

RECHTSPRAAK

Afwijzing loonvordering op basis van ABU-cao nu werknemer niet onder leiding en toezicht te werk is gesteld bij opdrachtgever.*Feiten*

Sinds 23 februari 2012 is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst van X. Werknemer was laatstelijk werkzaam in de functie van orderpicker. Op de arbeidsovereenkomst was de cao van X van toepassing verklaard. Vanaf 23 februari 2010 is werknemer door X tewerkgesteld geweest bij Y. Op werknemers van Y is de Cao AGF van toepassing. X heeft in 2017 een ontslagvergunning bij het UWV aangevraagd en die op 10 oktober 2017 verkregen. Op 2 november 2017 heeft X de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd met ingang van 3 december 2017. Op 23 januari 2018 heeft X aan werknemer een transitievergoeding van € 3.125 bruto betaald en haar een eindafrekening verstrekt. Bij verzoekschrift heeft werknemer de kantonrechter verzocht X en Y te veroordelen tot nabetaling van een bedrag aan achterstallig loon, transitievergoeding en vakantie-uren, aan ten onrechte ingehouden en niet verloond ziekengeld, en te verklaren voor recht dat de transitievergoeding, het ziekengeld en de vakantie-uren zullen worden herberekend conform de Cao ABU en de Cao AGF. Werknemer baseert haar vordering op de stelling dat X onder de reikwijdte van deze cao's valt en Y (daardoor) na 26 weken gebonden is aan de Cao AGF en aan de Waadi.

*Oordeel**Bedrijfsmodel*

Het bedrijfsmodel van X houdt ten aanzien van orderpicking in dat X deze diensten aan haar opdrachtgevers, zoals Y, levert en daartoe op maat gesneden productiviteitsafspraken maakt, die kunnen variëren naar gelang van de specifieke omstandigheden bij de opdrachtgever. Zij stelt een op de opdracht afgestemd team samen, waarbij elk team een voorman heeft. Ook stelt zij coördinatoren en een onzorgingsspecialist (locatiebeheerder) beschikbaar. Werknemer concludeert dat het bedrijfsproces en de werkwijze werden bepaald door de leidinggevenden van Y en dat de coördinatoren van X slechts een tolk- en communicatiefunctie vervulden. Daarnaast stelt werknemer dat wel degelijk sprake was van uitzendarbeid, omdat zij voor het orderpicken werd aangestuurd door (de algoritmes van) het voicepickingsysteem van Y. Via dat systeem, dat geïndividualiseerd was, en de bestellingen van klanten vertaalde in orders, hoorde zij in haar hoofdtelefoon wat, waar en wanneer zij moest pakken en wat en in welke volgorde zij op de kar moest plaatsen, aldus werknemer. Het voicepickingsysteem is volgens haar essentieel bij de bepaling of van leiding en toezicht van Y sprake was. De teamleider van Y kon via dit systeem de uitvoering op zijn scherm

volgen en werd door het systeem gewaarschuwd als er een fout werd gemaakt. Hij kon de werknemer daarop dan aanspreken. Dat impliceert volgens werkneemster leiding en toezicht van Y. X en Y bestrijden dat het voicepickingsysteem essentieel was om te bepalen of van leiding en toezicht sprake was. Het systeem beoordeelt geen prestaties, voert geen functioneringsgesprekken en lost problemen op de werkvloer niet op, aspecten die juist relevant zijn voor de beantwoording van de vraag waar leiding en toezicht liggen.

Onder leiding en toezicht

Tussen werkneemster enerzijds en X en Y anderzijds is niet in geschil dat X op basis van een overeenkomst met Y logistieke diensten verrichtte op de locatie van Y en dat zij ter uitvoering van die overeenkomst bij haar in dienst zijnde werknemers, onder wie werkneemster, te werk heeft gesteld in het bedrijf van Y. De vraag die werkneemster en X verdeeld houdt, is of werkneemster heeft gewerkt onder leiding en toezicht van Y. Die vraag moet worden beoordeeld aan de hand van dezelfde maatstaven die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW. Het gaat bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een uitzendovereenkomst vooral om het feitelijke gezag over (de uitvoering van) de door de werknemer verrichte arbeid (*Care4Care*, ECLI:NL:HR:2016:2356). Werkneemster heeft wel gesteld dat, maar niet onderbouwd waarom, het voicepickingsysteem voor die beoordeling essentieel zou zijn. De kantonrechter kan het gebruik van dat systeem dan ook slechts beschouwen als het gebruik van een productiehulpmiddel van Y waarmee aanwijzingen werden gegeven.

De uitoefening van het feitelijk gezag over de medewerkers op de werkvloer bestaat niet in, en beperkt zich ook niet tot, het dirigeren door software via de hoofdtelefoon van de werknemer van en naar de plaatsen waar hij zijn orders “pickt” en aflevert en ook niet, als dat al zou vaststaan, als de medewerker van Y op zijn scherm zou kunnen zien of er bij het orderpicken een fout werd gemaakt en de werknemer daarop zou kunnen wijzen. Die visie van werkneemster is te beperkt en miskent de taken van de op de werkvloer aanwezige leidinggevende medewerkers van X, voorlieden, coördinatoren en een locatiebeheerder, zoals het oplossen van problemen en het bespreken van het functioneren van het team. Die te beperkte visie strookt niet met het bedrijfsmodel van X, waarin prestatieafspraken worden gemaakt met de opdrachtgever, waarop X ook wordt afgerekend. Ook overtuigt haar visie niet, nu zij enerzijds stelt dat de coördinatoren van X slechts als tolk fungeerden, maar anderzijds verwijten maakt over het optreden van de coördinatoren, die haar volgens haar op intimiderende wijze aanspraken op de uitvoering van haar werk. X en Y hebben tegenover die door werkneemster gestelde werkwijze aangevoerd wat de werkwijze van X is. Daarin heeft X onder meer een omschrijving van de functies van haar (assistent)voormannen, coördinatoren en ontzorgingsspecialisten gegeven. Zij heeft voorts toegelicht dat op ieder team een voorman wordt ingezet. Die is voor haar een noodzakelijk instrument om de afgesproken kwaliteit en productiviteit te behalen. Bij een team waar coördinatoren en ontzorgingsspecialisten dagelijks aanwezig zijn, fungeert de voorman vooral als eerste aanspreekpunt voor de medewerkers van X, maar bij een team waar geen coördinatoren zijn ingezet en de ontzorgingsspecialist minder vaak op de werkvloer aanwezig is, is de voorman meer een echte

leider en tevens het dagelijkse aanspreekpunt voor de operationele managers van de opdrachtgever.

De conclusie uit het hiervoor overwogene is dat niet kan worden gezegd dat werknemster haar werkzaamheden voor X bij Y heeft uitgevoerd onder leiding en toezicht van Y. Dat brengt mee dat ook haar beroep op de bescherming van de Waadi faalt, nu ook in die wet het begrip “onder leiding en toezicht” op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het element “gezag” in de zin van artikel 7:610 BW. De Cao ABU en/of de Cao AGF zijn niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen werknemster en X. De Cao X is van toepassing en de kantonrechter wijst alle vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6049

Zaaknummer: 8232038

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: D. Vaníčková, P.Th. Sick en P.E.F. Domevscek

Wetsartikelen: 7:690 BW, Waadi, 7:611 BW en 7:658 BW