**ECLI:NL:GHARL:2013:5161**

Instantie

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak

16-07-2013

Datum publicatie

16-07-2013

Zaaknummer

200.103.763-01

Vraag of wanprestatie (onderbetaling) van de werkgever een onrechtmatige daad van de inlener oplevert. Maatstaf.

**Uitspraak**

**GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN**

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.103.763/01

(zaaknummer rechtbank Groningen 480546/CV EXPL 10-19660)

**arrest van de eerste kamer van 16 juli 2013**

in de zaak van

**[appellant],**

wonende te [woonplaats],

appellant,

in eerste aanleg: eiser,

hierna: **[appellant]**,

advocaat: mr. R.A. Severijn, kantoorhoudend te Utrecht,

tegen

**[geïntimeerde],**

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: **[geïntimeerde],**

advocaat: mr. D. Kuijken, kantoorhoudend te Groningen.

Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 22 mei 2012 hier over.

**1**

**Het verdere verloop van het geding in hoger beroep**

1.1

In het voormelde tussenarrest heeft het hof een comparitie na aanbrengen gelast. Deze comparitie is gehouden op 11 juni 2012; het daarvan opgemaakte proces-verbaal maakt deel uit van de stukken.

1.2

Het verdere verloop van de procedure is als volgt:

1. - de memorie van grieven tevens houdende akte wijziging eis,
2. - de memorie van antwoord.

1.3

Ten slotte hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

1.4

Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (*Staatsblad* 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaak uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden.

1.5

De vordering van [appellant] luidt:

"*het vonnis van de Rechtbank Groningen, sector kanton, locatie Groningen, gewezen op 8 december 2011 (…) te vernietigen en opnieuw rechtdoende, bij arrest, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:*

*I. [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling aan [appellant] van een bedrag aan schadevergoeding ter hoogte van € 19.860,71 aan schadevergoeding uit onrechtmatige daad;*

*II. [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling aan [appellant] van de wettelijke rente over het onder I. gevorderde bedrag, vanaf 16 november 2009 tot het moment der algehele voldoening;*

*III. [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling aan [appellant] van een door het gerechtshof in goede justitie te bepalen bedrag aan vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten;*

*IV. [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling aan [appellant] van de kosten van het geding in eerste aanleg en de kosten van het geding in hoger beroep en [geïntimeerde] tevens te veroordelen tot terugbetaling aan [appellant] van de aan haar betaalde proceskosten in eerste aanleg ad € 1.200,--.”*

**2**

**De vaststaande feiten**

2.1

In dit hoger beroep kan van de volgende, als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken, vaststaande feiten worden uitgegaan.

2.2

[geïntimeerde] exploiteert een chemische fabriek in [A] waarin grondstoffen worden geproduceerd die worden gebruikt bij de vervaardiging van zeer sterke kunstmatige vezels.

2.3

Op de arbeidsovereenkomsten tussen [geïntimeerde] en haar werknemers is een bedrijfs-cao van toepassing. In de periode 1 maart 2005 tot 1 mei 2009 zijn er bij [geïntimeerde] vier verschillende bedrijfs-cao’s van toepassing geweest. Daarin is telkens (aanvankelijk als art. 51, later als onderdeel van art. 45.2) opgenomen een bepaling dat uitzendkrachten die onder de werkingssfeer van de cao voor Uitzendkrachten vallen, beloond worden op basis van de geldende salarisschalen voor werknemers vallend onder de bedrijfs-cao van [geïntimeerde], inclusief daarbij behorende bepalingen ten aanzien van inschaling.

2.4

[geïntimeerde] heeft voor de te verrichten werkzaamheden werknemers in dienst, maar leent ook arbeidskrachten in bij derden.

2.5

Een van die derden was [B.V. X], vanaf 1 maart 2005 [X] Uitzendorganisatie B.V., hierna te noemen: [X].

2.6

[appellant] is op 27 oktober 2001 bij [X] in dienst getreden. Op de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en [X] was sedert 2004 de cao voor Uitzendkrachten (de ABU-cao) van toepassing.

2.7

In artikel 19 lid 5 sub b van de ABU-cao is bepaald dat [X] aan [appellant] het loon diende te betalen dat [appellant] verdiend zou hebben wanneer hij voor dezelfde arbeid in loondienst zou zijn geweest van [geïntimeerde].

2.8

In de periode van 1 maart 2005 tot mei 2009 heeft [appellant] als uitzendkracht van [X] in vijf ploegendienst verladingswerkzaamheden op de Binfill afdeling van [geïntimeerde] verricht, waarbij [geïntimeerde] voor de inroostering zorgde.

2.9

In het voorjaar van 2008 hebben twee collega’s van [appellant] bij [X] aan de orde gesteld dat zij aanzienlijk minder loon ontvingen dan de rechtstreeks bij [geïntimeerde] in dienst zijnde werknemers.

Naar aanleiding van onrust op de werkvloer als gevolg van dit loongeschil is [geïntimeerde] in overleg met [X] getreden, waarna zij zijn overeengekomen dat [X] haar als bin-filling verlader aan [geïntimeerde] uitgeleende krachten vanaf 1 september 2008 conform loonschaal A6 uit de bedrijfs-cao van [geïntimeerde] zou uitbetalen. [X] mocht daarvoor een extra declaratie sturen aan [geïntimeerde] over de periode van 1 september 2008 tot en met 31 december 2008, hetgeen [X] bij faktuur van 24 april 2009 heeft gedaan.

2.10

Toen [X] zich niet aan de afspraak tot aanpassing van de beloning hield, heeft [geïntimeerde] op 13 maart 2009 haar relatie met [X] per 1 mei 2009 beëindigd. [appellant] heeft (in ieder geval) na maart 2009 niet meer bij [geïntimeerde] gewerkt.

2.11

Bij beschikking van 29 mei 2009 heeft de kantonrechter te Groningen de arbeidsovereenkomst tussen [X] en [appellant] ontbonden per 1 juni 2009, onder toekenning van een vergoeding aan [appellant] van € 3.083,90 bruto.

2.12

Op 14 augustus 2009 is [X] (Uitzendorganisatie B.V.) failliet verklaard. [appellant] heeft vervolgens een loonvordering op [X] over de periode vanaf 1 maart 2005 ten bedrage van € 19.860,71 ter verificatie bij de curator ingediend, welke vordering voorlopig is erkend.

2.13

Het faillissement is op 4 augustus 2010 opgeheven bij gebrek aan baten; er heeft geen verificatievergadering plaatsgevonden.

2.14

Bij schrijven van 16 november 2009 heeft de gemachtigde van [appellant] [geïntimeerde] bij gebrek aan verhaal op [X] aansprakelijk gesteld voor het niet door [X] aan [appellant] betaalde loon.

[geïntimeerde] heeft iedere aansprakelijkheid van de hand gewezen.

**3**

**De vorderingen en beoordeling in eerste aanleg**

3.1

[appellant] heeft in eerste aanleg primair gevorderd om [geïntimeerde] op grond van artikel 51 van haar bedrijfs-cao, welke [appellant] als een derdenbeding bestempelt, te veroordelen tot betaling van € 19.860,71 aan achterstallig loon, vermeerderd met de wettelijke verhoging, rente en incassokosten.

Subsidiair heeft [appellant] gevorderd om [geïntimeerde] op grond van onrechtmatig handelen te veroordelen om [appellant] schadeloos te stellen, waarbij [appellant] zijn schade begroot op het door [X] te weinig betaalde loon ad € 19.860,71 vermeerderd met rente en incassokosten.

3.2

[geïntimeerde] heeft verweer gevoerd.

3.3

Bij het bestreden vonnis van 8 december 2011 heeft de kantonrechter de vorderingen van [appellant] afgewezen, onder overweging (ter zake het primair gevorderde) dat hij zich niet met vrucht op artikel 51 van de bedrijfs-cao van [geïntimeerde] kan beroepen en (ter zake het subsidiair gevorderde) dat [geïntimeerde] geen onrechtmatig handelen kan worden verweten.

**4. Beoordeling van de grieven**

4.1

[appellant] heeft bij memorie van grieven zijn vordering gewijzigd, in die zin dat hij zijn in eerste aanleg primair ingestelde vordering laat varen. Het hof zal recht doen op de aldus verminderde eis.

4.2

Beide partijen hebben in hoger beroep een eigen opsomming van de vaststaande feiten gegeven. Voor zover daarin een of meer grieven of bezwaren tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten besloten liggen, treffen deze geen doel, nu het hof de feiten hiervoor onder rechtsoverweging 2 zelfstandig heeft vastgesteld.

4.3

[appellant] heeft vier grieven tegen het bestreden vonnis opgeworpen, waarmee hij het geschil aangaande zijn subsidiaire vordering in volle omvang aan het hof voorlegt. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het hof zal de subsidiaire vordering van [appellant] opnieuw beoordelen en daarbij ingaan op de grieven en op wat [geïntimeerde], zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft aangevoerd.

4.4

[appellant] legt in appel aan zijn vordering ten grondslag dat de door [X] gepleegde wanprestatie (te weten: onderbetaling) een onrechtmatige daad van [geïntimeerde] jegens hem, [appellant], meebrengt. Volgens [appellant] heeft [geïntimeerde] er onvoldoende op toegezien dat hij op gelijk niveau werd beloond als haar werknemers die dezelfde werkzaamheden verrichten.

4.5

Het hof stelt het volgende voorop. Het staat een partij bij een overeenkomst niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij een behoorlijke nakoming van een contract kunnen hebben (HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323; Staat/Degens). Onder omstandigheden is het uitlokken of profiteren van de wanprestatie van een ander door een derde onrechtmatig, bijvoorbeeld wanneer de derde de verbintenis kende, zich bewust moet zijn geweest van het aanmerkelijk nadeel dat door de wederpartij uit de tekortkoming zou voortvloeien en de ander tot de wanprestatie heeft aangezet (HR17 november 1967, *LJN:* AC4789 en HR 27 mei 1985, *LJN:* AG5024).

Het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, levert op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens die derde op. Of een dergelijk handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval (HR 23 december 2005, *LJN:* AU5682). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekort schiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling (HR 24 september 2004, *LJN:* AO9069 en HR 21 december 2012, *LJN*: BY0485).

4.6

Tussen partijen is niet in geschil dat [appellant] het loon toekwam dat hij verdiend zou hebben wanneer hij voor dezelfde arbeid in loondienst zou zijn geweest van [geïntimeerde]. Dit uitgangspunt is vervat in de op [appellant] van toepassing zijnde ABU-cao en getuige haar bedrijfs-cao heeft [geïntimeerde] zich daaraan ook gecommitteerd. De bedrijfscao van [geïntimeerde] bevat niet een bepaling die [geïntimeerde] verplicht alleen uitzendkrachten in te lenen van inleners die haar hebben toegezegd het loon te betalen dat die uitzendkrachten anders, in dienst van [geïntimeerde], zouden hebben gekregen. Een dergelijke bepaling zou overigens geen rechtstreeks vorderingsrecht opleveren voor [appellant], die immers geen partij is bij die cao.

Op [geïntimeerde] rust naar ’s hofs oordeel ook geen verplichting om erop toe te zien dat de loonsom die zij aan [X] betaalde, na aftrek van de opslag voor [X], door deze laatste ook daadwerkelijk aan de ingeleende krachten werd doorbetaald. [geïntimeerde] had geen zicht op deze concrete uitbetalingen en deze factor is voor haar ook moeilijk te beïnvloeden. Echter indien [geïntimeerde], bijvoorbeeld door na te laten bij haar eigen cao passende afspraken over beloning met [X] te maken, een situatie van onderbetaling heeft uitgelokt of deze voor haar profijtelijke situatie willens en wetens in stand heeft gehouden, kan dit wel degelijk onrechtmatig handelen jegens [appellant] opleveren.

Het hof gaat er daarbij vanuit dat het door [X] gehanteerde uurloon voor [geïntimeerde] kenbaar is geweest. [geïntimeerde] heeft bij memorie van antwoord weliswaar aangevoerd dat, zo er al van onderbetaling van [appellant] sprake was, deze voor haar niet zichtbaar was aangezien [X]’ facturen niet tot de persoon te herleiden waren, maar het hof passeert dit verweer. [appellant] maakte deel uit van een voor verladingswerkzaamheden ingeleende groep. Onbetwist is dat de inroostering van de ingeleende verladers geheel in handen van [geïntimeerde] was. [geïntimeerde] moet dus goed zicht hebben gehad op het totaal aantal uren dat de [X]-verladers bij haar aan het werk waren en zodoende moet het voor haar, ook indien [X] haar cumulatief of als aangenomen werk factureerde, duidelijk zijn geweest op welk uurtarief de (naar uit de stukken blijkt: wekelijkse) declaraties van [X] waren gebaseerd. Het hof gaat ervan uit dat haar dit slechts bij heel geringe verschillen kan zijn ontgaan. 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 kunnen verantwoorden dat haar werknemers niet door uitzendkrachten worden verdrongen.

4.7

Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde] ter zake van de na 1 september 2008 gelegen periode, gegeven het hierboven vermelde toetsingskader, geen onrechtmatig handelen kan worden verweten. Niet alleen is [geïntimeerde] voor dat tijdvak met [X] overeengekomen dat deze haar voor de Binfill-verladers voortaan volgens loonschaal A6 in rekening zou brengen, zij heeft bovendien gecontroleerd of de uitzendkrachten door [X] ook dienovereenkomstig werden betaald, en toen zij gewaar werd dat dat niet het geval was heeft zij mede om die reden de relatie met [X] verbroken. Aldus heeft zij in ieder geval vanaf september 2008 precies het door [appellant] gewenste gedrag vertoond.

Het hof gaat er daarbij van uit dat [geïntimeerde] van meergenoemde wanbetalingen van [X] niet heeft geprofiteerd, nu niet in geschil is dat [X] het werk overeenkomstig de gemaakte afspraak aan haar heeft gefactureerd.

4.8

Ten aanzien van de periode voor september 2008 oordeelt het hof als volgt.

Tussen partijen staat vast dat [X] [geïntimeerde] voordien een lager loonbedrag in rekening bracht. Om te beoordelen of het aan [geïntimeerde] gemaakte verwijt, dat zij [X] tot onderbetaling heeft aangezet, daarmee heeft ingestemd of – in ieder geval – er geen stokje voor heeft gestoken hout snijdt, is het van belang om te weten in hoeverre [appellant] zich met de eigen werknemers van [geïntimeerde] liet vergelijken.

[appellant] heeft gesteld dat de [geïntimeerde]-verladers hetzelfde werk deden als hij en overeenkomstig de genoemde loonschaal A6 werden beloond, en voorts valt volgens hem niet in te zien waarom hem die schaal na september 2008 wèl, en tevoren niet toekwam. [geïntimeerde] heeft betoogd dat de beloning van [appellant] niet lager was dan die van zijn collega’s in vaste dienst, aangezien deze laatsten een breder takenpakket als operator hadden terwijl [appellant] uitsluitend verladerswerkzaamheden verrichtte. Aldus vergelijkt [appellant] zich ten onrechte met de in loonschaal A6 van de bedrijfs-cao ingedeelde Buitenoperators, zo stelt [geïntimeerde]. De afspraak om [appellant] (voor wie naar haar zeggen binnen haar eigen gelederen geen equivalent aanwezig was) vanaf september 2008 ook conform die loonschaal te belonen maakte zij niet omdat de ingeleende krachten voordien onderbetaald waren, maar om de op de Binfill-afdeling ontstane onrust te beteugelen, aldus [geïntimeerde].

4.9

Het hof acht zich op dit punt onvoldoende geïnformeerd; partijen wordt opgedragen zich hierover bij akte nader uit te laten.

[geïntimeerde] dient daarbij de volledige tekst van haar bedrijfscao en de bepalingen houdende de schaalindeling in het geding te brengen.

[geïntimeerde] dient verder stukken in het geding te brengen waaruit blijkt hoe [appellant] zich, zowel wat de aan hem opgedragen werkzaamheden als wat salariëring betreft, tot de eigen werknemers van [geïntimeerde] verhoudt. Daarbij dient zij in ieder geval inzicht te geven in het door haar aan [X] voor [appellant] betaalde uurtarief (inclusief of exclusief btw). Het hof merkt op dat uit de bij inleidende dagvaarding als productie 14 overlegde facturen verschillende tarieven naar voren komen; [geïntimeerde] dient deze verschillen te verklaren. Voorts dient [geïntimeerde] gemotiveerd aan te geven welk uurloon volgens haar voor Binfill verladers passend is, afgezet tegen de inschaling van de (andere) functies in haar bedrijf.

Verder dient [geïntimeerde] uit te leggen waarom zij, als zij al vanaf maart 2005 structureel gebruik maakt van ingeleende krachten uitsluitend ten behoeve van Binfill, gelet op haar eigen cao geen inschaling voor die functie heeft uitgevoerd.

Vervolgens zal [appellant] op een en ander kunnen reageren.

**5**

**Slotsom**

5.1

Het hof zal [geïntimeerde] in de gelegenheid stellen een akte te nemen als hierna vermeld, waarna [appellant] een antwoord-akte zal mogen nemen.

5.2

Voor het overige zal het hof elke beslissing aanhouden.

**6**

**Beslissing**

Het gerechtshof:

draagt [geïntimeerde] op om zich ter rolle van **dinsdag 27 augustus 2013** bij akte uit te laten zoals hiervoor onder 4.9 vermeld;

houdt voor het overige elke beslissing aan.

Aldus gewezen door mrs. M.E.L. Fikkers, H. de Hek en A.M. Koene en door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 16 juli 2013.