

Nieuwsbrief AR Updates

Nummer 34, 2022

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

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:772](#) 27-05-2022

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:2333](#) 16-08-2022

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:7134](#) 16-08-2022

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:7103](#) 15-08-2022

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2753](#) 09-08-2022

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6115](#) 18-07-2022

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:5447](#) 28-06-2022

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4697](#) 12-08-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6905](#) 12-08-2022

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4655](#) 09-08-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6604](#) 05-08-2022

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4794](#) 02-08-2022

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2365](#) 18-07-2022

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:7903](#) 14-07-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6691](#) 13-07-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6692](#) 13-07-2022

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4732](#) 08-07-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:6732](#) 24-06-2022

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2152](#) 02-06-2022

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:4893](#) 06-04-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:11838](#) 03-12-2021

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Amsterdam](#) 12-07-2022

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking; is dit nu nodig?](#)

mr. dr. L. van den Berg

RECHTSPRAAK

Maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking voor de rariteiten als bedoeld in artikel 5 ZW/WW betreft een afzonderlijk door de rechter te toetsen element van de fictieve dienstbetrekking.

Feiten

Belanghebbende biedt via een digitaal platform op internet tegen betaling erotisch getinte diensten aan van freelance werkende vrouwen (hierna: agents). Belanghebbende verzorgt de marketing daarvan en regelt de vereiste computertechnologie. Zij exploiteert 0906-telefoonnummers en biedt de agents de mogelijkheid om met hun eigen webcam en telefoon vanuit huis erotisch getinte video- en telefoondiensten aan te bieden op haar website. De klanten kunnen op die website tegen betaling de agents zien en met hen bellen, sms-en en/of chatten. De agents beslissen zelf welke erotische video- en telefoondiensten zij aanbieden aan de klanten. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf te verlenen. Belanghebbende is verplicht de agents een vergoeding te betalen voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Belanghebbende kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene voorwaarden en de algemene diensten voorwaarden van belanghebbende werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt belanghebbende het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen. De agents zijn, wegens het ontbreken van een gezagsrelatie, niet in dienstbetrekking bij belanghebbende. De Inspecteur heeft aan belanghebbende voor vier in Nederland wonende agents beschikkingen gegeven als bedoeld in artikel 59 lid 3 Wet financiering sociale verzekeringen. Met deze beschikkingen geeft de Inspecteur een zogenoemde 'voor bezwaar vatbare beschikking' (kort gezegd: besluiten) af over de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. In het onderhavige geval hield de beschikking in dat de agents verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen. Volgens de Inspecteur is sprake van een fictieve dienstbetrekking als bedoeld in artikel 5 onder d ZW en WW in verbinding met artikel 5a Rariteitenbesluit. Bij het hof spitste het geschil zich toe op de vraag of de agents zijn aan te merken als sekswerkers als bedoeld in artikel 5a Rariteitenbesluit en uit dien hoofde verplicht verzekerd zijn ingevolge de werknemersverzekeringen. Het hof heeft die

vraag ontkennend beantwoord. Het hof heeft zijn oordeel gebaseerd op de (eensluidende) tekst van de delegatiebepalingen in de artikelen 5, letter d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Ziektewet en de Werkloosheidswet, waarop artikel 5a van het Rariteitenbesluit berust. In die bepalingen staat dat als dienstbetrekking kan worden beschouwd, de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge daaraan voorafgaande bepalingen als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. Volgens het hof kan de arbeidsverhouding tussen belanghebbende en de agents niet gelijk worden gesteld met een dienstbetrekking, en wordt daardoor aan toepassing van artikel 5a van het Rariteitenbesluit niet toegekomen. Voorts heeft het hof uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5a van het Rariteitenbesluit afgeleid dat met sekswerkers in de zin van dat artikel bedoeld zijn prostituees. Er is geen enkele aanwijzing dat de besluitgever bij de invoering van dat artikel onder sekswerkers ook heeft willen begrijpen personen met een arbeidsverhouding zoals die van de agents die hun werkzaamheden verrichten zonder enige vorm van fysiek contact met of althans fysieke aanwezigheid van (een) klant(en), aldus het hof. In cassatie bestrijdt de staatssecretaris van Financiën het oordeel dat zich geen fictieve dienstbetrekking voordoet. Het hof heeft ten onrechte een eigen toets aangelegd bij de vraag of de arbeidsverhouding naar maatschappelijke opvattingen gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Artikel 5 WAO/WW/ZW legt die bevoegdheid niet bij de rechter, maar bij de gedelegeerde wetgever, dus bij de besluitgever, aldus de staatssecretaris. Ook heeft het hof ten onrechte de agents niet als 'sekswerker' in de zin van artikel 5a Rariteitenbesluit aangemerkt.

Conclusie A-G (Wattel)

A-G Wattel constateert dat de bevoegdheid om bepaalde niet-dienstbetrekkingen gelijk te stellen met een dienstbetrekking voor de heffing van premies werknemersverzekeringen door de formele wetgever in artikel 5 WAO/WW/ZW aan de regering is gedelegeerd onder meer voor de arbeidsverhouding van 'degene, die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge de voorgaande bepalingen als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de laatste zinsnede op uitdrukkelijke wens van een zeer kritische Tweede Kamer is toegevoegd omdat de aanvankelijk door de regering voorgestelde delegerende bepaling volgens de Kamer 'wel een zeer ruime formulering' had en 'veel te ver' ging. Het hof is daarom volgens de A-G terecht nagegaan of de arbeidsverhouding tussen de agents en de belanghebbende maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. De rechter moet nagaan of de gedelegeerde amvb-gever binnen zijn aan hem door de formele wetgever gedelegeerde bevoegdheid is gebleven. Het betoog dat het hof

ten onrechte een eigen toets zou hebben aangelegd, acht de A-G ongegrond: de maatschappelijke-vergelijkbaarheidstoets is geen eigen rechterlijke toets, maar de toets die de Tweede Kamer expliciet heeft aangelegd juist om de bevoegdheid van de regering tot het naar eigen inzicht aanwijzen van fictieve dienstbetrekkingen te beperken. Ongegrond acht A-G Wattel ook de klachten tegen 's hofs daarop volgende deels feitelijke oordeel dat de arbeidsverhouding van de agents maatschappelijk niet gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Dat oordeel berust niet op een rechtskundig verkeerde opvatting van een civielrechtelijke dienstbetrekking en is feitelijk voldoende gemotiveerd met 's hofs opsomming van omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat de arbeidsverhouding van de agents maatschappelijk te weinig op een dienstbetrekking lijkt om daarmee gelijkgesteld te worden. Voor zover de staatssecretaris klaagt dat het hof de agents ten onrechte niet als sekswerkers in de zin van het Rariteitenbesluit heeft aangemerkt, strandt het volgens de A-G omdat het in zoverre een oordeel ten overvloede bestrijdt, maar ook omdat dat oordeel volgens de A-G juist is: gezien de sekswerkeromschrijving in het Rariteitenbesluit en de mede niet-fiscale totstandkomingsgeschiedenis van de sekswerkersregeling zijn de agents geen 'sekswerker'.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt – onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal – dat het middel faalt. Het beroep in cassatie wordt ongegrond verklaard.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-05-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:772

Zaaknummer: 21/03943

Rechters: R.J. Koopman, J. Wortel, A.F.M.Q. Beukers-van Dooren, M.T. Boerlage en P.A.G.M. Cools

Advocaten: L.E.C. Neve

Wetsartikelen: 5 WW, 5 ZW en 5a Rariteitenbesluit

ANNOTATIE

Maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking; is dit nu nodig?***mr. dr. L. van den Berg*****1 Inleiding**

Het komt niet vaak voor dat de Hoge Raad (fiscale kamer) zich uitlaat over de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen en wanneer dat gebeurt, betreft het in de regel de uitleg van de bepalingen in het zogenoemde; de algemene maatregel van bestuur (amvb) die is gebaseerd op de (identieke) artikelen 5 Ziektewet (ZW) en Werkloosheidswet (WW). Zo heeft de Hoge Raad zich in het (tweede) *B-notarissen*-arrest bijvoorbeeld uitgesproken over de uitleg die moet worden gegeven aan de in artikel 8 lid 1 onder b Rariteitenbesluit opgenomen uitzondering op de gelijkstelling met de dienstbetrekking ingeval de arbeid uitsluitend voor rekening en risico komt van de onderneming van de rechtspersoon waarvan hij directeur-groootaandeelhouder is (HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283).

In het onderhavige arrest gaat het over de uitleg van de regeling van de zogenoemde rariteiten in artikel 5 onder d ZW en WW. Volgens artikel 5 aanhef en onder a tot en met c ZW en WW kunnen bij amvb regels worden gesteld, op grond waarvan als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van onder meer thuiswerkers, hun hulpen, en musici en artiesten. Onderdeel d van artikel 5 ZW en WW biedt een soortgelijke mogelijkheid voor de arbeidsverhouding van de persoon die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds op grond van dit artikel en de artikelen 3 en 4 ZW en WW als dienstbetrekking wordt beschouwd, maar hiermee maatschappelijk kan worden gelijkgesteld. In het Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd – hierna aangeduid als het Rariteitenbesluit – zijn de voorwaarden voor gelijkstelling van de in artikel 5 ZW en WW genoemde arbeidsverhoudingen (hierna: rariteiten) verder uitgewerkt. De artikelen 3, 4a, 5 en 5a Rariteitenbesluit zijn gebaseerd op artikel 5 onder d ZW en WW. Artikel 5a Rariteitenbesluit regelt de gelijkstelling van de sekswerker. Sekswerker is de persoon die tegen betaling seksuele handelingen met of voor een ander verricht. Het artikel behelst materieel een mogelijkheid tot *opting-out*. Van gelijkstelling

is volgens artikel 5a lid 1 Rariteitenbesluit geen sprake indien wordt voldaan aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden. Deze voorwaarden, opgenomen in artikel 2b Uitvoeringsregeling Loonbelasting 2001, hangen kort gezegd samen met het waarborgen van een vorm van ‘goed werkgever/opdrachtgeverschap’. In ruil voor het waarborgen van fatsoenlijke arbeidsomstandigheden wordt de werkverschaffer vrijgesteld van de loon- en premieheffingen. In deze bijdrage laat ik de details over de lagere regelgeving over sekswerkers verder buiten beschouwing en ga ik (na een korte weergave van de feiten en de rechtsoordelen van Hof en Hoge Raad) dieper in op de uitleg die door de Hoge Raad wordt gegeven aan artikel 5 onder d ZW en WW. Deze uitleg behelst kort gezegd dat het niet aan de regering, maar aan de rechter is om te oordelen dat sprake is van een arbeidsverhouding die ‘maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld’. Na een korte uiteenzetting van de jurisprudentie over ‘de maatschappelijke gelijkstelling’ als afzonderlijk te toetsen element van de fictieve dienstbetrekkingen, ga ik inhoudelijk in op dit (nieuwe) element. Hoe verhouden deze gezichtspunten zich tot die welke worden gehanteerd bij de beoordeling van (het ontbreken van) de arbeidsovereenkomst? Is er aanleiding om te concluderen dat een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling (daadwerkelijk) leidt tot een beperktere reikwijdte van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen?

2 Feiten en rechtsoordeel Hof en Hoge Raad

In het onderhavige geval betreft het een aanbieder van erotisch getinte diensten via een digitaal platform (hierna: het platform). De diensten worden verricht door ‘freelance werkende vrouwen’ (hierna: *agents*). Het platform verzorgt de marketing en regelt de vereiste computertechnologie. Het platform exploiteert 0906-telefoonnummers en biedt de agents de mogelijkheid om met hun eigen webcam en telefoon vanuit huis erotisch getinte video- en telefoondiensten aan te bieden op zijn website. De klanten kunnen op die website tegen betaling de agents zien en met hen bellen, sms-en en/of chatten. De agents beslissen zelf – binnen de kaders van het aangeboden digitale platform, de algemene voorwaarden en algemene diensten voorwaarden – welke erotische video- en telefoondiensten zij aanbieden aan de klanten. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf – overeenkomstig het door hen zelf opgestelde profiel – te verlenen. Belanghebbende is verplicht de agents een vergoeding te betalen voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Het platform kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene (diensten) voorwaarden werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt het platform het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen.

De Inspecteur heeft aan belanghebbende voor vier in Nederland wonende agents beschikkingen gegeven als bedoeld in artikel 59 lid 3 Wet financiering sociale verzekeringen.

Met deze beschikkingen geeft de Inspecteur een zogenoemde ‘voor bezwaar vatbare beschikking’ (kort gezegd: besluiten) af over de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. In het onderhavige geval hield de beschikking in dat de agents verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen. Volgens de Inspecteur is sprake van een fictieve dienstbetrekking als bedoeld in artikel 5 onder d ZW en WW in verbinding met artikel 5a Rariteitenbesluit. De agents staan, wegens het ontbreken van een gezagsrelatie, niet in privaatrechtelijke dienstbetrekking tot belanghebbende.

Het gerechtshof Amsterdam (hierna: hof) oordeelt dat de Inspecteur de agents ten onrechte heeft aangemerkt als verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De arbeidsverhouding van de agents tot belanghebbende wordt niet als (fictieve) dienstbetrekking aangemerkt. Het hof meent dat een fictieve dienstbetrekking in de zin van artikel 5a Rariteitenbesluit alleen kan worden aangenomen als de arbeidsverhouding maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Dat is volgens hem niet het geval. De rechtsverhouding tussen de belanghebbende en de agents wordt volgens het hof gekenmerkt doordat:

- (a) de agents geen enkele verplichting hebben met betrekking tot de vraag of en zo ja wanneer zij hun werkzaamheden verrichten; er bestaat ook geen enkele verplichting tot overleg of afstemming met betrekking tot (mogelijke) werktijden;
- (b) de agents met een klant aanvullende afspraken mogen maken buiten het platform – en derhalve buiten belanghebbende – om;
- (c) de agents zich naar de (potentiële) klanten op het platform presenteren/promoten door middel van een geheel door hen zelf vervaardigd profiel; zij zijn daarbij niet gebonden aan enig format, en bepalen dus voor een belangrijk deel zelf hoe zij zich presenteren/promoten, waarmee zij in ieder geval tot op zekere hoogte direct invloed uitoefenen op de (hoogte van de) door hen gegenereerde inkomsten; en
- (d) er geen sprake is van een door belanghebbende aan de agents ter beschikking gestelde werkplek of apparatuur en ook overigens niet van enige andere voorziening anders dan de mogelijkheid gebruik te maken van het Platform.

Deze aspecten van de rechtsverhouding, in samenhang beschouwd, maken dat de rechtsverhouding tussen belanghebbende en de agents op wezenlijke punten in zodanig grote mate afwijkt van hetgeen bij een dienstbetrekking gebruikelijk is, dat niet gezegd kan worden dat de arbeidsverhouding tussen de agents en belanghebbende maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking.

De staatssecretaris meent dat het hof artikel 5 WAO/ZW/WW) in samenhang met artikel 5a

Rariteitenbesluit heeft geschonden met het oordeel dat bij als sekswerker werkzame personen geen sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Het hof heeft zijns inziens ten onrechte zelf getoetst of de litigieuze arbeidsverhouding naar maatschappelijke opvattingen gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking, hoewel de wet die bevoegdheid bij de besluitgever legt.

De Hoge Raad oordeelt – onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) – dat het middel faalt.

2 De maatschappelijke gelijkstelling als element van de fictieve dienstbetrekking

Uit het onderhavige arrest vloeit kort gezegd voort dat de maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking voor de rariteiten als bedoeld in artikel 5 lid 1 onder d ZW en WW een afzonderlijk door de rechter te toetsen element van de fictieve dienstbetrekking betreft.

De (schaarse) jurisprudentie over de vraag of de ‘maatschappelijke gelijkstelling’ een afzonderlijk door de rechter te toetsen element is, is niet eenduidig. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) hield in zijn jurisprudentie tot en met 2003 ruimte voor een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling. Hoofddregel was dat indien voldaan is aan de eisen opgesomd in het Rariteitenbesluit, de desbetreffende arbeidsverhouding maatschappelijk gezien met een dienstbetrekking moet worden gelijkgesteld. Dit was slechts anders indien gezegd moet worden dat de arbeidsverhouding een zodanig karakter draagt, dat ook al is aan deze eisen voldaan, niet van een maatschappelijke gelijkstelling kan worden gesproken (CRvB 3 november 1975, *RSV 1976/108*). Een dergelijke uitzondering is in de mij bekende jurisprudentie slechts één keer aangenomen. De arbeidsverhouding van de maatschappelijk werkster die als lid van een indicatiecommissie (ruimhartige) vergoedingen voor het bijwonen van vergaderingen en het opstellen van adviezen ontving, kon niet worden gelijkgesteld met een dienstbetrekking. De CRvB achtte hiertoe bepalend het bijzondere karakter van de adviestaak en de plaats en functie van de betrokkene als deskundige binnen de commissie (CRvB 8 december 1993, *AB 1994/173*). In een uitspraak uit 2003 over de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen tussenkombepaling lijkt de CRvB echter om te zijn gegaan door geen uitzondering meer toe te laten op de hoofregel. Nu de betrokken loopbaanbegeleiders voldeden aan de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen vereisten, is daarmee volgens de CRvB tevens gegeven dat de betreffende arbeidsverhouding met een dienstbetrekking moet worden gelijkgesteld (CRvB 25 september 2003, *ECLI:NL:CRVB:2003:AM0297*). Een recentere uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden over de persoonlijke arbeid-verrichter gaat uit van hetzelfde uitgangspunt (Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, *ECLI:NL:GHARL:2020:10512*).

De Hoge Raad kiest echter in navolging van A-G Wattel (concl. A-G 4 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:213) voor een andere interpretatie. Kort gezegd is het niet aan de besluitgever, maar aan de rechter om te oordelen dat een arbeidsverhouding maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld. De A-G leunt hierbij op de wetsgeschiedenis van de voorlopers van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet Lb 1964). Zo bevatte het wetsontwerp loonbelasting 1958 een (bij amvb uit te werken) gelijkstellingsbepaling voor ‘persoonlijke arbeid-verrichters’. Volgens de leden van de vaste Commissie voor Financiën was deze bepaling veel te ruim geformuleerd. Bij wet behoort te worden bepaald wie al dan niet subjectief belastingplichtig is, zodat deze belastingplicht onderworpen is aan het oordeel van de Staten-Generaal. De omschrijving ‘degene, die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht’ was volgens de commissieleden zo ruim dat daaronder gebracht zouden kunnen worden advocaten, notarissen, accountants, belastingconsulenten, artsen, enzovoort. Bovenstaande maakte dat de leden van mening waren dat de bepaling veel beperkter geformuleerd diende te worden. Naar aanleiding van deze kritiek is aan de tekst van de gelijkstellingsbepaling in de Wet LB 1960 de eis van maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking toegevoegd. De A-G neemt deze parlementaire geschiedenis als uitgangspunt voor de hedendaagse uitleg van artikel 5 onder ZW en WW. Volgens de A-G is de in de artikel 5 onder d ZW en WW gedelegeerde bevoegdheid beperkt tot de arbeidsverhouding van personen die tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten, mits die arbeidsverhouding maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een civielrechtelijke dienstbetrekking (nr. 7.4). De rechter moet nagaan of de gedelegeerde lagere wetgever binnen zijn door de formele wetgever aan hem gedelegeerde bevoegdheid is gebleven. Gaat de lagere wetgever buiten de aan hem gedelegeerde bevoegdheid, dan heeft zijn amvb in zoverre geen rechtsbasis en is hij in zoverre onverbindend, aldus de A-G (nr. 7.5).

Deze uitleg brengt potentieel de nodige rechtsonzekerheid mee. Het kan immers nog vele jaren duren voordat de rechtsontwikkeling over dit begrip zover is dat ook in de uitvoeringspraktijk voldoende grip bestaat op het begrip ‘maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking’. De vraag rijst bijvoorbeeld hoe de eisen die gelden voor maatschappelijke gelijkstelling zich verhouden tot de ‘gewone dienstbetrekking’. Aan de andere kant is ook de vraag gerechtvaardigd wat de eis van maatschappelijke gelijkstelling nu daadwerkelijk toe zal voegen aan de reeds in het Rariteitenbesluit neergelegde eisen voor gelijkstelling met de dienstbetrekking. Is er aanleiding om te concluderen dat een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling (daadwerkelijk) leidt tot een beperktere scope van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen? Op deze vragen ga ik hieronder verder in.

3 Indicaties (ontbreken) maatschappelijke gelijkstelling versus (ontbreken) arbeidsovereenkomst

Hieronder zal ik allereerst de uit het arrest volgende handvatten voor het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling bespreken en de vraag behandelen in hoeverre deze handvatten (uitsluitend) in de richting van het ontbreken van (de elementen van) een privaatrechtelijke dienstbetrekking (arbeidsovereenkomst) wijzen. Ik leg hier de focus op de meer klassieke uitleg van de elementen van de dienstbetrekking. Vervolgens zal ik nagaan of er aanwijzingen zijn dat de eis van maatschappelijke gelijkstelling (in het onderhavige geval) daadwerkelijk leidt tot een beperktere reikwijdte van de regeling van de rariteiten.

Ik vat de overeengekomen rechten en verplichtingen (hierna aangeduid als gezichtspunten) die wijzen op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling hier als volgt samen:

- (a) het ontbreken van de verplichting voor de werkenden op een oproep te komen werken, alsmede van een verplichting tot overleg of afstemming omtrent (mogelijke) werktijd;
- (b) het ontbreken van een relatie- of concurrentiebeding;
- (c) het aan de zijde van het platform ontbreken van een door de werkverschaffer ter beschikking gesteld format omtrent de wijze van presentatie van de werkenden naar (potentiële) klanten;
- (d) het ontbreken van door de werkverschaffer aan de werkenden ter beschikking gestelde werkplek of apparatuur of voorzieningen, anders dan de mogelijkheid gebruik te maken van het platform.

Het eerste gezichtspunt wordt in de oude literatuur over oproepcontracten wel omschreven als 'de vrijheid van komen en gaan'. Deze vrijheid kon in de (zeer) oude jurisprudentie van de CRvB zowel leiden tot het ontbreken van het element arbeid, als tot de afwezigheid van een gezagsverhouding (vgl. CRvB 15 december 1975, RSV 1976/253). Volgens de (iets minder oude) CRvB- jurisprudentie over oproepcontracten leidt de vrijheid *van komen* er echter hooguit toe dat niet van een doorlopende arbeidsovereenkomst (dus tussen de oproepen in) kan worden gesproken. Door toepassing van de in artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek (BW) neergelegde ketenregeling zal in een dergelijk geval in ieder geval na de vierde oproep (toch) een onbepaaldetijdscontract bestaan (vgl. ook CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2668). Discussie is nog wel mogelijk over de vraag of in een dergelijk geval ook sprake is van 'overeengekomen arbeid'. Volgens de CRvB ligt het niet zonder meer in de rede om voor de vaststelling aan te sluiten bij de arbeidsomvang van de laatste oproep, de toepassing van de ketenregeling mag in zijn algemeenheid niet leiden tot een onevenredige benadeling of bevoordeling van de werkgever of werknemer (CRvB 5 oktober 2005, RSV 2006/11). Van Fenema stelt voor om in een dergelijk geval het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW analoog toe te passen (E.C. van Fenema, 'Oproepovereenkomsten' (2.2.3), in: E. Verhulp & D.

de Wolff (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (MSR nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017).

Zelfs de vrijheid van *komen en gaan* behoeft volgens de oude CRvB- jurisprudentie niet aan de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst in de weg te staan. Indien de vrijheid van komen en gaan een systeem van variabele aankomst- en vertrektijden tot uitdrukking brengt, waarbij de variabele werktijden niet tot desintegratie van de bedrijfsvoering leiden, kon volgens de oude CRvB-jurisprudentie een gezagsverhouding niet worden uitgesloten (CRvB 22 februari 1989, RSV 1989/244).

De arbeidsrechtelijke literatuur is wat strenger. Indien de werkende naar eigen believen kan weigeren arbeid te verrichten, dan is volgens *Arbeidsrechtelijke themata* en *Van der Grinten* geen sprake van een arbeidsovereenkomst (zie: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 148; Bouwens, Duk & Bij de Vaate/*Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht 2020/1.3.1.*) *Arbeidsrechtelijke themata* kwalificeert het element persoonlijke arbeidsverplichting overigens als ‘niet onproblematisch’, onder meer omdat in de lagere jurisprudentie wisselend wordt geoordeeld over de vraag of de volledige vrijheid van werkers om te komen werken (en vervangingsvrijheid) verenigbaar is met de persoonlijke arbeidsverplichting als element van de arbeidsovereenkomst (t.a.p., p. 149). Ik sluit me aan bij deze constatering. Met name wanneer bij de vaststelling van de ‘overeengekomen rechten en plichten zwaar wordt geleund op bedingen in het schriftelijke contract, krijgt de werkverschaffer immers het te veel in de hand om arbeidsrechtelijke bescherming van werkenden te ecarteren, met een mogelijke *race to the bottom* als gevolg (zie ook reeds: L. van den Berg, ‘De zelfstandige zonder personeel’ (6.2.3 en 6.6) in: E. Verhulp & D.J.B. de Wolff (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (MSR 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017).

Uiteraard speelde de bovengenoemde jurisprudentie in een tijd waarin de opkomst van de platformeconomie nog ver weg en nauwelijks denkbaar was en waarbij het lastig voorstelbaar was dat een volledige vrijheid van komen (behoudens in geval van vervanging door een andere medewerker uit een pool) en gaan niet tot desintegratie van de bedrijfsvoering zou leiden. Dit lijkt in wezen alleen denkbaar in geval van (potentieel) zeer kortdurende ‘diensten’/‘oproepen’, zoals aan de orde in de casus die ten grondslag ligt aan het onderhavige arrest.

Uitgebreide bespiegelingen over de gevolgen van het aanvaarden van een doorlopende arbeidsovereenkomst (of oproepovereenkomst als bedoeld in art. 7:628a lid 9 BW) in het onderhavige geval voor de toepassing van artikel 7:628a lid 1 BW, laat ik hier even achterwege. Maar u kunt zich wellicht voorstellen dat – met het arrest *Taxicentrale Wolters* (HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, AR-Updates.nl 2013-0363 met annotatie van F.M. Dekker) in het

achterhoofd – het ontbreken van een overeengekomen arbeidsomvang een dure grap voor de werkgever kan worden indien iedere *online meeting* met een klant als een afzonderlijke oproep zou worden gekwalificeerd. In dat geval zou artikel 7:628a lid 1 BW immers meebrengen dat bij iedere online meeting met een klant recht ontstaat op loon voor drie uur.

De agents in het onderhavige arrest hadden de vrijheid om buiten het platform om aanvullende afspraken met klanten te maken. Ik heb dit gezichtspunt vertaald naar het iets algemener geformuleerde gezichtspunt van het ontbreken van een relatie- of concurrentiebeding. Indien deze interpretatie van de overweging van het hof juist is, dan behoeft het weinig toelichting dat dit gezichtspunt niet bijzonder onderscheidend is voor het afbakenen van de arbeidsovereenkomst. Indien het hof hiermee (tevens) doelt op het ontbreken van zeggenschap over de wijze waarop de werkende zijn arbeid verricht, dan wijst dit gezichtspunt wat uitdrukkelijker (evenals het hiernavolgende) op de afwezigheid van een gezagsverhouding.

Het ontbreken van een format wat betreft de presentatie van de agent naar de klant geldt als voorlaatste factor die in het onderhavige arrest wijst op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling. Ook deze eis kan eenvoudig worden vertaald als een gezichtspunt dat wijst op het ontbreken van zeggenschap over de wijze waarop de arbeid wordt verricht; dus ook op het ontbreken van een gezagsverhouding.

De laatste factor die wijst op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling vormt het ontbreken van aan de agents ter beschikking gestelde werkplek, apparatuur of andere voorzieningen. Ook dit gezichtspunt zou kunnen worden herleid naar het ontbreken van de gezagsverhouding, of specifiek; het ontbreken van inbedding van de werkzaamheden in een (door de werkverschaffer aangebracht) organisatorisch kader. In haar conclusie bij het *Deliveroo*-arrest (concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578) stelt A-G de Bock zich op het standpunt dat dit gezichtspunt een zwaarwegende factor is bij de beoordeling of voldaan is aan het element 'in dienst'.

We kunnen constateren dat vrijwel alle gezichtspunten voor het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking te herleiden zijn naar het ontbreken van het gezagselement van de arbeidsovereenkomst. Dat kan opmerkelijk genoemd worden. Omdat voor de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen nu juist geen gezagsverhouding is vereist, zou het praktisch nut van de regeling denkbeeldig worden indien het ontbreken van de gezagsverhouding tot de conclusie leidt dat de arbeidsverhouding maatschappelijk niet met een dienstbetrekking gelijk kan worden gesteld. Bij deze opmerking past een nuancering. Uiteraard bestaat er ruimte tussen de 'instructiebevoegdheid' van de opdrachtgever enerzijds en de aan de werkgever toekomende 'gezagsbevoegdheid' anderzijds. Een zekere mate van

zeggenschap over het werk brengt nog niet altijd mee dat ook van een gezagsverhouding sprake is. Met dit arrest en de hierboven uitgevoerde analyse in de hand weten we echter niet veel meer dan dat de zojuist besproken gezichtspunten wel degelijk samenhangen met (het ontbreken van) de gezagsverhouding en de persoonlijke arbeidsverplichting en – in al dan niet onderling verband – leiden tot het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling. Duidelijke criteria omtrent het (ontbreken van) maatschappelijke gelijkstelling en hoe deze criteria zich verhouden tot de ‘gewone dienstbetrekking’ geeft de Hoge Raad niet. Dat komt de rechtsontwikkeling niet ten goede en kan mijns inziens eenvoudig leiden tot het illusoir worden van de regeling van de rariteiten.

4 Indicaties ontbreken maatschappelijke gelijkstelling versus (ontbreken) fictieve dienstbetrekking

Wanneer we focussen op de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, rijst aan de andere kant de vraag wat de mogelijke uitkomst zou zijn geweest indien uitsluitend was getoetst aan de in het Rariteitenbesluit neergelegde eisen voor gelijkstelling met de dienstbetrekking. Is er aanleiding om te veronderstellen dat de toets aan deze eisen tot een andere uitkomst had geleid? In het hiernavolgende ga ik in op deze vraag. Achtereenvolgens zal ik ingaan op het vereiste van ‘persoonlijke arbeidsverrichting’, ‘het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige’ en op het bestaan van ‘een arbeidsverhouding’.

‘Persoonlijke arbeidsverrichting’

Voor de fictieve dienstbetrekkingen geldt niet het vereiste van ‘een persoonlijke arbeidsverplichting’, maar slechts van ‘persoonlijke arbeidsverrichting’. Voor de sekswerker is deze eis te vinden in artikel 5a lid 1 Rariteitenbesluit. Volgens de Hoge Raad volstaat voor de aanwezigheid van dit vereiste het feitelijk persoonlijk verrichten van de arbeid (HR 18 november 2016, *NTFR* 2016/2772). Hoe dit begrip zich verhoudt tot de vrijheid zich door een ander te laten vervangen is nog met enige onduidelijkheid omgeven (zie: L. van den Berg, ‘Platformarbeid, Biedt het Rariteitenbesluit soelaas?’, *TRA* 2019/15). In het onderhavige geval is de vrijheid zich te laten vervangen echter niet aan de orde, maar de vrijheid van komen en gaan. De hierboven besproken CRvB-jurisprudentie over de persoonlijke arbeidsverplichting als element van de arbeidsovereenkomst is zoals hierboven aan de orde kwam ook vrij ruimhartig als het gaat over de vrijheid van komen en gaan. Voor het begrip persoonlijke arbeid als onderdeel van de fictieve dienstbetrekkingen stelt de CRvB uiteraard geen zwaardere eisen (vgl. L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Amsterdam (VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 136). Persoonlijke arbeid lijkt dus in beginsel aanwezig. Of ook sprake is van ‘persoonlijke arbeid ten behoeve van de ander’ komt later bij de bespreking van ‘het bestaan van een arbeidsverhouding’ aan de orde.

‘Werkzaamheden als zelfstandige’

Artikel 8 Rariteitenbesluit bevat ‘uitzonderingen’ op de gelijkstelling met de dienstbetrekking. Een belangrijke uitzondering betreft het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige in de zin van artikel 4 WAZ (zie art. 8 lid 1 onderdeel a Rariteitenbesluit). Van het verrichten van werkzaamheden in een zelfstandig uitgeoefend beroep is volgens de Hoge Raad sprake indien de werkende bij zijn werkzaamheden voldoende zelfstandigheid bezit ten opzichte van zijn opdrachtgevers (HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:AA9094). Ook het lopen van ondernemersrisico is relevant, bijvoorbeeld omdat de betrokkene verschillende opdrachtgevers heeft en/of relevante investeringen heeft gedaan (Hof Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:946).

Het aan de zijde van het platform ontbreken van een door de werkverschaffer ter beschikking gesteld format omtrent de wijze van presentatie van de agents naar (potentiële) klanten zou een relevante indicatie kunnen zijn voor het beschikken van voldoende zelfstandigheid ten opzichte van de opdrachtgevers. Het ontbreken van investeringen in een werkplek, voorzieningen en apparatuur aan de kant van de werkverschaffer, betekent verder vaak dat de werkenden de voor het verrichten van de arbeid noodzakelijke investeringen zelf hebben gedaan. In de onderhavige casus werken de agents echter vanuit huis (hun werkplek) en vanachter hun eigen computer of telefoon. Men zou daarom geneigd kunnen zijn om te concluderen dat ook aan deze indicatie van het zelfstandig ondernemerschap is voldaan. Dit valt echter te bediscussiëren. In het onderhavige geval kan lastig worden gezegd dat sprake is van wezenlijke investeringen ten behoeve van het verrichten van het werk. Aangezien het gros van de in Nederland wonende personen een (eigen) huis heeft en een computer en/of mobiele telefoon in privébezit heeft, kunnen deze omstandigheden niet als zwaarwegende indicaties tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst worden beschouwd. De platformeconomie maakt het nu eenmaal mogelijk om diensten (zoals de onderhavige) aan te bieden waarvoor – behalve het platform zelf – nauwelijks betekenisvolle investeringen nodig zijn. Mocht het gebruik van het platform als essentieel worden beschouwd voor het (kunnen) verrichten van de werkzaamheden, dan zou de afhankelijkheid van platform voor het verkrijgen van werk eerder als een aanwijzing kunnen worden beschouwd dat sprake is van economische afhankelijkheid; een contra-indicatie van zelfstandig ondernemerschap (zie verder: L. van den Berg, ‘Platformarbeid, Biedt het Rariteitenbesluit soelaas?’, TRA 2019/15).

‘Het bestaan van een arbeidsverhouding’

Voor de aanwezigheid van een fictieve dienstbetrekking is ten slotte vereist dat sprake is van een ‘arbeidsverhouding’. De aanwezigheid van een arbeidsverhouding tot ‘de (gelijkgestelde) werkgever’ is het laatste dat uit artikel 5 aanhef en onder d ZW en WW en (onder meer) artikel

3, artikel 5 en 5a Rariteitenbesluit voortvloeit.

Hier bestaat uiteraard een zekere link met het hierboven besproken vereiste van ‘persoonlijke arbeid’ en de uitzondering op de gelijkstelling bij zelfstandig ondernemerschap. Om tot een fictieve dienstbetrekking te kunnen concluderen dient sprake te zijn van ‘het verrichten van arbeid ten behoeve van het werkplatform’. Indien het werkplatform uitsluitend optreedt als serviceverlener van een ‘voor eigen rekening en risico’ handelende platformwerker, kan van gelijkstelling geen sprake zijn (vgl. CRvB 12 december 1997, RSV 1998/121; HR 5 november 1980, *BNB* 1981/127). In de jurisprudentie over de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen tussenkomstbepaling zijn onder meer het verrichten van betalingen aan de werker en het bestaan van een zekere mate van zeggenschap over de werker indicatief voor het bestaan van een arbeidsverhouding (zie onder meer: CRvB 30 juli 2003, RSV 2003/256; CRvB 5 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU2930; Hof Arnhem Leeuwarden, te kennen uit: HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:1435).

Het hof oordeelde in het onderhavige geval dat de rechtsverhouding tussen het platform en de agents op wezenlijke punten in zodanig grote mate afwijkt van hetgeen bij een dienstbetrekking gebruikelijk is, dat niet gezegd kan worden dat de arbeidsverhouding tussen de agents en het platform maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Had het hof hier ook kunnen volstaan met het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsverhouding tussen de agents en het platform? Ik neig naar een ontkennend antwoord op deze vraag. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf – overeenkomstig het door hen zelf opgestelde profiel – te verlenen en zich te houden aan de door het platform vastgesteld algemene (diensten)voorwaarden. Het platform kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene (diensten) voorwaarden werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt het platform het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen. Verder betaalt het platform de agents een vergoeding voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Gelet op de zojuist besproken jurisprudentie waarin voor het bestaan van een arbeidsverhouding een zekere mate van zeggenschap en het verrichten van betalingen aan de werkers als indicatief worden beschouwd, zijn deze aspecten van de rechtsverhouding vermoedelijk (ruim) voldoende om van een arbeidsverhouding tussen het platform en de agents te kunnen spreken.

We kunnen dus – met enige voorzichtigheid – concluderen dat de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest voorgeschreven inhoudelijke beoordeling van de maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking wel degelijk ‘iets toevoegt’ aan de reeds bekende uit het Rariteitenbesluit voortvloeiende vereisten.

4 Tot slot

In het onderhavige arrest is duidelijk geworden dat de gezichtspunten van het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking zijn terug te voeren op het ontbreken van een gezagsverhouding. Dat lijkt opmerkelijk, omdat voor de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen nu juist geen gezagsverhouding is vereist; het praktisch nut van de regeling zou dan immers denkbeeldig worden. Of toetsing aan de vereisten persoonlijke arbeid, (afwezigheid van) zelfstandig ondernemerschap en het bestaan van een arbeidsverhouding in het onderhavige geval tot de afwezigheid van verzekeringsplicht zou hebben geleid, is zoals gezegd echter twijfelachtig. We kunnen immers aannemen dat de agents in het onderhavige geval persoonlijke arbeid ten behoeve van het platform verrichten, waarbij de mate van afhankelijkheid van het platform vermoedelijk zodanig is dat niet gesproken kan worden van zelfstandig ondernemerschap. De toets naar de maatschappelijke gelijkstelling voegt dus vermoedelijk wel iets toe aan het bekende kader, maar wat dan precies is nog met de nodige vraagtekens omgeven. Het zou de rechtsontwikkeling ten goede zijn gekomen indien de Hoge Raad duidelijker had uiteengezet hoe het (ontbreken van) maatschappelijke gelijkstelling zich verhoudt tot de gezagsverhouding als element van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

In een tijd waarin op de arbeidsmarkt grote problemen spelen en de wet- en regelgever er al vele jaren – ondanks de vele verstrekte adviezen van gezaghebbende instituten – niet in slaagt een nieuw werknemersbegrip te ontwikkelen, grijpt de Hoge Raad voor de uitleg van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen terug naar Kamerdebatten van ruim zestig jaar geleden. Het behoeft weinig toelichting dat de arbeidsmarkt er in 1962 nog heel anders uitzag. Zorgen over het bestaan van inhoudingsplicht van loon- en premieheffingen vanwege een fictieve dienstbetrekking bij accountants, artsen en advocaten, hebben de afgelopen decennia plaatsgemaakt voor hoofdbreken over de sociale bescherming van onder meer pakketbezorgers en platformwerkers. Ik vind het jammer dat de Hoge Raad (en/of de A-G) zich niet meer rekenschap heeft gegeven van de omstandigheid dat het actuele maatschappelijke en politieke debat een enorme draai heeft gemaakt. Dat klemmt temeer nu in het Rariteitenbesluit tal van (negatieve) voorwaarden voor gelijkstelling zijn opgenomen, die naar mijn mening prima kunnen bewerkstelligen dat de loon- en premieheffingen zich uitsluitend uitstrekken tot degenen die in een zekere afhankelijkheid van een ander werkzaamheden verrichten.

We kunnen ons aan de andere kant ook afvragen wat de maatschappelijke relevantie van dit arrest nu eigenlijk is. We leven – zes jaar na het DBA-debacle – immers nog steeds met een handhavingsmoratorium. Dit handhavingsmoratorium behelst dat uitsluitend naheffingen van premies en loonbelasting plaatsvinden indien sprake is van (nauwelijks te bewijzen) opzet, of

indien aanwijzingen van de belastinginspecteur niet zijn opgevolgd. Verder geldt sinds de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) voor de in artikel 5 Rariteitenbesluit geregelde ‘persoonlijke arbeid-verrichters’ – vermoedelijk de belangrijkste groep van de in artikel 5 onder d ZW en WW met een dienstbetrekking gelijkgestelde arbeidsverhoudingen – een opting-outregeling. Deze houdt volgens artikel 5 lid 4 Rariteitenbesluit in dat geen fictieve dienstbetrekking aanwezig is indien partijen voor de aanvang van de betaling van de beloning in de schriftelijke overeenkomst het beding hebben opgenomen dat partijen beogen geen fictieve dienstbetrekking aan te gaan. De lagere regelgever heeft het gelet op dit arrest immers niet (geheel) in zijn macht om te bepalen welke ‘rariteiten’ maatschappelijke gelijkstelling verdienen, maar wel om de regeling van de rariteiten haar praktische betekenis te ontzeggen. Verder is het ontbreken van zelfstandig ondernemerschap ook voor de kwalificatie als arbeidsovereenkomst door de jaren heen een steeds belangrijkere rol gaan spelen. Mocht de Hoge Raad de conclusie van A-G De Bock bij het *Deliveroo*-arrest (concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578) volgen, dan staat straks het verrichten van werkzaamheden in dienst van een ander zelfs volstrekt tegenover het werken als zelfstandige en is de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen in principe (nagenoeg, zie immers de overige in art. 8 Rariteitenbesluit opgenomen uitzonderingen) overbodig.

Dit arrest ondersteunt de (sombere) stelling dat we van de Hoge Raad geen grote oplossingen hoeven te verwachten. In de woorden van A-G De Bock ligt het ‘verduidelijken in wetgeving’ niet bij de Hoge Raad, maar het geven van een ‘eigentijdse uitleg’ wél (nr. 8.5 bij de conclusie inzake *Deliveroo/FNV*, concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578). Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest precies het tegenovergestelde heeft gedaan. Je zou natuurlijk kunnen zeggen dat het arrest in potentie wel een zekere ‘vernieuwing’ geeft. Mocht het handhavingsmoratorium worden opgeheven, dan zal de komende jaren duidelijk moeten gaan worden welke maatstaven (verder) gelden voor de vraag hoe te beoordelen of een arbeidsverhouding maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld. Ook zal dan duidelijk dienen te worden in hoeverre de maatstaven voor maatschappelijke gelijkstelling zich verhouden tot de gezagsverhouding enerzijds en tot die van (het ontbreken van) zelfstandig ondernemerschap en het bestaan van een arbeidsverhouding tot de (gelijkgestelde) werkgever anderzijds. Ik hoop van harte dat deze vragen tegen die tijd al hun praktische waarde hebben verloren, omdat dan allang een nieuw en toekomstbestendig(er) werknemersbegrip in het BW is opgenomen.

Lucy van den Berg

RECHTSPRAAK

Re-integratie langdurig arbeidsongeschikte werkneemster. Aangepaste functie is nieuw bedongen arbeid geworden. Geen reden voor schadevergoeding, nu ‘mislukte’ re-integratie niet zodanig aan werkgever te verwijten valt dat sprake is van onrechtmatig handelen.

Feiten

Werkneemster is in februari 2010 in dienst getreden bij Exience B.V. in de functie van senior projectmedewerker voor 32 uur per week. Werkneemster was gedetacheerd bij de Rijksoverheid (Rijksgebouwendienst). Op 12 juli 2012 heeft werkneemster zich ziek gemeld in verband met een gezwel in haar hoofd waaraan zij geopereerd moest worden. De operatie heeft in januari 2013 plaatsgevonden. Het UWV heeft in februari 2015 een loonsanctie opgelegd aan Exience tot 19 april 2016, omdat zij niet tijdig een compleet re-integratieverslag heeft toegezonden. Op 1 april heeft de bedrijfsarts een FML opgesteld met betrekking tot werkneemster. Hierin is onder meer te lezen dat er beperkingen zijn op het gebied van concentratie en werktijden en dat de werktijd moest worden opgebouwd naar 24 uur per week. Vanaf mei 2016 is werkneemster in aangepast werk als administratief medewerker bij Exience aan het werk gegaan. Zij heeft haar werkuren geleidelijk opgebouwd naar 24 uur per week. Werkneemster heeft in september 2019 een WIA-aanvraag gedaan. Met ingang van 10 september 2019 is haar een volledige IVA-uitkering toegekend. Werkneemster heeft zich op 13 januari 2020 ziek gemeld en sindsdien niet meer gewerkt. Werkneemster stelt zich thans op het standpunt dat Exience als werkgever onzorgvuldig c.q. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, onder meer door steken te laten vallen tijdens het re-integratieproces. Ook is volgens haar op oneigenlijke wijze 8 uur van de arbeidsovereenkomst ‘afgenomen’ en heeft men haar links laten liggen. Exience voert gemotiveerd verweer. Zij erkent dat er dingen niet goed zijn gegaan (te late inschakeling bedrijfsarts en het enige tijd niet aanbieden van werkzaamheden tijdens het re-integratietraject), maar hiervoor heeft zij van het UWV al een loonsanctie ontvangen. Vervolgens is volgens Exience per mei 2016 een andere arbeidsinvulling overeengekomen en die nieuw bedongen arbeid is jarenlang zonder merkbare problemen of klachten van werkneemster uitgevoerd. Een re-integratie was op dat moment volgens Exience niet meer aan de orde, zodat daarover ook geen verwijt aan haar te

maken valt.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verwijten die werkneemster Exience maakt, hebben betrekking op (1) de periode tussen de ziekmelding in juli 2012 en het einde van de loonsanctie in april 2016 en (2) de periode van april 2016 tot de ziekmelding in januari 2020 en het totale beeld dat in de afgelopen jaren is ontstaan. Ten aanzien van periode (1) hebben de fouten van Exience geleid tot een loonsanctie voor de maximale duur van een jaar. Voor zover in die periode sprake is geweest van onzorgvuldig c.q. onrechtmatig handelen is de sanctie die de wet daarvoor voorziet, ook opgelegd en daarmee omgezet in een maatregel ten gunste van werkneemster. Partijen verschillen van mening over de vraag of in mei 2016 een afspraak tot stand is gekomen over nieuwe bedongen arbeid. Vast staat dat werkneemster op dat moment, na afloop van de loonsanctie, nog niet in staat was haar eigen arbeid volledig te hervatten. De bedrijfsarts heeft in de FML van 1 april 2016 immers nog beperkingen genoemd, onder andere in tijd. Vanaf mei 2016 is werkneemster als administratief medewerker bij Exience aan het werk gegaan. Werkneemster maakt Exience er terecht een verwijt van dat verdere opbouw in uren (boven de 24 uur) zonder overleg met de bedrijfsarts is gestaakt. Aan de andere kant heeft werkneemster Exience niet aantoonbaar aangesproken op verdere urenuitbreiding, andere re-integratieactiviteiten of een bezoek aan de bedrijfsarts. Ook het blijvend lagere loon per mei 2016 is kennelijk voor werkneemster geen reden geweest om Exience daarover aan te spreken. Bovendien heeft werkneemster de aangepaste werkzaamheden bijna vier jaar zonder protest vervuld. Onder die omstandigheden moet de conclusie zijn dat de werkzaamheden die partijen in mei 2016 besproken hebben de nieuw bedongen arbeid is geworden. Ten aanzien van de arbeid die werkneemster tussen 2016 en 2020 heeft verricht, is de conclusie dat dit in urenomvang te belastend is geweest en om die reden niet passend was. Werkneemster heeft jarenlang boven haar kracht gewerkt. Voor zover Exience hiervan een verwijt gemaakt zou kunnen worden, is het geen verwijt dat leidt tot een conclusie dat Exience onrechtmatig heeft gehandeld jegens werkneemster of in strijd heeft gehandeld met artikel 7:611 BW of 7:658a BW. De werkzaamheden zijn immers met haar besproken in mei 2016 en leken op dat moment in overeenstemming met de door de bedrijfsarts in de FML aangegeven beperkingen. Alles overziend moet de conclusie zijn dat de re-integratie van werkneemster helaas niet is geworden wat zij daarvan gehoopt had, maar dat dit niet zodanig aan Exience te verwijten valt dat de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar zou zijn. De vorderingen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:4893

Zaaknummer: 9400052/21-2986

Rechters: M. Engelbert-Clarenbeek

Advocaten: M. Dickhoff en R.P. Zijp

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet van medewerker detentiecentrum vanwege zonder toestemming invoeren van telefoon in de inrichting en gebruik van wietolie, ten onrechte verleend. Werkgever heeft onvoldoende voortvarend en duidelijk gehandeld.

Feiten

Werknemer is per 16 mei 2011 in dienst getreden van de Dienst Justitiële Inrichtingen, locatie DCR, (hierna: DCR) als activiteitenbegeleider. Op 5 november 2021 reageerde een drugshond op werknemer bij binnenkomst in het detentiecentrum. Vervolgens zijn de eigendommen van werknemer gecontroleerd en werd er onder meer een mobiele telefoon aangetroffen. Het hebben van een telefoon op die plek was niet toegestaan. Werknemer heeft hierop aangegeven een belangrijk telefoontje van een arts te verwachten (werknemer lijdt aan MS). Ook is gesproken over het wietoliegebruik van werknemer, waarop hij heeft aangegeven dat hij die gebruikt vanwege zijn klachten in verband met zijn ziekte. Op 17 december 2021 is aan werknemer telefonisch ontslag op staande voet aangekondigd. Het ontslag is bij brief van 20 december 2021 aan werknemer bevestigd. Aan het ontslag liggen ten grondslag (1) het invoeren van een telefoon in de inrichting, (2) geen onderbouwde verklaring geven voor die invoer, (3) het kopen en gebruiken van wietolie die niet via de reguliere medische sector wordt verstrekt en (4) het draaien met de verklaring over de afspraak met de arts. Werknemer heeft op 11 januari 2022 een verklaring van het ziekenhuis ontvangen waarin wordt bevestigd dat hij 'begin november' meerdere malen door een arts is gebeld en dat de voicemail is ingesproken. Werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. Voor het geval dit verzoek wordt toegewezen, verzoekt DCR de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden vanwege (ernstig) verwijtbaar handelen.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat het meenemen van een telefoon naar de werkplek van werknemer niet was toegestaan en dat werknemer hiervan op de hoogte was. Hij heeft ook erkend dat hij van tevoren toestemming had moeten vragen voor het meenemen van de telefoon, dat hij dat niet heeft gedaan en dat hij op dit punt dus

fout zat. Van een dringende reden voor ontslag op staande voet is echter geen sprake. Vast staat namelijk dat DCR hiervan reeds op 5 november 2021 op de hoogte was en er is niet gesteld en ook niet op andere wijze gebleken dat dit voorval zo ernstig was dat van DCR niet langer verwacht kon worden dat werknemer zijn werkzaamheden nog langer zou uitvoeren. Sterker nog, werknemer is met goedkeuring van DCR op dat moment weer aan het werk gegaan. Indien en voor zover het meenemen van de telefoon zonder meer wel zo kwalijk werd geacht dat een en ander direct (arbeidsrechtelijke) gevolgen zou moeten hebben, had van DCR veel meer voortvarendheid verwacht mogen worden en had zij werknemer niet aan het werk mogen laten gaan. Ditzelfde geldt ten aanzien van het kopen en gebruiken van de wietolie. Ten aanzien van het ontbreken van een verklaring van het ziekenhuis en het niet naar waarheid verklaren door te draaien met de verklaring over de afspraak met de arts, wordt als volgt overwogen. Ook ten aanzien van dit punt geldt dat DCR onvoldoende voortvarend en duidelijk te werk is gegaan. Als het voor DCR zo belangrijk was dat zij over een dergelijke verklaring kon beschikken, had zij direct op of kort na 5 november 2021 een dergelijke verklaring van werknemer moeten verlangen. Door dit niet te doen, kan niet worden aangenomen dat dit voor DCR een belangrijk punt was. In ieder geval kan niet worden aangenomen dat dit voor werknemer duidelijk was. Dat werknemer in zo'n grote mate heeft 'gedraaid' met verklaringen als gevolg waarvan aan moet worden genomen dat hij zo onbetrouwbaar is gebleken dat van DCR niet meer gevergd kon worden het dienstverband nog langer voort te zetten en een ontslag op staande voet gerechtvaardigd zou zijn, is niet gebleken. Al met al is de kantonrechter van oordeel dat genoemde gedragingen geen voldoende dringende reden voor ontslag opleveren. Het ontslag wordt vernietigd. Dezelfde overwegingen leiden ook tot het oordeel dat er evenmin sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen van werknemer, zodat het ontbindingsverzoek van DCR wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6692

Zaaknummer: 9696796 + 9737408

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: E. Versloot en E. Baldan Kaya

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

RECHTSPRAAK

Werkgeefster heeft niet (tijdig) voldaan aan de aanzegverplichting van een maand en is een maand loon als aanzegvergoeding verschuldigd.

Feiten

Werknemer is op 1 september 2021 in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van administratief medewerker. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd en van rechtswege geëindigd op 31 maart 2022. De arbeidsovereenkomst is niet voortgezet. In artikel 11 van de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat werkgeefster ten minste een maand voor de einddatum van de arbeidsovereenkomst tracht kenbaar te maken of de intentie bestaat om de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Werknemer verzoekt onder meer werkgeefster te veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens het niet nakomen van de aanzegverplichting als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 onderdeel a BW. Volgens werkgeefster was duidelijk dat de arbeidsovereenkomst tijdelijk werd aangegaan. Bovendien is in de arbeidsovereenkomst niet opgenomen dat deze zal worden verlengd. Er is namelijk bepaald dat de overeenkomst eventueel kan worden verlengd.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat de aanzegverplichting van artikel 7:668 lid 1 onderdeel a BW in het geheel niet is nagekomen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de aanzegverplichting in het leven is geroepen om te verzekeren dat de werknemer op tijd weet wat de bedoelingen van de werkgever zijn als het gaat om het al dan niet voortzetten van de arbeidsrelatie, zodat daarover geen misverstand kan ontstaan en de werknemer, als dat nodig is, op tijd op zoek kan gaan naar ander werk. De uitleg van de werkgever dat uit artikel 11 van de arbeidsovereenkomst duidelijk blijkt dat deze definitief eindigt op 31 maart 2022, volgt de kantonrechter niet. Artikel 11 bevat geen duidelijke en ondubbelzinnige aanzegging van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat werkgeefster op 31 maart 2022 mondeling aan werknemer heeft meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd, is niet voldoende. Artikel 7:668 BW vereist een schriftelijke aanzegging. Werkgeefster heeft werknemer niet schriftelijk uiterlijk een maand voor het aflopen van de arbeidsovereenkomst geïnformeerd over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat

werkgeefster zal worden veroordeeld tot betaling van het bedrag aan loon voor één maand. Werknemer heeft eveneens recht op uitbetaling van vakantiegeld en opgebouwde en niet-opgenomen verlofuren.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:7903

Zaaknummer: 9908991 \ EJ VERZ 22-84510

Rechters: W.A. Swildens

Advocaten: F.B. van Batenburg

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

Voor wiens rekening en risico komt de ziekteperiode van een werkneemster die in het buitenland een borstverkleining heeft ondergaan en na afloop van de ingreep ziek wordt? Is de ziekte door opzet van werkneemster veroorzaakt ex artikel 7:629 lid 3 sub a BW?

Feiten

Werkneemster is op 1 januari 2015 in dienst getreden bij Small Kidz Bredestraat B.V. (hierna: Small Kidz) in de functie van pedagogisch medewerker. Vanwege klachten aan de rug en schouders heeft de huisarts van werkneemster haar in november 2002 verwezen naar de afdeling plastische chirurgie. Begin maart 2020 heeft werkneemster aan Small Kidz laten weten dat zij voornemens was een borstverkleining te laten verrichten in Turkije. Op 16 maart 2022 heeft werkneemster laten weten dat de operatie op 22 april zal plaatsvinden en zij heeft zich per e-mail ziek gemeld. Op 23 maart 2022 heeft Small Kidz het loon van werkneemster ex artikel 7:628 lid 1 BW stopgezet. De afwezigheid van het werk wegens het ondergaan van een cosmetische ingreep en de afwezigheid van het werk voor het daarna volgende herstel komt volgens Small Kidz voor rekening van werkneemster. Werkneemster heeft er immers zelf voor gekozen om willens en wetens zonder medische noodzaak naar het buitenland te vertrekken voor het laten verrichten van deze ingreep. Om deze reden heeft werkneemster volgens Small Kidz geen recht op doorbetaling van het loon, omdat de eventuele ziekte die uit de ingreep voortvloeit door opzet is veroorzaakt. Op 23 april 2022 heeft werkneemster zich bij Small Kidz ziek gemeld. Op 23 april 2022 heeft Small Kidz werkneemster nogmaals per brief laten weten dat de loondoorbetaling per 23 april 2022 wordt stopgezet. Na de ingreep heeft de bedrijfsarts geoordeeld dat werkneemster niet zal kunnen werken vanwege medische redenen. Werkneemster vordert onder meer dat Small Kidz wordt veroordeeld tot betaling van haar loon ingaande 23 april 2022 omdat zij ziek is en haar werkzaamheden niet kan uitvoeren. Bovendien bleek uit het advies van de bedrijfsarts dat zij medische klachten had en er dus geen sprake is van een medische ingreep. Small Kidz blijft bij haar standpunt dat geen loon is verschuldigd omdat de ziekte van werkneemster opzettelijk is veroorzaakt. De ingreep was niet medisch noodzakelijk en medisch niet goed gekeurd. In Nederland werd deze ingreep in verband met een te hoog BMI ook niet vergoed door de ziektekostenverzekeraar. De

loondoorbetaling zal worden hervat zodra werknemster is hersteld.

Oordeel

De zaak wordt tijdens een kort geding behandeld. Werknemeester heeft een spoedeisend belang omdat zij geen salaris krijgt betaald. De kantonrechter behandelt de vraag of werknemeester de arbeidsongeschiktheid met opzet heeft veroorzaakt en of Small Kidz terecht een beroep op artikel 7:629 lid 3 sub a BW doet. Als hoofdregel geldt dat een werkgever het loon gedurende de eerste 104 weken moet doorbetalen in geval van ziekte. Deze verplichting geldt niet als de ziekte door opzet van de werknemeester is veroorzaakt. Het opzetbegrip moet eng worden uitgelegd gelet op het feit dat het om een inkomensgarantie gaat. Naar het oordeel van de kantonrechter is van opzet onvoldoende gebleken. Werknemeester had klachten en zij heeft zich begin 2017 met klachten bij de huisarts gemeld. Dit heeft zich herhaald in oktober 2017, oktober 2018 en in juli en augustus 2020. Ook uit het advies van de bedrijfsarts volgt dat er sprake is van medische klachten en dat werknemeester een gerichte behandeling hiervoor zal ondergaan. Uit de informatie van de arts die de ingreep heeft verricht, blijkt eveneens dat werknemeester zich heeft gemeld met overmatige nek- en rugpijn. Voldoende aannemelijk is dat er voldoende aanleiding bestond voor werknemeester om een dergelijke ingreep te ondergaan. De opzet van werknemeester om deze behandeling te ondergaan was er dan ook op gericht haar klachten te verminderen en niet om arbeidsongeschikt te worden en ziekengeld van haar werkgeefster te incasseren. Van een puur cosmetische ingreep kan dan ook niet worden gesproken. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is dan ook voldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de arbeidsongeschiktheid van werknemeester niet door opzet is veroorzaakt en dat zij recht heeft op doorbetaling van haar loon vanaf 23 april 2022. Werknemeester heeft recht op doorbetaling van haar loon per 23 april 2022 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6691

Zaaknummer: 9920110

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: S. Foullani en mr. P. Tchai

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:629 lid 3 sub a BW

RECHTSPRAAK

Werkneemster mocht redelijkerwijs niet uit de omstandigheid dat zij nog stond ingeroosterd voor haar werkzaamheden afleiden dat haar arbeidsovereenkomst zou worden verlengd.

Feiten

Werkneemster is op 17 september 2018 in dienst getreden bij het ministerie van Justitie en Veiligheid voor bepaalde tijd. Zij was werkzaam in de Penitentiare Inrichting te X. In een brief van 15 november 2019 is werkneemster door DJI erover geïnformeerd dat op 1 januari 2020 de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) in werking zal treden en dat vanaf die datum haar aanstelling wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Op 22 januari 2020 heeft DJI werkneemster schriftelijk aangezegd dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd en dat haar laatste werkdag 16 september 2020 is. Werkneemster stond echter ook op 17 en 18 september 2020 nog ingeroosterd voor haar werkzaamheden en heeft op die dagen ook gewerkt. In eerste aanleg zijn de vorderingen van werkneemster afgewezen.

Oordeel

Voorop staat dat “stilzwijgende voortzetting” impliceert dat tussen partijen wilsovereenstemming moet hebben bestaan, gericht op voortzetting van het dienstverband. Of die wilsovereenstemming heeft bestaan moet worden beoordeeld aan de hand van de wils-/vertrouwensleer. De stelling van werkneemster dat zij die wil redelijkerwijs heeft mogen afleiden uit de omstandigheid dat zij nog stond ingeroosterd voor haar werkzaamheden op 17 en 18 september 2020 en dat zij die werkzaamheden toen ook gewoon heeft kunnen verricht, is ontoereikend. DJI had immers al aangezegd dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. Werkneemster heeft bovendien gebruikgemaakt van het haar aangeboden loonbaanbegeleidingstraject. Zij stond op het rooster ook vermeld als ‘uit dienst’. Tot slot heeft werkneemster een melding gedaan, waarin staat dat een van de redenen dat werkneemster de melding doet, is omdat al in een heel vroeg stadium is besloten haar contract niet te verlengen zonder dat haar de gelegenheid was geboden haar functioneren te verbeteren. Van een stilzwijgende voortzetting van het dienstverband kan dus niet worden gesproken. Weliswaar was het wel onzorgvuldig van DJI om werkneemster niet uit het lopende rooster te halen en

had zij werknemster op 17 september 2020 eigenlijk niet meer tot haar werk moeten toelaten, maar in dit geval leidde dat nog niet tot een stilzwijgende verlenging van het dienstverband. In wat is overwogen over het (niet) stilzwijgend voortzetten van het dienstverband ligt besloten dat op 17 en 18 september 2020 ook geen nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:7134

Zaaknummer: 200.304.593/01

Rechters: O.E. Mulder, W.P.M. ter Berg en A. Elgersma

Advocaten: J.S. Bauer en A.J. Verhagen

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

De zaak wordt praktisch opgelost. De laptop wordt naar werkgever gebracht en door iemand van werkgever geschoond zodat de vertrouwelijke gegevens van werknemer worden verwijderd.

Feiten

Er is een dienstverband geweest tussen Eega en werknemer en dat dienstverband is inmiddels beëindigd. Werknemer heeft ten behoeve van dat dienstverband van Eega een laptop in bruikleen gekregen. Zij heeft die laptop nog in haar bezit. Eega heeft de toegang tot de laptop geblokkeerd. Eega wil de laptop terug en zij heeft daartoe een vordering in kort geding ingesteld. Werknemer verzet zich niet tegen het teruggeven van het apparaat, maar zij wil daarvoor eerst toegang tot de laptop om haar eigen gegevens te kunnen verwijderen.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat de oplossing in het midden ligt. Die oplossing komt neer op het praktische voorstel dat de laptop naar Eega wordt gebracht en dat de laptop daar door iemand van Eega wordt geschoond zodat de vertrouwelijke gegevens van werknemer worden verwijderd. Werknemer mag daarbij aanwezig zijn.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2365

Zaaknummer: 9965129 \ CV EXPL 22-2279

Rechters: A.M. Koene

Advocaten: H. den Besten en E. Baldan

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Failliete werkgever heeft door het gedrag van werknemer schade geleden van meer dan de totaalsom van de in eerste aanleg aan werknemer toegewezen aanspraken. Het niet uitbetalen van het loon is gerechtvaardigd.

Feiten

Werknemer is op 24 november 2015 bij Mega Parket in dienst getreden. Per brief d.d. 30 mei 2018 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juli 2018. Per brief d.d. 5 juni 2018 heeft werknemer verzocht om betaling van het loon over de maand mei 2018. Betaling is uitgebleven. Op 24 september 2019 is Mega Parket in staat van faillissement verklaard. Bestuurder en enig aandeelhouder is Y. Bestuurder en enige aandeelhouder van Y is A. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat A dan wel Y onrechtmatig heeft gehandeld door namens Mega Parket een arbeidsovereenkomst aan te gaan en de daaruit voortvloeiende schulden onbetaald te laten en derhalve in privé jegens werknemer schadeplichtig te zijn. Werknemer vordert betaling van loon, niet genoten vakantiedagen en vakantiegeld. De kantonrechter heeft de vorderingen jegens onder meer A grotendeels toegewezen. De kantonrechter heeft in dat kader geoordeeld dat het Y en A valt te verwijten dat zij ervoor hebben gezorgd dat de loonbetaling aan werknemer niet volledig is geschied. A en Y komen tegen het oordeel in hoger beroep. In hoger beroep staat slechts nog de vraag centraal of A als indirect bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor het feit dat betreffende aanspraken van werknemer nooit zijn uitbetaald door Mega Parket.

Oordeel

Advocaat-generaal Z geeft in zijn conclusie van 2 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1237 (Hanzevast) het kader aan waarbinnen de beoordeling dient plaats te vinden van de aansprakelijkheid van een vennootschap die haar verplichtingen niet nakomt en geen verhaal (meer) biedt, en vervolgens de beoordeling van de aansprakelijkheid van haar bestuurders in dat soort gevallen. De kantonrechter is in zijn beslissing van dit beoordelingskader uitgegaan en ook het hof zal dit kader hanteren. Naar het oordeel van het hof kan in de door A gestelde feiten een rechtvaardiging worden gevonden voor het niet uitbetalen van de aanspraken aan

werknemer. A stelt onweersproken dat de door Mega Parket door het gedrag van werknemer geleden schade 'vele tienduizenden euro's' bedraagt, derhalve rekenkundig ruim meer dan de totaalsom van de in eerste aanleg aan werknemer toegewezen aanspraken. A heeft ook betoogd dat deze schade opzettelijk door werknemer is veroorzaakt, in welk geval op grond van artikel 7:661 lid 1 BW sprake is van aansprakelijkheid van werknemer en de verplichting die schade te vergoeden. Verrekening van schade als bedoeld in artikel 7:661 BW kan zowel lopende, maar zeker na het einde van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (Mega Parket) worden ingeroepen. In een dergelijke situatie, waarbij de (gestelde) schade hoger is dan het nog verschuldigde loon, is het niet uitbetalen van loon door Mega Parket gerechtvaardigd en is alsdan geen sprake van onrechtmatig handelen door A als bestuurder van Mega Parket in de zin van 'betalingsonwil' of anderszins.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2753

Zaaknummer: 200.306.325_01

Rechters: R.R.M. de Moor, L.S. Frakes en B. Kloppert

Advocaten: P.F.M. Gulickx

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Vervolg op AR 2022-0935. Scenario's. Bewijslevering werkgever. Onderzoeksplicht werkgever. Toewijzing loonvordering.

Feiten

In het tussenvonnis is al overwogen dat de eerste en meest verstrekkende vraag die voorligt, is of werknemer de arbeidsovereenkomst op 6 mei 2020 zelf heeft opgezegd en dat in het kader van beantwoording van die vraag moet worden beoordeeld of werknemer de brief van die datum al dan niet heeft ondertekend. De bewijslast dat de handtekening op de brief van 6 mei 2020 is gezet door werknemer rust op F-Support B.V. (hierna: F-Support) aangezien zij de partij is die zich beroept op de bewijskracht van die brief.

Oordeel

Na eventuele bewijslevering zijn nog nadere beoordelingsstappen nodig. Die stappen worden om proceseconomische redenen hierna al besproken waarbij steeds veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van twee mogelijke scenario's: (1) F-Support slaagt in de bewijslevering en (2) F-Support slaagt niet in de bewijslevering.

Scenario 1

Indien er veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat F-Support erin slaagt te bewijzen dat de handtekening op de brief van 6 mei 2020 door werknemer is gezet, kan van de waarheid van de verklaring in die brief worden uitgegaan en staat in rechte vast dat werknemer mondeling heeft verklaard dat hij de arbeidsovereenkomst wil opzeggen. De vraag speelt dan of F-Support werknemer mag houden aan zijn opzegging. F-Support heeft naar het oordeel van de kantonrechter niet voldaan aan haar onderzoeksplicht. Zo heeft F-Support werknemer niet gewezen op de geldende opzegtermijn en heeft zij werknemer ook niet geïnformeerd over de gevolgen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst, wanneer deze niet door de opzegging is geëindigd, in ieder geval tot 31 december 2020 is doorgelopen. Zij twisten over de vraag wat te gelden heeft na deze periode. F-Support heeft een beroep gedaan op gezag van gewijsde van de beschikking van 2 november 2020 van de kantonrechter die is gegeven inzake een

verzoekschriftprocedure. Die is wat betreft de vordering van werknemer omgezet naar onderhavige dagvaardingsprocedure. In die beschikking heeft de kantonrechter vastgesteld dat beide partijen in die procedure ervan uitgaan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op 31 december 2020. Aan deze beslissing komt dan ook bindende kracht toe en de arbeidsovereenkomst is dus op 31 december 2020 geëindigd. Werknemer heeft uitbetaling van het achterstallige salaris gevorderd. Die vordering is toewijsbaar voor zover het de periode 6 mei tot 31 december 2020 betreft, waarbij voor wat betreft de hoogte van het uit te betalen salaris de in dit geval toepasselijke bepalingen voor salarisdoorbetaling bij ziekte in aanmerking moeten worden genomen. Werknemer heeft zich immers op 6 mei 2020 ziekgemeld en sindsdien niet hersteld gemeld. De vraag speelt of werknemer recht heeft op een aanvulling van zijn salaris tot 100%. De kantonrechter is van oordeel dat de cao LEO op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Hierin is opgenomen dat het loon de eerste 26 weken tot 100% dient te worden aangevuld. In de tweede periode van 26 weken dient dit te gebeuren tot 90%. De loonvordering wordt in dit geval dus toegewezen.

Scenario 2

Als F-Support niet slaagt in de bewijslevering, dan kan niet van de waarheid van de verklaring in die brief worden uitgegaan. De conclusie zal dan zijn dat in rechte vaststaat dat de arbeidsovereenkomst niet door werknemer is opgezegd. Hetgeen onder scenario 1 is overwogen omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en het achterstallige salaris heeft in dit scenario ook te gelden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6905

Zaaknummer: 8818433 \ CV EXPL 20-36438

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: D.J. Moll en T.S. Nicolai

Wetsartikelen: 236 Rv en 7:629 bw

RECHTSPRAAK

Opzegging arbeidsovereenkomst door werknemer? Kantonrechter oordeelt dat een nieuwe mondelinge behandeling nodig is om de zaken toe te lichten.

Feiten

Werknemer is op of omstreeks 6 mei 2016 als uitzendkracht tewerkgesteld bij bedrijf X. Op of omstreeks 17 december 2018 is werknemer rechtstreeks in dienst getreden bij F-Support B.V. (hierna: F-Support) op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Laatstelijk is werknemer gedetacheerd bij bedrijf Y, een van de opdrachtgevers van F-Support. Op 6 mei 2020 heeft werknemer op de locatie van bedrijf Y een sigaret gerookt op een plek waar dat niet was toegestaan. F-Support is hiervan op de hoogte gebracht. Werknemer is diezelfde dag nog uitgenodigd voor een gesprek dat vervolgens in de middag heeft plaatsgevonden. F-Support heeft diezelfde dag een brief aan werknemer gestuurd met daarin de bevestiging van zijn ontslag op eigen verzoek. Werknemer heeft de leaseauto enkele dagen later ingeleverd. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat hij zijn arbeidsovereenkomst niet heeft opgezegd.

Oordeel

De kern van het geschil betreft de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en F-support voortduurt. Ter beantwoording van deze vraag moet in rechte worden beoordeeld of werknemer de brief van 6 mei 2020 al dan niet heeft ondertekend. Indien dat het geval is, moet de bewuste brief worden aangemerkt als de bevestiging van zijn mondeling genomen ontslag. Vervolgens moet worden beoordeeld of F-Support hem al dan niet mag houden aan die ontslagname. Werknemer heeft stellig ontkend dat de handtekening op die brief van hem afkomstig is. De brief levert dan geen dwingend bewijs op, zolang niet bewezen is van wie de handtekening afkomstig is. De bewijslast dat de handtekening is gezet door werknemer rust op F-Support, de partij die zich beroept op de bewijskracht van de brief van 6 mei 2020. De kantonrechter acht het echter noodzakelijk om een nieuwe mondelinge behandeling te bepalen om nader door partijen te worden geïnformeerd. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:11838

Zaaknummer: 8818433 \ CV EXPL 20-36438

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: D.J. Moll en T.S. Nicolai

Wetsartikelen: 156 Rv

RECHTSPRAAK

Uitbetaling achterstallig vakantieloon. Beroep op verjaring en rechtsverwerking slaagt niet. Niet is gebleken dat werknemer de verplichting had om regelmatig overuren te maken.

Feiten

Lemm Int. Transport B.V. (hierna: Lemm) is een familiebedrijf dat actief is op het gebied van vervoer van zeecontainers. Het transport is beperkt tot het op- en afzetten van containers. Werknemer is met ingang van 21 juli 2014 voor bepaalde tijd in dienst getreden van Lemm in de functie van chauffeur. Het dienstverband is daarna verlengd voor onbepaalde tijd en is door opzegging van werknemer geëindigd op 3 november 2018. Werknemer vordert € 5.060,58 aan achterstallig loon.

Oordeel

Verjaring

Lemm heeft zich op het standpunt gesteld dat de vordering van werknemer deels is verjaard omdat deze betrekking heeft op de periode 21 juli 2014 (datum aanvang dienstverband) tot en met 2 november 2018 (datum einde dienstverband) en niet eerder een deugdelijke stuitingshandeling heeft plaatsgevonden. De kantonrechter overweegt dat de brief van 5 juli 2019 van de gemachtigde van werknemer aan Lemm waarin is medegedeeld dat werknemer een loonvordering op Lemm heeft, kan worden gezien als een stuitingshandeling. Hetzelfde geldt voor de brief van 23 december 2018 van werknemer aan Lemm. Nu de initiële verjaringstermijn van vijf jaar nog niet was verstreken toen Lemm de brieven van 5 juli 2019 en 23 december 2018 heeft ontvangen, is daarmee een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar gaan lopen, die nog niet was verstreken toen de dagvaarding werd uitgebracht. Het beroep op verjaring slaagt dan ook niet.

Rechtsverwerking

Lemm heeft tevens een beroep gedaan op rechtsverwerking. Werknemer zou nooit hebben geklaagd over de toepassing van de regels omtrent het vakantieloon. Het argument dat

werknemer te lang niets van zich heeft laten horen gaat niet op. Het enkel stilzitten is immers onvoldoende voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking. Verder heeft Lemm wel gesteld, maar niet concreet gemaakt en onderbouwd, dat zij door dit late klagen van werknemer in haar verdedigingsbelang zou zijn geschaad, terwijl voorts ter zitting duidelijk is geworden dat voor wat betreft de onderhavige materie Lemm enkel de - relatief geringe - financiële aanspraak van werknemer 'boven het hoofd hangt'. Ook is niet gesteld of gebleken dat toewijzing daarvan Lemm onredelijk in haar rechtspositie zou benadelen. Aldus bezien is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die, in samenhang met het genoemde 'stilzitten', een beroep op rechtsverwerking rechtvaardigen.

Inhoudelijk

Tussen partijen is in geschil of werknemer te weinig loon heeft ontvangen tijdens de gedurende het dienstverband opgenomen vakantiedagen. Het gaat hier om overuren. Lemm heeft uitvoerig en gemotiveerd bestreden dat sprake was van een verplichting tot het verrichten van overwerk. Daartoe heeft zij onder meer uiteengezet dat zij weekendritten in de regel afhield, dat alle ritten dagelijks met inachtneming van de voorkeuren van de chauffeurs werden ingepland, dat eventuele overuren op eigen verzoek worden gemaakt, dat (ook) werknemer voor maximaal acht uur per dag ingeroosterd werd, dat werknemer daarbij de keuze is gelaten welk type ritten hij wilde rijden, dat juist werknemer wekelijks op kantoor om overwerk vroeg, dat (juist) hij in de regel zeer vlot reageerde als er via de boordcomputer overwerk werd aangeboden. Het had op de weg van werknemer gelegen om zijn vordering verder te concretiseren. Dit heeft hij nagelaten. Nu derhalve niet is gebleken dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van werknemer vergden dat hij overuren maakte, stuit zijn vordering reeds hierop af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 24-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6732

Zaaknummer: 9557443 CV EXPL 21-38868

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: P.M. Bijl en M.D. Vrolijk

Wetsartikelen: 7:639 BW, 3:307 BW en 3:317 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer is te laat met zijn verzoek tot vernietiging van de opzegging. Vervaltermijn is verstreken. Het hof kan geen oordeel geven over de vraag of de ex-werkgever het ziekengeld aan werknemer verschuldigd is.

Feiten

Werknemer is op 9 januari 2020 begonnen met zijn werkzaamheden bij Hotelexploitatiemaatschappij Janskerkhof Utrecht B.V. (hierna: NH Hotels). Deze arbeidsovereenkomst zou op 8 september 2020 eindigen. Werknemer heeft op 19 mei 2020 een e-mail gestuurd aan de frontofficemanager van NH Hotels en hem geschreven dat hij afscheid moet nemen van zijn positie. De manager heeft werknemer vervolgens bericht dat hij werknemer op zijn verzoek zal uitroosteren na de tweede week in juni en hem een uitdiensttredingsbrief zou toesturen. Werknemer heeft de uitdienstbrief teruggestuurd per e-mail en daarin bericht dat hij per direct stopt met zijn werkzaamheden wegens geldgebrek. Op 27 juli 2020 is werknemer ziek gemeld bij het UWV. Daarop heeft het UWV een brief van 28 juli 2020 gestuurd aan NH Hotels met de mededeling dat werknemer een Ziektewetuitkering heeft aangevraagd in verband met arbeidsongeschiktheid per 19 mei 2020 en NH Hotels, die eigenrisicodrager is, verzocht om de ziekmelding in behandeling te nemen. NH Hotels heeft dit niet gedaan. Het UWV heeft de Ziektewetuitkering van werknemer toegekend per 8 september 2020. NH Hotels heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Werknemer heeft de kantonrechter verzocht om het ontslag/de opzegging te vernietigen, de re-integratie te starten, verschuldigd ziekengeld te betalen en de vakantiedagen uit te betalen. De kantonrechter heeft het verzoek om vernietiging van het ontslag/de opzegging niet inhoudelijk behandeld en het verzoek tot betaling van ziekengeld over de periode van 2 juli tot 8 september 2020 toegewezen. De andere verzoeken zijn afgewezen. Zowel werknemer als NH Hotels is tegen dit oordeel in hoger beroep gegaan.

Oordeel

In het hoger beroep van werknemer komt het hof niet toe aan een inhoudelijk oordeel over zijn verzoek om het ontslag/de opzegging te vernietigen. Het hof volgt de beslissing van de

kantonrechter op dit punt. Werknemer is namelijk te laat met het indienen van zijn verzoek. De vervalltermijn van twee maanden is namelijk verstreken. Werknemer stelt zich op standpunt dat hij naar aanleiding van een bericht van NH Hotels van 29 april 2021 zich heeft gerealiseerd dat zijn arbeidsovereenkomst is geëindigd. Het hof komt tot de conclusie dat werknemer niet voor het eerst eind april 2021 zich heeft kunnen realiseren dat de arbeidsovereenkomst per mei/juni 2020 is beëindigd. NH Hotels heeft hem hierover namelijk meerdere e-mails gestuurd. Bovendien heeft werknemer op 3 november 2020 NH Hotels een e-mail gestuurd waarin hij schrijft dat hij tot 17 juni 2020 in dienst was bij NH Hotels en dat zijn arbeidsovereenkomst per die datum is beëindigd. Gelet op de omstandigheden had werknemer zich dus al vanaf 19 mei 2020 moeten en kunnen realiseren dat NH Hotels zijn mededeling heeft behandeld als een opzegging en niet als een ziekmelding. Net als de kantonrechter stelt het hof verder vast dat NH Hotels vanaf het bericht van werknemer van 19 mei 2020 steeds helder en consequent is geweest in haar bewoordingen en gedragingen naar werknemer toe. Werknemer heeft nagelaten te onderbouwen waarom NH Hotels dat niet is geweest wat betreft haar gedragingen. Uit het handelen van NH Hotels volgt eenduidig dat zij ervan uit is gegaan dat werknemer heeft opgezegd en NH Hotels daarmee heeft ingestemd. Volgens NH Hotels moet de e-mail van 29 mei 2020 van werknemer ook op zichzelf als een opzegging worden beschouwd, maar het hof ziet dat anders. Uit niets blijkt namelijk dat NH Hotels de mededeling van werknemer dat hij vanwege geldgebrek niet meer kon komen heeft opgevat als een opzegging van de arbeidsovereenkomst per direct. Werknemer heeft dus niet per 29 mei 2020 opgezegd. Het hof gaat ervan uit dat de arbeidsovereenkomst voor het verdere vervolg is geëindigd op 17 juni 2020, zoals in de uitdiensttredingsbrief is vermeld. Partijen hebben uitvoerig gedebatteerd over de vraag of NH Hotels aan werknemer moet betalen omdat hij arbeidsongeschikt was tijdens of binnen vier weken na 17 juni 2020. Maar voor de beantwoording van deze vraag is een andere procedure de aangewezen weg waarin niet alleen werknemer en NH Hotels zijn betrokken, maar ook het UWV en/of een bestuursrechter. En deze vraag is daadwerkelijk al aan de orde in zo'n andere procedure.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6115

Zaaknummer: 200.306.380

Rechters: C. Hoogland, M. Willemse en H.M.J. van den Hurk

Advocaten: R. Grijpstra en G.M. Gerdes

Wetsartikelen: 7:686a BW en 29 ZW

RECHTSPRAAK

Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens proeftijd van werkneemster die aan fibromyalgie lijdt, is niet in strijd met het discriminatieverbod. Werkgever had ernstige twijfels over het vermogen van werkneemster om in het team en de werkomgeving goed te functioneren.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 2021 in dienst getreden bij Stichting WIJ Groningen (hierna: WIJ). In de arbeidsovereenkomst is een proeftijdbeding opgenomen. Werkneemster heeft gezondheidsklachten en is onder meer bekend met de medische aandoening fibromyalgie, een complexe chronische aandoening die wijdverspreide pijn en ernstige vermoeidheid veroorzaakt. Op 24 september 2021 heeft WIJ aan werkneemster meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst in de proeftijd beëindigd zal worden. Op 27 september 2021 heeft, met wederzijdse instemming, een telefoongesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en WIJ. Tijdens dat gesprek, dat werkneemster heeft opgenomen zonder daar melding van te maken, is uitvoerig ingegaan op de redenen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft in een e-mail van 27 september 2021 op het telefoongesprek gereageerd. Daarop heeft WIJ per WhatsApp laten weten daar nog op terug te komen. Toen deze reactie uitbleef heeft werkneemster op 6 oktober 2021 gevraagd op korte termijn te reageren. Daarop heeft een tweede gesprek op 8 november 2021 plaatsgevonden. Werkneemster heeft verzocht WIJ te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 75.000, een schadevergoeding van € 7.500 en de transitievergoeding. In eerste aanleg heeft de kantonrechter deze verzoeken afgewezen.

Oordeel

Het hof stelt allereerst vast dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat werkneemster de opgave van de opzeggingsreden schriftelijk had moeten doen. Het gevolg daarvan is echter niet dat haar verzoeken toewijsbaar zijn, maar dat overgegaan moet worden tot inhoudelijke beoordeling van de gedane opzegging. Voorts oordeelt het hof dat het opnemen van de gesprekken met WIJ door werkneemster onrechtmatig is. Het onrechtmatig

verkregen bewijs kan echter wel gebruikt worden in deze procedure. Het algemeen belang van waarheidsvinding is groot. Overigens, maar dit ten overvloede, is het de vraag welk belang WIJ heeft bij het nu besproken verweer. Het haar gemaakte verwijt van discriminatie steekt WIJ en zij gaat in haar verweer uit van wat er tijdens de (telefoon)gesprekken is gezegd wat in de opnames daarvan te beluisteren is. Ten aanzien van de vraag die de inzet van deze procedure is, namelijk of WIJ zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie bij de opzegging van het dienstverband van werknemster, oordeelt het hof als volgt. Werkneemster stelt dat uit de beschikbare stukken kan worden afgeleid dat de opzegging haar grond vond in de chronische ziekte die zij heeft. WIJ heeft dit gemotiveerd betwist. Uit de transcripties kan worden afgeleid dat WIJ weliswaar erkende dat werknemster haar werk inhoudelijk goed deed, maar ook ernstige twijfels had over het vermogen van werknemster om in het team en de werkomgeving goed te functioneren. Dat was een valide reden om de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op te zeggen. Uit de transcripties van de (telefoon)gesprekken blijkt niet anders dan dat voor WIJ het eenmalig ziek zijn van werknemster tijdens de proeftijd een van de signalen was (naast haar klachten over prikkels, het verzoek om thuis te werken en het klagen over collega's) waaruit kon worden opgemaakt dat de functie in belangrijke mate (immers: inhoudelijk deed zij haar werk goed) niet aansloot bij de kwaliteiten van werknemster. Het was dus niet de ziekte zelf, laat staan de chronische ziekte waaraan werknemster lijdt, die reden was voor de opzegging. Er was een mismatch tussen werknemster en de functie (gebrek aan functionele belastbaarheid) en die mismatch maakte dat zij haar functie niet goed kon vervullen, erger nog er ziek van dreigde te worden. De proeftijd is er naar zijn aard nu juist voor te onderzoeken of sprake is van een match of van een mismatch tussen werknemer en functie. Wat werknemster heeft aangevoerd leidt dan ook niet tot het vermoeden dat haar chronische ziekte de werkelijke reden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst was.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:7103

Zaaknummer: 200.309.951/01

Rechters: W.P.M. ter Berg, M.E.L. Fikkers en W.A. Zondag

Advocaten: E.L. Zondervan en S. Aartsen

Wetsartikelen: 7:676 BW en Wgbh/cz

RECHTSPRAAK

Sprake van onbillijke benadeling om werknemer aan het concurrentiebeding te houden. Onder meer relevant dat werknemer al een jaar ziek was en al die tijd geen toegang meer had tot bedrijfsinformatie.

Feiten

Werknemer is op 1 april 2020 in dienst getreden bij The Networkers B.V. Op 28 mei 2021 heeft werknemer zich ziek gemeld en per 24 februari 2022 heeft werknemer zijn dienstverband opgezegd met ingang van 1 april 2022. In de tussentijd heeft hij niet meer gewerkt bij The Networkers. Het was de bedoeling van werknemer om op 1 april 2022 in dienst te treden bij Axians Business Unit Security Rotterdam (hierna: Axians). The Networkers heeft daartegen bezwaar gemaakt op grond van het in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding. Werknemer heeft bij de kantonrechter primair schorsing van de werking van het concurrentiebeding gevorderd. In eerste aanleg zijn de vorderingen afgewezen.

Oordeel

Het hof zal de schorsing van het concurrentiebeding alsnog toewijzen. Daartoe wordt als volgt overwogen. Voorop staat dat werknemer schorsing wil van het concurrentiebeding ten opzichte van de specifieke bedrijfsunit van Axians die zich toelegt op dienstverlening rondom cybersecurity. The Networkers stelt dat zij ook actief is op het gebied van (cyber)security. Zij heeft verklaard dat zij sinds een jaar een Network Operations Center (NOC) aanbiedt en dat zij daarnaast sinds ongeveer driekwart jaar een SOC operationeel heeft. The Networkers erkent dat werknemer, die ziek is vanaf eind mei 2021 en sindsdien niet meer heeft gewerkt, maar stelt dat hij in de periode van indiensttreding tot ziekmelding wel bezig is geweest met de planning en strategie-ontwikkeling ten aanzien van de SOC. Werknemer betwist dat gemotiveerd. Bovendien stelt hij dat als The Networkers inmiddels al een SOC operationeel heeft, die is ondergebracht in Seccure waarmee hij geen concurrentiebeding heeft. Dit kort geding leent zich niet voor nader onderzoek op dat punt, maar het hof vindt dat zelfs als wordt aangenomen dat werknemer in de periode dat hij aan het werk was bij The Networkers bezig was met de voorbereiding en planning van een SOC en zich daarnaast bezighield met andere

cybersecurity-onderwerpen die verwant zijn aan de activiteiten van Axians, niet aannemelijk is dat het bedrijfsdebet van The Networkers in aanzienlijke mate wordt aangetast door de overgang van werknemer naar Axians. Daarbij spelen de volgende omstandigheden een rol: (1) werknemer heeft feitelijk maar een jaar voor The Networkers gewerkt; (2) Axians is een grote en ervaren speler op het gebied van cybersecurity en heeft al langere tijd een SOC operationeel waardoor niet valt in te zien dat Axians op dit vlak veel heeft te leren en/of af te kijken van The Networkers; (3) binnen Axians gaat werknemer leiding geven aan een team van Security Analisten, Pentesters en het nog op te zetten Cyber Security Incident Response team, waarvan aannemelijk is dat zij deskundiger zijn dan hij op het gebied van SOC's; (4) The Networkers wordt mede beschermd door het met werknemer overeengekomen relatiebeding en geheimhoudingsbeding; en (5) werknemer is feitelijk al een jaar niet meer in dienst binnen The Networkers en heeft geen toegang meer tot bedrijfsinformatie. Tegenover het beperkte risico van The Networkers op aantasting (in een mate van enige betekenis) van haar bedrijfsdebet, staat het grote belang van werknemer om met de aangeboden baan bij Axians te starten. Hij ontvangt op dit moment geen salaris noch een uitkering (vanwege zijn vrijwillig ontslag). Bij Axians kan hij een leidinggevende functie krijgen en naar eigen zeggen meer verdienen dan bij The Networkers. Dit alles maakt dat het hof van oordeel is dat werknemer onbillijk wordt benadeeld door het concurrentiebeding. Dat The Networkers veel geld heeft geïnvesteerd in werknemer maakt het voorgaande niet anders, zij zal immers moeten accepteren dat dergelijke investeringen verloren kunnen gaan als werknemer uit dienst gaat, ongeacht of hij naar een concurrent overstapt of niet.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:5447

Zaaknummer: 200.309.770

Rechters: C. Hoogland, L.J. de Kerpel-van Poel en P.J. van der Korst

Advocaten: R.W. Lagerwaard en L. van Hezik

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst van werknemer van zorginstelling met toekenning van een transitievergoeding. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Werknemer weerspreekt de beschuldigingen gemotiveerd en werkgever wenst de betreffende (klagende) bewoners niet als getuigen op te roepen.

Feiten

Werknemer is sinds 1 september 1992 in dienst van werkgever en is laatstelijk werkzaam geweest gedurende 32 uur per week, tot eind 2018 in de functie veldwerker/groepswerker en vanaf eind 2018 in de functie van ondersteunend begeleider. De ondersteunend begeleider draagt zorg voor de begeleiding van kwetsbare bewoners (van een instelling) met complexe problemen op meerdere leefgebieden. Gedurende het dienstverband heeft werknemer enkele schriftelijke waarschuwingen gekregen, onder andere op 29 juli 1999, 2 februari 2007, 3 mei 2013, 28 september 2016, 13 april 2017, 9 en 16 juli 2018 en 8 maart 2019. Werknemer heeft op 5 juni 2019 om een voorschot op zijn loon verzocht en dat ook gekregen, voor (naar zijn zeggen) de aanschaf van een medisch bed voor zijn zieke echtgenote. Gebleken is dat zijn echtgenote niet ziek was en geen medisch bed nodig had. Partijen hebben in het kader van (door de bedrijfsarts geïnitieerde) mediation afspraken gemaakt en deze op 22 november 2018 schriftelijk vastgelegd en ondertekend. In de overeenkomst zijn onder meer afspraken opgenomen over het scheiden van werk en privé en transparantie over werknemers gedragingen. Op 28 januari 2021 heeft een gesprek met werknemer plaatsgehad in aanwezigheid van de wooncoördinator en de regiomanager waarbij hem is meegedeeld dat hij (ook) de afgelopen periode niet naar behoren heeft gefunctioneerd ondanks het eerdere functioneringsgesprek en de op 22 november 2018 gemaakte afspraken. Naar aanleiding van twee klachten van bewoners heeft werkgever een onderzoek ingesteld en werknemer bij brief van 3 februari 2021 uitgenodigd voor een gesprek op 8 februari 2021. Op 5 februari 2021 heeft werknemer zich ziek gemeld en diezelfde dag heeft hij het gesprek van 8 februari 2021 afgezegd. Bij brief van 1 maart 2021 heeft werkgever werknemer bericht dat hij per direct op non-actief is gesteld vanwege de hiervoor genoemde klachten. De kantonrechter heeft op verzoek van werkgever de arbeidsovereenkomst ontbonden, zonder toekenning van een

transitievergoeding aan werknemer. Tegen deze uitspraak en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt werknemer met zijn grieven op in hoger beroep.

Oordeel

Zowel uit het ontbindingsverzoek in eerste aanleg als uit het verweerschrift in hoger beroep blijkt dat werkgever het door werknemer gepleegde '(ernstig) verwijtbaar handelen' in belangrijke mate baseert op de vier klachten van bewoners. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat niet is komen vast te staan dat deze klachten terecht zijn en dat werknemer zich heeft schuldig gemaakt aan (een poging tot) diefstal van cadeaubonnen, dan wel dat hij zich intimiderend tegenover bewoners heeft gedragen dan wel anderszins zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen grovelijk heeft geschonden. Het belangrijkste hierbij is dat werknemer gemotiveerd de inhoud van de betreffende klachten weerspreekt. Het hof kan, op basis van de geuite klachten en de gemotiveerde betwisting daarvan door werknemer, niet vaststellen of de klachten geheel of gedeeltelijk terecht zijn, mede omdat werkgever nadrukkelijk geen bewijs wenst te leveren door de betreffende bewoners als getuige te horen. Dat in algemene zin wordt aangeboden de medewerker – die de klachtenformulieren voor bewoner 2 en bewoner heeft ingevuld – als getuige te horen, zonder expliciet te vermelden waarover, is dan onvoldoende concreet om op dat bewijsaanbod in te gaan. Het hof is daarmee van oordeel dat niet is komen vast te staan dat werknemer verwijtbaar, laat staan dat hij ernstig verwijtbaar, heeft gehandeld. Wel acht het hof de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer dermate ernstig verstoord, dat dit aan herstel van de arbeidsovereenkomst in de weg staat en dit beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Naar het oordeel van het hof was ontbinding door de kantonrechter op de g-grond terecht geweest. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met toekenning van een transitievergoeding en zonder toekenning van een billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:2333

Zaaknummer: 200.299.126/01

Rechters: G.C. Boot, T.S. Pieters en M.W. Speksnijder

Advocaten: M.B. van Voorthuizen en J. Nijssen

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671b BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet sorteert geen effect meer, omdat werkneemster al eerder onmiddellijk heeft opgezegd. Geen dringende reden. Verzoek tot ambtshalve aanvullen rechtsgronden kantonrechter wordt afgewezen, omdat daarmee het verzoek van werkgever zou worden toegewezen op een ander feitencomplex.

Feiten

Werkneemster is op 12 september 2021 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot en met 11 september 2022 in dienst getreden van werkgever. In de arbeidsovereenkomst is onder meer een tussentijdse opzegtermijn opgenomen gelijk aan de wettelijke opzegtermijn. Bij brief van 3 april 2022 schrijft werkgever aan werkneemster dat zij onlangs (op 1 april 2022) ontslag zou hebben genomen zonder dat die brief voldoet aan de wettelijke vereisten en zonder de wettelijke opzegtermijn van een maand in acht te nemen. Vervolgens heeft werkgever werkneemster aansprakelijk gesteld voor de vermeende geleden schade. De schadevergoeding zou komen te vervallen als werkneemster het contract zou afmaken. Op 11 april 2022 heeft werkgever werkneemster op staande voet ontslagen, omdat - kort gezegd - werkneemster niet meer zou willen komen werken en er sprake zou zijn van bewuste en hardnekkige werkweigering. Werkgever verzoekt onder meer een gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:677 lid 2 en 3 BW gelijk aan het salaris over de maanden april en mei 2022.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat werkneemster zonder bericht tijdens de mondelinge behandeling niet is verschenen en ook geen verweerschrift heeft ingediend. Normaliter zou werkgever in de gelegenheid worden gesteld werkneemster bij deurwaardersexploot op te roepen. In dit geval ziet de kantonrechter daarvoor geen aanleiding. Het verzoek van werkgever komt de kantonrechter namelijk ongegrond voor. Daartoe is het volgende redengevend. In het verzoekschrift stelt werkgever dat werkneemster 'op 1 april 2022 op haar werk is verschenen en nog korte tijd heeft gewerkt om vervolgens te zeggen dat zij met onmiddellijke ingang elders zou gaan werken, omdat zij elders zwart meer kon verdienen'. Dit

wordt bevestigd in de brief van 3 april 2022. Onder deze omstandigheden kan de kantonrechter niet anders dan concluderen dat de arbeidsovereenkomst door de (onmiddellijke) opzegging van de arbeidsovereenkomst door werkneemster op 1 april 2022 is geëindigd. Gegeven dat de arbeidsovereenkomst op deze datum reeds is geëindigd, sorteert het op 11 april 2022 door werknemer gegeven ontslag op staande voet geen effect meer. Van een dringende reden voor onverwijlde opzegging als bedoeld in artikel 7:677 lid 2 BW kan daarom geen sprake (meer) zijn. Tijdens de mondelinge behandeling heeft werkgever zich op het standpunt gesteld dat de kantonrechter gehouden is de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen en dat het verzoek op grond van artikel 7:672 lid 11 BW dient te worden toegewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter is er geen aanleiding de rechtsgronden (met art. 7:672 lid 11 BW) aan te vullen. Dit zou namelijk betekenen dat de kantonrechter voorbijgaat aan het door werkgever zelf aangevoerde feit dat hij werkneemster op 11 april 2022 op staande voet heeft ontslagen en zou doen alsof het ontslag op staande voet niet zou zijn gegeven. De kantonrechter zou dan (alleen) de ontslagname door werkneemster op 1 april 2022 als uitgangspunt moeten nemen. De kantonrechter zou hiermee zijn taak en bevoegdheid te buiten gaan, temeer omdat in dat geval het verzoek van werkgever zou worden toegewezen op basis van een ander feitencomplex, te weten op basis van de ontslagname van werkneemster terwijl werkgever aan zijn verzoek nu juist het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd dat hij werkneemster op 11 april 2022 gegeven heeft. Zodoende wijst de kantonrechter de verzoeken van werkgever af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6604

Zaaknummer: 9835853 VZ VERZ 22-5738

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: F. van Schaik

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:672 BW en 24 Rv

RECHTSPRAAK

Uitleg Cao Particuliere Beveiliging voor Schipholmedewerkers. De overeengekomen verkorting van de arbeidsduur is geen verlaging van de contractuele arbeidsduur, waardoor sprake zou zijn van een evenredige verhoging van het uurloon.

Feiten

Op 28 augustus 2018 hebben sociale partners in de beveiliging het zogenoemde Schipholakkoord gesloten. Daarin zijn onder meer afspraken gemaakt over de verlaging van de arbeidsduur van de beveiligers, werkzaam voor het contract met de luchthaven Schiphol in het kader van de Beveiliging Burgerluchtvaart (hierna: Schipholmedewerkers). In artikel 98 van de Cao Particuliere Beveiliging (hierna: de cao) is deze afspraak vervolgens opgenomen. Op 18 september zijn ook afspraken gemaakt over de verkorting van de arbeidsduur voor de gehele branche. Deze afspraken zijn opgenomen in Hoofdstuk 17 van de cao. De werkgevers in deze procedure zijn allemaal gebonden aan deze cao. Kern van het geschil is de vraag hoe in de praktijk uitvoering moet worden gegeven aan de afspraak om de arbeidsduur te verkorten voor de Schipholmedewerkers. FNV stelt zich op het standpunt dat het contractueel afgesproken aantal uren naar beneden moet worden bijgesteld, hetgeen in de praktijk leidt tot een verhoging van het basisuurloon. Werkgevers zijn van mening dat zij op correcte wijze uitvoering geven aan het Schipholakkoord door vrije uren (zogenoemde Schipholuren) toe te kennen, waardoor het contractueel afgesproken aantal uren en het basisuurloon gelijk blijven.

Oordeel

Bij de beoordeling van dit geschil dient artikel 98 cao te worden uitgelegd conform de cao-norm. De cao biedt volgens de kantonrechter geen aanknopingspunten voor het standpunt van FNV dat de verlaging van het aantal contractuele uren moet gebeuren met behoud van loon. Niet in geschil is dat voor de gehele branche afspraken zijn gemaakt over de verkorting van de arbeidsduur, die vanaf 1 januari 2023 gaan gelden. Deze afspraak is eveneens in de cao opgenomen en wel in Hoofdstuk 17, Protocol IV. De tekst van die bepaling vermeldt dat de arbeidstijd, *met behoud van het op dat moment geldende salaris op basis van 152 uur*, wordt teruggebracht naar 144 uur per loonperiode. De toevoeging dat de korting gebeurt met behoud

van loon ontbreekt echter in de afspraak voor Schipholmedewerkers in artikel 98 cao. Daarbij komt dat de cao in Bijlage 4 de toepasselijke salarisschalen bevat. Als FNV wordt gevolgd in haar stelling betekent dat in de systematiek van de cao dat de in Bijlage 4 voor 2021 en 2022 opgenomen salarisbedragen voor Schipholmedewerkers niet onverkort gelden, maar slechts naar verhouding van hun verkorte arbeidsduur. Daarmee zou hun basissalaris dus lager uitvallen. Daar waar de afspraak voor de gehele branche uitdrukkelijk voorziet in een verkorting van de arbeidsduur met behoud van loon, is dat bij de afspraak voor de Schipholmedewerkers juist niet het geval. Beide regelingen zijn opgenomen in dezelfde cao. De bewoordingen van de cao laten daarmee naar het oordeel van de kantonrechter naar objectieve maatstaven geen ruimte voor de uitleg van artikel 98 cao die FNV aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, te weten verlaging van de contractuele uren van de Schipholmedewerkers met behoud van loon.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-07-2022

Zaaknummer: 9446454 CV EXPL 21-13521

RECHTSPRAAK

Kort geding. Kwalificeert de tussen partijen overeengekomen overeenkomst van opdracht als een arbeidsovereenkomst? Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is er op zijn minst twijfel of is voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW. Vordering van eiser afgewezen.

Feiten

Eiser in kort geding is een van de medeoprichters van een online platform. Dit platform is ondergebracht in een holding. Door middels van zijn persoonlijke vennootschap heeft eiser een minderheidsbelang van 17,7% in het aandelenkapitaal van de holding. Eiser vordert in kort geding veroordeling van de holding (hierna: gedaagde) tot betaling van salaris en tot wedertewerkstelling, stellende dat hij weliswaar met gedaagde een overeenkomst van opdracht is aangegaan, maar dat er in feite sprake is van rechtsverhouding die moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 e.v. BW. In de aandeelhoudersovereenkomst d.d. 1 juli 2021 is onder meer bepaald dat de managers/oprichters een managementovereenkomst zullen aangaan met gedaagde, waarbij een management fee zal worden betaald van € 4.000 per maand exclusief btw. Tussen gedaagde en eiser is een document ondertekend op 1 mei respectievelijk 7 juni 2021, getiteld “overeenkomst van opdracht”. In de considerans van de overeenkomst van opdracht is opgenomen dat partijen uitsluitend met elkaar wensen te contracteren op basis van een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW en dat zij uitdrukkelijk niet beogen om een arbeidsovereenkomst aan te gaan in de zin van artikel 7:610 e.v. BW. In de overeenkomst van opdracht is bepaald dat eiser, indien te voorzien is dat hij zelf de werkzaamheden niet kan uitvoeren, zich kan laten vervangen, waarbij de vervanger moet voldoen aan objectieve kwalificaties. Eiser meldt zich ziek en heeft niet voor vervanging gezorgd. Gedaagde bericht eiser dat in haar visie de werkzaamheden niet naar behoren zijn uitgevoerd en dat zij op die grond haar verplichtingen uit de overeenkomst opschort en zich daarbij het recht voorbehoudt de overeenkomst op te zeggen of te ontbinden.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voorop wordt gesteld dat eiser een loonvordering heeft ingesteld en tewerkstelling heeft gevorderd, in zijn (veronderstelde) hoedanigheid als werknemer. Welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen moet worden beoordeeld aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de kantonrechter deze rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie). Bij deze kwalificatie geldt dat, indien voldaan is aan de omschrijving van artikel 7:610 BW, de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. Daarbij is niet van belang of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Aldus is niet van belang dat partijen op papier hebben gezet dat zij nadrukkelijk de bedoeling hadden een overeenkomst van opdracht aan te gaan en geen arbeidsovereenkomst. Ook de omstandigheid dat eiser aan gedaagde facturen inclusief btw heeft verzonden, is niet van doorslaggevende betekenis. De kantonrechter acht wel van belang dat eiser, door middel van zijn holding, aandeelhouder is van gedaagde en dat in de aandeelhoudersovereenkomst de verplichting is opgenomen dat de aandeelhouders/managers met gedaagde een overeenkomst van opdracht aangaan. Vanuit hun positie als (middellijk) aandeelhouder/oprichter wijst dit niet in de richting van een gezagsverhouding, eerder op een voor alle betrokkenen gelijke positie. Ook de in de overeenkomst opgenomen vervangingsplicht wijst niet in de richting van een arbeidsovereenkomst. Naar het oordeel van de kantonrechter is er op zijn minst twijfel over de vraag of is voldaan aan de vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Vordering van eiser zijn afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:4794

Zaaknummer: 9995414 KK EXPL 22-418

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: J. Bonnema

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:400 BW

RECHTSPRAAK

Beëindiging arbeidsovereenkomst tijdens proeftijd. Berekening verschuldigd loon in het geval de werknemer in twee kalendermaanden parttime heeft gewerkt.

Feiten

Tussen werknemer en Pallas Athena Group B.V. (hierna: Pallas Athena) bestond een arbeidsovereenkomst van 6 oktober 2021 tot en met 5 november 2021. Deze arbeidsovereenkomst is rechtsgeldig geëindigd met een beroep op een proeftijdbeding. Het overeengekomen salaris bedroeg € 860 bruto per maand bij een arbeidsduur van 16 uur per week. Partijen verschillen van mening over het door Pallas Athena verschuldigde bedrag. Werknemer vordert bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis betaling van € 1.229,69 bruto aan achterstallig loon, wettelijke verhoging, rente, transitievergoeding, niet genoten vakantiedagen en buitengerechtelijke kosten, alles na aftrek van de reeds ontvangen betaling. Volgens Pallas Athena kan het verschuldigde loon nooit meer zijn dan het maandloon van € 860 bruto. Pallas Athena stelt dat er bij elkaar opgeteld een maand is gewerkt. Dat te laat betaald is, komt omdat werknemer zijn gegevens niet op tijd heeft aangeleverd.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft een gedeelte van oktober en een gedeelte van november 2021 gewerkt. Om te berekenen welk loon in deze situatie betaald moet worden, moet in iedere kalendermaand het aantal gewerkte dagen gedeeld worden door het totale aantal voor werknemer geldende werkdagen in die maand, vermenigvuldigd met het maandloon. Dat levert de volgende berekening op: oktober: $8/9 * € 860 = € 764,44$ en november: $2/8 * € 860 = € 215$ wat neerkomt op totaal: € 979,44 bruto. Het loon over oktober 2021 is meer dan een maand te laat betaald. Bovendien is dit pas na aanmaning gebeurd. Pallas Athena heeft onvoldoende onderbouwd dat dit deels aan werknemer te wijten is. De kantonrechter ziet aanleiding over het loon van oktober 2021 de maximale wettelijke verhoging van 50% toe te passen. Over het loon van november 2021 wordt de verhoging op 25% gesteld. Pallas Athena is naast de transitievergoeding ook een reiskostenvergoeding verschuldigd. Nu bruto/nettospecificaties niet voorhanden zijn, kan de vordering niet worden

toegewezen, zoals in de dagvaarding is gevorderd. De nettobetaling kan immers niet van de bruto verschuldigde bedragen worden afgetrokken, zoals in de dagvaarding is gebeurd. De vordering van werknemer wordt toegewezen zoals in het dictum vermeld.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:4732

Zaaknummer: 9688543 CV EXPL 22-2449

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: V.J. de Haan

Wetsartikelen: 7:652 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer overtreedt relatiebeding niet. De onderneming waar werknemer gaat werken is niet langer een relatie, omdat de samenwerking langer dan twee jaar geleden is beëindigd. Relatiebeding wordt (gedeeltelijk) geschorst wegens onredelijk brede formulering.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 mei 2017 bij werkgever in dienst getreden als product director. Werkgever is een marketingadviesbureau in de fitnessbranche en marktleider in Europa. De arbeidsovereenkomst bevat een relatiebeding waarin staat opgenomen dat werknemer gedurende één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen contact mag opnemen met relaties uit de 'relation database' van werkgever. Op 1 april 2022 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst met werkgever opgezegd. Werknemer heeft werkgever op 23 mei 2022 te kennen gegeven dat hij in dienst wenst te treden bij Aciso Fitness & Health GmbH (hierna: Aciso). Aciso is in 2019 ontstaan uit een fusie van onder andere Greinwalder & Partner (hierna: Greinwalder), een voormalige relatie van werkgever. Op 24 mei 2022 heeft werkgever werknemer bericht dat hij het relatiebeding schendt als hij in dienst treedt bij Aciso. Werknemer vordert in dit kort geding primair de werking van het relatiebeding geheel of gedeeltelijk te schorsten in die zin dat werknemer zijn werkzaamheden voor Aciso kan starten en het relatiebeding wordt beperkt tot de relaties waarvoor werkgever daadwerkelijk werkte in het jaar voordat de arbeidsovereenkomst eindigde.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Algemeen wordt aangenomen dat artikel 7:653 BW, waarin het concurrentiebeding wordt omschreven, ook van toepassing is op het relatiebeding. Dit brengt mee dat voor de geldigheid van een relatiebeding aan de wettelijke vereisten van artikel 7:653 BW dient te zijn voldaan. Werkgever voert aan dat werknemer het relatiebeding schendt als hij in dienst treedt bij Aciso, omdat hij potentieel concurrerende werkzaamheden gaat verrichten bij een relatie van werkgever. Volgens werkgever vermeldt het relatiebeding duidelijk dat werknemer geen activiteiten mag verrichten die de 'business' van werkgever

verstoren waardoor het relatiebeding elementen bevat van een concurrentiebeding. Met betrekking tot de kwalificatie van het beding oordeelt de kantonrechter dat bij de uitleg van het beding moet worden aangeknoopt bij de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis en hoe partijen die hebben mogen opvatten. Aangezien de bepaling wordt aangeduid met 'relation clause' en het werknemer niet is toegestaan contact te maken met relaties zoals opgenomen in de 'relation database', kwalificeert het beding niet als een concurrentiebeding. Met betrekking tot het standpunt van werkgever dat Aciso (nog) een relatie van werkgever is, komt de kantonrechter tot het oordeel dat dit niet aannemelijk is gemaakt. Het is onduidelijk wie bedoeld wordt met relaties in de 'relation database' en die onduidelijkheid komt voor rekening en risico van werkgever. Verder is het standpunt van werkgever dat Aciso een bestaande relatie is, niet aannemelijk gemaakt. Aciso heeft immers een schriftelijke verklaring ondertekend waaruit volgt dat zij geen verdere samenwerking meer met werkgever wenst aan te gaan, omdat de laatste samenwerking niet op goede voet is geëindigd en zij sinds januari 2020 dezelfde online services aanbiedt als werkgever. Tot slot komt de kantonrechter tot het oordeel dat werknemer het relatiebeding niet overtreedt door in dienst te treden bij Aciso. In het relatiebeding is geen periode afgesproken waarin een partij nog als relatie in de zin van het beding moet worden aangemerkt, waardoor het relatiebeding onredelijk breed is geformuleerd. Aangezien de samenwerking tussen werkgever en Greinwalder (later Aciso) al in 2019 is beëindigd, heeft werkgever onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij nog langer beschermd moet worden door het beding. Het relatiebeding wordt geschorst voor zover dit verder gaat dan relaties waarvoor werkgever daadwerkelijk werkte in de twee jaar voordat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigde.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 09-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:4655

Zaaknummer: KK EXPL 22-392

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: J.A.M. Schellekens en Kloet, A. A. Kloet

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werkneemster op h-, g- en i-grond. De echtgenoot van werkneemster was meer dan 25 jaar werkzaam bij werkgeefster en is na het staken van overleg over overname van de aandelen van werkgeefster in dienst van een concurrent getreden. Thuiswerkverzoek werkneemster afgewezen. Afscherming bedrijfsinformatie.

Feiten

Werkneemster is sinds 18 juli 2016 in dienst van werkgeefster als administratief medewerkster voor 16,5 uur per week tegen een salaris van € 1.373,63 bruto per vier weken, exclusief vakantietoeslag en emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Groen, Grond en Infrastructuur (hierna: de cao) van toepassing. De echtgenoot van werkneemster is meer dan 25 jaar werkzaam geweest voor werkgeefster. Hij werkte laatstelijk als projectleider en maakte deel uit van het managementteam. Hij heeft - na misgelopen overnamegesprekken - zijn arbeidsovereenkomst met werkgeefster per 1 maart 2021 beëindigd en is in dienst van een concurrent getreden. Werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst met werkneemster na het vertrek van haar echtgenoot voortgezet, omdat zij haar daar niet de consequenties van wilde laten ondervinden. Werkgeefster hoopte dat zij haar belangen voldoende kon bewaken door het thuiswerkaccount van werkneemster geblokkeerd te houden en de interne toegang tot een deel van de projectinformatie voor haar te beperken. Begin november 2021 heeft werkneemster tijdens een werkoverleg gevraagd of zij evenals haar collega's mocht thuiswerken. Volgens werkgeefster heeft zij daarbij aangegeven dat ze na het vertrek van haar echtgenoot het gevoel had dat ze niet meer werd vertrouwd door de leiding van werkgeefster en is er gezegd dat ze maar om zich heen zou moeten gaan kijken. Werkneemster erkent dat zij gevraagd heeft of zij thuis mocht werken, maar ontkent dat zij gevraagd heeft om het vertrouwen in haar uit te spreken en dat zij gezegd heeft dat zij de organisatie anders zou verlaten. Overleg over een beëindigingsregeling mislukt. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bij collega's van werkneemster is grote terughoudendheid ontstaan om in haar aanwezigheid bedrijfsinformatie uit te wisselen. Werkneemster betwist dat er sprake is van een onhoudbare situatie die een ontbinding op de h-grond rechtvaardigt

en doet ook een beroep op artikel 8 EVRM.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter kan het verzoek om ontbinding op de h-grond worden toegewezen. De kantonrechter gaat er gelet op de misgelopen overnamebesprekingen vanuit dat de relatie met de echtgenoot van werkneemster onder druk is komen te staan en dat het minder aannemelijk is dat werkgeefster en de echtgenoot als louter vrienden uit elkaar zijn gegaan. De kantonrechter acht het gezien het bovenstaande begrijpelijk dat bij werkgeefster de zorg leeft dat concurrentiegevoelige informatie mogelijk onbedoeld via werkneemster bij haar echtgenoot terecht komt. Werkgeefster heeft aangegeven dat ogenschijnlijk geringe informatie voor de echtgenoot van werkneemster, als leidinggevende in dienst bij een concurrent, al betekenisvol kan zijn. De kantonrechter heeft geen aanleiding om aan de integriteit of betrouwbaarheid van werkneemster te twijfelen, maar acht de vrees van werkgeefster niet onbegrijpelijk. De kantonrechter oordeelt dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen inbreuk oplevert in haar persoonlijke levenssfeer zoals bedoeld in artikel 8 EVRM. Het is niet het huwelijk dat voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst de aanleiding vormt, maar de samenloop van omstandigheden. Met inachtneming van de opzegbepaling in de cao wordt de arbeidsovereenkomst per 17 juli 2022 ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster en dus geen grond voor toekenning van een billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2152

Zaaknummer: 9734136 UE VERZ 22-65 MS/1270

Rechters: J.W. Langeler

Advocaten: A.J.S. van Popering-Kalkman en J. Niggelie

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub h, g en i BW, 7:671b lid 1 sub a BW, 8 EVRM

RECHTSPRAAK

Verzoek werkgeefster tot ontbinding arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren afgewezen. Tegenverzoek werkneemster toegewezen, met toekenning van billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen door werkgeefster. Nevenverzoeken grotendeels toegewezen.

Feiten

Werkneemster is sinds 17 december 2012 in dienst van Red Bull Nederland B.V. (hierna: Red Bull) en is gedurende 32 uur per week werkzaam in de functie van Customer Service Specialist tegen een salaris van € 3.010,53 bruto per maand exclusief bonus, vakantietoeslag en overige emolumenten. Red Bull is van mening dat werkneemster niet geschikt is voor het verrichten van de bedongen werkzaamheden, ondanks begeleiding, coaching en wekelijkse gesprekken. Red Bull stelt dat zij werkneemster hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en haar voldoende gelegenheid heeft gegeven haar functioneren te verbeteren. Herplaatsing is niet mogelijk en ligt volgens Red Bull ook niet in de rede. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat haar vermeende disfunctioneren nergens uit blijkt, dat zij daarvan ook niet in kennis is gesteld en dat zij ook geen verbeterplan heeft voorgelegd gekregen. Bij tegenverzoek verzoekt werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsverhouding, met toekenning van de transitievergoeding, billijke vergoeding en enkele nevenvorderingen, waaronder toepassing van een salarisverhoging en toekenning van een bonus.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Red Bull naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding vanwege disfunctioneren op. In de gesprekken die hebben plaatsgevonden, waarvan de inhoud gedeeltelijk terugkomt in de door Red Bull in het verzoekschrift aangehaalde e-mails en gespreksverslagen, wordt niet duidelijk dat Red Bull zich op het standpunt stelde dat werkneemster disfunctioneerde. Ook blijkt dit niet uit de beoordelingsverslagen. Red Bull heeft werkneemster tot en met het jaar 2021 altijd geprezen om haar goede werk en inzet. Ook heeft werkneemster jaarlijks een (swing)bonusuitkering ontvangen en heeft zij tot en met 2021 ook een jaarlijkse salarisverhoging gekregen. Wel is besproken dat werkneemster stressklachten heeft ervaren

vanwege de toegenomen werkdruk. Het had naar het oordeel van de kantonrechter op de weg van Red Bull gelegen om werknemster tijdig schriftelijk te informeren over het door haar ingenomen standpunt dat sprake is van disfunctioneren en haar te waarschuwen dat dit tot haar ontslag kon leiden. Dat is niet gebeurd. Red Bull erkent dit. Red Bull verwijst in dat opzicht naar haar 'empowerment'-beleid (geen dossier opbouwen met waarschuwingen en berispingen, maar aanmoediging), maar dat beleid kan niet afdoen aan haar verplichting om onder de gegeven omstandigheden werknemster op zijn minst schriftelijk in kennis te stellen van haar standpunt en de verstrekkende gevolgen daarvan. Red Bull stelt dat zij werknemster een verbetertraject heeft aangeboden, maar het (PIP-)traject waarnaar Red Bull verwijst, had uitsluitend betrekking op hoe om te gaan met de werkdruk en met stress die werknemster ondervond. De arbeidsovereenkomst wordt op verzoek van werknemster ontbonden omdat er naar het oordeel van de kantonrechter sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster. Naast toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding van € 52.204 bruto, wordt Red Bull veroordeeld tot betaling van volledige advocaatkosten en een bonus over 2021 alsmede het met terugwerkende kracht toepassen van een salarisverhoging.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:4697

Zaaknummer: 9583218 EA VERZ 21-770

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: K.J. Hillebrandt en G.B.E.M. Schippers

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub d BW, 7:671b lid 9 sub c BW, 7:673 BW, 7:686a lid 3 BW