

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 42, 2013

Nummer 42, 2013

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijnden, mr. R. van Hemert, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:975 18-10-2013

CTS Holding/werkneemster

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:4775 15-10-2013

werknemer/Assurantiewinkels X BV

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:3792 15-10-2013

De Staat der Nederlanden/werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:7081 24-09-2013

WJ-HVH Holding/werknemers

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3181 24-09-2013

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3304 24-09-2013

Pisa IJs V.O.F./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2586 20-08-2013

werkgever/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:2997 09-07-2013

werkneemster/Kinderopvang Jij

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3314 18-06-2013

Llense House/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:2900 28-05-2013

werknemer/bestuurders van werkgever in persoon, Gratiszon BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:2540 14-05-2013

werknemer/X Keukens BV

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:4942 11-10-2013

werknemer/Global Security Education B.V. c.s.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6183 09-10-2013

werknemers/gemeente Haren

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2013:7662 09-10-2013

werknemster/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6064 03-10-2013

Randstad Professionals B.V./X

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:7462 02-10-2013

werknemster/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:6691 31-07-2013

X/DorSano Amsterdam B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Amsterdam 01-07-2013

werkgever/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 26-09-2013

werknemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen 03-09-2013

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

De bijzondere arbeidsverhouding van de PGB-zorgverlener

mr. dr. L. van den Berg

RECHTSPRAAK

Pisa IJs V.O.F./werknemer

CAO Horeca is niet van toepassing op mobiele eetgelenheid zoals een ijskraam, oliebollenkraam en fruitkraam

Werkneemster heeft vanaf 1 april tot 31 oktober 2010 bij Pisa IJs gewerkt in de functie van verkoopster in een door Pisa IJs te Amsterdam gedreven ijskraam. Tussen partijen is geen schriftelijke arbeidsovereenkomst gesloten. Werkneemster werkte gemiddeld negen uur per dag en gedurende zes dagen per week. Aan werkneemster is tijdens het dienstverband gratis huisvesting door Pisa IJs ter beschikking gesteld. Pisa IJs heeft per maand een loonstrook aan werkneemster verstrekt waarop tot en met juni 2010 een basisuurloon van € 8,55 staat vermeld, en daarna een basisuurloon van € 8,60. Rond het einde van de arbeidsovereenkomst heeft werkneemster een ongedateerde, in het Italiaans opgestelde handgeschreven verklaring ondertekend, die voor zover thans van belang, vertaald in het Nederlands, vermeldt: 'Ondergetekende V. (werkneemster) verklaart dat zij van de firma Pisa IJs het bedrag van € 5.230,- (vijfduizendtweehonderddertig) heeft ontvangen voor extra uren, die buiten de normale (regelmatige) werktijd zijn gemaakt. Zij verklaart tevens dat alles is betaald zoals door beide partijen in Italië was overeengekomen ten tijde van de aanstelling. Met de ondertekening voor ontvangst van bovengenoemd bedrag, verklaart werkneemster dat zij niets meer te ontvangen/te vorderen heeft van de Firma Pisa IJs.' Werkneemster stelt zich op het standpunt dat zij te weinig loon heeft ontvangen op basis van de CAO Horeca.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover Pisa IJs zich beroept op de zogenaamde 'finale kwijting' wordt dit verworpen. Niet alleen hield Pisa IJs ten onrechte maanden lang loon in (hetgeen nietig is op grond van art. 7:631 BW), maar heeft Pisa IJs enkel het eindbedrag willen overmaken indien werkneemster instemde met de finale kwijting. Al deze omstandigheden leiden tot de conclusie dat Pisa IJs de door werkneemster ondertekende verklaring niet als een door haar verleende finale kwijting mag aanmerken. Voor zover dat wel het geval zou zijn, moet het beroep van Pisa IJs daarop in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht.

Voor zover werkneemster haar vorderingen baseert op de CAO Horeca, falen deze. In de tekst van de CAO Horeca en het besluit waarnaar die cao voor de werkingssfeer verwijst, ziet het

hof geen reden om een min of meer mobiele gelegenheid waar etenswaar wordt verkocht, of die waar nu wel of niet direct genuttigd wordt of kan worden en waarbij de werkgever de faciliteiten (tafels en stoelen) om het verkochte ter plaatse te nuttigen niet direct verschaft, onder de werkingssfeer van de cao te brengen. De tekst van de cao en het besluit geven daartoe geen aanleiding, terwijl een ander oordeel zou leiden tot het onaannemelijke rechtsgevolg dat ook een werknemer werkzaam bij een noten-, oliebol- of fruitkraam zich zou kunnen beroepen op de bepalingen van de CAO Horeca.

Voor het berekenen van de vakantiedagen dient het gemiddelde aantal arbeidsuren per week als uitgangspunt te worden gehanteerd. Het hof is met werkneemster van oordeel dat nu het overwerk een structureel karakter heeft gekregen, voor de toepassing van deze bepaling moet worden aangenomen dat de overeengekomen arbeidsduur 54 uur per week bedroeg. Het verschil (54 - 40 uur) van 14 uur dient conform artikel 7:634 BW vergoed te worden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3304

Zaaknummer: 200.113.157/01

Rechters: J.E. Molenaar, D. Kingma en E. Verhulp

Advocaten: E. Unger en R. de Falco

Wetsartikelen: 7:631 BW, 7:634 BW en CAO Horeca

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Onregelmatige opzegging arbeidsovereenkomst

Werkneemster was als schoonmaakster in dienst van werkgever. Volgens werkneemster is haar arbeidsovereenkomst onregelmatig opgezegd op 27 april 2010. Volgens werkgever heeft werkneemster op staande voet ontslag genomen, nadat werkgever haar had geconfronteerd met de vaststelling dat zij illegaal in Nederland verbleef.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van werkneemster is geloofwaardiger dan de stelling van werkgever. Als al sprake zou zijn van een ontslag op staande voet door werkneemster, dan heeft werkgever niet gesteld of hij werkneemster op de consequenties van dit ontslag heeft gewezen. Derhalve gaat het hof uit van een onregelmatige opzegging door werkgever. Volgt toewijzing verschillende vergoedingen (onder meer restant loon, wettelijke verhoging en gefixeerde schadevergoeding).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2586

Zaaknummer: 200.094.574-01

Rechters: R.J.M. Smit, R.M. Beltzer en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: J. Bouter en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:780 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Kinderopvang Jij

Ontbreken bereidverklaring arbeid te verrichten na vernietiging beëindigingsovereenkomst, staat niet aan loonvordering in de weg. Niet toekennen van loon zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Artikel 7:610b BW doet geen afbreuk aan min-max-contracten

Op 1 oktober 2011 is werkneemster op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, eindigende op 26 juni 2012, in dienst getreden bij Kinderopvang Jij in de functie van pedagogisch medewerker, voor minimaal 18 en maximaal 28 uren per week. In de loop van december 2011 heeft op initiatief van Kinderopvang Jij overleg plaatsgevonden over een volledige beëindiging van de arbeidsovereenkomst in verband met bedrijfseconomische redenen, te weten terugloop van het kinderaantal. Dit heeft geresulteerd in een 'beëindigingsovereenkomst dienstverband met wederzijds goedvinden'. Deze overeenkomst bepaalt de einddatum op 1 januari 2012. De beëindigingsvergoeding, waarin de opzegtermijn van twee maanden is verdisconteerd, bedraagt € 3.100,76 bruto. Werkneemster heeft de beëindigingsovereenkomst vernietigd omdat – anders dan werkgever had gezegd – het UWV de beëindigingsvergoeding als loon aanmerkte waardoor zij pas per 1 maart recht op WW verkreeg. Kinderopvang Jij heeft uiteindelijk de buitengerechtelijke vernietiging erkend. Thans gaat de discussie over de omvang van de loonaanspraak.

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 7:628 lid 1 BW behoudt een werknemer recht op loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Het is evenwel niet uitgesloten dat ondanks het ontbreken van bereidheid toch aanspraak op loon bestaat, te weten indien ondanks het ontbreken van bereidheid moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen (HR 19 december 2003, NJ 2004, 269). Door het invoeren van de vernietigbaarheid van de beëindigingsovereenkomst heeft werkneemster geen recht op de vergoeding over de maanden januari en februari (het equivalent van de ontslagvergoeding). Als zij evenmin over deze periode 'loon' zou ontvangen, komt werkneemster met een beroep op de

vernietigbaarheid van de beëindigingsovereenkomst in een slechtere positie te verkeren dan voorheen. Dat is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Voor wat betreft de hoogte van het loon, oordeelt het hof als volgt. Anders dan werkneemster kennelijk meent, strekt artikel 7:610b BW er niet toe de arbeidsduur van een overeenkomst, nadat drie maanden zijn verstreken, te fixeren op de arbeidsduur van die afgelopen drie maanden, althans erin te voorzien dat na die drie maanden de arbeidsduur per week of per maand niet meer lager kan zijn (zie de conclusie vóór HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0017). Het hof wijst voorts op de wettelijke systematiek. De wetgever heeft in de Wet flexibiliteit en zekerheid niet bepaald dat steeds als minimumduur heeft te gelden de gemiddelde duur van de in de afgelopen periode van drie maanden verrichte arbeid. De wetgever heeft een weerlegbaar rechtsvermoeden in het leven geroepen. Aldus is ruimte blijven bestaan voor een arbeidscontract met een flexibele arbeidsduur. De weerlegging van het vermoeden kan bijvoorbeeld volgen uit de contractuele regeling. Naar het oordeel van het hof wordt in dit geval het (proces- en bewijsrechtelijk) rechtsvermoeden weerlegd doordat het contract de duur van de te verrichten werkzaamheden expliciet regelt en partijen van de overeengekomen duur in het verleden niet zijn afgeweken en er aldus geen onzekerheid is ontstaan. Dit alles geldt nog sterker in het onderhavige geval waarbij sprake was van een arbeidscontract voor bepaalde duur (van één jaar). Door een minimum en een maximum aan arbeidsduur overeen te komen is gebruik gemaakt van de flexibiliteit die de wet de werkgever biedt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:2997

Zaaknummer: HD 200.121.006-01

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en W.H.B. den Hartog-Jager

Advocaten: G.C.G. Raymakers

Wetsartikelen: 6:228 BW, 7:628 BW en 7:610b BW

RECHTSPRAAK

License House/werkneemster

Artikel 7:629 lid 7 BW is niet van toepassing ingeval de arbeidsovereenkomst geen 100% maar het wettelijke minimum voorschrijft

Werkneemster is sinds 1999 in dienst van License House in de functie van office manager. Werkneemster was getrouwd met de bestuurder van License House Holding, de enige bestuurder van License House BV. Thans zijn werkneemster en bestuurder verwickeld in een echtscheidingsprocedure. Werkneemster is op 4 september 2012 op non-actief gesteld. Zij heeft zich in oktober ziek gemeld. De centrale vraag in deze procedure is de omvang van het loon. Volgens werkneemster dient dit 100% te zijn totdat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. License House stelt zich op het standpunt dat dit maar 70% bedraagt.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werkneemster meent, geeft de arbeidsovereenkomst niet op meer dan het wettelijke minimum aanspraak op loon. In dergelijke gevallen is artikel 7:629 lid 7 BW (het geheel of gedeeltelijk niet toekennen van ziekingeld) niet van toepassing, zodat het niet berichten van werkneemster de werkgever niet kan worden tegengeworpen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3314

Zaaknummer: 200.122.393/01

Rechters: R.J.M. Smit, A.M.A. Verscheure en J.E. Molenaar

Advocaten: S. Bharatsingh en L.G.A.A. de Hondt-Buijs

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/bestuurders van werkgever in persoon,
Gratiszon BV**

***Bestuurders materiële werkgever aansprakelijk voor letsel
uitzendkracht? De strekking van artikel 7:658 lid 4 BW is om de kring
van personen die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding uit
te breiden, niet om de kring van aansprakelijke (rechts)personen uit te
breiden***

Werknemer is 23 september 2008 tijdens het plaatsen van zonnepanelen door een dak gezakt en gevallen, waardoor hij ernstig letsel heeft opgelopen. Werknemer was ten tijde van het ongeval via uitzendbureau Olympia uitgeleend aan X B.V., als monteur, op basis van een uitzendovereenkomst. X B.V. stelde personeel, waaronder werknemer, ter beschikking van Gratiszon. X BV is inmiddels failliet. Thans stelt werknemer de bestuurders van Gratiszon aansprakelijk (in persoon).

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof brengt het feit dat bestuurder 2 feitelijk leiding gaf (hij betwist dit weliswaar) nog geenszins mee dat bestuurder 2 heeft gehandeld in de uitoefening van *zijn* beroep of bedrijf als bedoeld in artikel 7:658 lid 4 BW. De door bestuurder 2 gegeven instructies zijn kennelijk gegeven in zijn hoedanigheid van indirect directeur van Gratiszon, namelijk via Y Beheer en Y Holding. Bestuurder 2 handelde aldus als werknemer. Het is rechtens dan ook niet bestuurder 2 die werknemer arbeid heeft laten verrichten, maar X B.V., Gratiszon of Y Beheer. De strekking van artikel 7:658 lid 4 BW is aldus om de kring van personen die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding uit te breiden, niet om de kring van aansprakelijke (rechts)personen uit te breiden, in het bijzonder niet uit te breiden met een persoonlijke aansprakelijkheid van degene die werknemer instrueerde met betrekking tot de werkzaamheden die tot het arbeidsongeval hebben geleid en daarbij aanwezig was.

Het beroep van mede-aansprakelijkheid van de holding op grond van artikel 2:11 BW of doorbreking van rechtspersoonlijkheid falen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:2900

Zaaknummer: HD 200.108.272/01

Wetsartikelen: 2:11 BW, 6:162 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Keukens BV

Ontslag 56-jarige werknemer met 20 dienstjaren zonder enige vergoeding niet kennelijk onredelijk. Habe wenig/habe nichts

Werknemer (geboren 1954) is van 1 november 1990 tot 1 maart 2010 in dienst geweest bij X Keukens als keukenmonteur. X Keukens heeft haar bedrijfsactiviteiten per 31 december 2009 beëindigd. Met toestemming van het UWV WERKbedrijf is de arbeidsovereenkomst per 28 februari 2010 opgezegd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het ontslag kennelijk onredelijk is. De kantonrechter heeft het ontslag niet kennelijk onredelijk geoordeeld.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, acht het hof – gezien alle omstandigheden van het geval – geen sprake van een kennelijk onredelijk ontslag. De omstandigheid dat X en Y (man en vrouw) als werknemer in dienst waren van hun eigen bedrijf, neemt niet weg dat zij werknemer waren. De stelling van werknemer dat zij (deels) hun loon als achtergestelde lening hadden moeten stellen, kan niet worden gevolgd. Van de aandeelhouders kan niet verwacht worden dat zij investeren in een slecht lopende onderneming, laat staan dat zij meer zouden investeren dan zij deden. Daarvoor bestaat geen rechtsgrond. Werknemer mag niet verwachten dat zij hun inkomen achterstellen teneinde de vennootschap in staat te stellen hem in dienst te houden, temeer niet nu er (bijna) geen nieuwe opdrachten waren. Van een kleine onderneming kan voorts geen grote inspanning worden verwacht wat herplaatsing van werknemers betreft.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:2540

Zaaknummer: MHD 200.091.234-01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, R.R.M. De Moor en W.H.B. den Hartog Jager

Advocaten: E.F. Sandijck en K.P.T.G. Flos

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

CTS Holding/werkneemster

Opzegging managementovereenkomst. Opdrachtnemer die zelfstandigheidsgarantie intrekt nadat hij door werkverschaffer uit functie wordt ontheven pleegt een voor herstel vatbare tekortkoming omdat hij in de toekomst met terugwerkende kracht de garantie kan afgeven. Ingebrekestelling – mede vanwege de voorafgaande arbeidsovereenkomst – vereist

Op 1 juli 2008 is X bij Ad Hoc Beheer B.V., een dochtervennootschap van CTS, op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden in de functie van bedrijfsjurist. Deze arbeidsovereenkomst is met ingang van 1 april 2009 met wederzijds goedvinden geëindigd. Per die datum is er tussen CTS en X een managementovereenkomst aangegaan, waarbij X werd aangesteld in de functie van titulair directeur. Artikel 9 van de managementovereenkomst bepaalt dat X aan CTS garandeert – kort gezegd – dat de rechtsverhouding door de Belastingdienst en/of UWV niet als (fictief) dienstverband wordt aangemerkt. In artikel 7 staat opgenomen dat indien een der partijen zijn verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst niet nakomt, de andere partij na 30 dagen bevoegd is de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen. In augustus 2009 uit CTS forse kritiek op het functioneren van X. CTS heeft X vervolgens uit de functie van titulair directeurschap ontheven en haar baan als bedrijfsjurist als nieuwe functie aangemerkt. Hierop heeft X bericht dat zij de 'zelfstandigheidsgarantie' van artikel 9 intrekt, omdat niet langer verdedigbaar is dat zij een zelfstandig ondernemer is, indien CTS zich als gewone werkgever gedraagt. CTS meent dat – mede op basis van het intrekken van deze garantie – sprake is van een ernstige tekortkoming in de nakoming van de managementovereenkomst die een onmiddellijke opzegging rechtvaardigt. X heeft nakoming van de overeenkomst gevorderd. Zowel de rechtbank als het hof heeft deze vordering toegewezen.

De advocaat-generaal (Timmerman) concludeert als volgt. De klacht van CTS ziet met name op de overweging van het hof dat het intrekken van de zelfstandigheidsgarantie een voor herstel vatbare tekortkoming vormt, zodat CTS niet zonder nadere ingebrekestelling tot

opzegging van de overeenkomst gerechtigd was. Volgens het onderdeel zijn deze oordelen onjuist dan wel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het onderdeel stelt dat het hof onder meer miskend heeft 'dat indien een partij in de nakoming van een voortdurende verplichting tekortgeschoten is, deze verplichting in de toekomst weliswaar alsnog nagekomen kan worden, maar dat daarmee de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt wordt en dat wat betreft deze tekortkoming nakoming dan ook niet meer mogelijk is'. De A-G concludeert anders, omdat X de garantie ook met terugwerkende kracht weer kon afgeven. CTS had X in gebreke moeten stellen en een redelijke termijn tot nakoming moeten gunnen. Geen sprake van artikel 6:83 aanhef en letter c BW.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-10-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:975

Zaaknummer: 12/04722

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders en C.E. Drion

Advocaten: M.E. Bruning, J.H.M. van Swaaij en G.R. den Dekker

Wetsartikelen: 6:83 BW, 7:400 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

werknemer/Assurantiewinkels X BV

Werkgever slaagt niet in het bewijs dat geen sprake is van stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Beëindiging dienstverband daardoor onregelmatig

De centrale vraag is of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen werknemer en Assurantiewinkels stilzwijgend is voortgezet na 18 maart 2007. Volgens Assurantiewinkels hebben partijen elkaar twee weken voor het aflopen van het laatste contract gesproken en is aan werknemer voorgehouden dat hem enkel een verlenging voor drie maanden in het verschiet lag. Bij tussenarrest is Assurantiewinkels toegelaten te bewijzen dat zij vóór 18 maart 2007 aan werknemer heeft medegedeeld dat de lopende arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en dat zij met hem enkel een (nieuw) contract wilde sluiten met het oog op de afwerking door werknemer van de lopende zaken.

Het hof oordeelt thans als volgt. Feiten en omstandigheden die de verklaring van Assurantiewinkels ondersteunen, acht het hof in onvoldoende mate aanwezig. De vaststaande feiten dat werknemer ook na 18 maart 2007 op het kantoor van Assurantiewinkels werkzaamheden heeft verricht en dat bij brief van 11 mei 2007 met terugwerkende kracht het dienstverband met werknemer per 18 maart 2007 is beëindigd, passen veeleer in de lezing van werknemer dat ná 18 maart 2007 de met hem gesloten arbeidsovereenkomst stilzwijgend is voortgezet. Ingevolge artikel 7:668 lid 1 BW wordt de arbeidsovereenkomst tussen partijen, nu zij zonder tegenspraak is voortgezet, geacht voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst van werknemer met Assurantiewinkels geacht wordt wederom te zijn aangegaan tot 18 september 2007. Werknemer maakt op grond van artikel 7:680 lid 1 BW aanspraak op gefixeerde schadevergoeding bestaande uit het bedrag van het in geld vastgesteld loon voor de tijd dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren, dus op loon over de periode van 11 mei 2007 tot 18 september 2007 (€ 14.770,40).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:4775

Zaaknummer: HD 200.078.127/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, A.P. Zweers-van Vollenhoven en M. van Ham

Advocaten: M.C.J. Swart en P.J.L. Tacx

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

De Staat der Nederlanden/werkneemster

Staat is aansprakelijk voor onjuiste implementatie vakantieverlof tijdens ziekte. Schending EU-recht leidt tot een onrechtmatige daad. Werknemer heeft recht op vergoeding van niet-genoten wettelijke vakantiedagen. Causaliteitsverweer (bij wegdenken onrechtmatigheid zou wetgever enge vervaltermijnen hebben opgenomen) faalt want te speculatief

(Hoger beroep van AR 2012-0668.) Werkneemster is tot 15 november 2010 in dienst geweest van Hectas bedrijfsdiensten. Zij was sinds 23 januari 2007 arbeidsongeschikt. Overeenkomstig het tot 1 januari 2012 van kracht zijnde artikel 7:635 lid 4 BW heeft zij over de periode van arbeidsongeschiktheid alleen vergoeding ontvangen voor de vakantiedagen die zij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van haar dienstverband. In artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG (voorheen Richtlijn 93/104/EG) is onder meer bepaald dat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon wordt toegekend van ten minste vier weken. Werkneemster stelt dat de Staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door artikel 7 van de richtlijn niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren, waartoe werkneemster wijst op het Schultz-Hoff-arrest. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de vorderingen van werkneemster toegewezen, stellende dat de betekenis van artikel 7 door het HvJ EU nader was uitgelegd in het Bectu-arrest (HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, NJ 2002, 2), zodat vanaf dat moment voor de Staat duidelijk moet zijn geweest dat artikel 7:635 lid 4 BW (oud) in strijd was met de richtlijn en derhalve sprake is van een onrechtmatige daad.

Het hof oordeelt als volgt. Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986/252, ECLI:NL:HR:1986:ACo867). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de richtlijn, volgt dááruit – uit de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel

6:162 BW – dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Dit is niet anders nu de getoetste regelgeving een wet in formele zin is, die de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet niet mag toetsen aan de Grondwet. Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing van wetten in formele zin aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de richtlijn) immers wel mogelijk. Wanneer die toets tot de conclusie leidt dat sprake is van wetgeving die buiten toepassing moet blijven, levert dat een onrechtmatige daad op die de Staat tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW verplicht. Omdat op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, niet te worden beantwoord.

De stelling van de Staat dat indien de Schultz-Hoff-regeling eerder was doorgevoerd, waarschijnlijk ook eerder tot een vergelijkbare bepaling als het nieuwe artikel 7:640a BW was gekomen (causaliteitsverweer), verwerpt het hof als te speculatief. Het is voorts niet redelijk werkneemster te verwijten dat zij tijdens haar arbeidsongeschiktheid geen gebruik heeft gemaakt van haar (op grond van de richtlijn bestaande, maar op grond van de toen geldende regelgeving niet toegekende) recht op vakantie met behoud van loon. De omstandigheid dat in de praktijk voorkwam dat werknemers door hun werkgever in staat werden gesteld tijdens arbeidsongeschiktheid op vakantie te gaan, terwijl – indien de opgebouwde vakantiedagen daartoe ontoereikend waren – de dagen administratief werden geboekt als ziekte dagen, doet aan het voorgaande niet af.

De Staat heeft wel terecht aangevoerd dat werkneemster enkel een beroep op de richtlijn kan doen wat betreft de wettelijke vakantiedagen. De bovenwettelijke vakantiedagen dienen buiten beschouwing te blijven. Werkneemster heeft terecht gesteld dat het afkoopbedrag dient te worden geënt op haar laatstverdiende uurloon.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:3792

Zaaknummer: 200.106.073

Rechters: M.J. van der Ven, A.V. van den Berg en S.A. Boele

Advocaten: S. van Heukelom-Verhage en A.F. Tromp

Wetsartikelen: 7:635 (oud) BW, 7:640a BW, 6:162 BW en 7 Richtlijn 2003/88/EG

RECHTSPRAAK

werknemer/Global Security Education B.V. c.s.

Kort geding leent zich niet voor beantwoording van de vraag of het niet verrichten van arbeid door werknemer in redelijkheid voor rekening van werkgever behoort te komen. Geen noodzaak voor spoedvoorziening vanwege gedeeltelijke toewijzing loonvordering

Werknemer is sinds 1 april 2013 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van Global Security Education B.V. (hierna: GSE) als opleider/trainer. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Particuliere Beveiliging van toepassing. In de cao is een beloning voor overwerk opgenomen. GSE heeft het loon over de periode 25 maart tot 22 april 2013 betaald. Vanaf 22 april 2013 is geen loon betaald. Evenmin heeft GSE de vakantiebijslag over de periode van 1 april tot 22 april 2013 betaald. Thans vordert werknemer betaling van achterstallig loon, vakantiebijslag, overuren en reiskosten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De loonvordering van 22 april tot 17 juni 2013 wordt toegewezen. Werknemer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat hij in deze periode werkzaamheden heeft verricht. De loonvordering over de periode na 17 juni wordt beoordeeld aan de hand van de artikelen 7:627 BW en 7:628 BW. Of het niet verrichten van de arbeid door werknemer in redelijkheid voor rekening van GSE behoort te komen is een vraag die niet eenvoudig te beantwoorden is. De kwestie is juridisch ingewikkeld en er is nader feitenonderzoek noodzakelijk, waarvoor dit kort geding zich niet leent. Omdat de loonvordering over de periode 22 april tot 17 juni 2013 is toegewezen en dit de gestelde financiële nood aan de zijde van werknemer verzacht is er geen noodzaak om ten aanzien van de vordering van na 17 juni een spoedvoorziening uit te spreken. Dit deel van de vordering wordt afgewezen. De gevorderde reiskosten worden alleen toegewezen voor zover deze door GSE zijn erkend. Op grond van de arbeidsovereenkomst heeft werknemer recht op betaling van 8% vakantiebijslag over de periode 1 tot 22 april 2013 over het brutojaarsalaris. Dit is niet weersproken door GSE. Dit onderdeel wordt ter hoogte van € 224,97 bruto toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:4942

Zaaknummer: 2242966 UV EXPL 13-339 MT/4253

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: J. van Belle en K.J.C. de P Weerd

Wetsartikelen: 7:627 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/gemeente Haren

Overgang van onderneming sportcomplex, waarvan zwembad onderdeel uitmaakt. Vraag is of werknemers zijn aangesteld bij sporthal of slechts bij het zwembad. Bewijslevering

Werknemer X is in 1976 in dienst getreden en werkzaam als zweminstructeur bij zwembad De Scharlakenhof. In 1980 is dit een gemeentelijk zwembad geworden en is werknemer X is dienst getreden van de gemeente. Werknemer Y is sinds 1991 in dienst van de gemeente. Op 1 april 1995 heeft de gemeente de exploitatie van het sportcomplex geprivatiseerd. Daartoe is Sportfondsen Haren opgericht. Het personeel is in dienst getreden van Sportfondsen Haren. Tussen de gemeente en Sportfondsen Haren is een huurovereenkomst gesloten. Met ingang van 4 november 2011 is het zwembad gesloten in verband met asbestsaneringswerkzaamheden. De gemeente heeft de huurovereenkomst met Zwembad Haren (voorheen Sportfondsen Haren) met ingang van 1 februari 2012 ontbonden en de exploitatie van de sporthal overgenomen. Centrale vraag is of sprake is van een overgang van onderneming en de werknemers met ingang van 1 februari 2012 in dienst zijn van de gemeente.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op jurisprudentie van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EG 17 december 1987 (Ny Mølle Kro); HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712 (Besi Mill); en HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia)), is in het onderhavige geval voldaan aan het overeenkomstvereiste. Tussen de gemeente en Zwembad Haren was immers sprake van een contractuele betrekking, te weten een huurovereenkomst voor de huur van het sportcomplex. Niet in geschil is dat het sportcomplex een economische eenheid is. Ten aanzien van het identiteitsbehoud wordt onder verwijzing naar het Spijkers-arrest (HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502) geoordeeld dat (slechts) ten aanzien van het onderdeel sporthal de identiteit na 1 februari 2012 bewaard is gebleven aangezien vaststaat dat de gemeente de exploitatie daarvan direct heeft voortgezet nadat Zwembad Haren de sleutels van het sportcomplex had ingeleverd. Van het zwembad is de identiteit na 1 februari 2012 niet bewaard gebleven. Het zwembad was immers sinds november 2011 vanwege asbest gesloten. Het was maar de vraag of, en zo ja onder welke condities het zwembad weer geopend zou

worden.

Nu alleen voor de sporthal een overgang van onderneming is komen vast te staan, is de vraag of de werknemers zijn aangesteld bij de sporthal. Vast staat dat Zwembad Haren tot 1 februari 2012 het gehele sportcomplex met uitzondering van de horecagelegenheid, dus zowel het zwembad als de sporthal exploiteerde. Werknemer X was bij Zwembad Haren in dienst als Senior Zwemonderwijzer maar stelt dat slechts 20% van zijn werkzaamheden alleen met het zwembad verband hield. Werknemer Y was bij Zwembad Haren aangesteld als locatiemanager en stelt dat 50% van haar werkzaamheden alleen aan het zwembad kan worden toegerekend. Werknemers hebben bewijs geleverd voor hun stellingen. De gemeente wordt in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren.

Het verweer van de gemeente dat de arbeidsovereenkomsten na de overgang van rechtswege zijn verbroken omdat de Nederlandse wetgeving een arbeidsovereenkomst met de gemeente niet toestaat, faalt. De Nederlandse wetgeving verplicht niet tot het ontslag van gedeprivatiseerde werknemers. De gemeente zal dan ook, indien na bewijslevering komt vast te staan dat ten aanzien van de werknemers sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:663 BW, de op 1 februari 2012 bestaande arbeidsovereenkomsten moeten eerbiedigen. Of zij vervolgens op privaatrechtelijke dan wel op publiekrechtelijke wijze vervolg aan deze arbeidsovereenkomsten moet geven staat in deze procedure niet ter beoordeling.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 09-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:6183

Zaaknummer: 556231 - CV EXPL 12-8895

Rechters: C. van den Noort

Advocaten: R. Sauer, K.E. de Vries en M. Kremer

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Geen misbruik van omstandigheden bij sluiten arbeidsovereenkomst. Opzegging na proeftijd. Toewijzing loonvordering. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610b BW faalt, omdat de arbeidsovereenkomst nog geen drie maanden heeft geduurd

Werkneemster is sinds 3 april 2012 in dienst getreden van een VOF in de functie van servicebediende. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een halfjaar en bevat een proeftijd van twee maanden. Werkneemster stelt dat sprake is van misbruik van omstandigheden bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst (zij is onder druk gezet de arbeidsovereenkomst te ondertekenen) en dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Bij brief van 2 juni 2012 heeft de VOF de arbeidsovereenkomst opgezegd. Werkneemster stelt dat de opzegging geen doel treft, omdat is opgezegd na het verstrijken van de proeftijd. Thans vordert zij loonbetaling vanaf 3 juni 2012. Werkneemster stelt met een beroep op artikel 7:610b BW dat zij feitelijk steeds 30 uur per week heeft gewerkt in plaats van de overeengekomen 12 uur per week.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft nagelaten nader toe te lichten dat is afgesproken dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is afgesproken. Zij heeft van deze stelling ook geen bewijs aangeboden. Derhalve staat vast dat partijen reeds bij aanvang van haar arbeidsrelatie overeengekomen zijn dat deze na ommekomst van een termijn van zes maanden van rechtswege eindigt op 3 oktober 2012. De schriftelijke overeenkomst levert als onderhandse akte dwingend bewijs op omtrent hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst afgesproken hebben. Op het moment van ontvangst van de opzeggingsbrief was de proeftijd reeds verstreken, zodat die opzegging geen effect gesorteerd heeft. Het staat derhalve vast dat de arbeidsovereenkomst nadien is voortgezet. De loonvordering tot 3 oktober 2012 wordt toegewezen, omdat het niet werken voor risico van de VOF komt. Een aanbod tot het verrichten van arbeid zou niet zinvol zijn geweest, omdat de VOF (zelfs nog bij antwoord) het standpunt inneemt dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd is opgezegd. Bovendien was de VOF ontevreden over het functioneren van werkneemster en is zij niet meer ingeroosterd. Het beroep van werkneemster op artikel 7:610b BW faalt, omdat de

arbeidsovereenkomst op 3 juni nog geen drie maanden heeft geduurd. Er wordt ten aanzien van de loonvordering derhalve uitgegaan van de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen 12 uur per week.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2013:7662

Zaaknummer: 514526 CV EXPL 13-849

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: J.J.H.S. Thomassen

Wetsartikelen: 3:44 BW, 7:610b BW, 7:628 BW en 7:652 BW

RECHTSPRAAK

Randstad Professionals B.V./X

Kwalificatievraag. Werkzaamheden voor gemeente worden op basis van overeenkomst van opdracht met Randstad verricht. Kantonrechter onbevoegd

Tussen X en Randstad is een overeenkomst tot stand gekomen op grond waarvan X met ingang van 23 januari 2012 werkzaamheden heeft verricht bij de gemeente. De gemeente heeft de overeenkomst met Randstad per 16 februari 2012 opgezegd, vanwege ontevredenheid over het werk van X. Randstad heeft vervolgens de overeenkomst met X per 23 februari 2012 opgezegd. Bij dagvaarding van 27 november 2012 heeft X gevorderd om Randstad te veroordelen tot betaling van de door hem ingediende facturen van 1 februari 2012 en 28 februari 2012. Bij verstekvonnis van 3 januari 2013 heeft de kantonrechter Randstad veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 44.682,94, vermeerderd met rente en kosten. Van dit vonnis komt Randstad thans in verzet. Randstad stelt dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht is overeengekomen en geen arbeidsovereenkomst. De kantonrechter is derhalve niet bevoegd is van het geschil kennis te nemen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de korte periode waarin X werkzaamheden heeft verricht kan niet worden vastgesteld dat partijen een zodanige invulling hebben gegeven aan hun rechtsverhouding dat deze – in afwijking van hetgeen partijen bij aanvang hebben beoogd – moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. X heeft ook geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit dit laatste kan worden afgeleid. Bovendien wijzen de omstandigheden dat X in het bezit is van een VAR-Wuo verklaring, hij in het handelsregister van de Kamer van Koophandel is ingeschreven, een btw-nummer gebruikt en een eigen tarief hanteert erop dat partijen uitvoering hebben gegeven aan een overeenkomst van opdracht. Daar komt bij dat X niet heeft gesteld dat tussen hem en Randstad een gezagsverhouding bestaat. Dit brengt mee dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht. De kantonrechter is op grond van artikel 93 Rv in absolute zin onbevoegd om van dit geschil kennis te nemen. Op grond van artikel 71 Rv wordt de zaak verwezen naar de civiele rechter van de afdeling privaatrecht van deze rechtbank, locatie Groningen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:6064

Zaaknummer: 577413 CV EXPL 13-1831

Rechters: R. Bootsma

Advocaten: L.A.J. Lycklama à Nijeholt en E.H. Jansen

Wetsartikelen: 7:610 BW, 93 Rv en 71 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

***Pensioenschade en slecht werkgeverschap zijn bij de vaststelling van de hoogte van ontbindingsvergoeding meegewogen, zodat niet meer in een aparte procedure schadevergoeding kan worden gevorderd.
Afwijzing vordering tot betaling volledige proceskosten***

Werkneemster is in dienst geweest als onderwijzeres. De arbeidsovereenkomst is met ingang van 1 november 2010 ontbonden. Daarbij heeft de kantonrechter, rekening houdend met een door werkneemster na haar ontslag op basis van het Besluit Bovenwettelijke Werkloosheidsregeling voor Onderwijspersoneel te ontvangen uitkering van € 223.682,02 bruto, aan werkneemster een ontbindingsvergoeding toegekend van € 21.156 bruto. De kantonrechter heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd. Thans vordert werkneemster betaling van proceskosten, vergoeding van pensioenschade, achterstallig loon en immateriële schadevergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vordering tot vergoeding van proceskosten wordt afgewezen. In de reeds gevoerde procedures tussen partijen zijn over de proceskosten al (gerechtelijke) beslissingen genomen, zodat die niet nog eens in een aparte procedure gevorderd kunnen worden. Bovendien heeft werkneemster in die eerdere procedures ook niet om een werkelijke proceskostenvergoeding verzocht.

Onder verwijzing naar het arrest Baijings (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257) en het arrest Seminis (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896) wordt geoordeeld dat de ontbindingsrechter is gehouden om het resultaat van zijn toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid ten volle tot uitdrukking te laten komen in de hoogte van de vergoeding. Uitgangspunt is dan ook dat bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding in beginsel alle daarvoor relevante feiten en omstandigheden worden meegewogen. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan de ontbindingsrechter een specifieke omstandigheid buiten de toetsing van redelijkheid en billijkheid houden, maar dan moet hij die betreffende omstandigheid wel uitdrukkelijk benoemen, en bovendien moet de rechter ook nog eens uitdrukkelijk aangeven dat die omstandigheid in een afzonderlijke procedure kan worden

getoetst respectievelijk een daarop gebaseerde vordering in die afzonderlijke procedure aanhangig kan worden gemaakt. Vastgesteld wordt dat de ontbindingsrechter in zijn beschikking van 12 oktober 2010 bij de vaststelling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding zowel de kwestie van de pensioenschade als de kwestie van het slecht werkgeverschap heeft meegenomen. Er bestaat thans dan ook geen ruimte meer om de vorderingen van werknemers in een aparte procedure opnieuw te (laten) beoordelen en de vorderingen worden reeds daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 02-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:7462

Zaaknummer: 759478-CV-13-930

Rechters: J.L. Sierkstra

Advocaten: H.A.H. M Albrecht en E. van der Kolk

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkgeefster gedraagt zich onbehoorlijk door werkneemster, nadat werkgeefster een ingediend ontbindingsverzoek heeft ingetrokken, te verplichten niet-passende werkzaamheden op een andere locatie te verrichten. Ontbinding onder toekenning van een vergoeding met C=2,5

Werkneemster is sinds 2006 in dienst als verkoopster. Tussen partijen bestaat een arbeidsconflict. Thans verzoekt werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Op 4 februari 2013 is de arbeidsovereenkomst op verzoek van werkgeefster ontbonden. Werkgeefster heeft dit verzoek ingetrokken. Werkgeefster heeft werkneemster vervolgens bericht dat zij niet meer wordt opgeroepen en dat haar geen loon meer zal worden betaald. In kort geding is werkgeefster veroordeeld tot loonbetaling vanaf 1 maart 2013. Werkneemster is na het kort geding opgeroepen om zwaar werk te verrichten in een magazijn. Op 17 juli 2013 heeft zij zich ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft op 5 augustus 2013 vastgesteld dat geen sprake is van ziekte, alleen van spanningsklachten. Werkneemster stelt dat werkgeefster er slechts op uit is haar het werk onmogelijk te maken en daardoor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te forceren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek is toewijsbaar nu ontegenzeggelijk sprake is van een verandering van omstandigheden. In de periode voorafgaand aan een eerder verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, ingediend door werkgeefster, was de situatie dat werkneemster destijds te veel en op niet geheel redelijke grond, een gesprek over een overplaatsing naar een functie in Hoofddorp uit de weg ging. Thans is de situatie dat werkgeefster zich onbehoorlijk jegens werkneemster heeft opgesteld door haar zonder enig voorafgaand gesprek te verplichten haar werkzaamheden per 10 juli 2013 te gaan uitvoeren in Hoofddorp. Aldaar verschijnt werkneemster eerst voor een dichte deur en wordt zij vervolgens in het magazijn aan het werk gezet, een niet-passende functie gelet op het arbeidsverleden van werkneemster. De indruk is onontkoombaar dat de bedoeling van werkgeefster slechts is geweest dat werkneemster zo spoedig mogelijk zou 'afbranden' op het nieuwe werk te Hoofddorp. Deze opzet heeft succes gehad, want werkneemster hield na enige dagen het werk

niet meer vol. Werkgeefster heeft zich als onbehoorlijk werkgeefster gedragen. Een vergoeding met C=2,5 (€ 24.221,81 bruto) is in dit geval gerechtvaardigd.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2013

Zaaknummer: 2290453 \ EJ VERZ 13-84250

RECHTSPRAAK

WJ-HVH Holding/werknemers

Ontbinding van de koopovereenkomst bakkerij leidt tot terugovergang van onderneming (retro-overgang) waardoor werknemers weer in dienst zijn van initiële vervreemder. Niet de ontbinding zelf, maar de feitelijke overgang van de onderneming is in casu doorslaggevend

Op 4 juli 2012 is tussen de heer en mevrouw H als verkopers en X Jolink Holding B.V. (thans WJ-HVH Holding) als koper een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot de door verkopers in VOF-verband uitgeoefende onderneming 'Bakkerij H'. In de koopovereenkomst is bepaald dat alle werknemers de mogelijkheid krijgen bij WJ-HVH in dienst te treden, doch dat bestaande rechten en plichten niet worden overgenomen. Werknemers hebben zich in eerste aanleg op het standpunt gesteld dat vanwege de overdracht op 4 juli 2012 van Bakkerij H aan WJ-HVH Holding, de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zij met Bakkerij H hadden van rechtswege op WJ-HVH Holding zijn overgegaan wegens overgang van onderneming. Uit dien hoofde hebben zij gevorderd WJ-HVH Holding onder meer te veroordelen tot wedertewerkstelling van alle werknemers en betaling van het achterstallige loon, de gemaakte overuren en de vakantiebijslag. WJ-HVH Holding heeft zich op het standpunt gesteld dat zij met H een opschortende voorwaarde is overeengekomen (inhoudende dat H op 5 juli 2012 haar eigen faillissement zou aanvragen) en dat de overeenkomst door het niet intreden van deze voorwaarde niet tot stand is gekomen, subsidiair dat zij de overeenkomst met H wegens dwaling heeft vernietigd en meest subsidiair dat zij de overeenkomst met H heeft ontbonden. De kantonrechter heeft bovenvermelde verweren van WJ-HVH Holding niet gehonoreerd.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het voorlopig oordeel van het hof dient in dit kort geding van een terugovergang van de onderneming van Bakkerij H te worden uitgegaan, met als gevolg dat (ingevolge art. 7:662 e.v. BW) werknemers met ingang van 25 juli 2012 wederom in dienst van Bakkerij H waren. Beslissend is niet of voorafgaand aan de ontbinding (per 25 juli 2012) van de tussen WJ-HVH Holding en H gesloten koopovereenkomst van 4 juli 2012 H op een correcte wijze in verzuim is geraakt, maar doorslaggevend is of in het kader van deze ontbinding een terugovergang van de onderneming van Bakkerij H heeft plaatsgevonden.

Daarvoor zijn, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (onder meer HvJ EG 17 december 1987, 287/86, NJ 1989, 674 (Denemarken/Ny Mølle Kro)) alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken van belang. In de onderhavige zaak acht het hof voor het voorshands gegeven oordeel dat sprake is van een retro-overgang van belang dat WJ-HVH Holding op 25 juli 2012 de vier vestigingen van Bakkerij H heeft gesloten, de activiteiten daarin heeft gestaakt en de sleutels bij H heeft ingeleverd, terwijl niet is gebleken dat H zich tegen deze gang van zaken waardoor hij dus weer de feitelijke macht over alle bedrijfsbestanddelen kreeg, heeft verzet. Verder is van belang dat de curator in het faillissement van Bakkerij H de terugovergang (stilzwijgend) heeft aanvaard door tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten (voor zover vereist) over te gaan en door zich als rechthebbende op de activa (te weten de machines, installaties, winkel- en kantoorinventaris) en de ondernemingsactiviteiten van Bakkerij H te gedragen door deze te koop aan te bieden en ook daadwerkelijk te verkopen en te leveren. Dit blijkt onder meer uit hetgeen in het tweede faillissementsverslag van 14 december 2012 is opgenomen, waaruit volgt dat naast de activa ook voor goodwill is betaald. Hieruit volgt in ieder geval dat ten tijde van het faillissement van Bakkerij H de activa en de ondernemingsactiviteiten zich bij H en niet meer bij WJ-HVH Holding bevonden, hetgeen een aanwijzing oplevert dat sprake is van retro-overgang. Dat de bedrijfsactiviteiten door H noch door de curator zijn hervat in de korte periode van 26 juli 2012 tot overdracht van de activiteiten, doet hieraan gelet op hetgeen hiervoor over de feitelijke gang van zaken is overwogen, onvoldoende af. Dit betekent dat WJ-HVH Holding in het kader van dit kort geding voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een retro-overgang van Bakkerij H.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:7081

Zaaknummer: 200.119.421

Rechters: M.F.J.N. van Osch, H.M. Wattendorf en A.A. van Rossum

Advocaten: R.W.J.M. Schuurman en M.H. Bouma

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever heeft rechtmatig belang bij handhaving concurrentiebeding. Concurrentiebeding heeft beperkte werking en werknemer heeft brede opleiding die hem in staat stelt elders werkzaam te zijn. Billijke vergoeding aan werknemer

Werknemer is in 2008 afgestudeerd in Business Administration, met specialisatie in Human Resource Management (HRM). Hij is op 1 november 2008 in dienst getreden van werkgever als trainee human resources. Per 1 mei 2009 heeft hij de stap gemaakt naar consultant en per 1 januari 2011 is hij benoemd tot senior consultant, waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten. In deze overeenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Vanaf 1 augustus 2011 bedroeg het salaris € 3.300 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag, bonus en overige emolumenten. Op 1 december 2011 is werknemer bij X in dienst getreden als recruitment consultant tegen een salaris van € 45.600 bruto per jaar, exclusief vakantietoeslag. X is een directe concurrent van werkgever. Beiden houden zich bezig met werving en selectie van hoger opgeleid personeel, waaronder met name juristen en financieel managers en beiden hebben kantoren in Amsterdam, Eindhoven en Rotterdam. X had – anders dan werkgever – nog geen afdeling Sales & Marketing. Werknemer – die bij werkgever werkzaam was op de afdeling Sales & Marketing – werd door X aangetrokken een soortgelijke afdeling op te zetten bij X. Werkgever heeft nakoming van het concurrentiebeding gevorderd. De kantonrechter heeft deze vordering toegewezen, alsook de vordering van werknemer tot een billijke vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer meent, heeft werkgever een rechtens te respecteren belang bij handhaving van het concurrentiebeding nu werknemer speciaal was aangetrokken bij X om een afdeling op te zetten, die X nog niet had. Werknemer moet, gelet op zijn werkzaamheden op dit gebied bij werkgever, geacht worden een bijzondere en diepgaande kennis van, en ervaring op dat werkterrein te hebben opgedaan. Voor wat betreft de belangenafweging oordeelt het hof als volgt. Werknemer heeft niet gegriefd tegen de vaststellingen van de kantonrechter dat werknemer bij werkgever de kans heeft gekregen een vak te leren waarvoor hij niet was opgeleid en dat hij nooit zijn ongenoegen aan werkgever

kenbaar heeft gemaakt over zijn salaris, werk of carrièreperspectieven, noch over zijn standplaats. Verder staat vast, wat er ook zij van de vraag of dit een gebruikelijk patroon was, dat werknemer gedurende zijn betrekkelijk korte loopbaan bij werkgever is opgeklommen van trainee human resources tot senior consultant en de daarbij behorende salarisstappen heeft gemaakt. Met de kantonrechter is het hof dan ook van oordeel dat werknemer onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld die, indien juist, zouden nopen tot het oordeel dat zijn carrière op een dood spoor zat. Daarnaast geldt dat het concurrentiebeding alleen zag op de disciplines Sales & Marketing en Finance en dat het werknemer overigens vrijstond om bij iedere concurrerende organisatie in dienst te treden. Mede gelet op zijn opleiding in Logistics & Economics en een MBA met specialisatie HRM en werkervaring bij werkgever, kan niet worden gezegd dat werknemer onaantrekkelijk voor potentiële werkgevers was of geen kansen op de arbeidsmarkt meer had.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3181

Zaaknummer: 200.110.354-01

Rechters: R.J.M. Smit, J.F.M. Strijbos en L.A.J. Dun

Advocaten: A.W. Brantjes en H.J. Bronsgeest

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

UWV verleent toestemming voor opzegging van arbeidsovereenkomst van werknemer die is veroordeeld voor bezit en de vervaardiging van kinderporno

Werknemer is ruim 30 jaar in dienst bij een onderneming in de metaalindustrie. Hij heeft een functie waarbij hij verantwoordelijk is voor het toezicht op de uitvoering van veiligheid, gezondheid, milieu en kwaliteitsprogramma's (SHEQ-manager). Uit de functieomschrijving blijkt dat hiervoor hoogste persoonlijke integriteit essentieel is, er vertrouwen nodig is van het management en de medewerkers. Daarnaast moet werknemer ervaring hebben in het beïnvloeden van gedrag op de werkvloer. Werkgeefster heeft een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV op basis van verwijtbaar handelen en/of nalaten en/of een verstoorde arbeidsrelatie. Bij vonnis van 13 juni 2013 is werknemer schuldig bevonden aan het bezit en de vervaardiging van kinderporno. Werkgeefster stelt dat nu werknemers via de media kennis hebben gekregen van dit strafbare feit, er grote onrust op de werkvloer is ontstaan. Werkgeefster is van mening dat de integriteit van werknemer is beschadigd en het gezag ten opzichte van alle werknemers ernstig is ondermijnd waardoor er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie die niet meer kan worden hersteld. Werknemer verweert zich tegen deze ontslagaanvraag door te stellen dat hij al lange tijd in dienst is, altijd goede werkbeoordelingen heeft gehad, het strafbare feit zich in de privésfeer heeft voorgedaan, en hij – kort gezegd – nog wel voldoet aan de eisen zoals genoemd in de functiebeschrijving.

Het UWV verleent de gevraagde toestemming op grond van een verstoorde arbeidsrelatie. Hierbij wordt overwogen dat het aannemelijk is dat door de bekendheid van de reden van de afwezigheid van werknemer en de verantwoordelijkheden en bevoegdheden binnen zijn functie, zijn integriteit en het vertrouwen in hem zijn aangetast (terwijl deze punten juist van essentieel belang zijn gelet op de functiebeschrijving). Hiermee is het voldoende aannemelijk dat de relatie tussen werknemer en werkgeefster is verstoord. Nu evenmin is gebleken dat mogelijke herplaatsing aan de orde is, is het aannemelijk gemaakt dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is.

Instantie: Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Datum uitspraak: 03-09-2013

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

X/DorSano Amsterdam B.V.

Partijen hebben geen overeenstemming bereikt over de essentiële onderdelen van een arbeidsovereenkomst, zodat geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen

X heeft in zijn hoedanigheid van freelance fysiotherapeut met DorSano een overeenkomst van opdracht gesloten. In de overeenkomst is bepaald dat tussentijdse beëindiging mogelijk is met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden. Op enig moment in het begin van het jaar 2011 heeft DorSano X te kennen gegeven met hem een loondienstverband te willen aangaan. Thans vordert X betaling van zijn factuur voor werkzaamheden in maart 2011. DorSano weigert deze factuur te betalen en stelt dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. DorSano heeft een conceptarbeidsovereenkomst bij e-mail ter goedkeuring aan X verzonden. Dit aanbod heeft X bij e-mail van 14 februari 2011 aanvaard. Tijdens een gesprek op 23 maart 2011 heeft X DorSano echter te kennen gegeven niet akkoord te gaan met de arbeidsovereenkomst. Deze mededeling dient te worden gekwalificeerd als een opzegging van de arbeidsovereenkomst. Nu X niet de contractuele opzegtermijn in acht heeft genomen is hij schadeplichtig jegens DorSano.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, gelden de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst (art. 3:33-35 en 6:217 BW). In dit geval hebben partijen, gelet op de e-mailcorrespondentie, geen overeenstemming bereikt over de essentiële onderdelen van de arbeidsovereenkomst. Met name wat betreft de ingangsdatum van een eventueel aan te gaan loondienstverband kan niet gezegd worden dat beide partijen 1 april 2011 op het oog hadden. DorSano heeft bovendien ook niet gesteld dat partijen hebben onderhandeld over arbeidsvoorwaarden, zoals salaris en het aantal te werken uren. Het enkel toesturen van een conceptarbeidsovereenkomst – waarvan X de ontvangst heeft betwist – is dan ook onvoldoende. Het door X gevorderde openstaande factuurbedrag wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 31-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:6691

Zaaknummer: 1391391 / HA EXPL 12-1459

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: J.H. Heerebout en E. Nijhoff

Wetsartikelen: 6:217 BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Werkneemster weigert ten onrechte medische informatie aan bedrijfsarts te verstrekken of de bedrijfsarts machtigingen te verschaffen om medische informatie te verkrijgen. Werkgever heeft twijfels over ziekte werkneemster. Ontbinding zonder toekenning vergoeding

Werkneemster is sinds 2006 in dienst als medewerkster vertaling. In november 2008 meldt zij zich ziek. Werkgever wordt per e-mail op de hoogte gehouden van het ziekteproces, te weten blaaskanker. Op 8 februari 2013 heeft de bedrijfsarts aangegeven over onvoldoende medische informatie te beschikken om een advies te kunnen geven. Thans verzoekt werkgever ontbinding, primair wegens een dringende reden. Werkgever heeft ernstige twijfels over de medische aandoeningen van werkneemster. Er is geen medische informatie over de gestelde aandoeningen. Gebleken is dat werkneemster in juni 2012 helemaal niet in een ziekenhuis opgenomen is geweest. Ondanks herhaaldelijke verzoeken weigert werkneemster medische informatie van haar behandelaars aan de bedrijfsarts te verstrekken, althans de bedrijfsarts toereikende machtigingen te verstrekken deze informatie te verkrijgen. Werkneemster heeft een tegenverzoek ingediend en verzoekt om toekenning van een vergoeding met C=3.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De bedrijfsarts heeft de rapportages vooral gebaseerd op mondelinge verklaringen van werkneemster. Werkneemster heeft de bedrijfsarts niet in staat gesteld informatie in te winnen bij haar behandelaars. Voorts heeft werkneemster ten onrechte haar huisarts en de bedrijfsarts niet gemachtigd om rechtstreeks – onder instandhouding van het beroepsgeheim naar derden – vrijelijk met elkaar te overleggen over de ziektegeschiedenis en de betrouwbaarheid van de twee door werkneemster overgelegde documenten van haar huisarts, waarbij in ieder geval twijfel over de echtheid bestaat. Werkgever heeft echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat werkneemster daadwerkelijk heeft gelogen over haar ziekte. Daarvoor is nader onderzoek nodig, waarvoor deze procedure zich niet leent. Van een dringende reden is derhalve geen sprake. Wel is er sprake van een vertrouwensbreuk, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Er wordt aan werkneemster geen vergoeding toegekend, omdat de vertrouwensbreuk aan haarzelf te wijten

is. Van belang is dat werkneemster de bedrijfsarts ten onrechte niet in staat heeft gesteld te adviseren en de twijfels over de operatie in juni 2012 niet heeft weggenomen. Tot slot wordt overwogen dat werkgever geen ongeoorloofde psychische druk op werkneemster heeft uitgeoefend door haar hierop aan te spreken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-07-2013

Zaaknummer: EA-13-503

ANNOTATIE

De bijzondere arbeidsverhouding van de PGB-zorgverlener

mr. dr. L. van den Berg

Commentaar bij

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871

1. Inleiding

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in de onderhavige zaak een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst met een PGB-zorgverlener geldig geoordeeld met het oog op de bijzondere aard van de arbeidsverhouding van de PGB-zorgverlener. Het hof kent de PGB-zorgverlener daarmee minder arbeidsrechtelijke bescherming toe dan aan een gewone werknemer. De vraag is of dit terecht is. In dit commentaar zal ik eerst kort ingaan op de regelgeving die van toepassing is op persoonlijke dienstverleners (par. 2). Vervolgens zal ik ingaan op de feiten in de onderhavige zaak (par. 3) en zal ik het rechtsoordeel van het hof bespreken (par. 4). Daarna zal ik ingaan op de vraag of het hof met recht heeft beslist dat de werkgeefster een beroep op de ontbindende voorwaarde toekwam (par. 5). Vervolgens ga ik na in hoeverre een beroep van een PGB-werknemer op het bestaan van een dienstbetrekking met de zorginstelling een geëigende (en haalbare) oplossing is (par. 6).

2. Regelgeving van toepassing op een persoonlijke dienstverlener

Veel persoonlijke dienstverleners hebben een wat merkwaardige arbeidsrechtelijke positie. Volgens artikel 7:629 lid 2 BW hebben werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten ten behoeve van het huishouden van hun particuliere werkgever verrichten, slechts zes weken loonaanspraken bij ziekte. Na deze zes weken ziekte vallen zij niet terug op het publieke vangnet van de Ziektewet (ZW): uit artikel 6, lid 1, onderdeel c ZW volgt dat deze groep personen niet verzekerings- en premieplichtig is voor de ZW, dus ook geen recht op uitkering ingevolge die wet heeft. Het is niet alleen treurig gesteld met de mate van inkomensbescherming bij ziekte. Hetzelfde geldt voor de inkomensbescherming bij langdurige arbeidsongeschiktheid en werkloosheid en de

ontslagbescherming van deze groep. Behalve de Werkloosheidswet en de Wet Werken naar Arbeidsvermogen, bevat ook het BBA (artikel 2, lid 1 onderdeel d) een dergelijke uitzonderingsbepaling voor de persoonlijke dienstverleners. Verder is de uitkering bij zwangerschaps- en bevallingsverlof gerelateerd aan het minimumloon in plaats van het maximum dagloon (artikel 3:17 en 3:18 WAZO).

Volgens artikel 7:629 lid 13 BW, artikel 6 lid 3 ZW en artikel 2 lid 2 BBA valt ook het verlenen van zorg aan de leden van het huishouden onder de uitzonderingsbepalingen. Dit betekent dat het 'bijzondere regime' ook van toepassing is op alfa-hulpverleners of personen die via een persoonsgebonden budget (PGB-hulpverleners) op minder dan vier dagen per week ten behoeve van hun particuliere werkgever persoonlijke zorg verlenen. Dit bijzondere regime is overigens per 1 januari 2007 versoepeld: voor de genoemde datum hadden de bedoelde uitzonderingen uitsluitend betrekking op huispersoneel voor zover zij doorgaans op minder dan drie dagen per week voor een particuliere werkgever werkten (Wet van 14 december 2006, *Stb.* 682).

Cremers-Hartman bespreekt in haar bijdrage aan de bundel 'Bijzondere arbeidsverhoudingen' de door de wetgever aangevoerde argumenten ter rechtvaardiging van het bovenbedoelde wettelijke regime. Kort gezegd gaat het vooral om de hoedanigheid van de werkgever en de context waarin de werkzaamheden worden verricht. De particuliere werkgever zou niet met administratieve en andere werkgeverslasten mogen worden geconfronteerd en de persoonlijke levenssfeer van de werkgever zou moeten worden beschermd. Verder speelt ook de omvang van het dienstverband een rol. De gedachte is namelijk dat het voor deeltijd huishoudelijk personeel om extra inkomen binnen het gezin gaat, waarmee niet in het levensonderhoud hoeft te worden voorzien. Ten slotte speelde bij de versoepeling van de uitzonderingsregeling per 1 januari 2007 de behoefte om de werkgelegenheid in de markt voor de persoonlijke dienstverlening te stimuleren. (Zie E. Cremers-Hartman, 'De (deeltijd-) huishoudelijk werker en de particuliere zorgverlener', in: A. R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012, p. 573-574). Aangezien het eerste en het derde argument evengoed kunnen gelden voor persoonlijke dienstverleners die op meer dan vier dagen per week diensten aan een particuliere werkgever verrichten, zou het 'geen-behoefte-argument' bepalend moeten zijn geweest bij het stellen van de grens van 'minder dan vier dagen per week'. Hoewel ik het laatstgenoemde argument in het licht van de huidige tweeverdienersmaatschappij nogal bedenkelijk vind, kan van een persoonlijke dienstverlener die op vier (volle) dagen of meer voor een particuliere werkgever werkt, inderdaad zeer moeilijk worden gezegd dat de inkomensafhankelijkheid in het algemeen ontbreekt. Of dat bij drie (volle) dagen per week anders is, waag ik te betwijfelen. Opmerkelijk is overigens, dat de wet bij de beoordeling van de inkomensafhankelijkheid een dagen-

criterium in plaats van een uren-criterium hanteert. Dit brengt mee, dat de persoonlijke dienstverlener die gedurende vier dagen per week op drie uur per dag werkzaamheden voor haar particuliere werkgever verricht wel onder het normale wettelijke regime valt, terwijl haar collega die dat op drie dagen per week gedurende acht uur doet, het met het bijzondere, verdunde regime moet doen.

3. Feiten

Werkgeefster is licht verstandelijk gehandicapt en lijdt aan multiple sclerose. Zij woonde in 2010 zelfstandig en heeft een zorgindicatie op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) voor zeven dagen per week gedurende zes uur per dag. In dat kader is haar een Persoonsgebonden Budget (PGB) toegekend van € 2.531,49 per maand. Op 7 oktober heeft werkgeefster een (model)zorgovereenkomst met een goede vriendin gesloten, op grond waarvan zij als werkneemster van werkgever voor onbepaalde tijd gedurende 42 uur per week zorg moet verlenen aan werkgeefster tegen een AWBZ-maandloon van € 2.531,49 bruto, inclusief 8% vakantiegeld. Werkgeefster heeft de loonadministratie uitbesteed aan servicecentrum PGB. Artikel 15 van de zorgovereenkomst bevat een aantal bijzondere bepalingen, waaronder bepaling 3.3.4, die als volgt luidt:

3.3.4

Wanneer eindigt de overeenkomst direct

De arbeidsovereenkomst eindigt direct, zonder voorafgaande opzegging:

- als de budgethouder overlijdt;

- als uw zorgkantoor (AWBZ) en/of uw gemeente (Wmo) beslist dat de budgethouder geen recht meer heeft op een Persoonsgebonden budget.

De zorgverlener krijgt in dat geval een eenmalige uitkering ter hoogte van één gemiddeld maandloon over de laatste drie volle kalendermaanden. Er wordt alleen betaald voor zover er nog voldoende budget is.

Werkneemster heeft zich op 10 maart 2011 ziek gemeld in verband met een slijmbeursontsteking. Op 7 april 2011 is werkneemster door de arbo-arts volledig arbeidsongeschikt verklaard. Nadat werkneemster zich ziek heeft gemeld, is werkgeefster met spoedindicatie opgenomen door Icare, een zorgorganisatie. Omdat de door Icare verleende zorg als zorg in natura kwalificeerde, is het PGB van werkgeefster door het zorgkantoor beëindigd. Volgens werkgeefster is daarmee - en gelet op het bepaalde in artikel 3.3.4 - de arbeidsovereenkomst van rechtswege geëindigd. Werkneemster betwist dat en vordert loon.

4. Rechtsoordeel

De kantonrechter heeft onder meer geoordeeld dat de tussen partijen gesloten overeenkomst (zorgovereenkomst/arbeidsovereenkomst) qua karakter niet geheel vergelijkbaar is met een reguliere arbeidsovereenkomst, overigens nog afgezien van het feit dat werkneemster een heel goede vriendin van werkgeefster was. Vervolgens heeft de kantonrechter geoordeeld dat de overeenkomst ingevolge het bepaalde in artikel 15 direct is geëindigd doordat het PGB van werkgeefster is stopgezet. De tegen genoemde oordelen gerichte grieven worden door het hof verworpen.

Het hof oordeelt, dat de tussen partijen gesloten overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Op deze overeenkomst is Boek 7, titel 10 BW van toepassing, gelijk het Hof Leeuwarden, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis, heeft overwogen in zijn arrest van 20 december 2006 (LJN: AZ5585). In die uitspraak heeft ook het hof al gewezen op de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst die tevens een zorgovereenkomst is. De kantonrechter heeft naar 's hofs oordeel dan ook terecht geoordeeld dat deze arbeidsovereenkomst niet geheel vergelijkbaar is met een gewone arbeidsovereenkomst. De budgethouder/werkgever verkeert over het algemeen – en ook in dit geval, gelet ook op de (lichte) geestelijke handicap van werkgeefster – niet in de sterkere positie ten opzichte van de werknemer, waarvan in het arbeidsrecht wordt uitgegaan. Voorts vindt de arbeid plaats in de privéomgeving van de werkgever en heeft deze betrekking op persoonlijke zorg – hetgeen bij "gewone" arbeidsovereenkomsten niet het geval is – terwijl verder tussen de zorgverlener en werkgevers vaak voor het aangaan van het contract sprake is van een niet zakelijke relatie, zoals een familierelatie, of – zo als in dit geval – een vriendschapsrelatie. Dit kleurt de arbeidsovereenkomst en kan van invloed zijn op de toewijsbaarheid van de vorderingen.

Het hof overweegt vervolgens dat de in artikel 3.3.4 van de overeenkomst opgenomen clause als een ontbindende voorwaarde kwalificeert. Vervolgens gaat het hof na, of het beroep op de ontbindende voorwaarde in het onderhavige geval als strijdig met het wettelijke stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet worden geoordeeld. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

De regeling van de zorgovereenkomst en het PGB is niet in het leven geroepen om meer banen te scheppen of om meer (mantel)zorgverleners een sterkere positie te verschaffen ten opzichte van de zorgcliënt, maar de doelstellingen van deze 'modernisering' van de AWBZ waren het vergroten van de keuzemogelijkheden, de keuzevrijheid en de zeggenschap van de cliënt (vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 25 657, nr. 27). Verder heeft de budgethouder de vrije keus tussen een PGB en zorg in natura, terwijl als zorg in natura verstrekt wordt, in de regel

daarnaast geen aanspraak bestaat op een PGB. Werkgeefster heeft aangegeven dat zij in slechte toestand verkeerde, dat alleen Icare op dat moment in staat was op korte termijn de noodzakelijke zorg te verlenen en dat de zorg van Icare door het zorgkantoor is aangemerkt als zorg in natura, en dat, nadat Icare met de zorgverlening was gestart, is geconstateerd dat opname in een instelling geïndiceerd was. Het hof oordeelt dat de vrije keus die de zorgcliënt heeft tussen zorg in natura en zorg via een PGB, in een situatie als waarin werkgeefster eind maart 2011 verkeerde (te weten: een licht verstandelijk gehandicapte MS-patiënt, zelfstandig wonend zonder zorgverlener) niet wordt ingeperkt door een verplichting om de belangen van de zorgverlener te laten prevaleren. Werkneemster kan worden nagegeven dat de PGB-budgethouder geen beroep toekomt op de hiervoor bedoelde ontbindende voorwaarde ingeval deze het budget laat beëindigen met het vooropgezette doel om van de arbeidsovereenkomst met de zorgverlener af te komen. Dat daarvan in dit geval sprake is, blijkt volgens het hof evenwel uit niets.

5. De ontbindende voorwaarde getoetst

De onderhavige uitspraak betreft een persoonlijke dienstverlener die buiten het bijzondere *wettelijke* regime valt. Zij werkte immers meer dan vier dagen per week voor haar particuliere werkgeefster. Desalniettemin valt de betrokken werkneemster kennelijk toch onder een bijzonder regime, namelijk een bijzonder *jurisprudentieel* regime. De vraag is of dit terecht is.

De toetsing die het hof hier uitvoert, sluit op het eerste gezicht goed aan bij het standpunt van de Hoge Raad in het HTM-arrest (HR 2 november 2012, LJN BX0438, AR-commentaar 2012-0966), dat het bij de beoordeling van de vraag of een ontbindende voorwaarde is te verenigen met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht, mede aankomt op de aard, inhoud en context van die voorwaarde. Daarbij speelt de aard van de arbeidsverhouding een rol, alsmede de vraag voor wiens rekening de beëindiging van de arbeidsverhouding behoort te komen.

De Hoge Raad oordeelde in het genoemde arrest dat het met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht verenigbaar is, dat een werkgever die meewerkt aan de ID-regeling en daartoe in staat wordt gesteld door de daaraan verbonden subsidie, zich op voorhand verzekert dat de beëindiging van de aan de regeling verbonden subsidie geen nadelige gevolgen voor hem heeft. De door de ID-werknemers vervulde arbeidsplaats was speciaal voor hen geschapen en in stand gehouden en de ID-regeling bevatte de nodige waarborgen dat de ID-werknemers niet op een normale arbeidsplaats werden ingezet. Het is dan volgens de Hoge Raad op voorhand redelijk dat in de verhouding tot de betrokken werknemer de gevolgen van het vervallen van de ID-subsidie niet voor rekening van de werkgever komen.

Op het tweede gezicht kunnen echter wel degelijk vraagtekens worden geplaatst bij het

oordeel dat de werkgeefster in het onderhavige geval een beroep toekwam op de ontbindende voorwaarde. Ten eerste kun je je afvragen of de werkgeefster hier het intreden van de ontbindende voorwaarde niet te veel zelf in de hand heeft gehad. In het arrest Port de Plaisance (HR 13 februari 1998, *NJ* 1998/708) diende de Hoge Raad te oordelen over een ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen indien de werkgever langer dan een maand geen gebruik van de werknemer zou kunnen maken door een onderbreking van de bedrijfsvoering als gevolg van een 'Act of God'. Deze ontbindende voorwaarde werd ongeldig beoordeeld, omdat de vraag of, en zo ja, hoe lang de onderbreking van de bedrijfsvoering als gevolg van die 'Act of God' zich voordoet, niet kan worden beantwoord zonder een eigen subjectieve waardering van de omstandigheden door de werkgever. Hoewel de werkgeefster in het onderhavige geval geen enkele invloed heeft gehad op de ziekte van de PGB-werkneemster, kun je je afvragen of van haar niet had kunnen worden verlangd niet te kiezen voor zorg in natura van Icare, maar voor een vervangende thuishulp. In dat geval zou immers de ontbindende voorwaarde niet in werking zijn getreden. Of moet het hof inderdaad worden nagegeven, dat de ziekte van de PGB-werknemer in dit geval indirect (vrijwel) altijd tot het intreden van de ontbindende voorwaarde zal leiden? Gelet op het ziektebeeld van de zorgcliënt en de omstandigheid dat haar een spoedindicatie was verleend, is het onwaarschijnlijk dat ze het wel een weekje zonder thuishulp aan had gekund. Maar hoe waarschijnlijk is het dat de zorgcliënt op stel en sprong een andere vervangende PGB-werkneemster kan inschakelen? Is het overschakelen naar zorg in natura door een zorginstelling dan niet (vrijwel) onvermijdelijk?

Bij een bevestigende beantwoording van bovenstaande vraag, komen we echter bij de tweede bedenking omtrent het oordeel over de geldigheid van de ontbindende voorwaarde. In de onderhavige casus speelde de ziekte van de werkneemster een belangrijke rol. Hoewel de ontbindende voorwaarde hier niet met zoveel woorden was gekoppeld aan de ziekte, was er in het onderhavige geval wel degelijk een verband tussen de ziekte van de werkneemster en het intreden van die voorwaarde. Aangezien het maar zeer de vraag is of de zorginstelling het PGB van de zorgcliënt had beëindigd als de werkneemster niet ziek was geworden, kan het naar mijn mening moeilijk ontkend worden dat de onderhavige ontbindende voorwaarde het opzegverbod tijdens ziekte en de bijzondere bepalingen in het Ontslagbesluit omtrent arbeidsongeschikte werknemers (werkneemster werkte 6 dagen per week, dus het BBA was gewoon van toepassing) doorkruist. Al met al riekt dit dus naar een voorwaarde die niet strookt met de wettelijke ontslagbescherming van de betrokken werkneemster, hetgeen in de richting wijst van de nietigheid van de bovenbedoelde voorwaarde.

Overigens verbaast mij, de manier waarop het hof in zijn overwegingen aandacht besteedt aan de gedachte die aan de modernisering van de AWBZ ten grondslag ligt, te weten de

keuzevrijheid van de budgethouder tussen zorg in natura en zorg via een PGB. Het hof legt dit uit ten nadele van de werkneemster: de werkgeefster moet die keuzevrijheid kennelijk steeds behouden. Maar ligt het niet meer voor de hand om de manier waarop de werkgeefster eerder van die keuzevrijheid gebruik maakte, in het voordeel van de werkneemster uit te leggen?

Werkgeefster heeft immers vrijwillig gekozen voor het werkgeverschap en alle daarbij behorende verplichtingen. Als zij de (financiële en administratieve) lasten niet had gewenst, had zij kunnen kiezen voor zorg in natura. Niettemin kan ik me voorstellen, dat het hof slecht kon leven met de voor de betrokken werkgeefster verbonden gevolgen van de conclusie dat de ontbindende voorwaarde nietig is. Dat zou immers onder meer impliceren, dat ingevolge artikel 7:629 lid 1 BW gedurende maximaal 104 weken van ziekte van de werkneemster een loondoorbetalingsverplichting op de werkgeefster rust (het is zeer onwaarschijnlijk dat de werkgeefster zich particulier heeft verzekerd tegen dit, loondoorbetalingsrisico en of dat überhaupt mogelijk was). Voorts is gedurende de ziekte van de werkneemster een bijzonder opzegverbod van toepassing (artikel 7:670 lid 1 BW).

6. Een andere oplossing denkbaar?

Hierboven is geconstateerd, dat er te twisten valt over het oordeel van het hof over de geldigheid van de ontbindende voorwaarde. De vraag rijst echter, of in het onderhavige geval wel van een arbeidsovereenkomst tussen de budgethoudster en de zorgverleenster kan worden gesproken. In de jurisprudentie van de socialeverzekeringsrechter over arbeidsverhoudingen in familierelaties of tussen partners, wordt niet zonder meer een gezagsverhouding aangenomen. Bij arbeidsverhoudingen in familieverband kan het aannemen van een gezagsverhouding lastig zijn, omdat er tussen ouder en kind al een gezagsrelatie bestaat, die niet in het leven geroepen is door een obligatoire overeenkomst. Bij arbeidsverhoudingen tussen echtgenoten kan de gelijkwaardigheid die betrokkenen in hun persoonlijke relatie hebben meebrengen dat van een gezagsverhouding geen sprake is. Ten aanzien van de vader, die als PGB-zorgverlener van zijn tweejarige dochter optrad, oordeelde de CRvB recentelijk, dat gelet op de zeer jonge leeftijd van de dochter geen sprake kan zijn geweest van een gezagsverhouding tussen de dochter en haar vader (CRvB 21 november 2012 ECLI:NL:CRVB:2012:BY9308). Voor de werknemersverzekeringen betekent de omstandigheid, dat de arbeidsrelatie in overwegende mate wordt beheerst door de familierelatie, overigens ook dat geen gelijkgestelde arbeidsverhouding mogelijk is, zie artikel 8 van het op artikel 5 ZW gebaseerde Rariteitenbesluit (Besluit van 24 december 1986, *Stb.* 655).

Naar mijn mening waren de argumenten die het hof in de onderhavige uitspraak aanhaalt ter ondersteuning van het oordeel dat sprake is van een bijzondere arbeidsverhouding – dat de budgethoudster/ werkgeefster zich mede door haar (lichte) geestelijke handicap niet in een sterkere positie ten opzichte van de werkneemster bevond, dat de arbeid plaatsvond in de

privéomgeving van de werkgever en dat reeds sprake was van een vriendschappelijke, niet-zakelijke relatie voordat de arbeidsverhouding werd aangegaan – vrij overtuigend geweest ter onderbouwing van het oordeel dat de gezagsverhouding in het onderhavige geval ontbreekt. Hiermee wil ik echter niet zeggen dat de maatschappelijke positie van PGB-zorgverleners of alfa hulpen niet om arbeidsrechtelijke bescherming vraagt. De vraag rijst in dit verband echter of het werkgeverschap in dergelijke gevallen niet beter kan worden verlegd.

Ik neem aan dat in het onderhavige geval de PGB-houdster op eigen initiatief een arbeidsrelatie is aangegaan met haar vriendin. Het komt echter, met name ook in de alfahulpverlening op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO), geregeld voor dat via een bemiddelingsorganisatie cont(r)acten tot stand worden gebracht tussen zorgvragers en zorgverleners. Bij de PGB-hulpverlening neemt het Servicecentrum van de Sociale Verzekeringsbank (SVB) bovendien verschillende werkgeverstaken over, in de alfahulpverlening geldt datzelfde voor de thuiszorginstelling. Het aanvaarden van een arbeidsovereenkomst met een zorginstelling in plaats van de zorgbehoevende zou voor veel zorgverleners een belangrijke toename van arbeidsrechtelijke bescherming kunnen betekenen. Het betekent in de eerste plaats dat het in de inleiding besproken bijzondere wettelijke regime niet meer van toepassing is op de PGB-hulpverlener of alfahulp die op minder dan vier dagen per week bij een zorgvrager werkzaam zijn: deze uitzondering strekt zich immers uitsluitend uit tot de persoonlijke dienstverleners die een arbeidsovereenkomst met hun particuliere werkgever hebben. Het oordeel over de geldigheid van een ontbindende voorwaarde zou uiteraard ook anders uitpakken. Ten slotte zou ook de hoogte van aan de PGB-houdsters en alfahulpen toegekende ontslagvergoedingen hoger kunnen uitpakken. Zo concludeert Van Eerde op basis van een onderzoek naar niet-gepubliceerde jurisprudentie, dat de erkenning van de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst van de PGB-zorgverleners zich vertaalt in het consequent niet-toekennen van een ontbindingsvergoeding (R.L. Van Eerde, 'De persoonsgebonden budget houder als gedwongen werkgever', SR 2005, 60).

Wie bekend is met de payroll-problematiek (zie hierover Zwemmer in onder meer AR-commentaren 2009-0881 en 2013-0510), kan zich echter voorstellen dat het de vraag is of een beroep op het werkgeverschap bij de 'bemiddelende' instantie een haalbare kaart is. Over het algemeen is de rechtspraak terughoudend als het erom gaat een ander dan de partij waarmee (op papier) is gecontracteerd, als juridische werkgever aan te merken. Dit zal helemaal het geval zijn als de selectie door de PGB-houder zelf heeft plaatsgevonden. De Rechtbank Zutphen verwierp de stelling van een alfahulpverleenster die zich op het standpunt stelde, dat zij in dienst was van de thuiszorginstelling in plaats van de hulpbehoevende. Bij dit oordeel speelde een belangrijke rol dat niet kon worden gezegd, dat de thuiszorginstelling de bedoeling had als werkgever op te treden. Dat de alfahulp zich bij ziekte ook bij de instelling

moest melden en laatstgenoemde ook faciliterende taken op zich nam, zoals de salarisbetaling aan de alfa-hulp, maakte dat niet anders (Rb. Zutphen 18 januari 2012, *JAR* 2012,43). Ik heb begrepen dat partijen van het vonnis in hoger beroep zijn gegaan en dat op korte termijn een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden kan worden verwacht.

Overigens zou, ook indien de thuiszorginstelling wel als werkgever wordt aangemerkt, de vraag kunnen rijzen of die instelling dan niet als uitzendwerkgever als bedoeld in artikel 7:690 BW zou kunnen worden gekwalificeerd. Mocht dat zo zijn, dan zou de zorginstelling een uitzendbeding (artikel 7:691 BW) in de uitzendovereenkomst kunnen opnemen en zou de inkomenspositie van de werknemer bij ziekte (opnieuw) niet benijdenswaardig zijn. Ik gaf al aan, dat een voordeel blijft dat de verzekeringsplicht en het uitkeringsrecht krachtens de ZW niet meer ter discussie staat. Nadeel is – en dat geldt eveneens voor de persoonlijke dienstverleners in dienst van een particuliere werkgever die niet onder het ‘bijzondere wettelijke regime’ vallen, maar wel geconfronteerd worden met een ontbindende voorwaarde nadat ze ziek zijn geworden – dat de ZW per 1 januari 2013 is ‘gemoderniseerd’. Dit brengt mee dat de wet aan verzekerden zonder werkgever per 1 januari 2014 niet zonder meer 104 weken een uitkering ter hoogte van 70% van het dagloon wordt uitgekeerd (zie hierover M. Westerveld, ‘De Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, alias modernisering van de Ziektewet’, *TAP* 2013/1, p. 17 e.v.).

Tot slot

In de bundel ‘Bijzondere arbeidsverhoudingen’ (t.a.p.) wordt (onder meer) aandacht besteed aan (de argumenten voor) het bijzondere wettelijke regime dat van toepassing is op de groep werknemers, dat op minder dan vier dagen per week voor hun particuliere werkgever ‘diensten ten behoeve van het huishouden verlenen’. Het onderhavige arrest wekt de indruk, dat de kwalificatie ‘bijzondere arbeidsverhouding’ ook bij de beoordeling van de geldigheid van een ontbindende een bijzonder ‘jurisprudentieel regime’ voor de PGB-werknemer rechtvaardigt. Zelfs wanneer de betreffende werknemer – door op meer dan vier dagen per week voor haar werkgever arbeid te verrichten – niet aan de eisen van dat bijzondere wettelijke regime voldoet. Ik begrijp, dat de belangen van de onderhavige werkgeefster, gelet op haar sociaal-economische positie van de werkgeefster een zwaarwegende rol hebben gespeeld bij de uitkomst van de onderhavige procedure. Met de sociaal-economische positie van de werknemer dient echter ook rekening te worden gehouden. Met het – waar mogelijk – verleggen van het werkgeverschap naar een (thuiszorg)instelling, zou een beter evenwicht kunnen worden bereikt tussen de gerechtvaardigde belangen van werkgever en werknemer.