

## Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 05, 2016

Nummer 5, 2016

*Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, 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

#### Hof

**Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:77** 26-01-2016

werknemster/Stichting Confessioneel Onderwijs Leiden

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:114** 19-01-2016

Stichting Bevolkingsonderzoek Midden-West/werknemer

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:138** 19-01-2016

werknemer/Alimak Hek B.V.

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:133** 19-01-2016

werknemer/Stichting St. Elisabeth Ziekenhuis

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:96** 19-01-2016

CNV Vakmensen c.s./Connexxion openbaar vervoer N.V. c.s.

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:157** 19-01-2016

werknemster/Varkensfokbedrijf X BV

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:142** 12-01-2016

zzp'er/Focus on Human B.V.

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5688** 27-10-2015

Inforcontracting /Sloopwerken

#### Rechtbank

**Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:661** 27-01-2016

werknemer/werkgever

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:280** 22-01-2016

werknemer/De Stichting Welzijn Amsterdam Zuidoost, thans genoemd Stichting Swazoom

**Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:212** 21-01-2016

Grolsche Bierbrouwerij Nederland B.V./werknemer

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:101** 20-01-2016

Stichting Talant/werknemer

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:368** 20-01-2016

Bios Personenvervoer B.V. /werknemster

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:596** 13-01-2016

werknemer/Atlanship S.A. c.s.

**Annotatie**

**Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers**

*mr. dr. L. van den Berg*

**Annotatie**

**Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers**

*mr. dr. L. van den Berg*

RECHTSPRAAK

**werknemer/De Stichting Welzijn Amsterdam Zuidoost,  
thans genoemd Stichting Swazoom**

***Werknemer mag er, gelet op de feitelijke gang van zaken en gelet op het ontbreken van duidelijke afspraken binnen het bedrijf over het aangaan/verlengen van arbeidsovereenkomsten, gerechtvaardigd op vertrouwen dat zijn leidinggevende bevoegd was om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden.***

Werknemer is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst bij Swazoom. Tijdens een voortgangsgesprek op 28 oktober 2015 heeft de leidinggevende van werknemer met hem gesproken over verlenging van zijn arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2016 voor onbepaalde tijd. Op 30 oktober 2015 is werknemer door zijn leidinggevende en de adjunct-directeur medegedeeld dat de toegezegde contractsverlenging per direct on hold werd gezet naar aanleiding van een vermoeden van blowen tijdens het werk en gevonden bierblikjes in de jongerenruimte. Op 11 november 2015 is aan werknemer medegedeeld dat zijn dienstverband per 31 december 2015 eindigt. Werknemer vordert onder meer dat Swazoom veroordeeld zal worden om binnen zeven dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis aan werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Door werknemer wordt hiertoe gesteld dat zijn leidinggevende hem namens Swazoom een onvoorwaardelijke toezegging heeft gedaan tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, welk aanbod werknemer heeft aanvaard.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Door Swazoom wordt gesteld dat de directeur en niet de leidinggevende van Swazoom de enige is die bevoegd is om arbeidsovereenkomsten aan te gaan namens Swazoom. De leidinggevende heeft slechts een adviserende rol, maar de directie beslist uiteindelijk. Uit de feitelijke gang van zaken blijkt echter niet dat het duidelijk moest zijn voor werknemer dat de leidinggevende onbevoegd was om hem namens Swazoom een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Zo werd in de schriftelijke bevestiging van de eerste verlenging van zijn arbeidsovereenkomst expliciet vermeld dat deze werd verlengd 'zoals in een persoonlijk gesprek door uw leidinggevende is toegelicht'. Hieruit volgt veeleer dat de

verlenging van de arbeidsovereenkomst reeds mondeling was overeengekomen met de leidinggevende en dat dit nog slechts schriftelijk werd bevestigd. Evenmin is in de mutatieformulieren bevestiging van de door Swazoom gestelde procedure te vinden. Werknemer kreeg bovendien de gestelde procedure pas onder ogen nadat hij om zijn personeelsdossier had gevraagd. Uit verschillende gespreksverslagen en formulieren blijkt daarnaast dat Swazoom het door haar gestelde protocol in de praktijk niet strak volgde en dat binnen Swazoom onvoldoende duidelijke afspraken bestonden over het aangaan/verlengen van arbeidsovereenkomsten. Gelet op de gang van zaken bij de eerdere verlenging van de arbeidsovereenkomst en die tijdens het gesprek op 28 oktober 2015 heeft werknemer er ex artikel 3:61 BW gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat zijn leidinggevende bevoegd was om namens Swazoom een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden. Werknemer heeft dit aanbod direct aanvaard. De vorderingen van werknemer zijn, gelet op het voorgaande, toewijsbaar.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2016:280

**Zaaknummer:** KK EXPL 15-1639

**Rechters:** M.E.B. Terwee

**Advocaten:** P.A. van der Waal en S. de Graaf

**Wetsartikelen:** 3:61 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Varkensfokbedrijf X BV**

***Geschil tussen werkneemster en een varkensfokbedrijf over indeling door werkgever van werkneemster in een functiegroep volgens de CAO voor Dierhouderij en de beloning op grond daarvan. Werkneemster slaagt in bewijsvoering werkzaamheden conform hogere functie. Loonvordering toegewezen.***

(Zie AR 2015-0204.) Werkneemster is van mei 2009 tot april 2012 in dienst geweest van werkgever. Op de arbeidsovereenkomsten was de CAO voor Dierhouderij van toepassing. Werkneemster vordert in deze procedure achterstallig loon wegens onjuiste functiewaardering. Daartoe stelt zij het volgende. Zij heeft gewerkt als dierenverzorger zoals omschreven in het functiehandboek. Die functieomschrijving stemt ook overeen met de functie die in de arbeidsovereenkomsten is opgenomen ('carer of cattle'/veeverzorger) en met haar kwalificaties. Zij had beloond moeten worden naar functiegroep E (functie 4.10) waar de functie dierenverzorger in valt. Verder zijn de functiejaren niet correct toegepast. Varkensfokbedrijf heeft tegen het gevorderde verweer gevoerd. Volgens haar was werkneemster werkzaam als algemeen medewerker en incidenteel verrichtte zij werkzaamheden van assistent-dierenverzorger. Zij is dan ook terecht op de voet van algemeen medewerker (functie 4.01) beloond. Volgens de kantonrechter had werkneemster ingedeeld dienen te worden in de functie assistent-dierenverzorger. Het hof heeft bij tussenarrest werkneemster opgedragen te bewijzen dat haar werkzaamheden onder de functieomschrijving als gevorderd vallen.

Het hof oordeelt als volgt. Het verzorgen van dieren betreft volgens de functieomschrijving van 'assistent dierenverzorger' slechts het verlenen van assistentie, dus verzamelen en vangen van dieren, in bedwang houden van dieren, maar niet het 'zelf' verzorgen van dieren. Het verzorgen van dieren behoort wel tot de taak van de 'dierenverzorger'. Voor zover uit de verklaringen van getuige 2 en bedrijfsleider Varkensfokbedrijf volgt dat werkneemster bij sommige werkzaamheden betreffende de verzorging moest worden gecontroleerd, laat dat onverlet dat zij deze werkzaamheden wel verrichtte. Overigens blijkt uit de verklaringen dat de door werkneemster uitgevoerde taken de functie van 'dierenverzorger' soms zelfs

overstegen, omdat zij op sommige dagen en voor wat betreft sommige taken zelf beslissingen nam, hetgeen duidt op de functie van 'allround dierversorger'. Werkneemster is ook geslaagd in het bewijs dat zij tijdens het gehele dienstverband de werkzaamheden van een 'dierenversorger' heeft verricht. Weliswaar heeft getuige 2 verklaard dat het inwerken van werkneemster zo'n twee maanden heeft geduurd (bedrijfsleider Varkensfokbedrijf heeft dat zelfs op een half jaar geschat), maar uit die verklaringen blijkt niet dat werkneemster tijdens die inwerkperiode veel beperktere taken had of dat zij slechts werkzaamheden heeft verricht die behoren bij die van een 'assistent dierenversorger'.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2016:157

**Zaaknummer:** 200.135.351/01

**Rechters:** C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M. van Ham en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

**Advocaten:** A.F. de Koning en H.W.M. Vos

**Wetsartikelen:** CAO voor Dierhouderij

RECHTSPRAAK

**zzp'er/Focus on Human B.V.**

***Zzp'er komt geen beroep toe op artikel 9a WAADI. Concurrentiebeding geen arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 1 WCAO.***

Werknemer is een BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige. Al voor 2010 was hij gedurende 16 uur per week als zodanig werkzaam bij Huisartsenpraktijk Stadsweiden te Harderwijk (hierna: de Huisartsenpraktijk), zulks als gedetacheerde van GGZ-organisatie Indigo. Op 1 januari 2014 is werknemer fulltime en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal-psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij FOH. FOH had inmiddels met de Huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan werknemer vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van de werkzaamheden. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen FOH en werknemer is opgenomen dat werknemer zal worden ingeschakeld voor het begeleiden, coachen en behandelen van cliënten/patiënten van FOH en dat de CAO GGZ op dit contract van toepassing is. De arbeidsovereenkomst bevat voorts een non-concurrentie- en relatiebeding, alsmede een boetebeding. Werknemer heeft - vanwege meningsverschillen met de eigenaar van FOH - de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juni 2015. Werknemer is vanaf medio mei 2015 zzp'er. De activiteiten van de eenmanszaak bestaan uit GGZ-hulpverlening, behandeling, coaching, begeleiding en onderwijs aan mensen met een GGZ-hulpaanvraag alsook coaching aan zorgprofessionals. De Huisartsenpost wenst de samenwerking met werknemer te continueren en acht zich niet gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding waarover niets staat in de detacheringsovereenkomst. In eerste aanleg is werknemer veroordeeld tot nakoming van het concurrentiebeding en betaling van verbeurde boetes.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer voert onder meer aan dat de CAO GGZ een standaard-cao is, die de werkgever verbiedt met de werknemer arbeidsvoorwaarden overeen te komen die niet in de cao geregeld zijn, met uitzondering van de in hoofdstuk 1 onder B, paragraaf 1 artikel 6 genoemde onderwerpen waartoe een concurrentie- en relatiebeding niet behoort. Het hof merkt op dat de 'arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen' (zie art. 1 lid 1 WCAO) weliswaar een zeer omvangrijk terrein kunnen bestrijken, maar dat niet vanzelfsprekend is dat daaronder ook bedingen vallen die zien op verplichtingen na afloop

van de arbeidsovereenkomst. De CAO GGZ zelf noemt de door FOH ingeroepen bedingen niet, zodat niet evident is dat deze bedingen arbeidsvoorwaarden zijn als bedoeld in de cao.

Het hof deelt het uitgangspunt van werknemer dat sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi. FOH heeft zijn arbeidskracht tegen vergoeding ter beschikking gesteld aan de Huisartsenpraktijk en - nu FOH zulks niet gemotiveerd heeft betwist - ook aan de psychiatriepraktijk van Y. Vast staat dat FOH met de Huisartsenpraktijk een detacheringsovereenkomst heeft gesloten; FOH heeft niet gemotiveerd gesteld dat de overeenkomst met Y op andere leest is geschoeid. In artikel 4 van de overeenkomst met de Huisartsenpraktijk staat dat de zorgprestaties (die volgens art. 1 worden uitgevoerd door werknemer, die ingevolge artikel 3 niet door een ander mag worden vervangen) worden uitgevoerd op basis van instructies van de Huisartsenpraktijk. Bijlage 3 bij die overeenkomst vermeldt dat de huisarts de taken bepaalt, dat de GGZ-ondersteuner de huisarts ondersteunt en op medisch terrein niet eindverantwoordelijk is. Daarmee is naar voorlopig oordeel van het hof voldaan aan het vereiste van verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde. Anders echter dan werknemer betoogt is het beding niet nietig om de enkele reden dat sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi. Het belemmeringsverbod in artikel 9a van die wet ziet slechts op de situatie waarin de opdrachtgever (in casu dus de Huisartsenpraktijk of Y) hem na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst zou willen nemen. Daarvan is geen sprake. Werknemer heeft gesteld dat hij de werkzaamheden als zzp'er wil voortzetten. Naar voorlopig oordeel van het hof geniet werknemer als zelfstandig ondernemer niet de bescherming van het belemmeringsverbod.

Het concurrentiebeding wordt op grond van artikel 7:653 lid 2 (oud) BW gematigd tot 20 km van de vestiging van FOH, nu FOH buiten Almere geen klanten bedient (en het bereik van 50 km te ver strekt).

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 12-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2016:142

**Zaaknummer:** 200.178.999/01

**Rechters:** M.E.L. Fikkers, P. Roorda en I. Tubben

**Advocaten:** L.S. van Dis en J.L. van Schouten

**Wetsartikelen:** 9a WAADI, 1 WCAO en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

## **Inforcontracting /Sloopwerken**

***Uitzender gehouden inlener te vrijwaren ondanks schending 658-verplichtingen inlener. Professionele partijen die vrijwaringsclausule opnemen hebben dit kennelijk bedoeld.***

Op 16 maart 2011 is tussen Inforcontracting en Sloopwerken een Mantelovereenkomst Detachering (verder: de mantelovereenkomst) gesloten in verband met door Inforcontracting aan Sloopwerken uit te lenen arbeidskrachten. In deze overeenkomst is onder meer een vrijwaringsclausule opgenomen voor schade die door werknemers wordt geleden. Een van de door Inforcontracting uitgeleende werknemers heeft op 5 november 2012 schade opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden (bij het slopen van een lift is het contragewicht naar beneden gekomen en heeft zijn rechterhand en een deel van de onderarm afgerukt. Werknemer heeft Inforcontracting aansprakelijk gesteld voor de schade die hij als gevolg van het bedrijfsongeval heeft geleden. Toen Inforcontracting hem daarop liet weten ter zake niet verzekerd te zijn heeft werknemer ook Sloopwerken aansprakelijk gesteld. De verzekeraar van Sloopwerken, Delta Lloyd, heeft de aansprakelijkheid erkend. Deze verzekeraar is blijkens mededelingen ter zitting met werknemer een aan laatstgenoemde te betalen bedrag van € 255.000 overeengekomen. Voor Sloopwerken geldt hierbij een eigen risico van € 50.000. Inforcontracting heeft aan (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) Sloopwerken op 21 maart 2013 te kennen gegeven zich niet gehouden te achten om, op grond van artikel 7.2 van de mantelovereenkomst, Sloopwerken te vrijwaren, omdat Sloopwerken deels debet aan het ongeval is. Dat Sloopwerken nalatig is geweest acht de rechtbank op zichzelf niet voldoende om te kunnen spreken van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van Sloopwerken.

Het hof oordeelt als volgt. Zowel Inforcontracting als Sloopwerken waren ervaren, professionele partijen. Inforcontracting heeft weliswaar gesteld dat zij ten tijde van het sluiten van de mantelovereenkomst nog weinig ervaring had met het detacheren van personeel voor sloopwerkzaamheden, maar zij heeft niet weersproken in 2011 voor 4604 uur personeel aan Sloopwerken te hebben uitgezonden en in 2012 gedurende 18.186 uur. Begin 2013 werd de mantelovereenkomst uit 2011 vervangen door de mantelovereenkomst 2013, waarbij artikel 7.2 ongewijzigd bleef. Kennelijk vormde de ruime ervaring die Inforcontracting toen al had

opgedaan met het uitzenden van personeel naar het sloopbedrijf van Sloopwerken en ondanks het ongeval met werknemer, geen aanleiding op de vrijwaringsclausule terug te komen. Van een verband tussen de gestelde onervarenheid van Inforcontracting met het uitzenden van personeel voor sloopwerkzaamheden en het aangaan van de vrijwaringsbepaling is daarmee niet gebleken. De vrijwaringsbepaling is opgenomen in de tussen Sloopwerken en Inforcontracting gesloten (mantel)overeenkomst, welke overeenkomst tussen partijen is doorgenomen en bladzijde voor bladzijde door hen is geparafeerd. Er is dus niet sprake van een situatie waarbij algemene voorwaarden, die, mogelijk ongezien, Inforcontracting voor een verrassing stelden. Tussen Sloopwerken en Inforcontracting was overeengekomen dat Inforcontracting ervoor instond dat de gedetacheerde arbeidskrachten over een zogenaamd VCA-certificaat dienden te beschikken, en werknemer, net als de voorman, hier ook over beschikte. Sloopwerken mocht er derhalve van uitgaan dat beiden enigerlei kennis van veiligheidsvoorschriften hadden. Het hof is van oordeel dat, als gevolg van onvoldoende oplettendheid van de kant van Sloopwerken, waarbij werknemer mogelijk te veel heeft vertrouwd op de ervaring van de voorman als sloper, het ongeval heeft kunnen plaatsvinden. Dat is uiteraard als onzorgvuldig handelen zijdens Sloopwerken aan te merken, maar niet als bewust roekeloos of opzettelijk handelen. Van feiten en omstandigheden die dit laatste aantonen is niet gebleken. Het is daarmee in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat Sloopwerken een beroep doet op de vrijwaringsbepaling.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 27-10-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:5688

**Zaaknummer:** 200.165.230/01

**Rechters:** G.C. Boot, C.M. Aarts en M.L.D. Akkaya

**Advocaten:** J. Slager en M. Wisse

**Wetsartikelen:** 7:658 lid 4 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

## **Grolsche Bierbrouwerij Nederland B.V./werknemer**

***Spanningen bij werknemer leiden tot lichamelijke reactie (overgeven), waardoor presentatie moet worden afgebroken. Handelwijze van werkgever na dit voorval is oorzaak van verstoorde arbeidsrelatie. Ernstig verwijtbaar handelen. Ontbinding onder toekenning billijke vergoeding van € 20.000.***

Werknemer is op 1 augustus 2009 in dienst getreden bij Grolsch, in de functie van Technical Brewer met een salaris van € 4.400,45 per maand. Op 14 juli 2015 was de Europese Brewing Lead, mevrouw Z, op bezoek bij Grolsch. Werknemer zou hiervoor een presentatie geven en eventuele vragen beantwoorden. Tijdens de presentatie is werknemer weggelopen, vanwege dreigend overgeven. Vervolgens heeft werknemer buiten de zaal overgegeven. Het overgeven was het gevolg van door werknemer ervaren extreme spanning. Nu verzoekt Grolsch ontbinding van de arbeidsovereenkomst, op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Werknemer voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is sprake van een verstoorde arbeidsrelatie, die met zich brengt dat van werkgever niet langer verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Anders dan werknemer kennelijk beoogd te stellen, is de vraag welke partij de verstoorde relatie heeft veroorzaakt niet van belang. Onder omstandigheden kan zulks weleens anders zijn. Daarvan is hier geen sprake. Gelet op het voorgaande wordt het ontbindingsverzoek toegewezen. Ook heeft werknemer recht op een transitievergoeding. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de aan werknemer toegekende bonussen, omdat deze als (vaste) looncomponenten moeten worden aangemerkt. Uitgaande van een dienstverband van 6 jaar en 8 maanden heeft werknemer recht op een transitievergoeding van € 10.938,92 bruto. Echter, het handelen van werkgever, zoals werknemer betoogt, levert geen onrechtmatig handelen op en daarom is geen plaats voor schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. De kantonrechter begrijpt de stelling van werknemer evenwel ook zo dat het handelen van werkgever tijdens de laatste periode van de arbeidsovereenkomst ernstig verwijtbaar is. Onder aanvulling van de rechtsgronden dient aan werknemer, indien van ernstig verwijtbaar handelen van Grolsch sprake is, een billijke vergoeding te worden

toegekend. De handelwijze van Grolsch, na het voorval op 14 juli 2015, is uiteindelijk de oorzaak geweest van de verstoorde arbeidsrelatie. Hiervan kan Grolsch een ernstig verwijt worden gemaakt. Grolsch was namelijk op de hoogte van het feit dat werknemer zeer zenuwachtig was voor de 'confrontatie' met Z met wie hij eerder al in de 'clinch' had gelegen en dat werknemer opzag tegen de te geven presentatie. Het is niet verwonderlijk dat deze spanningen bij werknemer hebben geleid tot een lichamelijke reactie, te weten het overgeven, waarvoor werknemer zijn presentatie moest afbreken. Van Grolsch had verwacht mogen worden dat hij voor de komst van Z het gesprek/de presentatie had voorbereid met werknemer, teneinde de stress te reduceren. Voorts had verwacht mogen worden dat Grolsch werknemer na het voorval in bescherming had genomen. Van een goed werkgever had mogen worden verwacht dat hij hierna de draad weer zou hebben kunnen oppakken. In plaats daarvan heeft Grolsch aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat is ernstig verwijtbaar. Overigens heeft ook werknemer 'boter op het hoofd'. De wijze waarop hij meent met zijn werkgever tijdens ziekte te moeten communiceren, heeft er zeker niet aan bijgedragen de verhoudingen met zijn werkgever te herstellen, zij het dat Grolsch daarvoor al het 'doek al heeft laten vallen'. Een en ander betekent dat werknemer een billijke vergoeding van € 20.000 bruto toekomt.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 21-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2016:212

**Zaaknummer:** 4609667 \ EJ VERZ 15-422 en 4754227 EJ VERZ 16-28

**Rechters:** E.W. de Groot

**Advocaten:** E.L.J. Bruyninckx en H.C.J.G. Janssen

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Stichting St. Elisabeth Ziekenhuis**

***Ziekenhuis heeft, mede gezien de weerstand van collega's tegen de terugkeer van werknemer, onvoldoende invulling gegeven aan de uit artikel 3 Arbowet voortvloeiende zorgplicht. Omkering bewijslast nu werknemer aannemelijk heeft gemaakt dat het gevaar waartegen artikel 3 Arbowet beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt. Bewijslevering. Zaak aangehouden.***

Werknemer is bij het St. Elisabeth Ziekenhuis in dienst in de functie van anesthesie-assistent. Hij heeft zich op 6 juni 2007 tijdens het werk schuldig gemaakt aan seksuele intimidatie jegens zijn vrouwelijke collega X en zich jegens haar seksueel intimiderend gedragen door haar in de operatiekamer op de mond te zoenen en tegen haar te zeggen: 'Ik zal je pakken.' Dit voorval is door collega X op 11 juni 2007 gemeld bij het hoofd operatiekamers (hierna: OK), de heer Y. Door het ziekenhuis is een externe commissie ingesteld om onderzoek te doen naar het vermeend ongewenste gedrag van werknemer jegens collega's. Naar aanleiding van onder meer het rapport van deze commissie en getuigenverklaringen heeft het ziekenhuis in 2007 een verzoek ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werknemer. De kantonrechter heeft dit verzoek bij beschikking van 29 januari 2008 afgewezen. Werknemer heeft in februari 2008 zijn werk hervat. Op 12 maart 2010 heeft hij zich vervolgens ziek gemeld. Werknemer vorderde in eerste aanleg onder meer diverse verklaringen voor recht, alsmede de veroordeling van het ziekenhuis tot betaling aan hem van diverse geldbedragen. Deze vorderingen zijn door de kantonrechter afgewezen. Werknemer heeft zijn eis bij memorie van grieven vermeerderd en vordert onder meer voor recht te verklaren dat het ziekenhuis zijn wettelijke zorgplicht jegens hem als bedoeld in onder meer artikel 3 Arbowet en de artikelen 7:658 BW en 7:611 BW heeft geschonden en derhalve gehouden is de daaruit voortvloeiende schade aan werknemer te vergoeden.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van werknemer dat aan zijn zijde geen sprake was van herhaald grensoverschrijdend gedrag slaagt. Weliswaar staat tussen partijen vast dat er sprake is geweest van seksueel grensoverschrijdend gedrag van werknemer jegens collega X, maar uit

verschillende aangehaalde getuigenverklaringen en uit het rapport van de externe onderzoekscommissie kan niet worden afgeleid dat er aan de zijde van werknemer sprake is geweest van herhaald grensoverschrijdend gedrag. Werknemer baseert zijn vorderingen jegens het ziekenhuis op artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW. Voor aansprakelijkheid op grond van deze artikelen is vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de omstandigheden waaronder de werkzaamheden door werknemer zijn verricht enerzijds en de gezondheidsschade die werknemer stelt te hebben geleden en nog steeds te lijden anderzijds. Op grond van artikel 150 Rv berusten de stelplicht en bewijslast ter zake op werknemer. Het hof oordeelt dat het ziekenhuis in de periode tot en met de ontbindingsbeschikking jegens werknemer niet een op het ziekenhuis rustende zorgplicht heeft geschonden. Dat het ziekenhuis, gelet op de aard en de ernst van de klacht van collega X en eerdere klachten werknemer op non-actief heeft gesteld, acht het hof niet verwijtbaar. Ook het indienen van een ontbindingsverzoek door het ziekenhuis leidt niet tot schending van de zorgplicht, nu het ziekenhuis daarvoor een zelfstandige afweging heeft mogen maken. Wat betreft de periode na de ontbindingsbeschikking oordeelt het hof als volgt. Mede gezien het gegeven dat de terugkeer van werknemer als anesthesie-assistent op weerstand stuitte, was het ziekenhuis gehouden om maatregelen te treffen die de terugkeer van werknemer mogelijk zouden maken en om zich ervoor in te spannen dat het voor werknemer mogelijk zou zijn om zonder psychosociale arbeidsbelasting als bedoeld in artikel 3 Arbowet te functioneren op de werkvloer. Het hof is het met werknemer eens dat het ziekenhuis onvoldoende maatregelen heeft getroffen om te voldoen aan vorenbedoelde zorgplicht. Dat het ziekenhuis onvoldoende invulling gegeven aan de uit artikel 3 Arbowet voortvloeiende zorgplicht blijkt onder meer uit de volgende omstandigheden. Het ziekenhuis spreekt in de brief van 14 februari 2008 over een begeleidingstraject voor werknemer, maar het heeft niet inzichtelijk gemaakt waaruit de begeleiding heeft bestaan. Daarnaast heeft het ziekenhuis de mogelijkheid om een mediationstraject in te gaan onbenut gelaten, terwijl werknemer daar uitdrukkelijk om heeft verzocht. Bovendien is niet gebleken dat het ziekenhuis ten aanzien van de terugkeer van werknemer op de werkvloer bemiddelend is opgetreden dan wel zich daartoe zodanig heeft ingespannen dat de werkverhoudingen van werknemer met anderen op de werkvloer zo veel als mogelijk zouden worden genormaliseerd. Aannemelijk is dat de bij werknemer bekende weerstand van collega's tegen zijn terugkeer en het feit dat sommige collega's niet meer met hem wilden samenwerken, psychosociale werkbelasting opleverden. Het ziekenhuis was in de periode vanaf de ontbindingsbeschikking als goed werkgever gehouden tot een veel actievere begeleiding, op grond waarvan andere meer passende maatregelen hadden mogen worden verwacht. Nu het ziekenhuis in de periode na de ontbindingsbeschikking heeft nagelaten passende maatregelen te treffen die in het kader van de terugkeer van werknemer op de werkvloer redelijkerwijs nodig waren om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening

van zijn werkzaamheden de door artikel 3 Arbowet bedoelde psychische schade lijdt, kan het door werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel worden aangenomen. Voldoende aannemelijk is gemaakt dat werknemer lijdt aan gezondheidsproblemen die daardoor kunnen zijn veroorzaakt. Ook acht het hof het oorzakelijke verband tussen de gestelde gezondheidsschade van werknemer en de arbeidsomstandigheden niet onzeker of onbepaald. Werknemer heeft aannemelijk gemaakt dat het gevaar waartegen artikel 3 Arbowet beoogt te beschermen, te weten dat hij als werknemer onder psychosociale werkbelasting heeft geleden, zich heeft verwezenlijkt. De gezondheidsproblemen van werknemer worden dan ook vermoed te zijn veroorzaakt door de omstandigheden waaronder hij zijn werkzaamheden heeft verricht. Het hof is van oordeel dat onder deze omstandigheden een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van artikel 150 Rv, in die zin dat het bestaan van het oorzakelijke verband tussen de schending van de in artikel 3 Arbowet bedoelde zorgvuldigheidsnorm door het ziekenhuis en het ontstaan van de door werknemer gestelde schade wordt aangenomen, tenzij het ziekenhuis aannemelijk maakt dat de door werknemer gestelde schade ook zonder die tekortkomingen zou zijn ontstaan. Het ziekenhuis wordt overeenkomstig het bewijsaanbod tot dit tegenbewijs toegelaten. Verdere behandeling wordt aangehouden in afwachting van de bewijslevering.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2016:133

**Zaaknummer:** HD 200.160.342\_01

**Rechters:** M.J.H.A. Venner-Lijten, J.F.M. Pols en M.E. Bruning

**Advocaten:** G.A. Diedels en C.M.J. de Bont

**Wetsartikelen:** 3 Arbowet, 7:658 BW, 7:611 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

**CNV Vakmensen c.s./Connexxion openbaar vervoer N.V.  
c.s.**

***Werkgevers in het openbaar vervoer zijn ook bij publieksvriendelijke collectieve acties (geen verkoop en controle vervoersbewijzen en staking buiten de spitsuren) gerechtigd te korten op het loon van werknemers die aan die acties hebben deelgenomen. De omvang van de door de werkgevers geleden schade kan mede van belang zijn bij het vaststellen van de hoogte van de inhoudingen op het loon van de werknemers.***

Op de dienstverbanden die de vervoersondernemingen Connexxion, Veolia en Arriva (hierna: de vervoersondernemingen) waren aangegaan met hun werknemers waren de bepalingen van de CAO Openbaar Vervoer (hierna: de cao) van toepassing. De tot dan toe geldende cao expireerde per 31 december 2007. Met het oog op een opvolgende cao hebben onder meer de vakbonden CNV en FNV (hierna: de bonden) en werkgeversvereniging Openbaar Vervoer begin 2008 onderhandelingen gevoerd. Omdat door partijen geen overeenstemming is bereikt, hebben de bonden de vervoersondernemingen collectieve acties aangezegd tegen 17 april 2008 en hun leden opgeroepen tot het voeren van die acties. Door de vervoersondernemingen zijn jegens de werknemers die hebben meegedaan aan publieksvriendelijke collectieve acties, te weten het niet verkopen en controleren van vervoersbewijzen en het staken buiten de spitsuren, sancties in de vorm van kortingen op hun salaris toegepast. De bonden vorderen primair voor recht te verklaren dat het de vervoersondernemingen niet vrij stond om kortingen toe te passen op de lonen en de loongerelateerde arbeidsvoorwaarden van de werknemers die in 2008 publieksvriendelijke collectieve acties voerden. Zij vorderen daarbij de vervoersondernemingen te veroordelen tot betaling van de ter zake ingehouden bedragen. De bonden menen dat er geen grondslag was voor de vervoersondernemingen om deze kortingen toe te passen, nu geen sprake was van ontwrichting van het bedrijf van de vervoersondernemingen. De subsidiaire vorderingen hebben onder meer betrekking op de hoogte van de door de vervoersondernemingen toegepaste kortingen. Door de kantonrechter zijn de vorderingen van de bonden afgewezen. De vervoersondernemingen waren in beginsel

gerechtigd een korting toe te passen op de lonen van de werknemers die aan de publieksvriendelijke collectieve acties hebben deelgenomen. Daarnaast moet, gelet op de bevindingen van de deskundige, worden geconcludeerd dat de vervoersondernemingen door de onderhavige acties een zodanige schade hebben geleden dat de door hen toegepaste korting niet ongerechtvaardigd is geweest.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van de bonden dat een werkgever de stakende en de niet stakende werknemers als collectiviteit dient te beschouwen, houdt geen stand. Uit het NS-arrest (HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688) volgt immers, anders dan door de bonden is gesuggereerd, niet dat een werkgever in het geval van collectieve acties een evenredige korting *moet* toepassen op het loon van het voltallige personeel. Voor loonkorting bij werkwillig personeel bestaat geen aanleiding, laat staan dat de werkgever daartoe verplicht is. De stelling van de bonden dat de vervoersondernemingen niet gerechtigd waren een korting op de lonen van hun werknemers toe te passen omdat er geen sprake is geweest van een ontwrichting van de door de vervoersondernemingen geëxploiteerde bedrijven, treft ook geen doel. De vraag of de bedrijfsvoering is ontwricht speelt immers slechts een rol indien de werkgever een loonkorting wil toepassen op het loon van alle werknemers. Wanneer de werkgever, zoals in het onderhavige geval, uitsluitend een loonkorting wil toepassen op het loon van die werknemers die aan de staking hebben deelgenomen, is voldoende dat de werkgevers een aanzienlijk nadeel hebben geleden. Dat in casu de desbetreffende werknemers tijdens de publieksvriendelijke collectieve acties hun werkzaamheden in kwantitatief opzicht grotendeels hebben uitgevoerd, is niet relevant. Tegenover het uitvoeren van busritten plegen voor de vervoersondernemingen inkomsten te staan en het wegvallen daarvan ten gevolge van de gevoerde acties, levert reeds een aanzienlijk nadeel op. Ook het betoog van de bonden dat de vervoersondernemingen niet gerechtigd waren loonkortingen toe te passen omdat zij in het verleden bij vergelijkbare acties nooit eerder hadden gekort en omdat de onderhavige loonkorting niet was aangezegd, treft geen doel. De desbetreffende werknemers konden ervan uitgaan dat zij geen aanspraak hadden op loon voor zover het de tegenprestatie betrof van de door hen niet verrichte bedongen werkzaamheden. Een loonkorting impliceert bovendien een korting op loongerelateerde arbeidsvoorwaarden, zodat ook hierop gerechtvaardigd is gekort. Een beloning waarvan de hoogte afhankelijk is van de hoogte van het verschuldigde 'gewone' loon stijgt of daalt indien dat loon stijgt of daalt.

Met betrekking tot de stelling van de bonden dat voor de beantwoording van de vraag of de door de vervoersondernemingen toegepaste kortingen redelijk waren de omvang van de schade niet van belang is, maar dat uitsluitend moet worden gekeken naar de mate waarin de bedongen arbeid wel of niet is verricht, oordeelt het hof als volgt. Nu de publieksvriendelijke collectieve acties op zichzelf niet onrechtmatig waren, hebben de vervoersondernemingen

geen recht op schadevergoeding maar behoeven zij het loon van de betrokken werknemers niet te betalen indien zij in het geheel niet hebben gewerkt. Indien die werknemers hun werkzaamheden slechts gedeeltelijk hebben verricht, kan de hoogte van de schade wel van belang zijn bij de vaststelling van de mate waarin de werknemers de bedongen werkzaamheden niet hebben verricht en de daaraan te relateren hoogte van de inhoudingen op hun loon. Nu uit het deskundigenbericht blijkt dat de vervoersondernemingen ten gevolge van de onderhavige publieksvriendelijke acties aanzienlijke schade hebben geleden, leidt dit tot de conclusie dat de door de vervoersondernemingen toegepaste kortingen niet te hoog zijn. Het standpunt van de bonden dat de deskundige de schade niet correct heeft berekend is op zichzelf juist, maar is niet van belang. Partijen waren immers overeengekomen dat de deskundige de schade niet precies behoefde te berekenen. Nu de grieven stranden wordt het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:96

**Zaaknummer:** 200.134.046/01

**Rechters:** A.M.A. Verscheure, W.H.F.M. Cortenraad en L.A.J. Dun

**Advocaten:** H. Aydemir en R.A.A. Duk

**Wetsartikelen:** 7:628 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgever**

***Onterecht gegeven ontslag op staande voet beveiligingsbeambte. Ontslagreden door werkgever te algemeen geformuleerd, nog daargelaten de vraag of het een dringende reden zou opleveren. Billijke vergoeding ad € 4.500 toegekend.***

Werknemer is op 8 september 2015 bij werkgever in dienst getreden voor onbepaalde tijd, op basis van een nul-urencontract op oproepbasis. Werknemer vervulde laatstelijk de functie van beveiligingsbeambte. Op 22 oktober 2015 ontving werknemer een e-mail van werkgever met daarin een korte evaluatie van een opdrachtgever. In voornoemde e-mail stond onder meer dat de beveiligingsbeambten klanten dienen te begroeten en zich verder alleen met het bewaren van de veiligheid bezig moeten houden. Per e-mail van 26 oktober 2015 is werknemer op staande voet ontslagen. In die e-mail stond als ontslagreden onder meer genoemd dat werknemer vaker te laat komt, passief is, zijn taken niet goed uitvoert en de kantjes ervan afloopt. Werknemer verzoekt de kantonrechter hem op grond van artikel 7:681 BW ten laste van werkgever een billijke vergoeding toe te kennen wegens een niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor een ontslag op staande voet gelden strenge formele en inhoudelijke eisen vanwege het ontbreken van ontslagbescherming. Een van die eisen is dat de mededeling van de dringende reden de werknemer in staat moet stellen zijn standpunt met betrekking tot het ontslag te bepalen. In dat licht is de kantonrechter van oordeel dat uit de e-mail van 26 oktober 2015 onvoldoende blijkt welke gedragingen van werknemer aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen, gezien de algemene formulering van de verwijten. Werkgever verzuimt bijvoorbeeld om aan te geven op welke dagen werknemer te laat zou zijn gekomen en waaruit zijn passiviteit zou blijken. Bovendien verdraagt de inhoud van de e-mail waarin het ontslag wordt gegeven zich niet met de inhoud van de e-mail van 22 oktober 2015 (vier dagen eerder) waarin met geen woord wordt gerept over te laat komen, het niet goed uitvoeren van taken, et cetera, terwijl het gedragingen betreft die volgens werkgever gedurende langere tijd hebben plaatsgevonden en werknemer onweersproken heeft gesteld dat nimmer functioneringsgesprekken hebben plaatsgevonden en hij tevens geen

waarschuwingen heeft ontvangen. Van een dringende reden voor ontslag op staande voet is naar het oordeel van de kantonrechter dan ook geen sprake. Daarom bestaat er voldoende aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW. Gelet op de wetsgeschiedenis is weliswaar (ook) in het kader van voornoemd artikel voor toekenning van een billijke vergoeding ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist, maar is in een geval als bedoeld in dat artikel reeds invulling gegeven aan de ernstige verwijtbaarheid, als de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet heeft nageleefd en in strijd met artikel 7:671 BW heeft opgezegd (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). Gelet op het feit dat werknemer in eerste instantie twee en later drie dagen per week werkzaam is geweest, waarbij zijn maandsalaris laatstelijk ongeveer € 1.514,50 bruto heeft bedragen, dat het dienstverband slechts zeven weken heeft geduurd en dat werknemer geen aanspraak heeft op een transitievergoeding, komt de kantonrechter een vergoeding van € 4.500 in het onderhavige geval billijk voor. Daarbij houdt de kantonrechter mede rekening met het feit dat werknemer geen schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:672 lid 9 BW heeft ontvangen, welke thans in de billijke vergoeding geacht wordt te zijn begrepen.

---

**Instantie:** Rechtbank Limburg

**Datum uitspraak:** 27-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2016:661

**Zaaknummer:** 4683113/AZ/15-341 27012016

**Rechters:** J. de Schreurs-van Langemheen

**Advocaten:** J.E.A.H. Verstraelen en I.K. Kolev

**Wetsartikelen:** 7:671 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Alimak Hek B.V.**

***Kennelijk onredelijke opzegging manager op grond van gevolgencriterium, onder meer vanwege onvoldoende toelichting van de keuze van Alimak Hek B.V. om werknemer niet in nieuwe functie te plaatsen en de overige drie managers wel. Schadevergoeding ad € 25.000 (boven op vergoeding ingevolge sociaal plan) toegekend.***

Werknemer is sedert 1 december 1985 in dienst geweest bij (de rechtsvoorganger van) Alimak Hek B.V. (hierna: Alimak) en was laatstelijk werkzaam in een combinatiefunctie als Manager Operational Control TQM, Health en Safety, alsmede als BA Manager After Sales op basis van een laatstelijk genoten salaris van € 8.148 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag. In 2013 heeft Alimak een reorganisatie doorgevoerd wegens slechte bedrijfseconomische omstandigheden en bij het UWV, onder meer voor werknemer, een ontslagvergunning aangevraagd. De ontslagvergunning is op 20 december 2013 verleend en de arbeidsovereenkomst met werknemer is opgezegd tegen 1 juli 2014. Aan werknemer is ingevolge het sociaal plan de maximale vergoeding (6 bruto maandsalarissen) van € 52.799,04 uitgekeerd. Werknemer vordert in hoger beroep Alimak te veroordelen tot betaling van € 408.792,54. Werknemer stelt dat de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is wegens primair een valse of voorgewende reden, waaronder het niet verstrekken van alle relevante informatie aan het UWV en het ontwijken van het afspiegelingsbeginsel dan wel het ten onrechte niet herplaatsen. De opzegging is volgens werknemer subsidiair kennelijk onredelijk op grond van het gevolgencriterium.

Het hof oordeelt als volgt. Van het (bewust) onjuist verstrekken van informatie door Alimak aan het UWV is niets gebleken. Voorts staat de stelling van werknemer dat het UWV nimmer een ontslagvergunning had mogen verlenen en dus had moeten weigeren, niet ter beoordeling van de rechter. Het hof heeft immers te oordelen over de vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is. In dat kader overweegt het hof dat Alimak de bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag voldoende heeft aangetoond, zeker nu in de onderhavige procedure ook de definitieve jaarstukken 2012 en de voorlopige jaarstukken 2013 zijn overgelegd. Deze stukken geven een verre van rooskleurig beeld te zien. Van een valse reden voor de opzegging is mede

op grond van het voorgaande dan ook geen sprake. Van een voorgewende reden is evenmin sprake, nu werknemer niet aannemelijk heeft gemaakt dat de hoogte van zijn salaris in vergelijking met de andere drie BA Managers de werkelijke reden voor de opzegging zou zijn geweest. Daarnaast heeft Alimak naar het oordeel van het hof het afspiegelingsbeginsel terecht niet toegepast, aangezien de functies van alle vier de BA Managers zijn vervallen, waardoor van afspiegelen geen sprake kon zijn. Werknemer heeft in dit verband ook nog aangevoerd dat hem passende arbeid had moeten worden aangeboden. Werknemer meent dat hem de functie van General Salesmanager, Sales Manager Industrie voor de Benelux of Productmanager Platforms had moeten worden aangeboden, hetgeen niet is gebeurd. Het hof oordeelt dat de werkgever in beginsel de ruimte heeft om de in zijn ogen meest geschikte kandidaten te selecteren. Alimak heeft overtuigend gesteld dat werknemer niet de geschikt(st)e kandidaat was voor de drie genoemde functies. Alimak had echter de keuze voor de overige drie BA Managers voor de nieuwe functies aan werknemer behoorlijk moeten toelichten. Dit laatste zal meegewogen worden bij het oordeel of sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging op grond van het gevolgcriterium, waarover het hof als volgt oordeelt. Het hof komt tot de conclusie dat op grond van voornoemd criterium sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging. De gevolgen van de opzegging zijn voor werknemer te ernstig in vergelijking met het belang van Alimak bij de opzegging. Dit ligt met name aan de positie van werknemer (waaronder de hoge salariëring) waarmee Alimak rekening had moeten houden bij het toebedelen van de nieuwe functies aan de overige drie BA Managers. Tevens is werknemer zeer aanzienlijk in inkomen teruggevallen door de opzegging, op grond waarvan de voorzieningen in het sociaal plan als niet toereikend voor werknemer beoordeeld worden. De verwachte werkloosheidsduur van werknemer wordt geschat op minimaal een jaar. Gelet op onder meer die omstandigheden is het hof van oordeel dat aan werknemer een schadevergoeding van € 25.000 bruto, boven op de reeds op grond van het sociaal plan betaalde vergoeding, moet worden toegekend.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2016:138

**Zaaknummer:** HD 200.166.839\_01

**Rechters:** C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en A.A.H. van Hoek

**Advocaten:** J.C.P. van Kollenburg en H. Nieuwenhuizen

**Wetsartikelen:** 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Stichting Confessioneel Onderwijs Leiden**

***Afwijzing vordering uitbetaling overuren docent voortgezet onderwijs. Geen schending goed werkgeverschap. Taakbeleid van werkgever voldoet aan eisen die in cao worden gesteld.***

Werkneemster is in dienst geweest van SCOL als docente. Tijdens het dienstverband is werkneemster tweemaal arbeidsongeschikt geweest. Partijen hebben diverse malen overlegd over de door werkneemster ervaren werkdruk. Partijen hebben hun verschil van mening niet kunnen oplossen. Vervolgens heeft SCOL een ontbindingsverzoek ingediend. Ter ontbindingszitting is een regeling getroffen. In eerste aanleg vorderde werkneemster een bedrag van € 44.774,00 (sic) bruto, in essentie ten titel van gemist salaris in de vorm van onbetaalde overuren. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft werkneemster haar eis gewijzigd en vordert zij betaling van een bedrag van € 57.560,96 bruto. Werkneemster stelt dat SCOL in strijd met verplichtingen van goed werkgeverschap heeft gehandeld. SCOL heeft bezwaar gemaakt tegen de eisvermeerdering.

Het hof oordeelt als volgt. Hoewel juist is dat de eisvermeerdering niet volgens de regels van het procesreglement is ingesteld, is de eisenwijziging toch toelaatbaar. De memorie van grieven bevat namelijk een duidelijke specificatie van het gevorderde. Voorts stuit het gevorderde niet af op de ten tijde van de beëindiging van het dienstverband overeengekomen finale kwijting, omdat van finale kwijting is uitgezonderd 'een vordering betreffende overuren en niet nader gespecificeerde immateriële schadevergoeding'. Hetgeen werkneemster vordert valt geheel onder deze uitzondering. Dan volgt de inhoudelijke beoordeling van de zaak. Vast staat dat geen sprake is van door SCOL aan werkneemster opgedragen overwerk. De vraag is of werkneemster, ondanks het ontbreken van een opdracht tot het verrichten van overwerk, toch aanspraak kan maken op vergoeding van door haar feitelijk gewerkte uren voor zover deze het aantal van de normjaartaak-uren hebben overschreden. De vraag is dus of de wijze waarop SCOL heeft geopereerd rondom de jaartaak van werkneemster en de van haar verwachte werkzaamheden zodanig is dat SCOL ter zake jegens werkneemster aansprakelijk is. Niet gezegd kan worden dat het taakbeleid van SCOL niet voldoet aan daaraan redelijkerwijs te stellen eisen in het licht van de door de cao voor dat taakbeleid geschetste contouren. Het

enkele feit dat in of uit hoofde van dat beleid niet voor elke deeltaak een specifiek aantal normuren is gedefinieerd, is voor het aannemen van zodanige strijd onvoldoende. De cao dwingt er immers niet toe om (uren)specificaties te hanteren voor elk onderdeel van de (indirecte) lestaken. Voorts kan van SCOL niet worden verlangd dat zij werkt met een individueel taakbeleid. Hierbij is van belang dat werkneemster niet duidelijk heeft gemaakt dat zij in vergelijking met collega's te zwaar is belast. Relatieve onevenredigheid kan derhalve niet worden aangenomen. Hetzelfde geldt voor absolute onevenredigheid. Daarnaast valt niet uit de feiten en omstandigheden op te maken dat er sprake was van structurele collectieve onderbezetting, waaruit aansprakelijkheid tegenover individuele docenten zou kunnen voortvloeien. Bovendien heeft SCOL oog gehad voor de door werkneemster ervaren werkdruk. Zo heeft SCOL werkneemster coaching aangeboden. Een situatie waarin de werkgever in het geheel niet reageert op signalen van werkdruk is hier dan ook niet aan de orde. De vordering van werkneemster, voor zover die betreft haar periode van actieve werkzaamheid, zal dus worden afgewezen. Voor zover de vordering betreft onvoldoende doorbetaald loon tijdens arbeidsongeschiktheid, omdat SCOL in die periode geen vergoedingsbestanddeel vanwege structureel overwerk heeft toegekend, geldt hetzelfde. Immers, in dit geval is geen sprake van verschuldigdheid van een vergoeding wegens structureel overwerk over de periode van actieve werkzaamheid. Nu de grieven stranden wordt het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 26-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2016:77

**Zaaknummer:** 2668218/14-66

**Rechters:** C.J. Frikkee, H.J. Vetter en A.G. van Marwijk Kooy

**Advocaten:** L.J.A. Sprenger en M.W.A. Scholtes

**Wetsartikelen:** 7:611 BW

RECHTSPRAAK

**Bios Personenvervoer B.V. /werkneemster**

***Diverse incidenten (waaronder veelvuldig te laat komen) zijn onvoldoende zwaarwegend voor ontbinding wegens verwijtbaar handelen. Wel is arbeidsrelatie verstoord geraakt door het verschil van inzicht over het (dis)functioneren van werkneemster, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.***

Werkneemster is per 1 januari 1996 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Bios. Laatstelijk is zij werkzaam als chauffeur. Sinds 2011 tot november 2015 heeft werkneemster in totaal zeven officiële waarschuwingen gehad. Bios verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW), dan wel een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). De gedragingen die aan werkneemster worden verweten, betreffen voornamelijk haar wijze van functioneren: het te laat op het werk verschijnen, haar manier van communicatie c.q. bejegening, het niet dragen van bedrijfskleding en het rijden van schade aan de bedrijfsauto.

De kantonrechter stelt voorop dat bij bepaalde beroepsgroepen, zoals die van chauffeur, sprake is van een kenbare verantwoordelijkheid.. Naar het oordeel van de kantonrechter is het belang van Bios evident dat haar personeel op tijd aanwezig is op de werkplek. Geoordeeld wordt dat de diverse incidenten (te laat komen, omgevallen rolstoel, klacht van klant over te hard rijden) geen redelijke grond voor ontbinding opleveren, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. De feiten en omstandigheden zijn daarvoor niet zwaarwegend genoeg.

Werkneemster heeft betwist dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat van Bios in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsverhouding voort te laten duren, maar naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende gebleken dat de arbeidsverhouding verstoord is geraakt door het verschil van inzicht over het (dis)functioneren van werkneemster, meer in het bijzonder de wijze waarop partijen hun tegengestelde standpunten jegens elkaar hebben geformuleerd. Daarbij is gebleken dat Bios (herhaaldelijk) over is gegaan tot het geven van officiële schriftelijke waarschuwingen, waartegen werkneemster destijds niet heeft geprotesteerd, maar dat het gedrag van werkneemster niet is verbeterd.

Werkneemster blijft dezelfde misstappen maken en toont daarbij onvoldoende oog voor de consequenties van haar gedrag. Het is aan werkneemster te wijten dat zich een reeks incidenten heeft voorgedaan, de één ernstiger dan de ander, welke incidenten tezamen, en in aanmerking genomen de vele gesprekken en waarschuwingen, uiteindelijk hebben geleid tot een verstoorde arbeidsverhouding. Herplaatsing ligt niet in de rede. De arbeidsovereenkomst wordt ex artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW ontbonden met ingang van 1 maart 2016. Bij het bepalen van de opzegtermijn zijn de dienstverbanden bij de rechtsvoorgangers van Bios meegerekend, omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap. Bios wordt veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding van € 18.889,62 bruto.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 20-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2016:368

**Zaaknummer:** 4664202 \ OA VERZ 15-238

**Rechters:** P.G. Vroom

**Advocaten:** J. Pluis en F. van der Wiele

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

## **Stichting Bevolkingsonderzoek Midden-West/werknemer**

***Uitleg en toepassing wachtgeldregeling. Werknemer heeft recht op toekenning van wachtgeld. Bepalend is dat De Stichting zowel formeel als materieel het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst met werknemer te doen eindigen.***

Werknemer heeft van 11 juni 1990 tot 1 juli 2013 bij De Stichting gewerkt. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de CAO Ziekenhuiswezen 2011-2014 van toepassing. In 2008 waren de voorbereidingen rond de fusie tot De Stichting in volle gang. Kort na de start van De Stichting is werknemer aangesproken op zijn functioneren. Aansluitend hebben meerdere functioneringsgesprekken plaatsgevonden. Op 22 april 2013 heeft De Stichting een ontbindingsverzoek ingediend. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek toegewezen met toekenning van een vergoeding van € 150.000. Voorts is De Stichting veroordeeld tot nakoming van haar verplichting tot toekenning van wachtgeld. Tegen die beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt De Stichting met haar grieven op.

Het hof oordeelt als volgt. De eerste grief houdt in dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat de definitie van salaris in artikel 14.1 b cao niet zo kan worden uitgelegd dat bij de berekening van wachtgeld betekenis toekomt aan het maximum premieloon. De eerste grief faalt. In hoofdstuk 14 van de cao wordt in artikel 14.1 b de term 'salaris' als volgt gedefinieerd: 'Salaris: het netto-inkomen dat wordt afgeleid van de som van het bruto-maandsalaris en de overige bestanddelen die als loon worden aangemerkt in de Dagloonregels werknemersverzekeringen.' De verwijzing naar de Dagloonregels werknemersverzekeringen heeft geen andere bedoeling dan het begrip 'overige bestanddelen' nader te definiëren. Met die verwijzing kan niet bedoeld zijn het salarisbegrip uit die regeling te incorporeren in de cao. Een andere uitleg, zoals De Stichting voorstaat en waaraan zeer nadelige financiële gevolgen voor de werknemer verbonden zijn, kan niet worden aanvaard, ook al omdat daarvoor nergens in de cao een aanknopingspunt te vinden is. Indien cao-partijen hadden bedoeld het salarisbegrip uit de Dagloonregels werknemersverzekeringen in de cao op te nemen had dit expliciet moeten worden vermeld. De tweede grief houdt in dat de kantonrechter ten onrechte heeft aangenomen dat werknemer recht heeft op wachtgeld en de derde grief houdt in dat de

kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat sprake was van onbekwaamheid van werknemer en dat hij buiten zijn toedoen zijn betrekking heeft verloren. Zowel de tweede als derde grief faalt. Bepalend is dat De Stichting zowel formeel als materieel het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst met werknemer te doen eindigen en dat zij daartoe een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter heeft ingediend. Dat werknemer eerder de discussie over een eventueel vertrek heeft geïnitieerd of geen verweer tegen het ontbindingsverzoek heeft gevoerd doet daar niet aan af. Dat hij geen alternatieve functie bij De Stichting heeft willen aanvaarden heeft werknemer voldoende gemotiveerd betwist en is niet komen vast te staan. Uit de stellingen van partijen kan weliswaar worden afgeleid dat als gevolg van het debat over dit disfunctioneren een arbeidsconflict is ontstaan, maar niet dat een dergelijk conflict de uitsluitende of zelfs de belangrijkste grond is geweest voor het ontbindingsverzoek. Al het voorgaande brengt mee dat er evenmin gronden van redelijkheid en billijkheid zijn die zich verzetten tegen de aanspraak van werknemer, nu door De Stichting ook geen aanvullende feiten en omstandigheden zijn gesteld die een dergelijke conclusie zouden kunnen dragen. Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:114

**Zaaknummer:** 200.169.839/01

**Rechters:** H.T. van der Meer, L.A.J. Dun en R.M. Beltzer

**Advocaten:** B.L.A. van Drunen en R.P.J. ter Haseborg

**Wetsartikelen:** 14 CAO Ziekenhuiswezen

RECHTSPRAAK

**werknemer/Atlanship S.A. c.s.**

***Kroatische werknemer stelt reder en ‘vessel operator’ aansprakelijk voor letsel aan hand als gevolg van dichtklappen deur op schip. Nederlandse rechtbank onbevoegd.***

Op of omstreeks 30 september 2011 is werknemer te Santos (Brazilië) aan boord gegaan van het aan IBR in eigendom toebehorende schip Orange Wave om voor een periode van vier maanden, op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst met IBR, werkzaamheden te verrichten in de functie van ‘second engineer’. Atlanship is de zogeheten ‘vessel operator’ (scheepsbeheerder) van de Orange Wave en tevens de agent van IBR. Op 3 januari 2012 is werknemer door de kapitein van de Orange Wave op staande voet ontslagen. Overeenkomstig de van toepassing zijnde ‘Condition of Employment’ mocht werknemer na het ontslag nog meevaren tot de eerstvolgende haven. Op 13 januari 2012, voor de kust van North Carolina (Verenigde Staten), heeft werknemer op de Orange Wave letsel opgelopen. Tijdens een toiletbezoek in hevig weer klapte de deur dicht op het moment dat werknemer met zijn linkerhand de deurpost vastpakte, waardoor deze klem kwam te zitten. Ten gevolge hiervan is later in een ziekenhuis in de Verenigde Staten een vinger bij hem (gedeeltelijk) geamputeerd. Werknemer stelt Atlanship en IBR aansprakelijk. Er is volgens werknemer sprake van een ‘tort of negligence’ (onrechtmatig handelen, gebaseerd op de Jones Act) omdat zij niet hebben zorg gedragen en/of maatregelen hebben getroffen aan boord, zodanig dat hij veilig naar het toilet kon. Atlanship c.s. betwisten dat de rechtbank internationaal bevoegd is.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 30 oktober 2007 (hierna: EVEX 2007), is (aangezien in het onderhavige geval sprake is van een burgerlijke- of handelszaak) materieel van toepassing (art. 1 EVEX 2007). Formeel is dit verdrag van toepassing, nu Atlanship, vanwege haar statutaire zetel, (in ieder geval) woonplaats heeft in Zwitserland (zie art. 2, 3 en 60 lid 1 aanhef en onderdeel a EVEX 2007). Temporeel is dit verdrag van toepassing, nu de onderhavige zaak aanhangig is gemaakt na 1 januari 2011 (art. 63 lid 1 EVEX 2007). In het geval Atlanship ‘woonplaats’ heeft in Nederland, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht (art. 2 lid 1 EVEX 2007, hoofdbevoegdheidsregel). Dat op het

Rotterdamse kantoor van Atlanship activiteiten plaatsvinden op het gebied van het technische beheer van de zeeschepen is, anders dan werknemer lijkt te menen, niet voldoende voor het aannemen van een hoofdvestiging in Rotterdam (Nederland). De rechtbank gaat er, mede gelet op schriftelijke verklaringen van (voormalig) medewerkers van het kantoor in Rotterdam, van uit dat men zich op het kantoor in Rotterdam niet bezighoudt met commerciële en economische activiteiten en dat die activiteiten worden uitgevoerd op het Zwitserse kantoor van Atlanship. Noch de statutaire zetel noch het hoofdbestuur noch de hoofdvestiging van Atlanship als bedoeld in artikel 6o EVEX 2007, bevindt zich in Nederland.

Artikel 5 onderdeel 3 EVEX 2007 biedt een alternatieve bevoegdheid ten aanzien van rechtsvorderingen die gegrond zijn op een verbintenis uit onrechtmatige daad. Het geschil tussen partijen beperkt zich in dit verband tot de vraag of de schade veroorzaakt is - het *Handlungsort* - in Rotterdam, zoals werknemer meent, dan wel buiten Nederland, zoals Atlanship c.s. vinden. Het enkele feit dat medewerkers van Atlanship op het kantoor te Rotterdam zich bezighouden met beheerswerkzaamheden ten aanzien van de schepen die Atlanship onder beheer heeft, leidt er niet toe dat de visie van werknemer wordt gevolgd. Artikel 5 onderdeel 3 EVEX 2007 leidt niet tot bevoegdheid van de rechtbank. Ook aan artikel 5 aanhef en onderdeel 5 EVEX 2007 (alternatieve bevoegdheidsregel inzake exploitatie van een filiaal e.d.) kan de rechtbank geen bevoegdheid ontlelen. De onderhavige zaak kent twee gedaagden; naast Atlanship is IBR gedagvaard. Het antwoord op de vraag of deze rechtbank op grond van artikel 6 onderdeel 1 EVEX 2007 bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen tegen Atlantis hangt (in de eerste plaats) af van het antwoord op de vraag of IBR woonplaats heeft in Rotterdam. Geoordeeld wordt dat de statutaire zetel van IBR in de zin van artikel 63 lid 1 onderdeel a EEX II-Vo zich in Liberia bevindt, dat Atlanship in Nederland fungeert als 'agent' van IBR en dat IBR geen eigen kantoor heeft in een land waarvoor EEX II-Vo geldt of dat partij is bij EVEX 2007, zoals Nederland. Met Atlanship c.s. is de rechtbank dan ook van oordeel dat IBR geen 'hoofdvestiging' in Nederland heeft in de zin van artikel 63 lid 1 onderdeel c EEX II-Vo. Werknemer baseert de bevoegdheid van deze rechtbank om kennis te nemen van zijn vorderingen tegen IBR eveneens op artikel 20 lid 2 EEX II-Vo. In het onderhavige geval is evenwel geen sprake van een geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, agentschap of andere vestiging van IBR in Nederland, zodat deze rechtbank ook aan deze bevoegdheidsregel geen bevoegdheid kan ontlelen. Resteert de vraag of de Nederlandse rechter, voor zover de vorderingen van werknemer tegen IBR betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst die hij had gesloten met IBR, rechtsmacht heeft op grond van artikel 6 aanhef en onderdeel b Rv. Daarvan is (was) in dit geval geen sprake. De rechtbank is niet bevoegd kennis te nemen van de vorderingen tegen IBR. In dit verband kan dan ook in het midden worden gelaten of deze rechtbank niet reeds onbevoegd is vanwege de arbitrageclausule in artikel 30 van de door werknemer in het geding gebrachte

arbeidsovereenkomst.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 13-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2016:596

**Zaaknummer:** C/10/478112 / HA ZA 15-686

**Rechters:** Th. Veling

**Advocaten:** T. Bezmalinovic en M.M. van Leeuwen

**Wetsartikelen:** 1 EVEX, 5 EVEX, 6 EVEX, 63 EVEX en 6 Rv

RECHTSPRAAK

## Stichting Talant/werknemer

***Ontbindingsverzoek Stichting Talant afgewezen. De werknemer verweten gedragingen (waaronder het verplaatsen van de auto van een collega) vallen binnen de sfeer van ‘practical jokes’ en rechtvaardigen niet het verstrekende gevolg van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.***

Werknemer is in dienst getreden bij Stichting Talant (hierna: Talant), een organisatie die zorg, hulp en ondersteuning verleent aan mensen met een verstandelijke en/of lichamelijke handicap. Werknemer was laatstelijk werkzaam in een woning van Talant, waar een groep van negen cliënten van Talant woont. Naar aanleiding van een e-mail van 4 mei 2015 van een medewerker van Talant, is een onderzoeksbureau ingeschakeld met het verzoek een onderzoek in te stellen met de focus op mogelijk grensoverschrijdend en onprofessioneel gedrag jegens cliënten van Talant door drie medewerkers, waaronder werknemer. Ook is onderzoek gedaan naar mogelijk grensoverschrijdend en onprofessioneel gedrag jegens collega's door de drie medewerkers. Uit het onderzoeksrapport d.d. 17 juli 2015 volgt dat grensoverschrijdend gedrag jegens cliënten door werknemer niet aannemelijk moet worden geacht. Wel acht het onderzoeksbureau aannemelijk dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan onprofessioneel gedrag jegens collega's. Zo heeft werknemer onder het mom van een 'practical joke' een pak Brinta aan de onderkant geopend en weer in het keukenkastje teruggezet, heeft hij de auto van een collega verplaatst en toonde werknemer pornografische afbeeldingen tijdens werktijd. Talant vordert ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, primair in verband met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en subsidiair in verband met artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Aan deze vordering legt Talant ten grondslag dat het gedrag van werknemer, mede gezien zijn zorgverlenende functie, volstrekt onacceptabel en in strijd met de geldende Gedragscode is. Werknemer verweert zich onder meer door aan te voeren dat het ontbindingsverzoek te maken heeft met zijn arbeidsongeschiktheid.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel sprake is van een opzegverbod, staat dit niet in de weg aan ontbinding, omdat niet is gebleken dat het verzoek verband houdt met de ziekte van

werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Talant naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Immers, op grond van het onderzoeksrapport is niet komen vast te staan dat werknemer zich jegens cliënten respectloos heeft gedragen. Met betrekking tot het grensoverschrijdende gedrag jegens collega's overweegt de kantonrechter dat het incident met het Brinta-pak gezien moet worden binnen de sfeer van practical jokes die er kennelijk binnen het team heerste. Ook het incident met de auto van een collega dient op die wijze gerubriceerd te worden, met dien verstande dat zulks, zo ook door werknemer is erkend, te ver ging. Dit betekent echter niet dat dit incident objectief gezien de stelling van Talant rechtvaardigt dat hierdoor de arbeidsverhouding tussen partijen verstoord is geraakt, temeer nu dit incident zich buiten de (directe) werksfeer heeft voorgedaan. Voor wat betreft het tonen aan collega's van porno(achtige) afbeeldingen en/of filmpjes oordeelt de kantonrechter dat dit handelen niet de conclusie rechtvaardigt dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Evenmin levert het gedrag van werknemer naar het oordeel van de kantonrechter verwijtbaar handelen van werknemer op in de zin van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Het gedrag van werknemer rechtvaardigt niet het verstekkende gevolg van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Een andere sanctie, bijvoorbeeld een waarschuwing, zou meer in de rede hebben gelegen. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 20-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2016:101

**Zaaknummer:** 4592702/AR VERZ 15-41

**Rechters:** A. van der Meer

**Advocaten:** H.J. Funke en S.A. Ruijs

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

ANNOTATIE

## **Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers**

***mr. dr. L. van den Berg***

### **1. Inleiding**

De weinig riante positie van vermeend zelfstandige pakketbezorgers houdt de gemoederen al de nodige tijd bezig. De inkomenspositie van deze pakketbezorgers vormde bijvoorbeeld een zeer belangrijke aanleiding voor minister Asscher voor de indiening van een wetsvoorstel tot een (verdere) uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Kamerstukken II 2012/13, 33623*). De behandeling van dit wetsvoorstel ligt nu al enige tijd stil. De pakketbezorgers zaten zelf echter niet stil: in een periode van minder dan een maand zijn een twaalfstal (!) uitspraken in AR Updates verschenen waarin de vraag centraal staat of de arbeidsverhouding van vermeend zelfstandige pakketbezorgers in werkelijkheid toch een arbeidsovereenkomst is. Dit is een slimme zet van de bezorgers. Een bevestigend antwoord op deze vraag maakt een verdere behandeling van het genoemde wetsvoorstel immers overbodig.

De Rechtbank Noord-Nederland en de rechtbank Amsterdam kwamen tot de conclusie dat inderdaad van een arbeidsovereenkomst sprake was. Dat is goed nieuws, want de lagere rechtspraak was voordien niet al te royaal in het toekennen van entreebiljetten tot de arbeidsrechtelijke beschermingsregels aan personen die een contract hadden ondertekend dat niet als titel arbeidsovereenkomst droeg. In de meerderheid van de uitspraken werd de door de pakketbezorgers begeerde arbeidsovereenkomst echter niet aanwezig geacht.

In het onderhavige commentaar wordt een tweetal uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam van 15 januari 2016 onder de loep genomen, waarbij in het ene geval wel en in het andere geval geen arbeidsovereenkomst aanwezig werd geacht. De kantonrechter kondigt in de uitspraak uitdrukkelijk aan een zogenoemd holistische benadering te hanteren. Opvallend is verder dat de Kantonrechter Amsterdam niet onder stoelen of banken steekt dat zij zich

heeft laten inspireren door de kantonrechter te Noord-Holland. Hieronder zal allereerst worden bekeken welke overwegingen de doorslag gaven bij het al dan niet aanwezig achten van de arbeidsovereenkomst. In mijn commentaar zal ik deze benadering afzetten tegen enkele andere (recente) uitspraken omtrent de kwalificatie van de arbeidsverhouding van bezorgers, waaronder die van de Rechtbank Noord-Holland (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:11232).

Ik richt mij daarbij met name op de invulling van het element persoonlijke arbeidsverplichting, alsmede op de invulling en de rol van de maatschappelijke positie van de pakketbezorgers.

## **2. Feiten**

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten, met als titel: vervoersovereenkomst. De pakketbezorger maakt bij het verrichten van de werkzaamheden gebruik van een eigen bus. PostNL stelt nadere (technische) eisen aan het voertuig en de representativiteit van de pakketbezorger, hetgeen erop neerkomt dat gebruik dient te worden gemaakt van een witte bus, die voorzien is van een sticker met daarop het logo van PostNL.

In de vervoersovereenkomst met de pakketbezorgers is verder onder meer de volgende bepaling opgenomen:

‘Indien de Vervoerder om wat voor reden dan ook de Vervoersopdrachten niet kan verrichten, is de Vervoerder verplicht om zelf voor vervanging zorg te dragen. Vervoerder is derhalve niet verplicht om de werkzaamheden zelf uit te voeren. Voor de op deze wijze geregelde vervanger van Vervoerder gelden dezelfde voorwaarden zoals die van toepassing zijn op Vervoerder. (...)’

Indien de Vervoerder op structurele basis een vervangende vervoerder zoekt voor de uitvoering van de Vervoersopdrachten, zal PostNL met deze vervangende vervoerder een separate vervoersovereenkomst sluiten.’

Een belangrijk deel van de zelfstandige pakketbezorgers heeft zich georganiseerd in de vereniging met Subco Partners (hierna: Subco). Op enig moment heeft de FNV zich de belangen van de subcontractors aangetrokken. In de loop van 2015 hebben onderhandelingen tussen FNV en PostNL geresulteerd in een akkoord onder de naam ‘Duurzaam Bezorgmodel’. Dit model houdt kort gezegd in dat de zelfstandige pakketbezorgers kunnen kiezen uit de volgende opties:

- zij kunnen in dienst treden als bezorger; hun bus wordt dan overgenomen door PostNL;
- zij kunnen ervoor kiezen om met een 10% hogere vergoeding door te gaan als zelfstandig ondernemer.

PostNL heeft al haar subcontractors die als zzp'ers werkzaam zijn, uitgenodigd voor een gesprek en daarin het aanbod gedaan om in loondienst te treden op de in het akkoord geformuleerde voorwaarden. Slechts een klein gedeelte heeft dit aanbod aangenomen.

Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of de bezorgers in de onderhavige casus (hierna aan te duiden als A en B) werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt A en B). De overwegingen van de kantonrechter omtrent het beoordelingskader en de in casu relevante uitgangspunten bij de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen A/B en PostNL, zijn voor een groot deel hetzelfde. Hieronder zal daarom allereerst het deel van de overwegingen ten aanzien van A en B worden opgenomen, die gelijkkluidend zijn. Vervolgens zal ik de uiteenlopende overwegingen omtrent A en B bespreken.

### **3. Oordeel Rechtbank Amsterdam (A en B)**

Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (*NJ* 1998/149), en meer recent HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (Logidex). De kantonrechter geeft uitdrukkelijk aan een holistische benadering te hanteren en verwijst daarbij naar haar collega van de Rechtbank Noord-Holland in haar uitspraken van 18 december 2015 die een soortgelijke aanpak koos (ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611236).

De kantonrechter constateert allereerst dat zowel de overeenkomst als de Algemene Voorwaarden en de Bijlage erop gericht zijn géén arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen. Bedacht dient daarbij te worden dat PostNL en de pakketbezorger in maatschappelijk en economisch opzicht bepaald geen gelijkwaardige partijen zijn en dat over de inhoud van de overeenkomst en de AV – die voor alle subcontractors bijna volledig gelijkkluidend zijn – niet of nauwelijks door A/B kon worden onderhandeld. PostNL heeft ten aanzien van vrijwel alles wat met de uitvoering van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, zeer gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering van de bus van A/B. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. A/B heeft anderzijds investeringsrisico's genomen (het aanschaffen van een bus) en hij heeft van de Belastingdienst een VAR-verklaring

gekregen (waarmee PostNL een ruling van de Belastingdienst heeft verkregen dat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst wordt beschouwd). A/B droeg gelet op de wijze van honorering (betaling per succesvolle stop) voorts ook een zeker ondernemingsrisico.

Daartegenover staat volgens de kantonrechter echter dat de vergaande – en overigens begrijpelijke – instructies van PostNL erop gericht waren dat X louter voor PostNL pakketten bezorgde, wat ook feitelijk het geval is geweest. PostNL controleerde voorts streng op de naleving van de instructies, onder meer door het houden van zogeheten ‘straatcontroles’. Uit het ‘straatcontroleformulier’ kan worden geconcludeerd dat de straatcontroles niet louter dienen ter waarborging en een juiste behandeling van de pakketten en de veiligheid van de betrokkenen, maar ook strekken tot controle op de naleving van de voorschriften door de subcontractors. Andere te bezorgen pakketten werden feitelijk niet geduld.

PostNL werkt met een systeem van een tijdvakindicatie, dat inhoudt dat klanten een indicatie krijgen van een tijdvak van 2 of 3 uren waarbinnen hun pakket wordt bezorgd. PostNL bepaalt verder eenzijdig de route. Feitelijk betekent het systeem dat de subcontractors nauwelijks de vrijheid hebben zelf te bepalen hoe en wanneer ze hun route rijden en dat PostNL de tijdstippen bepaalt waarop de werkzaamheden moeten worden verricht.

De kantonrechter leidt uit het contractuele beding dat PostNL bij structurele vervanging door een ander een eigen overeenkomst met de vervanger sluit af dat de pakketbezorger zich bij de uitvoering van de werkzaamheden niet structureel mocht laten vervangen. Verder is incidentele vervanging slechts beperkt toegestaan: alle vervangers die na een ontvangen Verklaring Omtrent het Gedrag, rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test vooraf goedgekeurd zijn door PostNL kunnen als zodanig worden geregistreerd. Indien de pakketbezorger zich liet vervangen dan moest dit vooraf worden meegedeeld aan medewerkers bij het depot. Dit doet afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van A/B.

#### *Oordeel ten aanzien van A*

Bij dit alles weegt nog – zwaar – mee dat A zich pas kort voor het aangaan van de vervoersovereenkomst met PostNL als zelfstandige heeft ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. PostNL is de enige opdrachtgever van A geweest, aangezien A van maandag tot en met zaterdag werkte. En hoewel dat niet per se tot de conclusie hoeft te leiden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, brengt het in samenhang met alle andere hiervoor genoemde omstandigheden wel mee dat – nu deze ene opdrachtgever zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen –

eerder het beeld ontstaat van een gezagsverhouding dan van zelfstandig ondernemerschap. Geoordeeld wordt dat A als werknemer van PostNL moet worden gezien.

#### *Oordeel ten aanzien van B*

Bij dit alles weegt aan de andere kant nog – zwaar – mee dat B reeds zeer lang, namelijk sinds 1989, een onderneming in koeriersdiensten drijft, dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders laat bijstaan en meer routes heeft dan hij zelfstandig ooit zou kunnen rijden. B heeft zich dan ook voor het overgrote deel van de routes laten vervangen; een minderheid van de routes heeft hij zelf gereden. Hij is derhalve structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed.

Aangenomen mag worden dat, nu B bij het aangaan van de overeenkomst reeds zelfstandig ondernemer was en gelet op zijn opstelling nadien, ook hem daadwerkelijk voor ogen heeft gestaan dat hij als zelfstandige zou werken voor PostNL én dat hij de gevolgen hiervan kon overzien. Geoordeeld wordt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen B en PostNL. Het feit dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, weegt niet op tegen de hiervoor genoemde omstandigheden. De kantonrechter concludeert dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, en afwegend, een beeld naar voren komt van een subcontractor die bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, geacht mag worden daarvan de consequenties te overzien en zich daarnaar ook gedragen heeft. Dat B alleen voor PostNL reed of mocht rijden, doet daar niet aan af. Bovendien vertoont B gelet op de structurele en hoge vervangingsgraad, meer gelijkenis met een zelfstandige met personeel dan met een zzp'er.

#### **4. Holistische benadering van de arbeidsovereenkomst**

Richtinggevend voor de (holistische) benadering van de arbeidsovereenkomst vormt het bekende arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149, *JAR* 1997/263, r.o. 3.4). Bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, moet volgens de Hoge Raad acht worden geslagen op *alle* (cursivering LvdB) omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient mede acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Bij deze beoordeling speelt verder ook de maatschappelijke positie van de betrokken werker een rol.

De holistische benadering houdt dus kort gezegd in dat om vast te stellen of een rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, de totaalindruk van de

gezamenlijke omstandigheden bepalend is. Deze benadering van de arbeidsovereenkomst impliceert dat de feitenrechter het geheel van feiten en omstandigheden in zijn beoordeling (en motivering) dient te betrekken. Dat brengt mee dat de rechter zich niet uitsluitend dient te richten op feiten en omstandigheden die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat ook de contra-indicaties uitdrukkelijk dienen te worden meegewogen (en vice versa). Wanneer een rechter dat in zijn uitspraak nalaat, komt hem dat op een motiveringsgebrek te staan. Hieronder ga ik allereerst na hoe het element persoonlijke arbeidsverplichting in de onderhavige uitspraken wordt uitgelegd en hoe (de aan- en met name afwezigheid van) het element zich verhoudt tot de holistische benadering van de kantonrechter.

## **5. Holistische benadering en de persoonlijke arbeidsverplichting**

Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is van belang dat de werknemer zich tot de werkgever verbonden heeft de arbeid persoonlijk te verrichten. In het brede scala van lagere jurisprudentie over de kwalificatievraag is betrekkelijk weinig eenheid te onderkennen als het gaat om de invulling van het genoemde element. Er zijn verschillende uitspraken over onder meer post- en krantenbezorgers waarin het element beperkt wordt uitgelegd. Het bestaan van het contractuele beding omtrent vrije vervangbaarheid leidde in een aantal gevallen al (bijkans) tot de conclusie dat aan het element persoonlijke arbeidsverplichting niet was voldaan. Bovendien leidde in die uitspraken de enkele conclusie dat de persoonlijke arbeidsverplichting ontbrak direct tot het oordeel dat ipso facto geen arbeidsovereenkomst aanwezig was (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, AR 2012-0342 inzake BBA; Rechtbank Noord-Nederland 23 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2552).

De Kantonrechter Amsterdam, maar ook de andere kantonrechters die zich recent over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van pakketbezorgers hebben gebogen, tonen zich op dit gebied soepeler.

Naar mijn mening heeft de Rechtbank Amsterdam (en zelfs in meerdere mate de Rechtbank Noord-Holland) hier zijn nek uitgestoken als het gaat om de interpretatie van het element 'persoonlijke arbeidsverplichting'. De persoonlijke arbeidsverplichting wordt door de Kantonrechter Amsterdam in de onderhavige uitspraken ruim geïnterpreteerd. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden overweegt, lijkt hij genoeg te nemen met de situatie dat vrije en volledige vervangbaarheid niet is toegestaan en dat (incidentele) vervanging alleen binnen een vooraf goedgekeurde groep van personen (die aan bepaalde kwalificaties dienden te voldoen) mocht plaatsvinden met medeweten van PostNL. Dit doet volgens de kantonrechter afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van de betrokken pakketbezorger.

Bovendien leidt het enkele negatieve antwoord op de vraag of B gehouden is de arbeid persoonlijk te verrichten niet direct tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst ontbreekt. Deze omstandigheid wordt (slechts) als een (zwaarwegende) contra-indicatie in de holistische weging betrokken. In dit verband is ook typerend dat de kantonrechter een verband legt met de mate van ondernemersvrijheid: de omstandigheid dat A en B zich bij hun werkzaamheden niet volledig en vrij kunnen laten vervangen, geldt hier als omstandigheid die op werknemerschap wijst. Dat B toch geen werknemer was hing in casu samen met de constatering dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders liet bijstaan en zich voor het overgrote deel van de routes heeft laten vervangen. B is structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed, en dat maakt B volgens de kantonrechter in feite een zelfstandige met personeel. Bij het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81 dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en waarbij eveneens de grote mate van vervanging door anderen een rol speelde, werd een overeenkomstige benadering gevolgd als die van de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van B.

Ik vind het een goede zaak dat een persoonlijke arbeidsverplichting aanwezig wordt geacht in gevallen waarin sprake is van de hiervoor besproken beperkte vervangingsvrijheid. Anders wordt het voor werkverschaffers immers kinderlijk eenvoudig de arbeidsrechtelijke dwingendrechtelijke beschermingsregels te ecarteren. Of de holistische benadering de feitenrechter de ruimte biedt een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten in gevallen waarin van een persoonlijke arbeidsverplichting in geen velden of wegen sprake is, valt naar mijn mening echter te betwijfelen. De holistische benadering kan mijns inziens bijvoorbeeld meebrengen dat een zeker instructierecht van de werkverschaffer nog niet dwingend tot het aanwezig achten van een gezagsverhouding hoeft te leiden, omdat er bijvoorbeeld meer gewicht wordt gehecht aan alle contra-indicaties van het aanwezig achten van een arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld de mate waarin de werkende ondernemersrisico's loopt). De holistische benadering kan mijns inziens echter niet meebrengen dat in gevallen waarin niet aan alle elementen van artikel 7:610 BW is voldaan (met name loon en persoonlijke arbeidsverplichting), toch van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. Daarom bestaat de enige ruimte die de rechter heeft om in gevallen waarin sprake is van een zekere vervangingsvrijheid toch een arbeidsovereenkomst aan te nemen, uit een ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting. Hiermee sluiten de rechters mooi aan bij de ratio van dit element, te weten: het onderscheiden van de economisch afhankelijken van de zelfstandig ondernemers.

## **6. Holistische benadering en maatschappelijke positie bij het aangaan en de uitvoeringsfase**

In de onderhavige uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam wordt duidelijk dat de

omstandigheid dat de pakketbezorgers in (zeer) grote mate economisch afhankelijk zijn van PostNL en PostNL bovendien gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, nog niet dwingend tot de conclusie leidde dat ten aanzien van zowel A als B van een arbeidsovereenkomst sprake was. Ten aanzien van A speelt een belangrijke rol zijn maatschappelijke positie bij het aangaan van de overeenkomst (hij had 'zijn onderneming' pas kort voor de ingangsdatum van het contract opgericht en over de inhoud van de overeenkomst kon niet of nauwelijks door de pakketbezorger worden onderhandeld). Verder speelt ook de positie van A tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst (gelet op de economische afhankelijkheid van PostNL) een belangrijke rol.

Bij het oordeel dat B geen arbeidsovereenkomst met PostNL heeft, is van groot gewicht de omstandigheid dat in rechte vaststond dat B al sinds 1989 een eenmanszaak had en – zo lees ik de uitspraak – gelet op zijn maatschappelijke positie derhalve goed kon overzien welke (juridische en sociaaleconomische) gevolgen het ondertekenen van het contract met PostNL had. Bovendien legt de eerder besproken grote vervangingsgraad van B veel gewicht in de schaal. Rechtbank Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 oordeelde ten aanzien van een pakketbezorger in een vrijwel identiek feitencomplex op bijna overeenkomstige wijze. In beide uitspraken speelt met andere woorden de maatschappelijke (en sociaaleconomische positie) bij het aangaan en tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst een rol.

## **7. Maatschappelijke positie en partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst**

Rechtbank Noord-Holland neemt in alle uitspraken bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding van de pakketbezorger ook duidelijk de maatschappelijke positie van de betrokkene in aanmerking. De rechtbank neemt in de gevallen waarin een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen als uitgangspunt dat op grond van de bepalingen in de vervoersovereenkomst de partijbedoeling niet gericht lijkt te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. In een situatie waarin de werkende maatschappelijk ongelijk en economisch afhankelijk is van de ander, zijn er minder argumenten om de werkende de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen. Bij de invulling van de maatschappelijke positie van de betreffende pakketbezorger neemt de rechtbank in aanmerking dat de bezorger zijn onderneming pas heeft opgericht kort voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met PostNL. Verder neemt de rechtbank in algemene zin in aanmerking dat ten aanzien van de pakketbezorgers sprake is van zelfstandigen zonder eigen personeel met een lage opleidingsgraad, terwijl gesteld noch gebleken is dat zij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst juridisch of anderszins werden bijgestaan. De kantonrechter betwijfelt ten eerste of de pakketbezorger zich bij het aangaan van de overeenkomst heeft gerealiseerd – en of dat van hem gelet op zijn maatschappelijke positie

verwacht kan en mag worden – in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL, mede gelet op de door hem gedane investering ten behoeve van de bus. Dit gegeven, in combinatie met de aard van de arbeid, namelijk ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog ‘productiegehalte’, nodigt uit tot toepassing van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, en tot terughoudendheid waar het betreft het toekennen van gewicht aan de (op schrift geformuleerde) partijbedoeling. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden zegt, volgt uit de uitspraak dat volgens deze kantonrechter doorslaggevende betekenis toekomt aan de wijze van uitvoering van de overeenkomst.

Wat mij verbaast, is dat de Rechtbank Noord-Holland bij de beoordeling van de partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst met zoveel omhaal de ‘etiketbenadering’ met een beroep op de sociaaleconomische positie verwerpt. Uiteraard, het etiket dat op de overeenkomst is geplakt vormt een mogelijk rechtens relevante indicatie van de werkelijke bedoelingen van partijen (HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15) maar (het aanwezig zijn, dan wel ontbreken van reële onderhandelingsvrijheid over) de voorwaarden waaronder wordt gewerkt vormen naar mijn mening een veel duidelijkere indicatie van de (werkelijke) bedoelingen van partijen. Dat de betrokkenen ondanks een andersluidend etiket in werkelijkheid beoogden een arbeidsovereenkomst aan te gaan, zou bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid uit de omstandigheid dat de werkverschaffer de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden verricht, (vrijwel) eenzijdig dicteert en de contractvoorwaarden bovendien zodanig zijn dat van ondernemersvrijheid in reële zin niet meer kan worden gesproken. Dat een pakketbezorger die fulltime (persoonlijk) zijn arbeidskracht (exclusief) aan een ander aanbiedt waarbij de contractinhoud door de ander is gedicteerd en waarbij zowel de inhoud als de organisatie van het werk met tal van instructies en controle zijn omgeven, vormt naar mijn mening als hoofdregel een voldoende duidelijke indicatie dat de maatschappelijke positie van een werkende zwak is. Dat de werkende voorheen al een Kamer van Koophandelinschrijving had en eventueel ook fiscaal als ondernemer door het leven ging, zegt mij niet zoveel. In het geval van B (en eveneens ten aanzien van de bezorger in Rb. Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230) kan inderdaad worden gezegd dat hij zich – gelet op de omstandigheid dat hij zoveel werk van PostNL aannam dat hij structureel slechts een beperkt gedeelte van de pakketten voor PostNL zelf bezorgde – in de uitvoeringsfase van de overeenkomst ‘ondernemersachtige’ trekjes vertoonde. Daarom valt het in het geval van B mijns inziens wel te billijken dat het eindoordeel was dat geen arbeidsovereenkomst aanwezig was.

## **8. Partijbedoeling in de uitvoeringsfase van de overeenkomst**

Ik sta verder kritisch tegenover het standpunt van de Rechtbank Oost-Brabant, die geen

arbeidsovereenkomst aannam in een zaak waarin de bezorger zich nauwelijks liet vervangen (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83). Bij het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst is voor deze kantonrechter van groot belang dat de wil van de pakketbezorger in *de uitvoeringsfase* uitdrukkelijk niet gericht is geweest op het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De rechter leidt dit af uit in het geding gebrachte gespreksverslagen, waarin PostNL de pakketbezorger een arbeidsovereenkomst aanbood en waar hij aangaf dat ‘in loondienst gaan bij Postnl absoluut geen optie is omdat het loon veel te laag is’. Voorts speelden bij dit oordeel een belangrijke rol de wijze van beloning (per succesvolle stop), de investering in een eigen bus, het hebben van een btw-nummer, de VAR-WUO en de inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving toezag, alsmede het gegeven dat de pakketbezorger alleen voor PostNL reed of mocht rijden waardoor mogelijk een economische afhankelijkheid ontstond, weegt volgens de kantonrechter niet op tegen de eerdergenoemde omstandigheden. Rechtbank Midden-Nederland 6 januari 2016, AR 2016-0014 oordeelde ten aanzien van een andere pakketbezorger in soortgelijke zin.

Ik vind het lastig te begrijpen dat de kantonrechter – die als uitgangspunt neemt dat de ‘partijbedoeling’ (zie hierna) van de betrokkene bij aanvang van de arbeidsrelatie gelet op zijn sociaaleconomische positie weinig gewicht toekomt en concludeert dat deze pakketbezorger in de uitvoeringsfase (mogelijk) economisch afhankelijk was van PostNL, de wil van betrokkene om tijdens de uitvoeringsfase van het contract geen schriftelijke arbeidsovereenkomst met PostNL wenst te ondertekenen omdat dit een negatieve invloed heeft op zijn loon, wel belangrijk gewicht toekent. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW brengt mijns inziens mee dat het afzien van het ondertekenen van een contract met als titel: arbeidsovereenkomst weinig tot geen gewicht toekomt in gevallen waarin de arbeidsverhouding van de werkende in werkelijkheid al een arbeidsovereenkomst is. Een bewuste keuze van een werkende om geen schriftelijk arbeidscontract te willen ondertekenen omdat dit negatieve gevolgen heeft voor zijn inkomsten en omdat hij anders met een duur leasecontract van zijn bus blijft zitten, kan niet afdoen aan de toepassing van de uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst voortvloeiende dwingendrechtelijke beschermingsregels. De Kantonrechter Eindhoven hanteert mijns inziens hier dus een (weliswaar in de uitvoeringsfase) te formele invulling van ‘de partijbedoeling’. Wanneer de sociaaleconomische positie van een werkende tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst zwak is te noemen, mag het feit dat hij niet akkoord wenst te gaan met een arbeidscontract omdat dit een verslechtering van zijn financiële positie betekent, hem niet worden tegengeworpen.

## **9. Resumerend**

Rechtbank Amsterdam heeft, in navolging van Rechtbank Noord-Holland met de ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting een belangrijke stap gezet. Deze interpretatie biedt de rechter de ruimte om personen die economisch afhankelijk zijn van hun werkverschaffer de (arbeidsrechtelijke) bescherming te bieden die zij nodig hebben. Hierdoor kunnen werkverschaffers minder eenvoudig met een louter contractueel beding over vrije vervangbaarheid de dwingende toepassing van het arbeidsrecht ontwijken. Opvallend is verder dat Rechtbank Amsterdam in het geval waarin sprake was van een zodanige vervangingsgraad dat de werkende niet in staat was de overeengekomen arbeid zelf te verrichten, niet duidelijk in de sleutel van (het ontbreken van) een persoonlijke arbeidsverplichting werd geplaatst. Rechtbank Amsterdam legt, door een vergelijking te maken met de zelfstandige met personeel, eerder een link met de ratio van het element. Het is te hopen dat deze benadering in de lagere jurisprudentie navolging krijgt.

In drie van de twaalf uitspraken is het eindoordeel dat de door de pakketbezorger begeerde arbeidsovereenkomst inderdaad aanwezig is. Dit hadden er echter meer kunnen en moeten zijn. Dit geldt in de eerste plaats voor de gevallen waarin ondanks de beperkte vervangingsgraad geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen omdat de pakketbezorger voordat hij het contract ondertekende al werkzaam was (geweest) als zelfstandig ondernemer. Dat geldt temeer in de gevallen waarin daarvan geen sprake was, maar het weigeren van een schriftelijk arbeidscontract doorslaggevend was.

Het lijkt mij goed als uitgangspunt te nemen dat bij de beoordeling of een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is of niet, de kwalificatie door partijen van het schriftelijke contract (het etiket) niet al te veel gewicht moet krijgen. Dit dient met name op te gaan in de gevallen waarin niet kan worden gezegd dat twee contractspartijen in gelijkwaardigheid hebben onderhandeld over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder wordt gewerkt. In dat geval kan immers het etiket dat op de rechtsverhouding is geplakt moeilijk worden gezien als een weerspiegeling van hetgeen partijen 'voor ogen stond'. Dit dient verder niet alleen op te gaan voor de bepaling van de wil van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, maar (uiteeraard) ook tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst.

ANNOTATIE

## **Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers**

***mr. dr. L. van den Berg***

### **1. Inleiding**

De weinig riante positie van vermeend zelfstandige pakketbezorgers houdt de gemoederen al de nodige tijd bezig. De inkomenspositie van deze pakketbezorgers vormde bijvoorbeeld een zeer belangrijke aanleiding voor minister Asscher voor de indiening van een wetsvoorstel tot een (verdere) uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Kamerstukken II 2012/13, 33623*). De behandeling van dit wetsvoorstel ligt nu al enige tijd stil. De pakketbezorgers zaten zelf echter niet stil: in een periode van minder dan een maand zijn een twaalfstal (!) uitspraken in AR Updates verschenen waarin de vraag centraal staat of de arbeidsverhouding van vermeend zelfstandige pakketbezorgers in werkelijkheid toch een arbeidsovereenkomst is. Dit is een slimme zet van de bezorgers. Een bevestigend antwoord op deze vraag maakt een verdere behandeling van het genoemde wetsvoorstel immers overbodig.

De Rechtbank Noord-Nederland en de rechtbank Amsterdam kwamen tot de conclusie dat inderdaad van een arbeidsovereenkomst sprake was. Dat is goed nieuws, want de lagere rechtspraak was voordien niet al te royaal in het toekennen van entreebiljetten tot de arbeidsrechtelijke beschermingsregels aan personen die een contract hadden ondertekend dat niet als titel arbeidsovereenkomst droeg. In de meerderheid van de uitspraken werd de door de pakketbezorgers begeerde arbeidsovereenkomst echter niet aanwezig geacht.

In het onderhavige commentaar wordt een tweetal uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam van 15 januari 2016 onder de loep genomen, waarbij in het ene geval wel en in het andere geval geen arbeidsovereenkomst aanwezig werd geacht. De kantonrechter kondigt in de uitspraak uitdrukkelijk aan een zogenoemd holistische benadering te hanteren. Opvallend is verder dat de Kantonrechter Amsterdam niet onder stoelen of banken steekt dat zij zich

heeft laten inspireren door de kantonrechter te Noord-Holland. Hieronder zal allereerst worden bekeken welke overwegingen de doorslag gaven bij het al dan niet aanwezig achten van de arbeidsovereenkomst. In mijn commentaar zal ik deze benadering afzetten tegen enkele andere (recente) uitspraken omtrent de kwalificatie van de arbeidsverhouding van bezorgers, waaronder die van de Rechtbank Noord-Holland (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:11232).

Ik richt mij daarbij met name op de invulling van het element persoonlijke arbeidsverplichting, alsmede op de invulling en de rol van de maatschappelijke positie van de pakketbezorgers.

## **2. Feiten**

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten, met als titel: vervoersovereenkomst. De pakketbezorger maakt bij het verrichten van de werkzaamheden gebruik van een eigen bus. PostNL stelt nadere (technische) eisen aan het voertuig en de representativiteit van de pakketbezorger, hetgeen erop neerkomt dat gebruik dient te worden gemaakt van een witte bus, die voorzien is van een sticker met daarop het logo van PostNL.

In de vervoersovereenkomst met de pakketbezorgers is verder onder meer de volgende bepaling opgenomen:

‘Indien de Vervoerder om wat voor reden dan ook de Vervoersopdrachten niet kan verrichten, is de Vervoerder verplicht om zelf voor vervanging zorg te dragen. Vervoerder is derhalve niet verplicht om de werkzaamheden zelf uit te voeren. Voor de op deze wijze geregelde vervanger van Vervoerder gelden dezelfde voorwaarden zoals die van toepassing zijn op Vervoerder. (...)’

Indien de Vervoerder op structurele basis een vervangende vervoerder zoekt voor de uitvoering van de Vervoersopdrachten, zal PostNL met deze vervangende vervoerder een separate vervoersovereenkomst sluiten.’

Een belangrijk deel van de zelfstandige pakketbezorgers heeft zich georganiseerd in de vereniging met Subco Partners (hierna: Subco). Op enig moment heeft de FNV zich de belangen van de subcontractors aangetrokken. In de loop van 2015 hebben onderhandelingen tussen FNV en PostNL geresulteerd in een akkoord onder de naam ‘Duurzaam Bezorgmodel’. Dit model houdt kort gezegd in dat de zelfstandige pakketbezorgers kunnen kiezen uit de volgende opties:

- zij kunnen in dienst treden als bezorger; hun bus wordt dan overgenomen door PostNL;
- zij kunnen ervoor kiezen om met een 10% hogere vergoeding door te gaan als zelfstandig ondernemer.

PostNL heeft al haar subcontractors die als zzp'ers werkzaam zijn, uitgenodigd voor een gesprek en daarin het aanbod gedaan om in loondienst te treden op de in het akkoord geformuleerde voorwaarden. Slechts een klein gedeelte heeft dit aanbod aangenomen.

Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of de bezorgers in de onderhavige casus (hierna aan te duiden als A en B) werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt A en B). De overwegingen van de kantonrechter omtrent het beoordelingskader en de in casu relevante uitgangspunten bij de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen A/B en PostNL, zijn voor een groot deel hetzelfde. Hieronder zal daarom allereerst het deel van de overwegingen ten aanzien van A en B worden opgenomen, die gelijkkluidend zijn. Vervolgens zal ik de uiteenlopende overwegingen omtrent A en B bespreken.

### **3. Oordeel Rechtbank Amsterdam (A en B)**

Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (*NJ* 1998/149), en meer recent HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (Logidex). De kantonrechter geeft uitdrukkelijk aan een holistische benadering te hanteren en verwijst daarbij naar haar collega van de Rechtbank Noord-Holland in haar uitspraken van 18 december 2015 die een soortgelijke aanpak koos (ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611236).

De kantonrechter constateert allereerst dat zowel de overeenkomst als de Algemene Voorwaarden en de Bijlage erop gericht zijn géén arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen. Bedacht dient daarbij te worden dat PostNL en de pakketbezorger in maatschappelijk en economisch opzicht bepaald geen gelijkwaardige partijen zijn en dat over de inhoud van de overeenkomst en de AV – die voor alle subcontractors bijna volledig gelijkkluidend zijn – niet of nauwelijks door A/B kon worden onderhandeld. PostNL heeft ten aanzien van vrijwel alles wat met de uitvoering van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, zeer gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering van de bus van A/B. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. A/B heeft anderzijds investeringsrisico's genomen (het aanschaffen van een bus) en hij heeft van de Belastingdienst een VAR-verklaring

gekregen (waarmee PostNL een ruling van de Belastingdienst heeft verkregen dat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst wordt beschouwd). A/B droeg gelet op de wijze van honorering (betaling per succesvolle stop) voorts ook een zeker ondernemingsrisico.

Daartegenover staat volgens de kantonrechter echter dat de vergaande – en overigens begrijpelijke – instructies van PostNL erop gericht waren dat X louter voor PostNL pakketten bezorgde, wat ook feitelijk het geval is geweest. PostNL controleerde voorts streng op de naleving van de instructies, onder meer door het houden van zogeheten ‘straatcontroles’. Uit het ‘straatcontroleformulier’ kan worden geconcludeerd dat de straatcontroles niet louter dienen ter waarborging en een juiste behandeling van de pakketten en de veiligheid van de betrokkenen, maar ook strekken tot controle op de naleving van de voorschriften door de subcontractors. Andere te bezorgen pakketten werden feitelijk niet geduld.

PostNL werkt met een systeem van een tijdvakindicatie, dat inhoudt dat klanten een indicatie krijgen van een tijdvak van 2 of 3 uren waarbinnen hun pakket wordt bezorgd. PostNL bepaalt verder eenzijdig de route. Feitelijk betekent het systeem dat de subcontractors nauwelijks de vrijheid hebben zelf te bepalen hoe en wanneer ze hun route rijden en dat PostNL de tijdstippen bepaalt waarop de werkzaamheden moeten worden verricht.

De kantonrechter leidt uit het contractuele beding dat PostNL bij structurele vervanging door een ander een eigen overeenkomst met de vervanger sluit af dat de pakketbezorger zich bij de uitvoering van de werkzaamheden niet structureel mocht laten vervangen. Verder is incidentele vervanging slechts beperkt toegestaan: alle vervangers die na een ontvangen Verklaring Omtrent het Gedrag, rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test vooraf goedgekeurd zijn door PostNL kunnen als zodanig worden geregistreerd. Indien de pakketbezorger zich liet vervangen dan moest dit vooraf worden meegedeeld aan medewerkers bij het depot. Dit doet afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van A/B.

#### *Oordeel ten aanzien van A*

Bij dit alles weegt nog – zwaar – mee dat A zich pas kort voor het aangaan van de vervoersovereenkomst met PostNL als zelfstandige heeft ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. PostNL is de enige opdrachtgever van A geweest, aangezien A van maandag tot en met zaterdag werkte. En hoewel dat niet per se tot de conclusie hoeft te leiden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, brengt het in samenhang met alle andere hiervoor genoemde omstandigheden wel mee dat – nu deze ene opdrachtgever zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen –

eerder het beeld ontstaat van een gezagsverhouding dan van zelfstandig ondernemerschap. Geoordeeld wordt dat A als werknemer van PostNL moet worden gezien.

#### *Oordeel ten aanzien van B*

Bij dit alles weegt aan de andere kant nog – zwaar – mee dat B reeds zeer lang, namelijk sinds 1989, een onderneming in koeriersdiensten drijft, dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders laat bijstaan en meer routes heeft dan hij zelfstandig ooit zou kunnen rijden. B heeft zich dan ook voor het overgrote deel van de routes laten vervangen; een minderheid van de routes heeft hij zelf gereden. Hij is derhalve structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed.

Aangenomen mag worden dat, nu B bij het aangaan van de overeenkomst reeds zelfstandig ondernemer was en gelet op zijn opstelling nadien, ook hem daadwerkelijk voor ogen heeft gestaan dat hij als zelfstandige zou werken voor PostNL én dat hij de gevolgen hiervan kon overzien. Geoordeeld wordt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen B en PostNL. Het feit dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, weegt niet op tegen de hiervoor genoemde omstandigheden. De kantonrechter concludeert dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, en afwegend, een beeld naar voren komt van een subcontractor die bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, geacht mag worden daarvan de consequenties te overzien en zich daarnaar ook gedragen heeft. Dat B alleen voor PostNL reed of mocht rijden, doet daar niet aan af. Bovendien vertoont B gelet op de structurele en hoge vervangingsgraad, meer gelijkenis met een zelfstandige met personeel dan met een zzp'er.

#### **4. Holistische benadering van de arbeidsovereenkomst**

Richtinggevend voor de (holistische) benadering van de arbeidsovereenkomst vormt het bekende arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149, *JAR* 1997/263, r.o. 3.4). Bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, moet volgens de Hoge Raad acht worden geslagen op *alle* (cursivering LvdB) omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient mede acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Bij deze beoordeling speelt verder ook de maatschappelijke positie van de betrokken werker een rol.

De holistische benadering houdt dus kort gezegd in dat om vast te stellen of een rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, de totaalindruk van de

gezamenlijke omstandigheden bepalend is. Deze benadering van de arbeidsovereenkomst impliceert dat de feitenrechter het geheel van feiten en omstandigheden in zijn beoordeling (en motivering) dient te betrekken. Dat brengt mee dat de rechter zich niet uitsluitend dient te richten op feiten en omstandigheden die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat ook de contra-indicaties uitdrukkelijk dienen te worden meegewogen (en vice versa). Wanneer een rechter dat in zijn uitspraak nalaat, komt hem dat op een motiveringsgebrek te staan. Hieronder ga ik allereerst na hoe het element persoonlijke arbeidsverplichting in de onderhavige uitspraken wordt uitgelegd en hoe (de aan- en met name afwezigheid van) het element zich verhoudt tot de holistische benadering van de kantonrechter.

## **5. Holistische benadering en de persoonlijke arbeidsverplichting**

Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is van belang dat de werknemer zich tot de werkgever verbonden heeft de arbeid persoonlijk te verrichten. In het brede scala van lagere jurisprudentie over de kwalificatievraag is betrekkelijk weinig eenheid te onderkennen als het gaat om de invulling van het genoemde element. Er zijn verschillende uitspraken over onder meer post- en krantenbezorgers waarin het element beperkt wordt uitgelegd. Het bestaan van het contractuele beding omtrent vrije vervangbaarheid leidde in een aantal gevallen al (bijkans) tot de conclusie dat aan het element persoonlijke arbeidsverplichting niet was voldaan. Bovendien leidde in die uitspraken de enkele conclusie dat de persoonlijke arbeidsverplichting ontbrak direct tot het oordeel dat ipso facto geen arbeidsovereenkomst aanwezig was (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, AR 2012-0342 inzake BBA; Rechtbank Noord-Nederland 23 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2552).

De Kantonrechter Amsterdam, maar ook de andere kantonrechters die zich recent over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van pakketbezorgers hebben gebogen, tonen zich op dit gebied soepeler.

Naar mijn mening heeft de Rechtbank Amsterdam (en zelfs in meerdere mate de Rechtbank Noord-Holland) hier zijn nek uitgestoken als het gaat om de interpretatie van het element 'persoonlijke arbeidsverplichting'. De persoonlijke arbeidsverplichting wordt door de Kantonrechter Amsterdam in de onderhavige uitspraken ruim geïnterpreteerd. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden overweegt, lijkt hij genoeg te nemen met de situatie dat vrije en volledige vervangbaarheid niet is toegestaan en dat (incidentele) vervanging alleen binnen een vooraf goedgekeurde groep van personen (die aan bepaalde kwalificaties dienden te voldoen) mocht plaatsvinden met medeweten van PostNL. Dit doet volgens de kantonrechter afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van de betrokken pakketbezorger.

Bovendien leidt het enkele negatieve antwoord op de vraag of B gehouden is de arbeid persoonlijk te verrichten niet direct tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst ontbreekt. Deze omstandigheid wordt (slechts) als een (zwaarwegende) contra-indicatie in de holistische weging betrokken. In dit verband is ook typerend dat de kantonrechter een verband legt met de mate van ondernemersvrijheid: de omstandigheid dat A en B zich bij hun werkzaamheden niet volledig en vrij kunnen laten vervangen, geldt hier als omstandigheid die op werknemerschap wijst. Dat B toch geen werknemer was hing in casu samen met de constatering dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders liet bijstaan en zich voor het overgrote deel van de routes heeft laten vervangen. B is structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed, en dat maakt B volgens de kantonrechter in feite een zelfstandige met personeel. Bij het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81 dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en waarbij eveneens de grote mate van vervanging door anderen een rol speelde, werd een overeenkomstige benadering gevolgd als die van de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van B.

Ik vind het een goede zaak dat een persoonlijke arbeidsverplichting aanwezig wordt geacht in gevallen waarin sprake is van de hiervoor besproken beperkte vervangingsvrijheid. Anders wordt het voor werkverschaffers immers kinderlijk eenvoudig de arbeidsrechtelijke dwingendrechtelijke beschermingsregels te ecarteren. Of de holistische benadering de feitenrechter de ruimte biedt een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten in gevallen waarin van een persoonlijke arbeidsverplichting in geen velden of wegen sprake is, valt naar mijn mening echter te betwijfelen. De holistische benadering kan mijns inziens bijvoorbeeld meebrengen dat een zeker instructierecht van de werkverschaffer nog niet dwingend tot het aanwezig achten van een gezagsverhouding hoeft te leiden, omdat er bijvoorbeeld meer gewicht wordt gehecht aan alle contra-indicaties van het aanwezig achten van een arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld de mate waarin de werkende ondernemersrisico's loopt). De holistische benadering kan mijns inziens echter niet meebrengen dat in gevallen waarin niet aan alle elementen van artikel 7:610 BW is voldaan (met name loon en persoonlijke arbeidsverplichting), toch van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. Daarom bestaat de enige ruimte die de rechter heeft om in gevallen waarin sprake is van een zekere vervangingsvrijheid toch een arbeidsovereenkomst aan te nemen, uit een ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting. Hiermee sluiten de rechters mooi aan bij de ratio van dit element, te weten: het onderscheiden van de economisch afhankelijken van de zelfstandig ondernemers.

## **6. Holistische benadering en maatschappelijke positie bij het aangaan en de uitvoeringsfase**

In de onderhavige uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam wordt duidelijk dat de

omstandigheid dat de pakketbezorgers in (zeer) grote mate economisch afhankelijk zijn van PostNL en PostNL bovendien gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, nog niet dwingend tot de conclusie leidde dat ten aanzien van zowel A als B van een arbeidsovereenkomst sprake was. Ten aanzien van A speelt een belangrijke rol zijn maatschappelijke positie bij het aangaan van de overeenkomst (hij had 'zijn onderneming' pas kort voor de ingangsdatum van het contract opgericht en over de inhoud van de overeenkomst kon niet of nauwelijks door de pakketbezorger worden onderhandeld). Verder speelt ook de positie van A tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst (gelet op de economische afhankelijkheid van PostNL) een belangrijke rol.

Bij het oordeel dat B geen arbeidsovereenkomst met PostNL heeft, is van groot gewicht de omstandigheid dat in rechte vaststond dat B al sinds 1989 een eenmanszaak had en – zo lees ik de uitspraak – gelet op zijn maatschappelijke positie derhalve goed kon overzien welke (juridische en sociaaleconomische) gevolgen het ondertekenen van het contract met PostNL had. Bovendien legt de eerder besproken grote vervangingsgraad van B veel gewicht in de schaal. Rechtbank Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 oordeelde ten aanzien van een pakketbezorger in een vrijwel identiek feitencomplex op bijna overeenkomstige wijze. In beide uitspraken speelt met andere woorden de maatschappelijke (en sociaaleconomische positie) bij het aangaan en tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst een rol.

## **7. Maatschappelijke positie en partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst**

Rechtbank Noord-Holland neemt in alle uitspraken bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding van de pakketbezorger ook duidelijk de maatschappelijke positie van de betrokkene in aanmerking. De rechtbank neemt in de gevallen waarin een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen als uitgangspunt dat op grond van de bepalingen in de vervoersovereenkomst de partijbedoeling niet gericht lijkt te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. In een situatie waarin de werkende maatschappelijk ongelijk en economisch afhankelijk is van de ander, zijn er minder argumenten om de werkende de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen. Bij de invulling van de maatschappelijke positie van de betreffende pakketbezorger neemt de rechtbank in aanmerking dat de bezorger zijn onderneming pas heeft opgericht kort voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met PostNL. Verder neemt de rechtbank in algemene zin in aanmerking dat ten aanzien van de pakketbezorgers sprake is van zelfstandigen zonder eigen personeel met een lage opleidingsgraad, terwijl gesteld noch gebleken is dat zij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst juridisch of anderszins werden bijgestaan. De kantonrechter betwijfelt ten eerste of de pakketbezorger zich bij het aangaan van de overeenkomst heeft gerealiseerd – en of dat van hem gelet op zijn maatschappelijke positie

verwacht kan en mag worden – in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL, mede gelet op de door hem gedane investering ten behoeve van de bus. Dit gegeven, in combinatie met de aard van de arbeid, namelijk ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog ‘productiegehalte’, nodigt uit tot toepassing van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, en tot terughoudendheid waar het betreft het toekennen van gewicht aan de (op schrift geformuleerde) partijbedoeling. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden zegt, volgt uit de uitspraak dat volgens deze kantonrechter doorslaggevende betekenis toekomt aan de wijze van uitvoering van de overeenkomst.

Wat mij verbaast, is dat de Rechtbank Noord-Holland bij de beoordeling van de partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst met zoveel omhaal de ‘etiketbenadering’ met een beroep op de sociaaleconomische positie verwerpt. Uiteraard, het etiket dat op de overeenkomst is geplakt vormt een mogelijk rechtens relevante indicatie van de werkelijke bedoelingen van partijen (HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15) maar (het aanwezig zijn, dan wel ontbreken van reële onderhandelingsvrijheid over) de voorwaarden waaronder wordt gewerkt vormen naar mijn mening een veel duidelijkere indicatie van de (werkelijke) bedoelingen van partijen. Dat de betrokkenen ondanks een andersluidend etiket in werkelijkheid beoogden een arbeidsovereenkomst aan te gaan, zou bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid uit de omstandigheid dat de werkverschaffer de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden verricht, (vrijwel) eenzijdig dicteert en de contractvoorwaarden bovendien zodanig zijn dat van ondernemersvrijheid in reële zin niet meer kan worden gesproken. Dat een pakketbezorger die fulltime (persoonlijk) zijn arbeidskracht (exclusief) aan een ander aanbiedt waarbij de contractinhoud door de ander is gedicteerd en waarbij zowel de inhoud als de organisatie van het werk met tal van instructies en controle zijn omgeven, vormt naar mijn mening als hoofdregel een voldoende duidelijke indicatie dat de maatschappelijke positie van een werkende zwak is. Dat de werkende voorheen al een Kamer van Koophandelinschrijving had en eventueel ook fiscaal als ondernemer door het leven ging, zegt mij niet zoveel. In het geval van B (en eveneens ten aanzien van de bezorger in Rb. Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230) kan inderdaad worden gezegd dat hij zich – gelet op de omstandigheid dat hij zoveel werk van PostNL aannam dat hij structureel slechts een beperkt gedeelte van de pakketten voor PostNL zelf bezorgde – in de uitvoeringsfase van de overeenkomst ‘ondernemersachtige’ trekjes vertoonde. Daarom valt het in het geval van B mijns inziens wel te billijken dat het eindoordeel was dat geen arbeidsovereenkomst aanwezig was.

## **8. Partijbedoeling in de uitvoeringsfase van de overeenkomst**

Ik sta verder kritisch tegenover het standpunt van de Rechtbank Oost-Brabant, die geen

arbeidsovereenkomst aannam in een zaak waarin de bezorger zich nauwelijks liet vervangen (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83). Bij het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst is voor deze kantonrechter van groot belang dat de wil van de pakketbezorger in *de uitvoeringsfase* uitdrukkelijk niet gericht is geweest op het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De rechter leidt dit af uit in het geding gebrachte gespreksverslagen, waarin PostNL de pakketbezorger een arbeidsovereenkomst aanbood en waar hij aangaf dat ‘in loondienst gaan bij Postnl absoluut geen optie is omdat het loon veel te laag is’. Voorts speelden bij dit oordeel een belangrijke rol de wijze van beloning (per succesvolle stop), de investering in een eigen bus, het hebben van een btw-nummer, de VAR-WUO en de inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving toezag, alsmede het gegeven dat de pakketbezorger alleen voor PostNL reed of mocht rijden waardoor mogelijk een economische afhankelijkheid ontstond, weegt volgens de kantonrechter niet op tegen de eerdergenoemde omstandigheden. Rechtbank Midden-Nederland 6 januari 2016, AR 2016-0014 oordeelde ten aanzien van een andere pakketbezorger in soortgelijke zin.

Ik vind het lastig te begrijpen dat de kantonrechter – die als uitgangspunt neemt dat de ‘partijbedoeling’ (zie hierna) van de betrokkene bij aanvang van de arbeidsrelatie gelet op zijn sociaaleconomische positie weinig gewicht toekomt en concludeert dat deze pakketbezorger in de uitvoeringsfase (mogelijk) economisch afhankelijk was van PostNL, de wil van betrokkene om tijdens de uitvoeringsfase van het contract geen schriftelijke arbeidsovereenkomst met PostNL wenst te ondertekenen omdat dit een negatieve invloed heeft op zijn loon, wel belangrijk gewicht toekent. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW brengt mijns inziens mee dat het afzien van het ondertekenen van een contract met als titel: arbeidsovereenkomst weinig tot geen gewicht toekomt in gevallen waarin de arbeidsverhouding van de werkende in werkelijkheid al een arbeidsovereenkomst is. Een bewuste keuze van een werkende om geen schriftelijk arbeidscontract te willen ondertekenen omdat dit negatieve gevolgen heeft voor zijn inkomsten en omdat hij anders met een duur leasecontract van zijn bus blijft zitten, kan niet afdoen aan de toepassing van de uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst voortvloeiende dwingendrechtelijke beschermingsregels. De Kantonrechter Eindhoven hanteert mijns inziens hier dus een (weliswaar in de uitvoeringsfase) te formele invulling van ‘de partijbedoeling’. Wanneer de sociaaleconomische positie van een werkende tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst zwak is te noemen, mag het feit dat hij niet akkoord wenst te gaan met een arbeidscontract omdat dit een verslechtering van zijn financiële positie betekent, hem niet worden tegengeworpen.

## 9. Resumerend

Rechtbank Amsterdam heeft, in navolging van Rechtbank Noord-Holland met de ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting een belangrijke stap gezet. Deze interpretatie biedt de rechter de ruimte om personen die economisch afhankelijk zijn van hun werkverschaffer de (arbeidsrechtelijke) bescherming te bieden die zij nodig hebben. Hierdoor kunnen werkverschaffers minder eenvoudig met een louter contractueel beding over vrije vervangbaarheid de dwingende toepassing van het arbeidsrecht ontwijken. Opvallend is verder dat Rechtbank Amsterdam in het geval waarin sprake was van een zodanige vervangingsgraad dat de werkende niet in staat was de overeengekomen arbeid zelf te verrichten, niet duidelijk in de sleutel van (het ontbreken van) een persoonlijke arbeidsverplichting werd geplaatst. Rechtbank Amsterdam legt, door een vergelijking te maken met de zelfstandige met personeel, eerder een link met de ratio van het element. Het is te hopen dat deze benadering in de lagere jurisprudentie navolging krijgt.

In drie van de twaalf uitspraken is het eindoordeel dat de door de pakketbezorger begeerde arbeidsovereenkomst inderdaad aanwezig is. Dit hadden er echter meer kunnen en moeten zijn. Dit geldt in de eerste plaats voor de gevallen waarin ondanks de beperkte vervangingsgraad geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen omdat de pakketbezorger voordat hij het contract ondertekende al werkzaam was (geweest) als zelfstandig ondernemer. Dat geldt temeer in de gevallen waarin daarvan geen sprake was, maar het weigeren van een schriftelijk arbeidscontract doorslaggevend was.

Het lijkt mij goed als uitgangspunt te nemen dat bij de beoordeling of een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is of niet, de kwalificatie door partijen van het schriftelijke contract (het etiket) niet al te veel gewicht moet krijgen. Dit dient met name op te gaan in de gevallen waarin niet kan worden gezegd dat twee contractspartijen in gelijkwaardigheid hebben onderhandeld over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder wordt gewerkt. In dat geval kan immers het etiket dat op de rechtsverhouding is geplakt moeilijk worden gezien als een weerspiegeling van hetgeen partijen 'voor ogen stond'. Dit dient verder niet alleen op te gaan voor de bepaling van de wil van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, maar (uiteeraard) ook tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst.