

ECLI:NL:RBNNE:2017:4888

Instantie	Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak	19-12-2017
Datum publicatie	19-12-2017
Zaaknummer	5846544 \ CV EXPL 17-2417
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	SW-geïndiceerde werknemers die op basis van een schriftelijk contract met uitzenddochter Awerc-Flex B.V. te werk zijn gesteld bij een sociale werkvoorziening van Alescon, hebben feitelijk een arbeidsovereenkomst met Alescon gesloten. De kantonrechter acht de toegepaste uitzendconstructie in strijd met doel en strekking van de WSW.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling Privaatrecht

Locatie Assen

zaak-/rolnummer: 5846544 \ CV EXPL 17-2417

Vonnis van de kantonrechter van 19 december 2017

in de zaak van

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV),
gevestigd te Amsterdam,
eisende partij,
gemachtigde: mr. M.H.D. Vergouwen,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon **Alescon**, gevestigd te 7903 AR Hoogeveen, Dieselstraat 3,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AWERC-FLEX B.V.**, gevestigd te 9401 LB Assen, Stationsplein 10,

gedaagde partijen,

gemachtigde: mr. E.A.C. van de Wiel.

Partijen worden hierna FNV, Alescon en AwerC genoemd; beide laatstgenoemden samen ook Alescon c.s.

1 De procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 20 juni 2017;
- de brief van 11 september 2011 met productie 35 van Alescon c.s.;
- het proces-verbaal van de comparitie na antwoord op 3 oktober 2017;
- de brieven van partijen waarin is meegedeeld dat zij er niet in zijn geslaagd het geschil te regelen.

1.2 Tot slot is vonnis bepaald.

2 De vaststaande feiten

De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten, die vaststaan omdat ze niet of niet voldoende zijn betwist en/of blijken uit de in zoverre onweersproken gelaten inhoud van de overgelegde producties.

- 2.1. Alescon is een op 1 januari 2000 opgerichte gemeenschappelijke regeling, die voor de gemeenten Aa en Hunze, Assen, De Wolden, Hoogeveen, Midden-Drenthe en Tynaarlo de Wet Sociale Werkvoorziening (hierna: WSW) uitvoert. Alescon beschikt over sociale werkvoorzieningen waar ingezetenen van de aangesloten gemeenten met een WSW-indicatie werkzaam zijn. Daarnaast zijn er WSW-geïndiceerden (hierna ook kortweg: WSW-ers) werkzaam bij reguliere werkgevers waar zij - rechtstreeks in dienst van die werkgever of via detachering - begeleid werk verrichten.
- 2.2. Tot 2011 nam Alescon WSW-ers die in de sociale werkvoorziening werkten en die niet rechtstreeks in dienst van reguliere werkgevers (gesubsidieerd) begeleid werk gingen verrichten, zelf in dienst. Dit in lijn met de tekst van de WSW zoals die sinds 1998 gold (hierna: de WSW 1998), waarin in artikel 1 het begrip dienstbetrekking is gedefinieerd als een dienstbetrekking met de gemeente of - indien de uitvoering van de WSW daaraan is opgedragen - met de gemeenschappelijke regeling. Artikel 2 van de WSW 1998 luidde als volgt:

Artikel 2

1. De gemeente (*casu quo het bestuur van de gemeenschappelijke regeling, ktr*) draagt er zorg voor dat het aan zoveel mogelijk ingezetenen (...) die tot de doelgroep behoren, een dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht aanbiedt voor het verrichten van arbeid onder aangepaste omstandigheden (...).
3. Het gemeentebestuur (*casu quo het bestuur van de gemeenschappelijke regeling, ktr*) kan een

rechtspersoon aanwijzen ten behoeve van de uitvoering van deze wet. Het college regelt in het aanwijzingsbesluit de inhoud van de rechtsbetrekking tussen de gemeente en de betrokken rechtspersoon.

- 2.3. Per 1 januari 2008 is de WSW aangepast. In artikel 1 is het begrip dienstbetrekking niet langer gedefinieerd als een dienstbetrekking met de gemeente of een gemeenschappelijke regeling maar als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. Artikel 2 lid 1 WSW is als volgt aangepast:

Artikel 2

1. Het college (*van burgemeester en wethouders casu quo het bestuur van de gemeenschappelijke regeling, ktr*) kan aan een ingezetene die geïndiceerd is een dienstbetrekking aanbieden voor het verrichten van arbeid onder aangepaste omstandigheden.

2. Het college (*van burgemeester en wethouders casu quo het bestuur van de gemeenschappelijke regeling, ktr*) kan een privaatrechtelijke rechtspersoon aanwijzen ten behoeve van de uitvoering van deze wet. Het college regelt in het aanwijzingsbesluit de inhoud van de rechtsbetrekking tussen de gemeente en de betrokken rechtspersoon. (...)

In artikel 1 lid 3 is opgenomen dat de gemeente er voor moet zorgen dat aan zoveel mogelijk ingezetenen die geïndiceerd zijn, een dienstbetrekking wordt aangeboden voor het verrichten van arbeid onder aangepaste omstandigheden..

- 2.3. Op de arbeidsovereenkomsten tussen Alescon en de WSW-ers is de CAO voor de sociale werkvoorziening (hierna: de CAO SW) van toepassing. Partijen bij die CAO zijn gemeenten, vertegenwoordigd door de Nederlandse Vereniging voor Gemeenten (hierna: VNG) enerzijds en de vakbonden FNV en CNV anderzijds. In de preambules van de CAO is het volgende opgenomen:

"Partijen (...) zijn voor de werknemers die onder het bereik van de Wet sociale werkvoorziening (...) vallen, de navolgende collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) overeengekomen. Partijen verplichten zich tegenover elkander al datgene te doen wat nodig is ter bevordering van een goede naleving van deze CAO."

In artikel 1 van de CAO SW zijn de begrippen werkgever en werknemer als volgt gedefinieerd:

b. werkgever: het college als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de wet of het bestuur van de gemeenschappelijke regeling als bedoeld in artikel 1, lid 2 van de wet;

c. werknemer: de werknemer als bedoeld in artikel 1, lid 1 van de wet en die een dienstbetrekking heeft bij een werkgever als bedoeld in sub b van dit artikel (...);

In de CAO's die gelden vanaf 1 december 2012 is aan de definitie van werknemer onder

1. sub c. toegevoegd:

..., met uitzondering van de werknemer die werkzaam is bij die werkgever in het kader van begeleid werken als bedoeld in artikel 7 van de Wet sociale werkvoorziening.

Het genoemde artikel 7 van de WSW handelt over subsidieverstrekking aan reguliere werkgevers in wier dienst WSW-ers begeleid werk verrichten.

De CAO SW kent geen bepaling over de positie van door de gemeente/gemeenschappelijke regeling ingeleende WSW-ers.

- 2.4. Alescon heeft vanaf (juni) 2011 zelf geen WSW-ers meer in dienst genomen. In plaats daarvan heeft Alescon er voor gekozen om WSW-geïndiceerden een arbeidsovereenkomst aan te bieden

met haar (privaatrechtelijke) kleindochtervennootschap AwerC en hen door AwerC bij haar (Alescon) of bij reguliere werkgevers tewerk te laten stellen. De WSW-ers verrichten binnen Alescon dezelfde soort (beschutte) werkzaamheden als WSW-ers die in dienst van Alescon zijn. Tussen AwerC - die in het handelsregister is ingeschreven als uitzendbureau - en Alescon bestaat een privaatrechtelijke overeenkomst; er is geen aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 2 lid 2 van de WSW 2008.

2.5. Alescon c.s. hebben de uitzendconstructie destijds met de ondernemingsraad en de betrokken vakbonden besproken.

2.6. In arbeidsovereenkomsten tussen AwerC en WSW-ers is de volgende considerans opgenomen:

- U beschikt over een indicatie in het kader van de Wet Sociale Werkvoorziening (SW-indicatie) en u bent woonachtig in een van de zes Drentse gemeenten waarvoor Alescon de Wet Sociale Werkvoorziening uitvoert;
- U bent aangewezen op begeleid werken;
- De verwachting is dat uw kans op uitstroom naar een reguliere baan groter is als u buiten Alescon op basis van een reguliere arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht;
- U daarom in dienst bij AwerC-Flex B.V. bent op basis van een reguliere arbeidsovereenkomst. AwerC-Flex B.V. treedt op als uw werkgever en is belast met werkgeversgezag.
- AwerC-Flex B.V. draagt zorg voor uw detachering binnen Alescon of bij een ander bedrijf of instelling.

2.7. De arbeidsovereenkomsten met AwerC bepalen dat de ABU CAO van toepassing is en dat wordt verloned op basis van de inlenersbeloning. Deze is voor de werknemers op onderdelen minder gunstig dan de CAO SW. Zo hebben zij geen aanspraak op:

1. eindejaarsuitkering;
2. 100% doorbetaling loon gedurende het eerste ziektejaar (zij krijgen 91%);
3. seniorenverlof; en
4. bijdrage vakbondscontributie.

Diverse leden van FNV hebben zich hierover in de loop van 2015 bij FNV beklagd.

2.8. FNV is naar aanleiding hiervan in februari 2016 met Alescon c.s. in gesprek gegaan. Alescon heeft in een brief van 1 november 2016 in antwoord op door FNV gestelde vragen onder meer het volgende geschreven:

(...) Uw brief en de daarin gestelde vragen wekken de indruk dat Alescon niet compliant met wet- en regelgeving en niet transparant opereert. Dit vormt aanleiding om, voorafgaand op de beantwoording van uw vragen, in te gaan op de context waarin Alescon opereert, keuzes die Alescon in het verleden heeft gemaakt, de legitimering van die keuzes en het effect van die keuzes. (...)

Sinds 2011 zijn kandidaten met een SW-indicatie die een arbeidsovereenkomst hebben met AwerC Flex tewerkgesteld bij Alescon en bij andere bedrijven. AwerC Flex valt onder de werkingssfeer van de ABU-cao. Deze werkwijze leidt tot lagere loonkosten en daardoor tot meer ruimte om werknemers te werk te stellen. Dat is ook geschied. (...)

15. Volgens onze gegevens zijn er per september 560 personen met een SW-indicatie werkzaam die geen arbeidsovereenkomst met Alescon hebben. In fte zijn daarvan 203 fte werkzaam ten behoeve van Alescon en 283 fte in het kader van begeleid werken ten behoeve van andere organisaties. (...)

Ten slotte merk ik op dat uw vragen de indruk wekken dat uw organisatie niet op de hoogte is van de wijze waarop Alescon in deze opereert. (...) Over het in dienst nemen en in dienst houden van werknemers bij andere organisaties dan Alescon is uw organisatie zeer geruime tijd geleden al geïnformeerd.

En voor de niet SW-werknemers heeft uw organisatie zich ook gecommitteerd aan dit gegeven. (...) Alescon heeft de wens en de intentie om binnen de kaders van de wet en de rechtspositieregelingen te handelen. (...)

2.10. De gemachtigde van FNV heeft Alescon c.s. bij brief van 14 februari 2017 gesommeerd om binnen twee weken te bevestigen dat zij de CAO SW voor de SW-geïndiceerde leden van FNV zal nakomen. FNV heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de betrokken WSW-ers ook na 2011 feitelijk steeds krachtens arbeidsovereenkomst bij Alescon in dienst zijn getreden en subsidiair betoogd dat de CAO SW ook onverkort van toepassing is ingeval zij wel bij AwerC in dienst zouden zijn.

2.11. Per 1 januari 2015 is de WSW vervangen door de Participatiewet. De WSW blijft van kracht voor WSW-ers die op dat moment een arbeidsovereenkomst hadden.

De definitie van het begrip werknemer in de WSW 2008 (*"de geïndiceerde die een dienstbetrekking heeft als bedoeld in artikel 1 lid 3"*) is per die datum gewijzigd in:

"de geïndiceerde die een dienstbetrekking heeft als bedoeld in artikel 2 lid 1 of artikel 7."

2.12. Alescon c.s. heeft in persberichten van 1 maart 2017 en 13 maart 2017 geschreven dat Alescon steeds conform de wet en het recht wil handelen en dat zij als daar grond toe is, de wijze van inlenen van SW-personeel zal aanpassen. Die toezegging is ook schriftelijk gedaan aan alle werknemers van AwerC die het betreft.

3 De vordering en het verweer

3.1. FNV vordert dat de kantonrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair

1. voor recht zal verklaren dat de WSW-werknemers die op basis van een in de periode 2011 tot 2015 gesloten schriftelijk contract met AwerC bij Alescon tewerk zijn gesteld feitelijk steeds (een) arbeidsovereenkomst(en) met Alescon hebben gesloten, waarop de CAO SW rechtstreeks, onverkort en zonder enige beperking van toepassing is;

2. Alescon zal veroordelen jegens de sub 1 genoemde WSW-werknemers (met terugwerkende kracht) van 1 januari 2011 tot en met de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de werknemers rechtsgeldig zullen zijn geëindigd, de CAO SW onverkort na te leven en hen uit dien hoofde (met terugwerkende kracht) de volgende aanspraken toe te kennen c.q. te betalen:

a. een correcte functie-indeling en dito nabetaling op basis van de CAO SW;

b. een terugkeergarantie bij de WSW-werkgever na begeleid werken, voor werknemers die in het kader van begeleid werken onverhoopt door de reguliere werkgever worden ontslagen (art. 3.3 CAO SW);

c. de eindejaarsuitkering (art. 5.7 CAO SW), vermeerderd met de maximale wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW;

d. (een compensatie voor) het seniorenverlof (art. 6.11 Vm 6.13);

e. voor zover het vakbondsleden betreft: de werkgeversbijdrage aan het

vakbondslidmaatschap (art. 7.3 CAO SW), vermeerderd met de wettelijk samengestelde rente vanaf de jaarlijkse datum der verschuldigdheid;

f. indien van toepassing een nabetaling van het correcte CAO-loon bij ziekte, zijnde 100% gedurende het eerste ziektejaar;

en daarvan een schriftelijke bevestiging alsmede deugdelijke salarisspecificaties en bewijzen van nakoming te overleggen aan elke WSW-werknemer die het betreft en aan FNV, alles op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven;

3. voor recht zal verklaren dat het regime ex art. 7:668a lid 1 BW (de hoofdregel) op de arbeidsovereenkomsten van de SW-geïndiceerden met Alescon van toepassing is;

subsidiar

4. voor recht zal verklaren dat de WSW-werknemers die op basis van een in de periode 2011 tot 2015 gesloten schriftelijk contract met AwerC bij Alescon tewerk zijn gesteld feitelijk steeds (een) arbeidsovereenkomst(en) met AwerC hebben gesloten, waarop de CAO SW rechtstreeks, onverkort en zonder enige beperking van toepassing is;

5. AwerC zal veroordelen jegens de sub 4 genoemde WSW-werknemers (met terugwerkende kracht) van 1 januari 2011 tot en met de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de werknemers rechtsgeldig zullen zijn geëindigd, de CAO SW onverkort na te leven en hen uit dien hoofde (met terugwerkende kracht) de volgende aanspraken toe te kennen c.q. te betalen:

a. een correcte functie-indeling en dito nabetaling op basis van de CAO SW;

b. een terugkeergarantie bij de WSW-werkgever na begeleid werken, voor werknemers die in het kader van begeleid werken onverhoopt door de reguliere werkgever worden ontslagen (art. 3.3 CAO SW);

c. de eindejaarsuitkering (art. 5.7 CAO SW), vermeerderd met de maximale wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW;

d. (een compensatie voor) het seniorenverlof (art. 6.11 t/m 6.13);

e. voor zover het vakbondsleden betreft: de werkgeversbijdrage aan het vakbondslidmaatschap (art. 7.3 CAO SW), vermeerderd met de wettelijk samengestelde rente vanaf de jaarlijkse datum der verschuldigdheid;

f. indien van toepassing een nabetaling van het correcte CAO-loon bij ziekte, zijnde 100% gedurende het eerste ziektejaar;

en daarvan een schriftelijke bevestiging alsmede deugdelijke salarisspecificaties en bewijzen van nakoming te overleggen aan elke WSW-werknemer die het betreft en aan FNV, alles op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat daarmee vanaf vier weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven;

6. voor recht zal verklaren dat het regime ex art. 7:668a lid 1 BW (de hoofdregel) op de arbeidsovereenkomsten van AwerC met de voornoemde SW-geïndiceerden van toepassing is;

7. voor recht zal verklaren dat Alescon voor 1 januari 2016 op grond van onrechtmatige daad, en vanaf 1 januari 2016 op grond van art. 7:616a BW aansprakelijk is voor betaling van het achterstallige salaris van de voornoemde SW-geïndiceerden in dienst van AwerC tot en met de datum waarop hun arbeidsovereenkomsten rechtsgeldig zullen zijn geëindigd;

zowel primair als subsidiair

8. Alescon c.s. hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, zal veroordelen om tegen

behoorlijk bewijs van kwijting aan de FNV te voldoen de somma van € 100.000,00 (zegge: honderdduizend euro), ten titel van schadevergoeding ex artikel 15 Wet CAO, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

9. Alescon c.s. hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, zal 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 de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

10. Alescon c.s. hoofdelijk, des de een betalende de ander bevrijdende, zal veroordelen in de kosten van deze procedure althans zodanig te bepalen als de kantonrechter in goede justitie mag vermenen te behoren.

3.2. FNV legt aan haar vordering ten grondslag dat uitzendconstructie met AwerC een juridische schijnconstructie is, die haaks staat op wet- en regelgeving, waaronder de WSW, en waardoor aan WSW-ers arbeidsvoorwaarden worden onthouden waar zij op grond van de CAO SW recht op hebben.

FNV voert aan dat zij in deze procedure de belangen behartigt van alle WSW-ers die sinds 2011 en tot 2015 op basis van de genoemde constructie bij AwerC in dienst zijn getreden. Zij vordert op grond van artikel 3:305a BW nakoming van de CAO SW en op grond van de artikelen 15, 16 en 17 Wet CAO schadevergoeding voor de WSW-ers en haarzelf.

3.3. Alescon c.s. voert gemotiveerd verweer. Hierop wordt voor zover van belang bij de beoordeling nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Tussen partijen is primair in geschil of de WSW-ers waarmee AwerC een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die bij Alescon tewerk zijn gesteld, al dan niet in dienst zijn van Alescon. De kantonrechter overweegt het volgende.

4.2. Alescon c.s. erkent dat WSW-ers tot 1 januari 2008 alleen in dienst konden zijn van de gemeente zelf dan wel de met de uitvoering van de WSW belaste gemeenschappelijke regeling of van een reguliere werkgever bij wie zij begeleid werk verrichten als bedoeld in artikel 7 van de WSW. Dit is tijdens de parlementaire behandeling van de WSW ook met zoveel woorden door de minister uitgesproken. In de toelichting op artikel 2 lid 3 van de WSW 1998, waarin staat dat de gemeente bij besluit een rechtspersoon kan aanwijzen ten behoeve van de uitvoering van de WSW, is hierover onder meer het volgende gezegd (Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 787, nr. 3, p.51):

Artikel 2, derde lid

(...) Voorgescreven is, dat de rechtsbetrekking tussen de gemeente en de rechtspersoon, waaraan taken worden opgedragen moet zijn geregeld in het aanwijzingsbesluit. Daarmee ontstaat duidelijkheid over de verhouding tussen de gemeente en de rechtspersoon. Hoe het gemeentebestuur de uitvoering van deze wet ook vorm geeft, de arbeidsovereenkomst als bedoeld in hoofdstuk 2 moet worden aangegaan met de gemeente zelf. Daardoor wordt het mogelijk, dat de gemeenten verantwoordelijk blijven voor de arbeidsvoorwaarden met Wsw-werknemers. De werkgevers die gebonden zijn aan de collectieve arbeidsovereenkomst zijn zo alleen de gemeenten, die representatief vertegenwoordigd kunnen worden door een vereniging van gemeenten. Voorts wordt hiermee eenheid bereikt in het ontslagrecht (zie artikel 6). Als de arbeidsovereenkomst ook zou kunnen worden aangegaan met een privaatrechtelijke

uitvoeringsorganisatie, zou op die arbeidsovereenkomst artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening) van toepassing zijn, terwijl dat artikel niet van toepassing is als de gemeente de arbeidsovereenkomst sluit. Dit verschil in rechtspositie, afhankelijk van de uitvoeringskeuze van de gemeente, is ongewenst. (...)

Alescon c.s. verdedigt dat dit vanaf 1 januari 2008 anders is geworden, omdat de definitie van het begrip dienstbetrekking en de tekst van artikel 2 lid 1 toen in de WSW zijn aangepast.

4.3. De kantonrechter kan Alescon c.s. hierin niet volgen. In de parlementaire behandeling die heeft geleid tot aanpassingen in de WSW per 1 januari 2008 zijn geen aanknopingspunten te vinden dat de wetgever het eerder zo belangrijke uitgangspunt, dat WSW-ers steeds in dienst van de gemeente of de gemeenschappelijke regeling moeten zijn, heeft willen verlaten. Integendeel. In de memorie van toelichting (Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 673, nr. 3, p. 18 ev.) staat dat de definitie van het begrip dienstbetrekking en de tekst van artikel 2 lid 1 van de WSW zijn aangepast om te verhelderen dat bij de uitvoering van de WSW beschut werken niet het primaire uitgangspunt is maar dat begeleid werken in dienst van een reguliere werkgever ten minste een gelijkwaardig alternatief is. Dit wijst erop dat de genoemde aanpassingen slechts een tekstuele achtergrond hadden.

4.4. Alescon heeft aangevoerd dat op bladzijde 19 van de memorie van toelichting bij de WSW 2008 is toegelicht welke verantwoordelijkheden niet aan privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen worden overgedragen en dat aangezien het werkgeverschap daar niet wordt genoemd, a contrario geldt dat dit sinds 2008 bij een privaatrechtelijke rechtspersoon kan worden belegd.

De kantonrechter verwerpt dit verweer. De mogelijkheid om WSW-taken over te dragen aan een daartoe aan te wijzen (privaatrechtelijke) rechtspersoon bestond ook voor 1 januari 2008; de overdracht van het werkgeverschap van de gemeente of gemeenschappelijk regeling behoorde daar - zoals uit de in r.o. 4.2 aangehaalde toelichting op artikel 2 lid 3 blijkt - nadrukkelijk niet toe. Het feit dat 'werkgeverschap' in de door Alescon bedoelde opsomming ontbreekt, rechtvaardigt daarom niet de conclusie dat de wetgever in 2008 een fundamentele en ingrijpende breuk met het verleden heeft willen maken. Te minder nu ook artikel 12 lid 3 sub b en sub c WSW 2008 er van uit lijkt te gaan dat er maar twee soorten werkgevers zijn die de arbeidsovereenkomst met WSW-geïndiceerden kunnen beëindigen: de gemeente/gemeenschappelijke regeling (artikel 6) en de reguliere werkgever als bedoeld in artikel 7 bij wie begeleid werk wordt verricht.

Dat de wetgever alleen die twee varianten op het oog heeft gehad blijkt tot slot ook uit de parlementaire behandeling die heeft geleid tot aanpassing van de WSW per 1 januari 2015.

In dat kader is in de memorie van toelichting onder meer het volgende opgemerkt over de Wsw-dienstbetrekkingen (Tweede kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33 161, nr. 3, p. 32):

4.3 *Verantwoordelijkheidsverdeling*

De gemeente of het bestuur van de gemeenschappelijke regeling blijft verantwoordelijk voor de uitvoering van de invulling van de werkzaamheden voor Wsw-geïndiceerde werknemers. De gemeente kan dit - net als nu - onderbrengen bij sw-bedrijven.

De gemeente blijft voor mensen met een Wsw-dienstbetrekking de werkgever. Dat is nu ook zo. Gemeenten blijven daarmee verantwoordelijk voor de arbeidsvoorwaarden voor mensen met een Wsw-dienstbetrekking. (...)

4.5. Uit de als productie 35 overgelegde brief van 4 juli 2017 volgt - anders dan Alescon c.s. bepleit - niet dat de uitzendconstructie met AwerC volgens het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wél in overeenstemming is met de WSW. In die brief wordt verondersteld dat Alescon WSW-ers in dienst heeft laten treden bij AwerC om aldaar begeleid werk te verrichten als bedoeld in artikel 7 WSW. Waar het in deze procedure om gaat zijn WSW-ers die door AwerC bij

Alescon zijn gedetacheerd en bij Alescon werk verrichten. Dat AwerC als uitzendbureau zonder eigen bedrijfsactiviteiten en sociale werkvoorzieningen volgens het ministerie een werkgever met begeleide werkplaatsen is in de zin van artikel 7 WSW, blijkt daaruit overigens evenmin.

- 4.6. Ook uit hetgeen tijdens de parlementaire behandeling is gewisseld over het arbeidsvoorwaardenoverleg komt duidelijk naar voren dat de wetgever het werkgeverschap en de bijbehorende verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaarden bij de gemeente of gemeenschappelijke regeling heeft willen leggen. De minister heeft hierover in de memorie van toelichting bij de WSW 1998 het volgende opgemerkt:

De werkgeversrol kan alleen worden overgedragen aan een organisatie die in het arbeidsvoorwaardenoverleg de werkgevers (gemeenten) representeert, met wie de SW-werknemers een arbeidsovereenkomst aangaan. De VNG heeft de mogelijkheid tot het maken van bindende afspraken met werknemers-organisaties over de arbeidsvoorwaarden van zowel van de werknemers van gemeenten als van de SW-werknemers. (...)

Met de afspraken die de VNG maakt in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg worden niet alleen de afzonderlijke gemeenten gebonden, maar via hen evenzeer de gemeenschappelijke regelingen die de wet namens de gemeenten uitvoeren en privaatrechtelijke rechtspersonen die op grond van een aanwijzingsbesluit namens de gemeente een deel van de wetsuitvoering voor hun rekening nemen.

De werkgeversrol kan alleen worden overgedragen aan een organisatie die in het arbeidsvoorwaardenoverleg de werkgevers (gemeenten) representeert, met wie de SW-werknemers een arbeidsovereenkomst aangaan. De VNG heeft de mogelijkheid tot het maken van bindende afspraken met werknemers-organisaties over de arbeidsvoorwaarden van zowel van de werknemers van gemeenten als van de SW-werknemers. (...)

- 4.7. Het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de VNG en de vakbonden heeft geresulteerd in de CAO SW. Die CAO, bij de totstandkoming waarvan gemeenten en gemeenschappelijke regelingen vertegenwoordigd zijn door Vereniging van Nederlandse Gemeenten, richt zich blijkens de bij r.o. 2.3 aangehaalde preambule op alle werknemers die onder het bereik van de WSW vallen. Op die ruime definitie is - in 2012 - een uitzondering geformuleerd, namelijk voor werknemers die begeleid werk verrichten in dienst van een werkgever als bedoeld in artikel 7 WSW. Dit en het feit dat in de CAO SW geen regeling is getroffen voor door de gemeente/de gemeenschappelijke regeling ingeleende WSW-ers, wijst erop dat een uitzendconstructie zoals door Alescon c.s. wordt toegepast niet past binnen het systeem dat de wetgever voor ogen heeft gestaan.

- 4.8. De kantonrechter concludeert op grond van het voorgaande dat de door Alescon c.s. toegepaste uitzendconstructie in strijd is met doel en strekking van de WSW en dat de WSW-ers die op basis van een schriftelijk contract met AwerC bij Alescon te werk zijn gesteld feitelijk een arbeidsovereenkomst met Alescon hebben gesloten. Alescon is de gemeenschappelijke regeling bij wie zij hun werkzaamheden verrichten en die in de praktijk het toezicht en het gezag uitoefent. Een andere uitleg van de WSW 2008 zou naar oordeel van de kantonrechter ongewenste afbreuk doen aan de rechtszekerheid die de wetgever voor deze kwetsbare groep werknemers heeft willen realiseren. Zij zal de onder 1 gevorderde verklaring voor recht daarom geven.

De omstandigheid dat Alescon c.s. haar besluit om zelf geen WSW-geïndiceerde meer in dienst te nemen in 2011 met de ondernemingsraad en twee vakbonden heeft besproken en deze daartegen toen niet hebben geageerd, is geen reden om hierover anders te oordelen. Ook niet indien in aanmerking wordt genomen dat Alescon c.s. met de uitzendconstructie het belang van alle WSW-geïndiceerden in de aangesloten gemeenten heeft willen dienen, dat het financiële nadeel per WSW-er gemiddeld (maar) € 150,00 netto per jaar bedraagt en dat zij al een terugkeergarantie hebben en dat Alescon c.s. ingeval zij had geweten dat FNV haar standpunt over de uitzendconstructie zou wijzigen, vanaf 2011 in het geheel geen WSW-geïndiceerden meer

had geplaatst omdat zij daartoe niet verplicht was en geen behoefte had aan nieuwe werknemers.

- 4.9. Dit betekent dat ook de vorderingen onder 2 en 3 toewijsbaar zijn. Tegen de onder 2 gevorderde termijn voor nakoming en dwangsommen is geen verweer gevoerd, zodat deze zullen worden toegewezen, zij het rekening houdend met de komende kerstperiode en beperkt en gemaximeerd als in het dictum bepaald. Gezien de discussie over de ingangsdatum van de uitzendconstructie, zal de veroordeling worden uitgesproken met terugwerkende kracht tot het begin van de betreffende arbeidsovereenkomst.

Gezien het (juridische) karakter van het debat en de overige omstandigheden van het geval zal de onder 2 sub c van het petitum gevorderde wettelijke verhoging over de eindejaarsuitkering worden gematigd tot 5%. De kantonrechter houdt daarbij rekening met het feit dat over deze looncomponent geen wettelijke rente is gevorderd.

De met terugwerkende kracht gevorderde rente over de vakbondscontributie zal worden afgewezen, nu FNV niet concretiseert wanneer Alescon met betaling daarvan in verzuim is geraakt.

- 4.10. FNV heeft voorts gevorderd dat Alescon c.s. wordt veroordeeld haar een schadevergoeding van € 100.000,00 te betalen. De kantonrechter zal deze vordering afwijzen. FNV heeft niet deugdelijk onderbouwd welke schade zij heeft geleden. Dat klemt temeer nu FNV ter zitting heeft bevestigd dat haar voormalige voorzitter in 2011 door Alescon c.s. over de uitzendconstructie is geïnformeerd en FNV daartegen pas in de loop van 2016 bezwaar is gaan maken. Hieraan doet niet af dat die uitzendconstructie veel grotere vormen is gaan aannemen dan FNV destijds heeft voorzien.

In het verlengde hiervan zal ook het over die schadevergoeding berekende bedrag van € 8.197,75 inclusief BTW voor buitengerechtelijke kosten worden afgewezen.

- 4.11. Alescon c.s. zal als overwegend in het ongelijk gestelde partij de proceskosten moeten dragen. Aangezien Alescon c.s. zich in deze procedure tegen de vorderingen van FNV heeft verweerd, is er geen reden oordelen dat onnodig is gedagvaard. Gezien het belang van de procedure zal voor salaris gemachtigde € 600,00 per punt worden gerekend.

De beslissing

De kantonrechter:

1. verklaart voor recht dat de WSW-werknemers die op basis van een in de periode 2011 tot 2015 gesloten schriftelijk contract met AwerC bij Alescon tewerk zijn gesteld feitelijk steeds (een) arbeidsovereenkomst(en) met Alescon hebben gesloten, waarop de CAO SW rechtstreeks, onverkort en zonder enige beperking van toepassing is;
2. veroordeelt Alescon jegens de sub 1 genoemde WSW-werknemers (met terugwerkende kracht) tot de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de werknemers zijn aangegaan tot en met de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met de werknemers rechtsgeldig zullen zijn geëindigd, de CAO SW onverkort na te leven en hen uit dien hoofde (met terugwerkende kracht) de volgende aanspraken toe te kennen c.q. te betalen:
 - a. een correcte functie-indeling en dito nabetaling op basis van de CAO SW;
 - b. een terugkeergarantie bij de WSW-werkgever na begeleid werken, voor werknemers die in het kader van begeleid werken onverhoopt door de reguliere werkgever worden ontslagen (art. 3.3 CAO SW);
 - c. de eindejaarsuitkering (art. 5.7 CAO SW), vermeerderd met 5% ter zake wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW;

- d. (een compensatie voor) het seniorenverlof (art. 6.11 Vm 6.13);
- e. voor zover het vakbondsleden betreft: de werkgeversbijdrage aan het vakbondslidmaatschap (art. 7.3 CAO SW);
- f. indien van toepassing een nabetaling van het correcte CAO-loon bij ziekte, zijnde 100% gedurende het eerste ziektejaar;

en daarvan een schriftelijke bevestiging alsmede deugdelijke salarisspecificaties en bewijzen van nakoming te overleggen aan elke WSW-werknemer die het betreft en aan FNV, alles op straffe van een dwangsom van (per saldo) € 1.000,00 per dag dat daarmee vanaf acht weken na betekening van dit vonnis in gebreke wordt gebleven, met een maximum van € 20.000,00;

3. verklaart voor recht dat het regime ex art. 7:668a lid 1 BW (de hoofdregel) op de arbeidsovereenkomsten van de SW-geïndiceerden met Alescon van toepassing is;

4. veroordeelt Alescon c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, tot betaling van de proceskosten, tot deze uitspraak aan de zijde van FNV begroot op € 103,11 aan dagvaardingskosten, € 470,00 aan vast recht en € 1.200,00 aan salaris gemachtigde;

5. verklaart de beslissingen onder 2, 3 en 4 uitvoerbaar bij voorraad;

6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. M.E. van Rossum en in het openbaar uitgesproken door mr. J. de Vroome op 19 december 2017.

typ/conc: 536/MER

coll: