aansluiting bij de conclusie van A-G Timmerman bij *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*. Gekeken dient te worden naar omstandigheden als de wijze van beloning, de wijze van betaling (door wie aan wie), de mate van ondernemingsrisico, de mate van investeringen (wie levert de grondstoffen en de hulpmiddelen), het type werkzaamheden en de vraag wie zorgdraagt voor de sociale zekerheid. Ook wordt gekeken naar de duurzaamheid van de arbeidsprestatie, de strekking van de instructiebevoegdheid, de mate van zelfstandigheid en de maatschappelijke positie van de opdrachtnemer.
Tegen deze achtergrond nuanceert de Kantonrechter Haarlem de partijbedoeling. In een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, mag aan de partijbedoeling meer gewicht worden toegekend dan wanneer sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid. Dit geldt temeer indien het gaat om ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog 'productiegehalte'. Dat partijen anders voor ogen heeft gestaan, wordt dan minder relevant.
Om te bepalen welke contractuele verhouding hieraan ten grondslag ligt, wordt vervolgens naar de feitelijke uitvoering gekeken. Dat (enig) zelfstandig ondernemerschap kan worden afgeleid uit de beloning, het hebben van bedrijfskapitaal namelijk een bus, een btw-nummer, en de kwalificaties van de Belastingdienst is voor de Kantonrechter Haarlem niet overtuigend genoeg. Het feit dat er controles worden uitgevoerd en dat de pakketbezorgers zich aan bepaalde voorschriften dienen te houden, betekent (nog) niet per definitie dat er sprake is van een gezagsverhouding in de zin van art. 7:610 BW.
Ook het feit dat het de pakketbezorgers vrijstond zich te laten vervangen door derden – mits aan bepaalde voorwaarden was voldaan – leidt niet tot de slotsom dat er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.
Uiteindelijk pakt de combinatie van zeer strakke kaders waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht enerzijds en de economische afhankelijkheid anderzijds voor twee pakketbezorgers goed uit. Dit element ontbreekt echter bij de derde pakketbezorger: hij had (meer) tijd gehad om zich op zijn positie als zelfstandige te beraden en heeft zich – onder meer door structureel vervangers in te zetten en te betalen – meer als zelfstandige gedragen. Dat hij enkel voor PostNL mocht rijden, is onvoldoende om van economische afhankelijkheid te spreken. Voor hem geen arbeidsovereenkomst dus.
De Kantonrechter Eindhoven houdt er echter een andere benadering op na dan de Kantonrechter Haarlem. Bij de kwalificatie van de overeenkomst wordt hier wel waarde gehecht aan wat partijen (aanvankelijk) voor ogen stond. Immers, gelet op de bewoordingen van de Vervoersovereenkomst hebben partijen een arbeidsovereenkomst nadrukkelijk willen uitsluiten.
Daarnaast hebben partijen zich hiernaar gedragen: als beloning wordt een vergoeding uitgekeerd, verder is er kennelijk btw over de vergoeding betaald en hebben deze pakketbezorgers zich als ondernemer ingeschreven in het Handelsregister. Op grond van de Vervoersovereenkomst zijn de pakketbezorgers niet gehouden de werkzaamheden persoonlijk te verrichten: vervanging is – zij het onder voorwaarden – toegestaan. De vraag of dit ook daadwerkelijk is gebeurd, acht de Kantonrechter Eindhoven minder relevant. Hoewel PostNL ongetwijfeld een tamelijk vergaand gezag over de pakketbezorgers uitoefent, leidt de hoeveelheid en intensiteit van deze voorschriften niet tot de conclusie dat sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst. Hoe ver dit mag gaan voordat van een arbeidsovereenkomst wordt gesproken, staat niet vast. Kortom, deze pakketbezorgers hebben een overeenkomst van opdracht. Door het feit dat – in ieder geval – een van de pakketbezorgers het aanbod van een arbeidsovereenkomst expliciet heeft afgewezen, ziet deze kantonrechter zich in zijn oordeel gesterkt.
De kwalificatie van de rechtpositie van zelfstandige pakketbezorgers blijft onderwerp van discussie. De Kantonrechter Haarlem heeft zich uiteindelijk het lot van deze groep aangetrokken.[7] Nuancering van de partijbedoeling biedt uiteindelijk de ruimte om personen die economisch afhankelijk zijn van hun werkverschaffer (arbeidsrechtelijke) bescherming te bieden.[8] Enerzijds blijft het de vraag of de maatschappelijke positie zo'n centrale rol moet spelen bij beoordeling of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden bestempeld. Niet iedereen is hiervan overtuigd.[9] Vooralsnog lijkt de Hoge Raad echter te menen van wel.[10] Anderzijds lijkt de reikwijdte van het arbeidsrecht beperkt te zijn. Om binnen het bereik van het arbeidsrecht te vallen, moet aan bepaalde, strikte voorwaarden zijn voldaan.[11] Dat de scheidslijn tussen contractsvrijheid en arbeidsrechtelijke bescherming flinterdun is, wordt nogmaals bevestigd.

S.E. Bos en W.J. Moll
Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP

99

Rechtbank Midden-Nederland (Kantonrechter)
13 mei 2015, nr. 3741693 AC EXPL 15-39 JES/1267
ECLI:NL:RBMNE:2015:3461
(mr. De Laat)
Noot M.L. Timmerman

Kwalificatievraag. Stukloon. Rechtsvermoeden. Minimumloon. Gezagsverhouding.

Oproepkracht die sieraden maakt, is werkzaam op basis van arbeidsovereenkomst. Gezagsverhouding is aanwezig. Werkneemster ontvangt stukloon, waarmee het mogelijk is het minimumloon te verdienen bij voldoende productie. Rechtsvermoedens art. 7:610a BW en 7:610b BW.

[BW art. 7:610, 7:610a, 7:610b; WML art. 4]

X is met Y een overeenkomst aangegaan met als titel ''Arbeidsovereenkomst oproepkracht met uitgestelde prestatieplicht''. Y drijft een eenmanszaak, die zich richt op de verkoop van handgemaakte sieraden. In de overeenkomst is bepaald dat de oproepkracht zich bereid verklaart op afroep van de werkgever werkzaamheden te

7 Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, *AR* 2015-1264, Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, *AR* 2015-1265.
8 Zie AR Update annotatie van L. van den Berg, 'Zelfstandige pakketbezorger niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on) zelfstandigheid van pakketbezorgers', 26 januari 2016.
9 J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *Arbeidsrecht*, 2007/24.
10 Zie ook: Hoge Raad, 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, waarbij de maatschappelijke positie van de werkende partij prominenter naar voren lijkt te komen. Zie verder: G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming,* SDU Uitgevers, Den Haag, 2005.
11 Zie annotatie van A. van Zanten-Baris bij Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, *AR* 2015-1265, «JAR» 2016/1, 12 januari 2016.

verrichten. De oproepkracht is niet verplicht aan iedere oproep gehoor te geven. De werkgever is niet verplicht de oproepkracht op te roepen. De arbeidsduur bedraagt minimaal acht uur per maand. De beloning geldt op basis van stuksprijs en is inclusief vakantietoeslagen en vakantie-uren. X heeft bij brief van 17 oktober 2013 aan Y meegedeeld dat aan haar te weinig uren zijn uitbetaald, dat zij onder het minimumloon is uitbetaald en dat zij – ondanks het feit dat zij zich bereid heeft verklaard haar werkzaamheden voort te zetten – vanaf 26 september 2013 niet meer is opgeroepen door Y en geen werkzaamheden meer heeft verricht. X vordert betaling van het achterstallige loon en loondoorbetaling tot 29 november 2013 (datum einde overeenkomst). X legt aan haar vorderingen ten grondslag dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.
De kantonrechter oordeelt als volgt. Y stelt dat er tussen partijen niet is voldaan aan het element 'gezagsverhouding'. Y stelt dat haar atelier, waar de sieraden gemaakt worden, vooral met een maatschappelijk doel is opgezet, te weten voor oudere mensen die op zoek zijn naar sociale contacten, maar (om veelal medische redenen) niet in aanmerking komen voor een reguliere baan. Nu de mensen vrij zijn om te komen en te gaan, is er volgens Y van een gezagsverhouding geen sprake. Uit de conclusies van beide partijen blijkt dat Y de bevoegdheid heeft X bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. X heeft bij de uitvoering van het werk geen grote eigen verantwoordelijkheid. De sieraden dienden te worden gemaakt op de door Y aangegeven wijze. Uit de aard van de werkzaamheden vloeit daarom voort dat X aan de zeggenschap van Y onderworpen is en er van een gezagsverhouding sprake is. De omstandigheid dat X volgens de arbeidsovereenkomst vrij is om te komen en te gaan maakt het voorgaande niet anders, aangezien de feitelijke situatie leidend is. Ook wordt het aantal gewerkte uren meegewogen en het gegeven dat X Y op de hoogte hield van ziekte of andere omstandigheden waardoor zij geen werk kon verrichten. Ook aan de andere elementen van art. 7:610 BW is voldaan, zodat wordt geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bovendien is voldaan aan art. 7:610a BW nu X gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks arbeid heeft verricht.
In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is opgenomen dat X per stuk beloond wordt. In art. 12 lid 4 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: WML) is bepaald dat voor zover het loon niet naar tijdruimte is vastgesteld, maar afhankelijk is van de uitkomsten van de verrichte arbeid, voor de WML als arbeidsduur wordt aangemerkt de tijd die redelijkerwijs met de uitvoering van de verrichte arbeid is gemoeid. Deze bepaling heeft ten doel de werknemers die naar stukloon worden betaald een minimum-(uur)loon te garanderen (zie ook Kamerstukken II 1995/96, 24667, 3, p. 9 en 10). In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is verder opgenomen dat de vergoedingen per stuk bij de oproepkracht bekend zijn. X heeft de door Y gestelde beloning per sieraad niet betwist. X heeft evenmin betwist hoeveel van die sieraden er ongeveer per uur kunnen worden gemaakt. X heeft enkel gesteld dat Y de productienormen niet bekend heeft gemaakt en niet aan haar heeft meegedeeld dat zij de norm niet haalde. De kantonrechter is van oordeel dat Y niet kan worden tegengeworpen dat zij niet voor X de berekening heeft uitgewerkt hoeveel sieraden zij gemiddeld per uur moet maken om een minimumloon te bereiken. Een dergelijke rekensom is afhankelijk van de mix van de sieraden die gemaakt worden en kan door X zelf uitgevoerd worden. Evenmin behoefde Y aan X te melden dat zij met haar productie niet het minimumuurloon behaalde. X had zelf kunnen berekenen hoeveel sieraden zij per uur diende te maken om een minimumloon te bereiken. Nu X stukloon ontving, kan daaruit slechts de conclusie worden getrokken dat zij onvoldoende produceerde om een uurloon gelijk aan het minimumuurloon te bereiken. X heeft echter niet, althans onvoldoende gemotiveerd gesteld dat zij onmogelijk een minimumuurloon kon bereiken met de door Y gehanteerde productienorm. De vordering tot uitbetaling tot de hoogte van het minimumuurloon over de uren dat X tot 26 september 2013 werkzaam is geweest, wordt afgewezen. Op 26 september 2013 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden. X stelt dat zij in dat gesprek heeft verzocht om betaling van het minimumloon en dat Y daarop heeft meegedeeld dat zij niet meer terug hoefde te komen en dat daarmee de oproepovereenkomst is beëindigd. Nu Y de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig heeft opgezegd (er was geen tussentijds opzegbeding overeengekomen), wordt de loonvordering over de periode 26 september 2013 tot 29 november 2013 toegewezen. Art. 7:610b BW is bedoeld voor situaties waarin onduidelijk is wat de afgesproken arbeidsduur is of indien er structureel meer gewerkt wordt dan het afgesproken aantal uren. Dit artikel kan ook op de onderhavige situatie toegepast worden. Nu er tussen partijen echter stukloon is afgesproken, zal niet worden gekeken naar het gewerkte aantal uren, maar naar het bedrag dat X gemiddeld per maand ontving. De kantonrechter ziet – in verband met de vakantieperiode in de zomermaanden – aanleiding om als referteperiode de maanden februari, maart en april 2013 te nemen. Dit komt neer op een bedrag van circa € 140,= bruto per maand. Dit bedrag zal per maand worden toegewezen over de resterende periode van de arbeidsovereenkomst vanaf 26 september 2015, te weten circa twee maanden. Er wordt derhalve het netto-equivalent van € 280,= bruto aan loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst toegewezen. Nu er tussen partijen een all-in-loon is overeengekomen, zal er geen aparte afrekening voor vakantiedagen plaatsvinden.

638

[*Eiser*],
wonende te [woonplaats],
verder ook te noemen [eiser],
eisende partij,
gemachtigde: mr. E. Hoekstra,
tegen
[*gedaagde*],
wonende te [woonplaats],
verder ook te noemen [gedaagde],
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. J.J. Splinter.

Kantonrechter:

1 De procedure
1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– de dagvaarding
– de conclusie van antwoord
– de conclusie van repliek
– de conclusie van dupliek.
1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten
2.1. [gedaagde] drijft de eenmanszaak ''[bedrijf]''. [bedrijf] verkoopt handgemaakte sieraden.
2.2. [eiser] is met [gedaagde] een overeenkomst aangegaan met als titel ''Arbeidsovereenkomst oproepkracht met uitgestelde prestatieplicht''. In deze overeenkomst is opgenomen dat [gedaagde] als werkgever wordt aangemerkt en [eiser] als oproepkracht. In de overeenkomst is verder – voor zover voor de onderhavige procedure van belang – opgenomen:
''2. Oproepkracht verklaart zich bereid om met ingang van 29 november 2012 op afroep van de werkgever arbeid te verrichten in de functie van sieradenmaakster.
3. De arbeidsovereenkomst eindigt op 29 november 2013.

4. Oproepkracht is niet verplicht aan iedere oproep gehoor te geven; oproepkracht kan een oproep altijd afslaan.
5. Werkgever is niet verplicht oproepkracht voor het verrichten van werkzaamheden op te roepen. Of en in hoeverre er behoefte is aan de inzet van een oproepkracht, is uitsluitend ter beoordeling van werkgever. Oproepkracht kan derhalve aan deze overeenkomst geen recht op tewerkstelling ontlenen.
(...)
9. De arbeidsduur bedraagt minimaal 8 uur per maand.
10. De oproep heeft betrekking op sieradenmaakster, hiervoor geldt de beloning op stuksprijs. De vergoedingen per stuk zijn bekend bij de oproepkracht en zijn inclusief vakantietoeslagen en vakantie uren.''
2.3. [eiser] heeft ten aanzien van haar werkzaamheden periodiek loonstroken ontvangen.
2.4. Op 26 september 2013 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden.
2.5. [eiser] heeft zich per e-mailbericht van 27 september 2013, althans van 29 september 2013 beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden.
2.6. [eiser] heeft bij brief van 17 oktober 2013 aan [gedaagde] meegedeeld dat aan haar te weinig uren zijn uitbetaald, dat zij onder het minimumloon is uitbetaald en dat zij – ondanks dat zij zich bereid heeft verklaard haar werkzaamheden voort te zetten – vanaf 26 september 2013 niet meer is opgeroepen door [gedaagde] en geen werkzaamheden meer heeft verricht. [gedaagde] vraagt om betaling van het achterstallige loon en loondoorbetaling tot 29 november 2013.
2.7. Partijen corresponderen nog enige tijd, maar komen niet tot overeenstemming.

3 Het geschil

3.1. [eiser] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van [gedaagde] om aan [eiser] te betalen:
a. € 3762,29 bruto aan achterstallig loon;
b. € 147,36 bruto wegens opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen;
c. de wettelijke verhoging van 50% over de bedragen zoals genoemd onder a en b;
d. de wettelijke rente over de bedragen zoals genoemd onder a, b en c;
e. de buitengerechtelijke kosten;
f. de proceskosten.
3.2. [gedaagde] voert verweer.
3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, ingegaan.

4 De beoordeling

Is er sprake van een arbeidsovereenkomst?

4.1. [eiser] legt aan haar vordering ten grondslag dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Op grond van die arbeidsovereenkomst is [gedaagde] gehouden tot 29 november 2013 het (minimum)loon (door) te betalen, aldus [eiser].
4.2. Door [gedaagde] is het contract met de titel ''arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht'', zoals weergegeven in onderdeel 2.2, ondertekend. Toch betwist [gedaagde] dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat er volgens haar geen sprake is van een gezagsverhouding. Ze heeft de overeenkomst met [eiser] opgesteld om [eiser] te helpen, aldus [gedaagde].
4.3. Daargelaten de benaming die partijen zelf aan de overeenkomst geven, dient de kantonrechter na te gaan of er in de feitelijke situatie voldaan is aan de definitie van arbeidsovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 7:610 BW. De stelling van [eiser] dat [gedaagde] loonheffing en premie werknemersverzekering afdraagt met betrekking tot de door [eiser] verrichte arbeid en er reeds daarom sprake is van een arbeidsovereenkomst, slaagt niet, omdat deze afdracht ook dient plaats te vinden indien sprake is van een fictieve dienstbetrekking. In artikel 7:610 BW is bepaald dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst voldaan moet zijn aan de volgende elementen: arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding. Tussen partijen staat reeds vast dat er tegen beloning arbeid wordt verricht. Dat er gedurende zekere tijd werkzaamheden werden verricht staat evenmin ter discussie. De mogelijke categorieën waarbinnen deze verhouding volgens het Burgerlijk Wetboek kan vallen zijn: de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk. Een overeenkomst van opdracht onderscheidt zich (onder meer) van de overige twee overeenkomsten, doordat er bij de werkzaamheden geen sprake is van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Nu het maken van sieraden wel het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard betreft, is in de onderhavige situatie geen sprake van een overeenkomst van opdracht. Daarnaast onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van aanneming van werk door de gezagsverhouding.
4.4. [gedaagde] stelt dat er tussen partijen niet is voldaan aan het element ''gezagsverhouding''. [gedaagde] stelt dat haar atelier, waar de sieraden gemaakt worden, vooral met een maatschappelijk doel is opgezet, te weten voor oudere mensen die op zoek zijn naar sociale contacten, maar (om veelal medische redenen) niet in aanmerking komen voor een reguliere baan. Deze mensen kunnen vrijwillig aanschuiven, sociale contacten opdoen, creatief bezig zijn en daarvoor een financiële vergoeding ontvangen. Nu de mensen vrij zijn om te komen en te gaan, is er volgens [gedaagde] van een gezagsverhouding geen sprake.
4.5. Met de gezagsverhouding zoals vereist voor de arbeidsovereenkomst heeft de wetgever bedoeld: de omstandigheid dat de werknemer zich heeft verbonden onder de zeggenschap van de werkgever arbeid te verrichten. Werknemer is hierbij ondergeschikt aan werkgever. Uit de conclusies van beide partijen blijkt dat de [gedaagde] de bevoegdheid heeft [eiser] bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. [eiser] heeft bij de uitvoering van het werk geen grote eigen verantwoordelijkheid. De sieraden dienden te worden gemaakt op de door [gedaagde] aangegeven wijze. Uit de aard van de werkzaamheden vloeit daarom voort dat [eiser] aan de zeggenschap van [gedaagde] onderworpen is en er van een gezagsverhouding sprake is. De omstandigheid dat [eiser] volgens de arbeidsovereenkomst vrij is om te komen en te gaan maakt het voorgaande niet anders, aangezien de feitelijke situatie leidend is. Gelet op het aantal uren dat [eiser] feitelijk (wekelijks) gewerkt heeft en gelet op het gegeven dat zij [gedaagde] op de hoogte hield van ziekte of andere omstandigheden waardoor zij geen werk kon verrichten, was er van een volledige vrijheid te komen en te gaan wanneer zij wilde, geen sprake.
4.6. Gelet op al het voorgaande is aan alle elementen van artikel 7:610 BW voldaan. Bovendien is voldaan aan artikel 7:610a BW nu [eiser] gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks arbeid heeft verricht. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Het loon van 29 november 2012 – 26 september 2013

4.7. [eiser] stelt dat [gedaagde], nu sprake is van een arbeidsovereenkomst, gehouden is het wettelijk minimumloon aan [eiser] te betalen. [eiser] stelt dat zij wekelijks acht uren werkzaam

was, aanvankelijk acht uren op de donderdagen en met ingang van 4 september 2013 vier uren op de dinsdagochtend en vier uren op de woensdagochtend. Indien haar uitbetaalde loon gedeeld wordt door de door haar gewerkte uren, heeft [gedaagde] echter een lager bedrag per uur uitbetaald dan het minimumloon. [eiser] vordert daarom betaling van het achterstallige loon, te weten een aanvulling van het uitbetaalde loon tot het minimumloon. [eiser] stelt dat voor zover het loon niet naar tijdruimte is vastgesteld, maar afhankelijk is van de uitkomsten van de verrichte arbeid (het zogeheten stukloon), het van belang is dat de productienormen inzichtelijk zijn en dat werkgever aannemelijk kan maken dat deze redelijkerwijs leiden tot betaling op het niveau van het minimumloon. [eiser] stelt dat [gedaagde] nooit heeft aangegeven wat de productienormen zijn. Evenmin is in een functioneringsgesprek aan de orde gekomen dat [eiser] deze norm niet haalde. [eiser] stelt dat zij een gemiddeld-productieve medewerker was. Indien [eiser] niet naar behoren presteerde, had [eiser] haar moeten aanspreken op haar werkwijze en maatregelen dienen te nemen.

4.8. [gedaagde] stelt dat tussen partijen een all-in stukloon is overeengekomen. Het stukloon is zodanig bepaald dat iedereen bij een enigszins normale productie en snelheid een inkomen gelijk aan of hoger dan het minimum uurloon kan behalen, aldus [gedaagde]. De stukprijs is afhankelijk van de complexiteit van het te maken sieraad. Een leerproduct, waarvan er gemiddeld zes in een uur worden gemaakt, levert een maakloon van € 1,75 per stuk op. Een geregen kinderarmbandje, waarvan er ongeveer 16 per uur kunnen worden gemaakt, levert een maakloon van € 0,42 per stuk op. Weer een ander leerproduct betreft een maakloon van € 0,85 en hiervan kunnen er zo'n tien per uur worden gemaakt. [gedaagde] stelt dat de duurdere en goedkopere items worden gemixt, waardoor een uurloon op of boven het minimumloon gehaald kan worden.

4.9. De kantonrechter overweegt als volgt. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen – waar [eiser] een beroep op doet – is opgenomen dat [eiser] per stuk beloond wordt. In artikel 12 lid 4 van de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag (hierna: WML) is bepaald dat voor zover het loon niet naar tijdruimte is vastgesteld, maar afhankelijk is van de uitkomsten van de verrichte arbeid, voor de WML als arbeidsduur wordt aangemerkt: de tijd die redelijkerwijs met de uitvoering van de verrichte arbeid is gemoeid. Deze bepaling heeft ten doel de werknemers die naar stukloon worden betaald een minimum-(*uur*)loon te garanderen (zie ook: TK, 1995-1996, 24 667, nr. 3 p. 9 en 10). In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is verder opgenomen dat de vergoedingen per stuk bij de oproepkracht bekend zijn.

[eiser] heeft de door [gedaagde] gestelde beloning per sieraad niet betwist. [eiser] heeft evenmin betwist hoeveel van die sieraden er ongeveer per uur kunnen worden gemaakt. [eiser] heeft enkel gesteld dat [gedaagde] de productienormen niet bekend heeft gemaakt en niet aan [eiser] heeft meegedeeld dat zij de norm niet haalde.

Met productienorm wordt echter gebruikelijk bedoeld het aantal eenheden dat per uur geproduceerd dient te worden om het minimumloon te bereiken. Werkgever dient dit inzichtelijk te maken en de productienorm moet er redelijkerwijs toe leiden dat de werknemer het wettelijk minimumloon verdient. De kantonrechter is van oordeel dat [gedaagde] niet kan worden tegengeworpen dat zij niet voor [eiser] de berekening heeft uitgewerkt hoeveel sieraden zij gemiddeld per uur moet maken om een minimumloon te bereiken. Een dergelijke rekensom is afhankelijk van de mix van de sieraden die gemaakt worden en kan door [eiser] zelf uitgevoerd worden. Evenmin behoefde [gedaagde] aan [eiser] te melden dat zij met haar productie niet het minimumuurloon behaalde. Nu [gedaagde] onbetwist gesteld heeft dat de opbrengst per sieraad bekend was – sterker nog, in het door [eiser] overgelegde e-mailbericht van [gedaagde] van 1 november 2013 stelt [gedaagde] zelfs dat de stuksprijzen zichtbaar in het atelier hangen – had [eiser] zelf kunnen berekenen hoeveel sieraden zij per uur diende te maken om een minimumloon te bereiken. [eiser] heeft niet gesteld dat de beloning per sieraad niet redelijk was en heeft evenmin gesteld dat het aantal te maken sieraden per uur om het minimumloon te bereiken niet haalbaar is. Derhalve heeft zij niet gesteld dat de productienorm niet haalbaar is.

De kantonrechter begrijpt het verweer van [gedaagde] aldus dat zij het uitbetaalde loon heeft berekend aan de hand van het aantal door [eiser] gemaakte sieraden. [eiser] heeft niet gesteld dat zij in de periode waarin zij voor [gedaagde] werkzaam was meer sieraden heeft gemaakt dan waar zij voor beloond is. Zij heeft enkel gesteld dat zij meer uren werkzaam is geweest dan het aantal uren waarvoor zij (omgerekend) tegen het minimumloon is uitbetaald. Nu [eiser] stukloon ontving kan daaruit slechts de conclusie worden getrokken dat [eiser] onvoldoende produceerde om een uurloon gelijk aan het minimumuurloon te bereiken. [eiser] heeft echter niet, althans onvoldoende gemotiveerd gesteld dat zij onmogelijk een minimumuurloon kon bereiken met de door [gedaagde] gehanteerde productienorm. Gelet op het voorgaande zal de vordering tot uitbetaling tot de hoogte van het minimumuurloon over de uren dat [eiser] tot 26 september 2013 bij [gedaagde] werkzaam is geweest, worden afgewezen.

De periode van 26 september 2013 – 29 november 2013

4.10. Op 26 september 2013 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden. [eiser] stelt dat zij in dat gesprek heeft verzocht om betaling van het minimumloon en dat [gedaagde] daarop heeft meegedeeld dat zij niet meer terug hoefde te komen en daarmee de oproepovereenkomst is beëindigd. [eiser] heeft zich beschikbaar gehouden voor werkzaamheden, maar is niet meer opgeroepen. [eiser] stelt dat, nu tussen partijen geen beding is overeengekomen dat tussentijdse opzegging mogelijk maakt, [gedaagde] gehouden is aan [eiser] het loon te betalen tot het einde van het dienstverband, te weten tot 29 november 2013.

4.11. [gedaagde] stelt dat [eiser] in het gesprek op 26 september 2015 heeft meegedeeld dat ze per uur betaald wilde worden in plaats van het stukloon dat ze ontving. Toen [gedaagde] dat weigerde heeft [eiser] aangegeven dat zij niet langer werkzaamheden voor [gedaagde] wilde verrichten en is zij vervolgens niet is teruggekeerd, aldus [gedaagde].

4.12. Gesteld noch gebleken is dat [gedaagde] de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd. [gedaagde] heeft daarnaast het door [eiser] overgelegde e-mailbericht, dat hiervoor is vermeld in onderdeel 2.5, niet betwist. [eiser] heeft zich in dit bericht beschikbaar gehouden voor werk. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de arbeidsovereenkomst destijds niet is geëindigd, doch dat deze doorloopt tot het overeengekomen einde, namelijk 29 november 2013.

4.13. De volgende vraag die voorligt is of [eiser] voor de periode van 26 september 2013 tot 29 november 2013 een beroep kan doen op artikel 7:610b BW, wat betreft de omvang van de arbeidsovereenkomst en haar recht op loon. Indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden. Artikel 7:610b BW is bedoeld voor situaties waarin onduidelijk is wat de afgesproken arbeidsduur is of indien er structureel meer gewerkt wordt dan

het afgesproken aantal uren. De kantonrechter is van oordeel dat dit artikel ook op de onderhavige situatie toegepast kan worden. Nu er tussen partijen echter stukloon is afgesproken, zal niet worden gekeken naar het gewerkte aantal uren, maar naar het bedrag dat [eiser] gemiddeld per maand ontving. De kantonrechter ziet – in verband met de vakantieperiode in de zomermaanden – aanleiding om als referteperiode de maanden februari, maart en april 2013 te nemen. Dit komt neer op een bedrag van circa € 140,= bruto per maand. Dit bedrag zal per maand worden toegewezen over de resterende periode van de arbeidsovereenkomst vanaf 26 september 2015, te weten circa twee maanden. Er wordt derhalve het netto-equivalent van € 280,= bruto aan loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst toegewezen.
4.14. Nu er tussen partijen een all-in loon is overeengekomen, zal er geen aparte afrekening voor vakantiedagen plaatsvinden.
4.15. [eiser] heeft de wettelijke verhoging gevorderd. Deze wordt toegekend, voor zover deze verhoging naar de maatstaf van artikel 7:625 BW verschuldigd is geworden. De kantonrechter ziet geen reden deze verhoging (ambtshalve) te matigen.
4.16. [eiser] heeft tevens vergoeding van de wettelijke rente gevorderd. De kantonrechter oordeelt dat, nu [gedaagde] heeft nagelaten het loon op tijd te voldoen, zij in verzuim is geweest met haar betaling en zij derhalve de wettelijke rente verschuldigd is. De gevorderde wettelijke rente wordt toegewezen.
4.17. [eiser] maakt aanspraak op de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. De kantonrechter stelt vast dat het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (hierna: het Besluit) van toepassing is nu het verzuim na 1 juli 2012 is ingetreden.
Het gevorderde bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten is hoger dan het in het Besluit bepaalde tarief. De kantonrechter zal het bedrag dan ook toewijzen tot het wettelijke tarief, te weten € 42,=.
4.18. De kantonrechter acht gezien de uitkomst van de procedure termen aanwezig om de proceskosten te compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5 De beslissing
De kantonrechter:
5.1. veroordeelt [gedaagde] om aan [eiser] tegen bewijs van kwijting te betalen het netto-equivalent van € 280,= bruto, op grond van artikel 7:625 BW te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 50% en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de data van opeisbaarheid tot de voldoening;
5.2. veroordeelt [gedaagde] tot betaling aan [eiser] van € 42,= aan buitengerechtelijke kosten;
5.3. compenseert de proceskosten in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;
5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Uit art. 7:610 lid 1 BW volgt dat een rechtsverhouding is te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst wanneer de ene partij zich verbindt in dienst van de andere partij tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De vraag of in een concreet geval sprake is van een arbeidsovereenkomst is vaak eenvoudiger gesteld dan beantwoord en wordt daarom regelmatig voorgelegd aan de rechter, zo ook in de zaak *X/Y*.[1]

2. Y drijft een eenmanszaak en verkoopt handgemaakte sieraden. Voor de periode van 29 november 2012 tot 29 november 2013 heeft zij met X een overeenkomst gesloten met als titel ''Arbeidsovereenkomst oproepkracht met uitgestelde prestatieplicht''. In deze overeenkomst is opgenomen dat Y wordt aangemerkt als werkgever en X als oproepkracht die minimaal acht uur per maand wordt ingezet voor het maken van sieraden en daarvoor een beloning op stuksprijs ontvangt. Partijen zijn overeengekomen dat de oproepkracht niet verplicht is aan iedere oproep gehoor te geven en een oproep altijd kan afslaan, dat de werkgever niet verplicht is de oproepkracht op te roepen en dat de oproepkracht aan deze overeenkomst geen recht op tewerkstelling kan ontlenen. X meent dat zij te weinig loon heeft ontvangen en vordert in de gerechtelijke procedure betaling van het achterstallig loon. Volgens X is er sprake van een arbeidsovereenkomst en heeft zij op grond daarvan recht op het minimumloon en (ondanks het feit dat zij vanaf 26 september 2013 niet meer is opgeroepen) op loondoorbetaling tot 29 november 2013.[2]
3. De kantonrechter lijkt in zijn uitspraak op eenvoudige wijze tot het antwoord op de kwalificatievraag te komen. Tussen partijen staat vast dat gedurende zekere tijd tegen beloning arbeid werd verricht. De kantonrechter neemt als vaststaand aan dat aan deze drie elementen van art. 7:610 lid 1 BW is voldaan en beoordeelt vervolgens alleen of ook sprake is van het element waar het partijdebat zich op richt, de gezagsverhouding. Y stelt dat dit niet het geval is aangezien X vrij was om te komen en te gaan. De kantonrechter komt tot een andersluidend oordeel. Y heeft de bevoegdheid X inhoudelijke instructies te geven en van volledige vrijheid om te komen en te gaan was volgens de kantonrechter geen sprake. Na het 'afzonderlijk' toetsen van de elementen van art. 7:610 lid 1 BW komt hij dan ook tot het oordeel dat tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst.[3] Is de wijze waarop de kantonrechter de kwalificatievraag beantwoordt in overeenstemming met vaste rechtspraak hieromtrent?
4. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat bij de beantwoording van de vraag of in een concreet geval sprake is van een arbeidsovereenkomst niet slechts van belang is wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Niet een enkel kenmerk van een rechtsverhouding is beslissend: de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden moeten in onderling verband worden bezien, gelet op alle relevante omstandigheden van het geval. Daarbij komt ook betekenis toe aan de maatschappelijke positie van partijen.[4] In 2012 heeft de fiscale kamer van de Hoge Raad deze zogenoemde 'holistische weging' benadrukt: het afzonderlijk toetsen van de elementen van art. 7:610 lid 1 BW verdraagt zich niet met het hiervoor geschetste kader voor de beantwoording van de kwalificatievraag. Van de rechter wordt verlangd dat hij alle omstandigheden (die voor én tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst pleiten) inzichtelijk

1 Rb. Midden-Nederland (Ktr. zittingsplaats Amersfoort) 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461. Anders dan de in «JAR» 2015/179 verschenen annotatie van mr. dr. J.P.H. Zwemmer ziet deze annotatie op het eerste deel van de uitspraak, de beantwoording van de kwalificatievraag.
2 Rb. Midden-Nederland (Ktr. zittingsplaats Amersfoort) 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461, r.o. 2.1-4.1.
3 Rb. Midden-Nederland (Ktr. Amersfoort) 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461, r.o. 4.2-4.6.
4 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, r.o. 3.4, «JAR» 1997/263 (*Groen/Schoevers*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, r.o. 3.5, «JAR» 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2, «JAR» 2011/109, m.nt. C.J. Loonstra (*Gouden Kooi*).

tegen elkaar afweegt om 'te kort door de bocht'-redeneringen te voorkomen.[5]

5. Is dit oordeel van de fiscale kamer van de Hoge Raad richtinggevend voor de civiele rechtspraak? De civiele kamer van de Hoge Raad heeft zich hier nog niet over uitgelaten, maar mijns inziens is het in ieder geval raadzaam dat de civiele kamer de fiscale kamer te dezen volgt. Niet alleen omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid, maar ook omdat het beoordelingskader vage normen (zoals 'alle relevante omstandigheden van het geval') bevat, waardoor een deugdelijke motivering van een uitspraak van (nog) groter belang wordt.[6] De rechter zal als gevolg van de vereiste holistische weging alle elementen van art. 7:610 lid 1 BW in zijn oordeel moeten betrekken. Maar geldt dat ook voor de elementen die partijen niet (meer) in de rechtsstrijd hebben betrokken? Hoe verhoudt de vereiste holistische weging zich tot de autonomie van partijen en de lijdelijkheid van de rechter? Had de kantonrechter in de zaak *X/Y* bijvoorbeeld kunnen (of zelfs moeten) beoordelen of er daadwerkelijk sprake was van een verplichting tot het verrichten van arbeid?

6. In 2013 lijkt (de fiscale kamer van) de Hoge Raad deze eerste vraag bevestigend te beantwoorden. In cassatie stond toen alleen nog het element 'verplichting tot het betalen van loon' ter discussie. In zijn conclusie gaat A-G Wattel ervan uit dat aan de andere drie elementen van art. 7:610 lid 1 BW is voldaan, maar de Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is.[7] Toch meen ik niet dat men hieruit moet afleiden dat de rechter ook de elementen die partijen niet (meer) in de rechtsstrijd hebben betrokken zomaar mag toetsen. In voornoemd arrest betrof het een uitzonderlijke situatie en enkel met deze uitzonderlijke oplossing kon het gewenste resultaat worden bereikt. Wat heeft dan te gelden in de zaak *X/Y*? Art. 25 Rv verplicht de rechter ambtshalve rechtsgronden aan te vullen, maar uit art. 24 Rv (en het beginsel van hoor en wederhoor) volgt dat dit alleen kan wanneer de feitelijke grondslag de rechter daarvoor ruimte biedt. Nu in de zaak *X/Y* geen der partijen zich beroept op de afwezigheid van de verplichting tot het verrichten van arbeid – integendeel, tussen partijen staat vast dat tegen beloning arbeid werd verricht – stond het de kantonrechter mijns inziens niet vrij na te gaan of in casu daadwerkelijk sprake was van een verplichting. De kantonrechter is er terecht van uitgegaan dat is voldaan aan de drie elementen waar partijen het over eens waren.[8] Het zijn de partijen die het de kantonrechter in deze zaak relatief eenvoudig hebben gemaakt.

7. De kantonrechter ontkomt hier naar mijn mening niet aan de 'afzonderlijke' beoordeling van de gezagsverhouding. De mogelijkheid om alle elementen van art. 7:610 lid 1 BW in het licht van alle omstandigheden van het geval in het oordeel te betrekken wordt in casu beperkt door het procesrecht. Het gaat weliswaar om de 'totaalindruk' die de rechtsverhouding maakt, maar de rechter blijft gebonden aan de feitelijke grondslag. Waar de feitelijke grondslag ruimte bood onderzoek te doen en een oordeel te vormen heeft de kantonrechter dat gedaan op de wijze die volgt uit vaste rechtspraak over het beantwoorden van de kwalificatievraag. Niet met een 'te kort door de bocht'-redenering, maar door inzichtelijk de omstandigheden die voor en tegen het aannemen van de gezagsverhouding pleiten tegen elkaar af te wegen.

M.L. Timmerman

5 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.3, 3.4.5 en 3.5.2, *RSV* 2012/107 (*Notarissen*); C.J. Loonstra, 'De kwalificatievraag en bovenal: welke rechter is nu leidend? (HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926)', *TAP* 2012, afl. 4, p. 149-151.

6 A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 145.

7 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, r.o. 3.5.3, «USZ» 2013/129, m.nt. G.C. Boot; A-G Wattel, conclusie voor HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, «USZ» 2013/129, par. 1.4.

8 Het is de rechter immers verboden zijn oordeel te baseren op niet door een der partijen gestelde rechtsfeiten. Zie nader J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 258-275. Het procesrecht beperkt de mogelijkheid tot een actieve aanpak van de kantonrechter echter niet. Zie nader M.Y.H.G. Erkens, *Rechtspleging in arbeidszaken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 225-228.

100

Rechtbank Gelderland (Kantonrechter)
15 januari 2016, nr. 4597126\HA VERZ 15-381\428
ECLI:NL:RBGEL:2016:190
(mr. Bokx-Boom)
Noot J.C.A. Ettema

Opvolgend werkgeverschap. Doorstart na faillissement. Zodanige banden. Wolters/Van Tuinen. Overgangsrecht. Onregelmatige opzegging.

Opvolgend werkgeverschap in casu naar oud recht beoordeeld. Het overgangsrecht van art. XXIIe lid 2 WWZ ziet ook op opvolgend werkgeverschap. Werkgever is na een doorstart na faillissement ook een transitievergoeding verschuldigd, nu art. 7:673c lid 1 BW er niet toe strekt een 'knip' aan te brengen in het opvolgend werkgeverschap van voor en na faillissement bij bepaling van de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding.

[BW art. 7:668a, 7:671, 7:672, 7:673c, 7:681; Wet werk en zekerheid art. XXIIe]

Zes werknemers (hierna: werknemers) zijn in dienst geweest van Constar International Holland (Plastic) B.V. (hierna: Constar International). Op 28 mei 2014 is de vennootschap in staat van faillissement verklaard, waarna de curator de arbeidsovereenkomsten met werknemers heeft opgezegd. UTB International B.V. heeft de activa van Constar International overgenomen en een deel van de activiteiten voortgezet in de daarvoor opgerichte nieuwe vennootschap Constar Plastics B.V. (hierna: Constar). Met werknemers heeft Constar arbeidsovereenkomsten gesloten met een duur van drie maanden, die vervolgens tot 10 september 2015 zijn verlengd met een jaar. Na tegenvallende resultaten van Constar heeft UTB International B.V. besloten de activiteiten van Constar te beëindigen. In een brief van 13 augustus 2015 heeft zij aan werknemers bericht dat de arbeidsovereenkomsten op 10 september 2015 van rechtswege eindigen. Werknemers verzoeken de kantonrechter Constar te veroordelen tot betaling aan werknemers van de transitievergoeding, een vergoeding voor onregelmatige opzegging, alsmede een billijke vergoeding, welke bedragen variëren naargelang de lengte van het dienstverband van werknemers. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap en of (als daarvan sprake is) na een doorstart na faillissement aanspraak kan worden gemaakt op de transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt met betrekking tot het opvolgend