleent. Met andere woorden, zonder het systeem van PostNL kan In Person niet factureren.

268. Ook qua facturatie is de Kolham zaak (productie 18) weer identiek, zie pagina 32 van dat rapport: *"Alle gegevens die BWRI nodig heeft om een factuur op te stellen worden aangeleverd door PostNL Pakketten...BWRI beschikt niet over de gegevens om zelfstandig aan PostNL Pakketten te factureren"*. Kort en goed: zelfde verhaal, zelfde volledige afhankelijkheid, geen echt ondernemerschap bij de "contractor" die ook helemaal geen contractor is, maar leverancier van handjes.
269. Een volgend citaat uit de verklaring van de heer M, procesmanager PostNL, dat PostNL in haar brief aanhaalt om haar van ISZW afwijkende mening over leiding en toezicht te onderbouwen (bullet 3 op pagina 6 van haar brief) luidt als volgt:
- "Wij [procesmanagers van PostNL, toevoeging MV] krijgen elke dag vanuit het hoofdkantoor gegevens over de sorteerkwaliteit. Daarin staat bij welke sorteergoot veel fouten zijn gemaakt. Dan is het aan In Person om de betreffende werknemers daarop aan te spreken."*
270. Volgens PostNL zou ISZW deze verklaring onvoldoende hebben meegewogen bij haar conclusies. Op verschillende manieren blijkt hieruit juist dat leiding en toezicht bij PostNL liggen.
271. Allereerst is het feit dat überhaupt de mogelijkheid bestaat om werknemers op de sorteerkwaliteit aan te spreken, te danken is aan de machines en gekoppelde systemen , die eigendom zijn van PostNL. Het zijn klaarblijkelijk mensen bij het hoofdkantoor die weten hoe zij die informatie moeten interpreteren en moeten doorgeven. Vervolgens krijgen de procesmanagers van de PostNL pakketsorteercentra dus vanuit het hoofdkantoor gegevens over de sorteerkwaliteit. De procesmanagers besluiten vervolgens wat zij met die gegevens doen en bepalen of zij de teamleiders van In Person zullen instrueren om sorteermedewerkers aan te spreken.
272. Het enkele feit dat een verschil in rang tussen teamleiders en sorteermedewerkers maakt dat zij elkaar onderling aanspreken, is nog geen indicatie van leiding of toezicht. In dit geval is het tegendeel zelfs aan de orde, omdat de teamleiders geen autonome beslissingen nemen om de werknemers aan te spreken.

273. Ook bij Kolham/BWRI is slechts sprake van een “doorgeef functie” zie pagina 33 van dat rapport. PostNL heeft een landelijk systeem van leiding, sturing en toezicht, welk systeem door lokale leidinggevers van PostNL wordt gebruikt om de werknemers aan te sturen. Die werknemers zijn soms direct bij PostNL in dienst, zijn soms direct ingehuurd bij uitzendbureaus en soms -zoals in casu en bij Kolham- in dienst bij uitzendbureaus die volgens PostNL opeens niet meer als zodanig zouden kwalificeren.

274. Verder benadrukt PostNL ook dat sprake is van een tussenschakel. In Person Bemiddelingsbureau en In Person International stellen arbeidskrachten ter beschikking aan In Person Outsourcing. In Person Outsourcing zou vervolgens op haar beurt middels contracting de werknemers tewerkstellen bij PostNL. Daarom zou artikel 8 waadi niet van toepassing zijn. Dit verweer is onjuist en is in het voorgaande reeds extensief behandeld.

IX. Berekening achterstallig loon

275. Het is op basis van de op dit moment aan FNV ter beschikking staande administratie onmogelijk om te berekenen wat het exacte achterstallige loon is voor alle werknemers individueel die via In Person bij PostNL werken of gewerkt hebben. Het is voor FNV onduidelijk hoeveel werknemers exact op de drie depots werken en hoeveel zij gewerkt hebben. Daarom wordt als **productie 34** een indicatieve loonberekening overgelegd. Deze indicatieve loonberekening ziet op het totaalbedrag aan achterstallig loon voor de werknemers van de depots in Amersfoort, Waddinxveen en Goes over de afgelopen vijf jaar. In Person en PostNL zijn de enige partijen die hierover, op grond van de precieze salaris- en urenadministratie, helderheid kunnen verschaffen.

276. Het achterstallig loon wordt gevormd door de verschillen in de beloning die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en de beloning zoals die volgens de PostNL cao had moeten plaatsvinden. Dit betreft het basisuurloon, verschillen in toeslagen en verschillen in toekenning van (netto) reiskostenvergoeding.

277. Vast staat dat alle avond- en nachtdiensten door In Person werknemers worden uitgevoerd. De diensten duren 7,5 uur per dag, 6 dagen in de week. Voor deze berekening geldt aldus als uitgangspunt dat 1 fte gelijk staat aan 45 uren werk. Het aantal werknemers dat iedere dag op die diensten werkt staat niet vast. De ene dag zijn dat er meer dan 100, de andere dag minder dan 100. Op basis van door FNV uitgevoerd onderzoek op het depot van Waddinxveen werken op maandag en dinsdag gemiddeld 100 werknemers, op woensdag, donderdag en vrijdag gemiddeld 80 werknemers en op zondag gemiddeld 40 werknemers. Dat maakt een totaal van 480 uur over zes dagen. Dat betekent dat In Person per week gemiddeld (480/6 dagen) 80 fte (à 45 uur) aan het

werk houdt op het depot te Waddinxveen. Op basis van de omvang van de andere depots is FNV uitgegaan van 75 fte per week voor Amersfoort en 40 fte per week voor Goes.

278. Onder de noemer "toelage uren" in productie 34 wordt het bruto verschil in toelages toegelicht. Per week is sprake van 10 nachtelijke uren (2 uur per weekdag in de tijdspanne van 00:00 tot 06:00), 10 avond uren (22:00 tot 24:00 uur) en van 7,5 zondagsuren.

279. Inclusief reserveringen levert dit per fte per week (van 45 uur) een verschil op van € 117,81 bruto. Geëxtrapoleerd naar 195 fte (voor de drie depots in totaal) en voor 52 weken levert dit een jaarlijks bruto loonverschil op van € 1.194.554,37. Voor 5 jaar betekent dat een totale bruto loonachterstand van € 5.972.771,84. Dit is exclusief het achterstallig netto loon van € 202.293,00. Deze twee bedragen tezamen vormen het totaal aan achterstallig loon, zoals indicatief door FNV berekend.

X. Buitengerechterlijke incassokosten

280. FNV en PostNL zijn hoofdelijk buitengerechterlijke incassokosten verschuldigd op grond van artikel 6:96 lid 2 BW. Door FNV is voorbereidend onderzoek gedaan naar de naleving van de cao's en artikel 8 Waadi binnen de pakketsorteercentra PostNL en de aldaar werkzame uitzendkrachten van In Person. Tevens zijn meerdere gesprekken gevoerd met PostNL en In Person en is met beide partijen uitvoerig gecorrespondeerd, zowel door medewerkers van FNV zelf, als haar raadslieden.

281. Door FNV is een advocaat ingeschakeld die zowel met (de raadslieden van) In Person als PostNL tevergeefs getracht heeft tot een vergelijk te komen.

282. De buitengerechterlijke incassokosten worden op grond van artikel 6:96 lid 4 BW (aan de hand van de indicatieve berekening van het achterstallig salaris alsmede de verschuldigde schadevergoeding) begroot op € 8.197,75 inclusief BTW conform de staffel BIK. FNV kan de BTW niet verrekenen, waardoor – ook ten aanzien daarvan – concrete schade wordt geleden.

XI. Overig

283. U.E.A. Kantonrechter bent bevoegd om van onderhavige vorderingen jegens In Person en PostNL kennis te nemen nu de woonplaats van gedaagden 1,2 en 3 Enschede is. Dit geschil betreft de juiste toepassing van een (collectieve) arbeidsovereenkomst en betreft derhalve een aardzaak.

284. FNV biedt, naast het reeds overgelegde bewijs, bewijs aan van al haar stellingen, voor zover door In Person of PostNL (gemotiveerd) betwist, te bewijzen door alle middelen rechtens waaronder ook nog niet gehoorde getuigen, alsook de inspecteurs van de Inspectie SZW zelf, alsmede door middel van het overleggen van geschriften en indien nodig het maken van berekeningen.

MITSDIEN

Het U.E.A. Kantonrechter te Enschede (Rechtbank Overijssel) behage om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. te verklaren voor recht dat de terbeschikkingstelling van de werknemers van In Person International, Arbeidsbemiddeling en/of Outsourcing aan PostNL kwalificeert als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW en de Waadi;
- II. te verklaren voor recht dat In Person International, In Person Bemiddelingsbureau en/of In Person Outsourcing op grond van wanprestatie, onrechtmatige daad en/of de redelijkheid en billijkheid gehouden zijn tot nabetaling van het gevorderde achterstallig loon en overige geleden schade;
- III. Te verklaren voor recht dat In Person International, In Person Bemiddelingsbureau en/of In Person Outsourcing door overtreding van de op hen van toepassing zijnde uitzendcao's gehouden zijn tot betaling van de door FNV geleden (im)materiële schade;
- IV. te verklaren voor recht dat PostNL (hoofdelijk) aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, en sinds 1 juli 2015 mede op grond van 7:616a BW, dan wel sinds die tijd volgtijdelijk aansprakelijk is op grond van 7:616b BW, een en ander voor nabetaling van het gevorderde achterstallig loon en overige geleden schade;
- V. Te verklaren voor recht dat PostNL door overtreding van de inleenbepaling(en) in de PostNL cao gehouden is tot betaling van de door FNV geleden (im)materiële schade;
- VI. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International, In Person Outsourcing en/of PostNL hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, te veroordelen tot het maken van een loonberekening, vanaf 30 november 2012 tot en met heden, althans de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de betreffende werknemers rechtsgeldig (zullen) zijn geëindigd (1),

de bedragen die uit die berekeningen voortvloeien na te betalen aan de werknemers (2) en daarvan deugdelijke salarisspecificaties en betaalbewijzen te overleggen aan zowel de werknemers als aan FNV (3), voor wat betreft die laatste subvordering (3) op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven;

- VII. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International, In Person Outsourcing en/of PostNL hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, te veroordelen om aan de werknemers te betalen de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de onder punt VI te berekenen bedragen;
- VIII. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International en/of In Person Outsourcing hoofdelijk te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de FNV te voldoen de somma van € 100.000,- (zegge: honderdduizend euro), ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 en 16 Wet CAO jo. artikel 3 Wet AVV, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- IX. PostNL te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de FNV te voldoen de somma van € 100.000,- (zegge: honderdduizend euro), ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 en 16 Wet CAO, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- X. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International, In Person Outsourcing en/of PostNL hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 8.197,75 inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- XI. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International, In Person Outsourcing en/of PostNL hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over de in de punten VI, VII, VIII, IX en X gevorderde bedragen vanaf de dag van verzuim, althans een door u in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;
- XII. In Person Bemiddelingsbureau, In Person International, In Person Outsourcing en/of PostNL te veroordelen in de kosten van deze procedure.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder