

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer: 200.134.988/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: CV 12-75282

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 oktober 2014

inzake

de stichting **STICHTING PENSIOENFONDS VOOR PERSONEELSDIENSTEN**,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. W.H. van Baren te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
C4C HUMAN RESOURCES B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. J.W. Janssens te Houten.

1. Het geding in hoger beroep

1.1 Partijen worden hierna C4C en StiPP genoemd.

1.2 StiPP is bij dagvaarding van 20 september 2013 in hoger beroep gekomen van het op 1 juli 2013 onder bovenstaand zaak-/rolnummer door de rechtbank Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam (hierna: de kantonrechter), uitgesproken vonnis, gewezen tussen haar als gedaagde en C4C als eiseres.

1.3 Bij memorie heeft StiPP tien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd, producties in het geding gebracht, bewijs aangeboden en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest - de vordering van C4C alsnog zal afwijzen met veroordeling van C4C tot terugbetaling van al hetgeen StiPP ter uitvoering van het bestreden vonnis aan C4C heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling, en met veroordeling

van C4C in de kosten van de procedure in beide instanties te vermeerderen met nakosten en met de wettelijke rente indien de proceskosten niet binnen 7 dagen na de dagtekening van dit arrest zijn betaald.

1.4 C4C heeft bij memorie van antwoord de grieven van StiPP bestreden, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis met veroordeling van StiPP in de kosten van de procedure in hoger beroep met inbegrip van de nakosten.

1.5 Partijen hebben de zaak doen bepleiten ter zitting van het hof van 2 mei 2014, StiPP door mrs. F.B.J. Grapperhaus en S.J. Kremer, beiden advocaat te Amsterdam en C4C door mr Janssens voornoemd en mr. A.B. Bouter, advocaat te Houten. De advocaten hebben zich bediend van pleitnotities die zijn overgelegd. StiPP is bij die gelegenheid akte verleend van het in het geding brengen van nog een vijftal producties (de producties 4 tot en met 8).

1.6 Ten slotte is arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

2. Feiten

De kantonrechter heeft in een op 17 december 2012 in deze zaak gewezen tussenvonnis onder "Feiten" (de overwegingen 1.1 tot en met 1.7) een aantal feiten als tussen partijen vaststaand vermeld. Hieromtrent bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van deze feiten zal uitgaan.

3. Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. StiPP is een bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. StiPP voert de verplichte pensioenregeling uit voor werknemers in de uitzendbranche.

b. Bij besluit van 30 januari 2009 (hierna het besluit te noemen) heeft de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid de deelname in StiPP verplicht gesteld. In het besluit staat onder meer:

"Het deelnemen in de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten is verplicht gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming (...).

Hierbij wordt verstaan onder:

. uitzendonderneming:

De natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek.

. uitzendovereenkomst

de arbeidsovereenkomst, waarbij de ene partij als werknemer door de andere partij als werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan die werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.”

Alles met dien verstande dat:

(...)”

Vervolgens wordt in het besluit een aantal branches/bedrijfstakken genoemd, ten aanzien waarvan is bepaald dat de verplichtstelling al dan niet geldt, indien zich in het besluit vermelde situaties voordoen.

c. C4C maakt haar bedrijf van het leveren van gekwalificeerd medisch specialistisch personeel aan opdrachtgevers, zijnde ziekenhuizen, zorginstellingen en thuiszorgorganisaties. Een deel van dat personeel is geregistreerd in het BIG-register.

d. Bij brief van 24 januari 2011 heeft de pensioenuitvoerder namens StiPP aan C4C bericht dat haar onderneming op grond van de bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer van StiPP valt en dat zij C4C met ingang van 1 januari 2011 bij StiPP heeft aangesloten. C4C heeft tegen deze aansluiting bezwaar gemaakt, welk bezwaar StiPP niet heeft gehonoreerd. De aansluiting is nadat partijen daarover hadden gecorrespondeerd gehandhaafd.

3.2 C4C vorderde in eerste aanleg voor recht te verklaren dat zij niet valt onder de verplichtstelling om deel te nemen in StiPP en StiPP te veroordelen tot betaling van de kosten van de procedure, die zij heeft gevoerd bij de rechtbank Rotterdam over het niet verlenen van vrijstelling van deelname in StiPP, en in de kosten van de onderhavige procedure. Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter de gevorderde verklaring voor recht toegewezen en StiPP veroordeeld in de proceskosten van de procedure in eerste aanleg. Tegen deze beslissing en de gronden waarop deze berust, richten zich de grieven van StiPP.

3.3 C4C heeft niet incidenteel geappelleerd. De in eerste aanleg afgewezen vordering ter zake van de kosten van de procedure bij de rechtbank in Rotterdam is in het geschil in hoger beroep dus niet aan de orde.

3.4 Het geschil tussen partijen betreft het antwoord op de vraag of C4C valt onder de werkingssfeer van het besluit, vooral op de vraag of C4C moet worden aangemerkt als uitzendondernemer op wie het besluit van toepassing is.

3.5 In hoger beroep heeft C4C zich ter onderbouwing van haar stelling dat zij niet verplicht is deel te nemen in de pensioenregeling van StiPP, in de eerste plaats op het standpunt gesteld dat het besluit niet op haar van toepassing is omdat zij niet een werkgever is in een van de zes expliciet in het besluit na “Alles met dien verstande dat” genoemde branches/bedrijfstakken. Artikel 1 van het besluit (zoals hiervoor gedeeltelijk geciteerd) begint met een algemene definitie waarin staat wanneer het deelnemen in StiPP verplicht is en wat er verstaan moet worden onder uitzendonderneming en uitzendovereenkomst. Artikel 1 noemt vervolgens na “Alles

met dien verstande” de zes branches/bedrijfstakken waarop de verplichtstelling van toepassing is. Het betreft een limitatieve opsomming, waarin de branche waarin C4C werkzaam is niet wordt genoemd. In de wel in het besluit genoemde branches/bedrijfstakken wordt veel met uitzendkrachten en korte dienstverbanden gewerkt en ter bescherming van de werknemers in die branches/werkgebieden moet deelname in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht zijn, aldus steeds C4C.

3.6 Het hof volgt C4C niet in deze stelling. De uitleg die C4C aan de tekst van het besluit geeft berust op een verkeerde lezing daarvan. Voor de na “Alles met dien verstande dat” genoemde branches/bedrijfstakken bestaan, zoals ook uit de tekst van het besluit volgt, andere verplichte bedrijfstakpensioenen en de bepaling dat, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, de in het besluit opgenomen verplichtstelling niet geldt, heeft duidelijk de strekking te voorkomen dat er twee verplichte pensioenregelingen op de desbetreffende werknemer van toepassing zijn. Dat het niet de bedoeling van het besluit geweest kan zijn de werking daarvan te beperken tot de na “Alles met dien verstande” genoemde branches/bedrijfstakken, kan ook worden afgeleid uit het feit dat daar, anders dan C4C suggereert, een aantal branches niet wordt genoemd waar veel uitzendkrachten werkzaam zijn, zoals de horeca, de schoonmaakbranche en de beveiligingsbranche. In de oorspronkelijke tekst van het besluit van 18 september 1998, die door StiPP in het geding is gebracht, was de tekst vanaf “Alles met dien verstande dat” niet opgenomen. Uit de eveneens in het geding gebrachte brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2003 blijkt dat er overleg heeft plaatsgevonden met een aantal sociale partners in verband met de overlap tussen de werkingssfeer van StiPP en andere bedrijfstakpensioenfondsen en dat dat overleg heeft geleid tot een wijziging in het besluit om die overlap te voorkomen. Waar C4C (als zij een uitzendonderneming is, waarop in het hiernavolgende nog wordt teruggekomen) in ieder geval onder het besluit zou vallen zonder de toevoeging vanaf “Alles met dien verstande dat”, valt zij ook onder het gewijzigde besluit, nu gesteld noch gebleken is dat C4C behoort tot de na “met dien verstande dat” genoemde branches/bedrijfstakken. Alleen voor de na “Alles met dien verstande dat” genoemde bedrijfstakken is op die verplichtstelling immers een uitzondering gemaakt.

3.7 C4C heeft voorts gesteld dat zij met haar werknemers arbeidsovereenkomsten sluit en geen uitzendovereenkomsten. Die arbeidsovereenkomsten worden eerst voor een half jaar aangegaan en vervolgens – bij gebleken geschiktheid – omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Die overeenkomsten kunnen daarom niet als uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW worden gekwalificeerd. Indien een werkgever en een werknemer een arbeidsovereenkomst hebben gesloten en daaraan ook feitelijk uitvoering hebben gegeven, kan die niet door een derde als uitzendovereenkomst worden bestempeld, zo voert zij aan.

3.8 Anders dan C4C suggereert, is een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW een arbeidsovereenkomst. Dat blijkt niet alleen uit de tekst van het desbetreffende artikel (“De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst (..)”), maar ook uit het feit dat het artikel geplaatst is in titel 10 van boek 7 BW “Arbeidsovereenkomst”. De vraag moet dus worden beantwoord of de

overeenkomsten die C4C met haar werknemers sluit niet alleen “gewone” arbeidsovereenkomsten zijn omdat deze aan de vereisten van artikel 7:610 BW voldoen maar tevens uitzendovereenkomsten zijn omdat zij (tevens) voldoen aan de in artikel 7:690 BW gestelde vereisten, te weten een 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”*. Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, zijn de arbeidsovereenkomsten van C4C uitzendovereenkomsten.

3.9 Het beroep dat C4C in dit verband heeft gedaan op de zogenoemde Groen/Schoevers-leer kan haar niet helpen. Op zich zelf is het juist dat bij de kwalificatie van tussen C4C en haar werknemers gesloten overeenkomsten van belang is wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven, zoals C4C heeft gesteld. C4C en haar werknemers stond bij het aangaan van de “arbeidsovereenkomst” genoemde overeenkomsten evenwel voor ogen dat die werknemers in het kader van die arbeidsovereenkomsten ter beschikking van een derde zouden worden gesteld en voor die derde werkzaamheden zouden gaan verrichten krachtens een door deze derde aan C4C verstrekte opdracht. C4C en haar werknemers hebben ook aan de overeenkomsten uitvoering gegeven overeenkomstig hetgeen hen voor ogen stond. Als die overeenkomsten als “uitzendovereenkomsten” moeten worden gekwalificeerd, stond C4C en haar werknemers dus het sluiten van een uitzendovereenkomst voor ogen.

3.10 Zoals de kantonrechter ook heeft overwogen (tussenvonnis onder 4) staat tussen partijen vast dat C4C bedrijfsmatig medewerkers aan derden ter beschikking stelt om in de onderneming van die derden werkzaamheden te verrichten en dat daarmee ten minste vijftig procent van het totale premieplichtige loon is gemoeid. De kantonrechter heeft vervolgens overwogen dat daarmee de verplichting van C4C aangesloten te zijn bij StiPP nog niet gegeven is omdat onder het begrip “werkgever” in de zin van artikel 7:690 BW en het besluit, anders dan StiPP heeft betoogd, niet alle ondernemingen vallen die “middels detachering, payroll en andere vormen” arbeid ter beschikking stellen aan derden. Een werkgever die bij de detachering van haar werknemers geen allocatiefunctie vervult valt, zo overweegt de kantonrechter in het bestreden vonnis, niet onder de werking van artikel 7:690 BW en het besluit en uit de toelichting die C4C heeft gegeven van haar activiteiten kan worden afgeleid dat C4C geen allocatiefunctie vervult. De kantonrechter heeft ten slotte overwogen dat de werknemers van C4C niet onder leiding en toezicht van de opdrachtgevers van C4C werkzaam zijn maar dat de kern van de leiding en toezicht bij C4C blijft. Omdat de allocatiefunctie bij C4C ontbreekt en leiding en toezicht niet door de opdrachtgevers maar door C4C worden ingevuld, kan C4C volgens de kantonrechter niet als werkgever in de zin van artikel 7:690 BW worden beschouwd en valt zij niet onder de werkingssfeer van het besluit.

3.11 De grieven klagen in de eerste plaats over het oordeel van de kantonrechter dat de (uitzendende) werkgever die geen allocatiefunctie vervult geen werkgever in de zin

van artikel 7:690 BW en het besluit is en dat C4C geen allocatiefunctie vervult. StiPP stelt dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult. Voldoende is dat er sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever. Artikel 7:690 BW geldt voor alle driehoeksverhoudingen. Zij stelt verder dat C4C wel een allocatiefunctie vervult. C4C brengt vraag en aanbod van medisch personeel bij elkaar en de terbeschikkingstelling ervan heeft een tijdelijk karakter.

3.12 Het hof is, anders dan de kantonrechter, van oordeel dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult, in die zin dat, zoals C4C bepleit, artikel 7:690 BW uitsluitend van toepassing is indien de werkgever zich met name bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden. Uit de tekst van artikel 7:690 BW volgt dat alle arbeidsovereenkomsten, waarbij de werknemer door de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde, uitzendovereenkomsten zijn. Dat impliceert dat alle werknemers die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst in beginsel onder de werkingssfeer van het besluit vallen. Of de desbetreffende werknemers, zoals de werknemers van C4C die langer dan zes maanden in dienst zijn, een vast dienstverband met hun werkgever hebben en of die werknemers over capaciteiten beschikken, die de derden (zorginstellingen), waar zij te werk worden gesteld niet zelf in huis hebben is, anders dan de kantonrechter heeft overwogen, niet van belang.

3.13 StiPP klaagt vervolgens over het oordeel van de kantonrechter dat de werknemers van C4C niet onder toezicht en leiding van de derde aan wie zij ter beschikking zijn gesteld werkzaam zijn en dat C4C om die reden niet als werkgever in de zin van artikel 7:690 BW kan worden beschouwd. Volgens StiPP heeft de kantonrechter ten onrechte doorslaggevend geacht bij wie de kern van leiding en toezicht ligt, hetgeen volgens de kantonrechter impliceert dat van belang is wie bepaalt of een medewerker zijn werkzaamheden goed vervult, waar hij werkzaam is en voor hoelang en wat zijn salaris is. StiPP stelt dat voor het antwoord op de vraag onder wiens toezicht en leiding een werknemer werkzaam is, bepalend is wie de instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkzaamheden heeft - de uitzender of de inlener - en niet degene die bepaalt of een werknemer zijn werkzaamheden goed vervult en wat het salaris is. C4C stelt dat StiPP aldus miskent dat haar opdrachtgevers ten aanzien van haar medewerkers weliswaar de instructiebevoegdheid hebben met betrekking tot de feitelijke dagelijkse gang van zaken maar juist geen zeggenschap hebben over de wijze waarop de door haar aan haar opdrachtgevers ter beschikking gestelde werknemers hun werkzaamheden uitvoeren. C4C heeft hoogopgeleide, gekwalificeerde en deskundige specialisten in dienst, veelal in het bezit van een BIG-registratie of financieel administrateurs of managers met ervaring in de zorg. Die specialisten dragen hun eigen verantwoordelijkheid, dienen hun werkzaamheden uit te voeren conform hun eigen professionele standaarden en vallen - indien zij een Big-registratie hebben - onder het medisch tuchtrecht. De desbetreffende medewerkers worden op de

werkvloer begeleid door twee accountmanagers, die C4C in dienst heeft om de feitelijke leiding over haar medewerkers uit te oefenen.

3.14 Het hof overweegt als volgt. Als productie 6 bij de conclusie van antwoord heeft StiPP de mantelovereenkomst voor dienstverlening in het geding gebracht, die C4C kennelijk - C4C heeft dat niet betwist - met haar opdrachtgevers pleegt te sluiten. In artikel 3 van deze overeenkomst staat onder meer de volgende bepaling, waarbij, blijkens de definities in artikel 2 van de overeenkomst "de Deskundige" de werknemer van C4C is en C4C wordt aangeduid als Opdrachtnemer:

"Opdrachtnemer draagt de bevoegdheid tot het geven van instructies ten aanzien van de Werkzaamheden, waarmee de deskundige bij Opdrachtgever is belast, en het toezicht daarop over aan Opdrachtgever. De verantwoordelijkheid voor het bereiken van het met de Werkzaamheden beoogde doel cq. resultaat berust bij Opdrachtgever."

C4C komt dus, anders dan zij suggereert, met haar opdrachtgevers overeen dat de instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkzaamheden van de ter beschikking gestelde werknemers bij de opdrachtgevers ligt. Daaraan doet niet af dat de desbetreffende werknemers hoogopgeleid zijn en gespecialiseerde werkzaamheden verrichten, ten aanzien waarvan de opdrachtgevers zelf over onvoldoende kennis beschikken en die hun werkzaamheden overeenkomstig hun eigen professionele standaarden verrichten, zoals C4C heeft gesteld of dat C4C een tweetal accountmanagers in dienst heeft die de desbetreffende medewerkers begeleidt. Ook ten aanzien van professionals, die krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn heeft de werkgever een instructiebevoegdheid. Die bevoegdheid is in het onderhavige geval overgedragen aan de derde aan wie de werknemer door de werkgever ter beschikking is gesteld.

3.15 Het vooroverwogene leidt tot de conclusie dat C4C onder de werkingssfeer van het besluit valt en dat de bij het bestreden vonnis gegeven verklaring voor recht dat C4C niet valt onder de verplichting deel te nemen in StiPP, niet in stand kan blijven. Het vonnis zal worden vernietigd en de vordering van C4C zal alsnog worden afgewezen. De vordering van StiPP C4C te veroordelen tot terugbetaling van hetgeen zij op grond van het vonnis in eerste aanleg aan C4C heeft betaald is toewijsbaar. Als in het ongelijk gestelde partij wordt C4C veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties inclusief de eventueel verschuldigde nakosten. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen vanaf 14 dagen na de datum van dit arrest.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende:

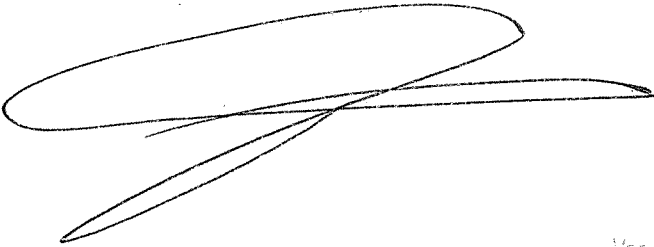
wijst de vorderingen van C4C af;

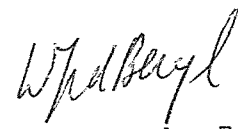
veroordeelt C4C om al hetgeen StiPP ter uitvoering van het bestreden vonnis aan C4C heeft voldaan aan StiPP terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling;

veroordeelt C4C in de kosten van de procedure in beide instanties tot aan deze uitspraak aan de zijde van StiPP begroot op € 600,-- aan salaris gemachtigde voor de procedure in eerste aanleg en op € 759,71 aan verschotten en € 2.682,-- aan salaris advocaat voor de procedure in appel, te vermeerderen met de nakosten indien verschuldigd en voorts te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van dit arrest indien de proceskosten alsdan niet zijn voldaan.

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.A.J. Dun, A.M.A. Verscheure en R.Tj. Terpstra en is door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 oktober 2014.




mr. W.J. van den Bergh

Voor afschrift conform
De rolraadsheer
Gerechtshof te Amsterdam

