

Arbeidsrecht

96
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, nr. 200.143.503/01 ECLI:NL:GHARL:2015:4625 (mr. Kuiper, mr. Fikkers, mr. Foppen) Noot L. 't Mannetje
Kwalificatievraag. Groen/Schoevers. Van de Male/Den Hoedt. Huwelijk. Fiscaliteit.
Geen arbeidsovereenkomst tussen echtelieden. Wel sprake van fiscale constructie. Van de Male/Den Hoedt-arrest.
[BW art. 7:610]

X drijft sinds 1994 een camping/recreatiebedrijf met horecagedeelte te Hoogersmilde (verder: de camping). In 1996 zijn X en Y gehuwd buiten iedere gemeenschap van goederen en zonder enig verrekeningsbeding. Y hielp voor haar huwelijk en ook na het sluiten van het huwelijk (wel) mee op de camping. In 2001 zijn partijen wegens huwelijksproblemen tijdelijk uit elkaar gegaan. Vanaf 2004 ontvangt Y maandelijks een bedrag met de omschrijving 'loon' op haar rekening van X. De relatie tussen partijen is tot een einde gekomen. Y is vanaf maart 2012 niet meer tot de camping toegelaten en per oktober 2012 is de maandelijkse betaling aan haar gestopt. Bij beschikking van 17 oktober 2012 heeft de toenmalige Rechtbank Assen de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Y vordert thans betaling van het correcte loon conform de CAO Recreatie vanaf 2007. Volgens de kantonrechter is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst maar hebben partijen louter om fiscaaltechnische redenen een arbeidsovereenkomst gesloten.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat het jarenlang uitbetaalde, zeer ver onder het minimummaandloon liggende bedrag dat tot de relatiebreuk nooit is aangevochten, het ontbreken van loonstroken waarvoor hetzelfde geldt, het ontbreken van een werkrooster, van een vakantiekaart en vakantiegeld – ook nimmer aangevochten – en de door de kantonrechter geciteerde passage van wat ter comparitie door Y is verklaard, in onderling verband bezien meer wijzen op het meewerken in het bedrijf van haar echtgenoot dan op het bestaan van een daadwerkelijke arbeidsovereenkomst. De omvang van de feitelijke werkzaamheden ten behoeve van dit bedrijf – waarvoor beide partijen diverse verklaringen in het geding hebben gebracht die elkaar tegenspreken – doet er daarbij niet toe. De kantonrechter heeft die vraag terecht onbeantwoord mogen laten en was niet gehouden tot een nader onderzoek naar de hoeveelheid uren die Y daadwerkelijk aan de camping besteedde (en niet aan de opvoeding van de kinderen die klaarblijkelijk ook deels op de camping plaatsvond). Wel resteert de vraag of, indien van een dergelijke fiscale constructie met een arbeidsrechtelijke component gebruik is gemaakt, een der partijen die constructie eenzijdig, zonder opzegtermijn of compensatie kan beëindigen. Het hof oordeelt, daargelaten de door de voorzieningenrechter in zijn vonnis van 17 oktober 2012 gebezigde redenering, de uitkomst dat X de met Y overeengekomen regeling niet zomaar naar welgevallen mocht beëindigen en gehouden was een bepaalde, op het arbeidsrecht geïnspireerde, termijn in acht te nemen, op zich passend. De precieze modaliteiten van die uitspraak – bijvoorbeeld de vraag of een wettelijke verhoging wel passend is – gaan evenwel het bestek van het onderhavige appel te buiten. Van een overeenkomst van opdracht is evenmin sprake.

[Appellante],
wonende te [woonplaats],
appellante,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna: [appellante],
advocaat: mr. J.H. Hemmes, kantoorhoudend te Assen,
tegen
Camping [geïntimeerde],
gevestigd te [woonplaats],
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: camping,
advocaat: mr. S. OsingaBosch, kantoorhoudend te Drachten.

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen van 5 februari 2013 en 12 november 2013 van de rechtbank Noord-Nederland, sector kanton, locatie Assen (hierna: de kantonrechter).

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:
– de dagvaarding in hoger beroep d.d. 10 februari 2014;
– het anticipatie-exploot van [geïntimeerde] d.d. 10 maart 2014;
– de memorie van grieven tevens bevattende een wijziging van eis, d.d. 13 mei 2014;
– een akte non-verzet tegen de wijziging van eis;
– de memorie van antwoord d.d. 19 augustus 2014;
– de akte (met producties) zijdens [geïntimeerde] d.d. 7 oktober 2014;
– de antwoordakte van [appellante] d.d. 4 november 2014.

2.2 Vervolgens heeft [geïntimeerde] op 17 november 2014 de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2.3 De vordering van [appellante] luidt:
“te vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

I. primair

1. voor recht te verklaren dat de tot 7 mei 2013 tussen partijen bestaand hebbende rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst en is aangegaan voor 38 uur per week, tegen een salaris conform de CAO Recreatie, salarisschaal 5, periodiek 10 voor een fulltime aanstelling, althans tegen het wettelijk minimumloon, telkens vermeerderd met vakantiegeld, althans voor een zodanig aantal uren en tegen een zodanig salaris als uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren;

2. [geïntimeerde] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te betalen het conform de cao Recreatie, salarisschaal 5, periodiek 10 voor een fulltime aanstelling geldende bruto salaris, althans het wettelijk bruto minimumloon, telkens vermeerderd met vakantiegeld, over de periode 1 juni 2007 tot 7 mei 2013, althans een zodanig salaris over een zodanige periode las uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren,, één en ander onder aftrek van hetgeen feitelijk reeds is betaald;

3. [geïntimeerde] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te betalen de wettelijke verhoging over de sub 2 bedoelde loonbedragen ad 50%;

4. [geïntimeerde] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te betalen de wettelijke rente over de sub 2 omschreven posten vanaf het tijdstip van de vervaldatum vanaf iedere afzonderlijke termijn, althans vanaf 11 juni 2012 tot aan de dag der algehele voldoening;

subsidiar

5. voor recht te verklaren dat de tot 7 mei 2013 tussen partijen bestaand hebbende rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht, althans een overeenkomst sui generis en is aangegaan voor 38 uur per week, tegen een vergoeding conform de CAO Recreatie, salarisschaal 5, periodiek 10 voor een fulltime aanstelling, althans een vergoeding ter hoogte van het minimumloon, telkens vermeerderd met vakantiegeld, althans voor een zodanig aantal uren en tegen een zodanige vergoeding als uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren;

6. [geïntimeerde] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te betalen een vergoeding conform de CAO Recreatie, salarisschaal 5, periodiek 10 voor een fulltime aanstelling geldende bruto salaris, althans conform het wettelijk bruto minimum loon, telkens vermeerderd met vakantiegeld, over de periode 1 juni 2007 tot 7 mei 2013, één en ander onder aftrek van hetgeen feitelijk reeds is betaald, althans een vergoeding ad € 25.000,=, althans een zodanige vergoeding over een zodanige periode las uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren,

7. [geïntimeerde] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te betalen de wettelijke rente over de sub 6 omschreven posten vanaf het tijdstip van de vervaldatum vanaf iedere afzonderlijke termijn, althans vanaf 11 juni 2012, althans vnaaf 30 oktober 2012 tot aan de dag der algehele voldoening;

II.

8. [geïntimeerde] te veroordelen in de kosten van de procedures in eerste en tweede aanleg.”

618

3 De eisenwijziging en de omvang van het appel

3.1 De grieven richten zich niet tegen het comparatievonnis van 5 februari 2013, zodat het hof ook gelet op artikel 131 Rv, laatste volzin, [appellante] niet-ontvankelijk zal verklaren in haar hoger beroep gericht tegen dat vonnis.

3.2 Bij de memorie van grieven heeft [appellante] haar vordering gewijzigd. Tegen die wijziging heeft [geïntimeerde] geen bezwaar gemaakt. Het hof acht ook ambtshalve geen redenen aanwezig om die ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde, zodat het hof recht zal doen op de gewijzigde eis.

4 Ten aanzien van de vaststaande feiten

4.1 De kantonrechter heeft onder 1 tot en met 10 van het vonnis van 12 november 2013 de feiten vastgesteld. Tegen deze feitenvaststelling richt zich grief I waarin [appellante] de kantonrechter verwijt dat zij de feiten summier, onvolledig en onjuist heeft weergegeven. [appellante] verwijst naar de feiten zoals zij die in de procedure heeft beschreven.

Er is geen rechtsregel die de rechter verplicht alle door de ene partij gestelde en door de andere partij erkende of niet weersproken feiten als vaststaand in de uitspraak te vermelden. Het staat de rechter vrij uit de tussen partijen vaststaande feiten die selectie te maken welke hem voor de beoordeling van het geschil relevant voorkomt.

Voor zover de grief er toe strekt dat dat de opgenomen omschrijving dat [appellante] op de camping meehielp geen feitelijke constatering doch een kwalificatie betreft die uitsluit dat [appellante] op basis van arbeidsovereenkomst werkzaam was, overweegt het hof dat het hof deze omschrijving opvat als dat [appellante] toen en daar werkzaamheden ten behoeve van de camping heeft verricht, zonder dat aan de aard van die werkzaamheden een juridische kwalificatie wordt verbonden, nu

die juist tussen partijen in geschil is en niet het feit dat [appellante] genoemde werkzaamheden heeft verricht.

Grief I treft geen doel.

4.2 Het hof zal hierna de door de kantonrechter vastgestelde feiten herhalen, aangevuld met enige feiten die in hoger beroep tevens als vaststaand kunnen worden aangemerkt.

4.2.1 [geïntimeerde] drijft sinds 1994 een camping/recreatiebedrijf met horecagedeelte te Hoogersmilde (verder: de camping). Bestuurder en enig aandeelhouder van [geïntimeerde] is [bestuurder]. Bestuurder en enig aandeelhouder van die BV is de heer [bestuurder], hierna [bestuurder].

4.2.2 [appellante] is [in 1996] buiten iedere gemeenschap van goederen en zonder enig verrekeningsbeding gehuwd met [bestuurder]. Zij woonden in een woning op de camping, totdat [appellante] in 2010 met hun kinderen een woning betrokken in [woonplaats].

4.2.3 [appellante] hielp voor haar huwelijk en ook na het sluiten van het huwelijk (wel) mee op de camping. In de eerste twee jaar van het huwelijk zijn twee kinderen geboren.

4.2.4 Begin 2001 zijn huwelijksproblemen ontstaan. [appellante] en [bestuurder] zijn als gevolg daarvan tijdelijk uiteen geweest. [appellante] heeft toen een baan gezocht en gevonden bij [werkgever].

4.2.5 Eind 2003 zijn [appellante] en [bestuurder] weer bij elkaar gekomen. [appellante] heeft haar baan bij [werkgever] kort daarna opgezegd.

4.2.6 [appellante] ontving vanaf januari 2004 maandelijks een bedrag met de omschrijving ‘loon’ op haar rekening van [geïntimeerde]. De hoogte van dat bedrag bedroeg laatstelijk € 315,= netto per maand.

4.2.7 [appellante] ontving geen salarisspecificaties, maar wel jaarlijks een jaaropgave.

4.2.8 De relatie tussen partijen is tot een einde gekomen. [appellante] is vanaf maart 2012 niet meer tot de camping toegelaten en per oktober 2012 is de maandelijks betaling aan haar gestopt. Bij beschikking van 17 oktober 2012 heeft de toenmalige rechtbank Assen de echtscheiding tussen partijen uitgesproken.

4.2.9 [appellante] heeft in kort geding – kort weergegeven – toelating tot haar gestelde laatstelijk verrichte werkzaamheden op de camping gevorderd, met betaling van het conform de CAO Recreatie, salarisschaal 5, periodiek 10, voor een fulltime aanstelling geldende bruto salaris vanaf oktober 2012. Bij vonnis van 17 oktober 2012 is [geïntimeerde] veroordeeld tot betaling van € 315,= netto per maand vanaf oktober 2012 tot de rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met wettelijke verhoging tot maximaal 25%, rente en kosten. [geïntimeerde] heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld. Deze appelprocedure is thans ambtshalve doorgehaald.

4.2.10 Bij beschikking van 7 mei 2013 heeft de kantonrechter de tussen [appellante] en [geïntimeerde] gesloten arbeidsovereenkomst, voor zover in rechte vast komt te staan dat deze bestaat, met ingang van 7 mei 2013 ontbonden. Een vergoeding is bij die beschikking niet toegekend.

4.2.11 Bij tussenbeschikking van 25 juni 2014 heeft de rechtbank Noord-Nederland, mede gelet op het vonnis waarvan appel in deze zaak, geoordeeld dat onverkorte handhaving van de koude uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, in die zin dat [appellante] volgens de rechtbank aanspraak heeft op de helft van het vermogen dat door het gezamenlijk drijven van de onderneming ([geïntimeerde]) is ontstaan. De rechtbank heeft van die tussenbeschikking appel opengesteld, waarvan [bestuurder] gebruik heeft gemaakt.

5 De beoordeling in eerste aanleg

5.1 [appellante] heeft, stellende dat tussen haar en [geïntimeerde] sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor primair 38 uur per week waarop de CAO Recreatie van toepassing was, naast een verklaring voor recht en verstrekking van loonstrookjes, gevorderd dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld om haar alsnog het loon te voldoen, behorende bij salarisschaal 5, periodiek 10, behorende bij een full time aanstelling, althans het wettelijk minimumloon, dan wel het aantal uren dat de rechter in goede justitie zal bepalen, een en ander vanaf 1 juni 2007 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd, onder aftrek van hetgeen feitelijk is betaald, en vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente.

5.2 De kantonrechter heeft geoordeeld dat de afgesproken én aan [appellante] uitbetaalde vergoeding niet past bij een gesloten arbeidsovereenkomst met een arbeidsomvang van 38 uur per week. Deze vergoeding wijst volgens de kantonrechter veel eerder op dat een dergelijke overeenkomst niet is gesloten. Volgens de kantonrechter valt niet goed te begrijpen dat [appellante], die stelt dat zij haar baan bij [werkgever] alleen wilde opzeggen als zij zekerheid had bij [geïntimeerde], een hoger betaalde baan met minder uren (te weten een loon van € 1240,73 bruto per maand bij een werkweek van 24 uren) heeft opgegeven voor de gestelde baan bij [geïntimeerde] met een te indexerende vergoeding van € 260,= netto per maand voor 38 uur werken per week. Ook nadat de financiële situatie van [geïntimeerde] in latere jaren een hoger c.q. wel passend loon toeliet, heeft zij geen stappen genomen teneinde de vergoeding in overeenstemming te brengen met een werkweek van 38 uur. Ook de indexeringsafspraken rijmt niet met de stelling van [appellante] dat zij in eerste instantie akkoord is gegaan met een minimaal loon wegens de financiële situatie van [geïntimeerde] op dat moment. Die afspraak rijmt daarentegen veeleer met de stelling van [geïntimeerde], dat met de accountant is bekeken op welke wijze aan [appellante], als op de camping meewerkend echtgenote, op een fiscaal gunstige wijze een netto vergoeding uit de BV zou kunnen worden verstrekt. Uit de overgelegde jaarpogaven blijkt dat de afgesproken vergoeding zodanig was, dat er geen loonheffing behoefde plaats te vinden. Voorts acht de kantonrechter van belang dat niet ongebruikelijk is dat een echtgenote meewerkt in het bedrijf van haar man en dat in dat verband ‘fiscale constructies’ worden gehanteerd. Ook door [appellante] zelf is gesteld dat het ‘te doen gebruikelijk is bij een camping- en horecafamiliebedrijf’, dat man en vrouw samen in de onderneming werken, alsmede dat dit van aanvang af ook ‘gewoon’ van haar werd verwacht en door haar ‘gewoon’ werd gedaan. De door [appellante] ter comparitie gegeven verklaring voor het niet hebben gevraagd om een hoger salaris (“Ik heb nooit om een loonsverhoging gevraagd, ook niet toen ik zelf zag dat het financieel goed ging en een hoger salaris betaald zou kunnen worden. Ik ben er vanuit gegaan dat [bestuurder] en ik het bedrijf samen zouden opbouwen, voor onze oude dag en onze kinderen. Wij hadden jaarlijks € 100.000,= winst”) sluit daar in die zin bij aan, dat deze er niet op wijst dat zij zich als werknemer beschouwde met een gesloten arbeidsovereenkomst van 38 uur per week op grond waarvan aan haar een daarbij behorend loon diende te worden betaald.

5.3 De kantonrechter heeft verder relevant geacht dat vaststaat dat er, anders dan bij een arbeidsovereenkomst verplicht is, geen loonspecificaties zijn verstrekt en evenmin afspraken zijn gemaakt over het aantal vakantiedagen. Gesteld, noch gebleken is dat [appellante] daarom heeft gevraagd. Evenmin is gesteld of gebleken dat vakantiegeld is uitbetaald en dat er sprake is ge-

weest van (registratie van) opgenomen vakantie- en/of vrije dagen. Niet betwist is voorts dat geen sprake was van inroosting van [appellante].

5.4 Op grond van dit alles heeft de kantonrechter het bestaan van een arbeidsovereenkomst als door [appellante] gesteld niet aangenomen en derhalve alle daarop gebaseerde vorderingen van [appellante] afgewezen.

6 De beoordeling van de overige grieven

6.1 Het hof ziet aanleiding om eerst grief V te behandelen, die zich richt tegen de kern van de motivering van de kantonrechter. Volgens [appellante] is wel sprake geweest van een arbeidsovereenkomst als door haar gesteld. Zij ontkent het bestaan van een indexatieafspraken en stelt dat ook [geïntimeerde] zich tot 6 juli 2012 op het standpunt heeft gesteld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft ten onrechte nagelaten een onderzoek in te stellen naar de omvang van de werkzaamheden van [appellante].

6.2 Het hof stelt, evenals de kantonrechter, voorop dat bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen [appellante] en [geïntimeerde] als een arbeidsovereenkomst dient te worden aangemerkt, moet worden getoetst of de inhoud van de rechtsverhouding tussen die partijen voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst als vervat in artikel 7:610, eerste lid, BW. Er moet sprake zijn van arbeid, tegen loon, gedurende zekere tijd, op basis van een gezagsverhouding. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven, zoals onder meer volgt uit Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers) en Hoge Raad 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (Diosynth/Groot).

6.3 De kantonrechter heeft de omstandigheden van het geval beoordeeld en geconcludeerd dat deze onvoldoende wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het hof constateert dat [appellante] het gros van de door de kantonrechter gememoreerde omstandigheden die zich niet of moeilijk laten rijmen met het bestaan van een arbeidsovereenkomst – en zeker een full time arbeidsovereenkomst – niet aanvecht.

[appellante] betwist de indexeringsafspraken en stelt dat het zowel haar bedoeling als de bedoeling van [bestuurder] was dat zij in 2003 haar baan bij de [werkgever] (c.q. de Stichting [X]) op zou geven om in dienst van [geïntimeerde] te treden. [geïntimeerde] heeft dat laatste betwist. Een toereikend gespecificeerd bewijsaanbod ligt op dat punt ook niet voor. De kantonrechter heeft terecht vraagtekens geplaatst bij de redenering van [appellante] dat een en ander voordeliger zou zijn. Zij verdiende immers aanzienlijk meer bij [werkgever] (voor een parttime baan) dan zij bij [geïntimeerde] ontving voor, naar zij stelt, een full time betrekking. Dat zij een “duurdere” kracht bij [geïntimeerde] zou hebben uitgespaard, is evenmin aangetoond.

6.4 [appellante] ontkent voorts – voor het eerst in appel – de indexeringsafspraken. [geïntimeerde] heeft als productie 1 bij de conclusie van antwoord een verklaring van [accountant], Accountant-Administratieconsulent bij Countus, overgelegd waarin deze verklaart dat is afgesproken dat de vergoeding jaarlijks zou worden geïndexeerd. Vast staat dat zulks ook is gebeurd. [appellante] ontkent de afspraak, maar stelt niet wat er volgens haar dan wel is afgesproken. Het hof is van oordeel

dat, ook wanneer ervan zou worden uitgegaan dat de indexatie niet op een afspraak met ook [appellante] zou berusten, zulks de redenering van de kantonrechter in de kern niet aantast. Deze komt er immers op neer dat [appellante] tussen 2003 en 2012 het haar uitbetaalde bedrag – inclusief de feitelijke indexaties – nimmer heeft aangevochten, wat zich niet goed verhoudt met haar stelling dat sprake was van een gewone arbeidsovereenkomst waarbij een gewoon CAO-loon hoort.

6.5 Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat het jarenlang uitbetaalde, zeer ver onder het minimummaandloon liggende bedrag dat tot de relatiebreuk nooit is aangevochten, het ontbreken van loonstroken waarvoor hetzelfde geldt, het ontbreken van een werkrooster, van een vakantiekaart en vakantiegeld – ook nimmer aangevochten – en de door de kantonrechter geciteerde passage van wat ter comparitie door [appellante] is verklaard, in onderling verband bezien meer wijzen op het meewerken in het bedrijf van haar echtgenoot dan op het bestaan van een daadwerkelijke arbeidsovereenkomst. De omvang van de feitelijke werkzaamheden ten behoeve van dit bedrijf – waarvoor beide partijen diverse verklaringen in het geding hebben gebracht die elkaar tegenspreken – doet er daarbij niet toe. De kantonrechter heeft die vraag terecht onbeantwoord mogen laten en was niet gehouden tot een nader onderzoek naar de hoeveelheid uren die [appellante] daadwerkelijk aan de camping besteedde (en niet aan de opvoeding van de kinderen die klaarblijkelijk ook deels op de camping plaatsvond). Het hof passeert het daarop betrekking hebbende bewijsaanbod als niet terzake doend.

6.6 Aldus blijven alleen nog over de jaargaven en de briefwisseling die er tussen de (toenmalige) advocaten heeft plaatsgevonden direct voorafgaand aan het kort geding dat heeft uitgemond in het onder 4.2.9 bedoelde vonnis van 17 oktober 2012. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat deze jaargaven het totale beeld over de afspraken rond de inzet van [appellante] op [geïntimeerde] niet doen kantelen en dat deze jaargaven eerder zien op een fiscale constructie om de inzet van [appellante] zo voordelig mogelijk te maken. De brieven dienen in het licht van die jaargaven te worden beoordeeld; daaruit kan bepaald niet worden afgeleid dat [appellante] en [geïntimeerde] toen over het bestaan van de door [appellante] gestelde full time arbeidsovereenkomst op één lijn zaten, nog daargelaten dat een partij – behoudens de hier niet aan de orde zijnde figuur van de gerechtelijke erkenning – in de loop van een geschil haar standpunt mag wijzigen.

6.7 Het hof is, alle omstandigheden afwegende, van oordeel dat de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen niet voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst als vervat in artikel 7:610, eerste lid, BW. Daarmee is in zoverre het lot van de grief ten nadele van [appellante] bezegeld.

6.8 Wel resteert de vraag of indien van een dergelijke fiscale constructie met een arbeidsrechtelijke component gebruik is gemaakt, één der partijen die constructie eenzijdig, zonder opzegtermijn of compensatie kan beëindigen. Het hof is van oordeel dat, daargelaten de door de voorzieningenrechter in zijn vonnis van 17 oktober 2012 gebezigde redenering, de uitkomst dat [geïntimeerde] de met [appellante] overeengekomen regeling niet zomaar naar welgevallen mocht beëindigen en gehouden was een bepaalde, op het arbeidsrecht geïnspireerde, termijn in acht te nemen, op zich passend. De precieze modaliteiten van die uitspraak – bijvoorbeeld de vraag of een wettelijke verhoging wel passend is – gaan evenwel het bestek van het onderhavige appel te buiten.

6.9 In grief II klaagt [appellante] er tevergeefs over dat de kantonrechter zich niet heeft uitgelaten over het subsidiaire deel

van haar vordering (betaling van het wettelijk minimumloon dan wel zodanig salaris als de Kantonrechter in goede justitie zal vermenen te behoren). Het hof overweegt dat de kantonrechter het bestaan van een arbeidsovereenkomst van 38 uur niet aangetoond acht, wat impliceert dat ook de subsidiaire vordering tot betaling van het wettelijk minimumloon over 38 uur per week niet toewijsbaar is. De meer subsidiaire vordering tot betaling van een door de rechter in goede justitie te betalen loon, is door [appellante] in eerste aanleg niet verder toegelicht, zodat de kantonrechter daaraan ook geen expliciete overweging behoeft te wijden. Aangezien het hof, gelijk hiervoor is overwogen, geen arbeidsovereenkomst aanwezig acht, stuiten daarop alle vorderingen tot betaling van enig “extra” bedrag aan loon af.

6.10 Grief IV komt in wezen neer op een herhaling van grief II, en deelt eenzelfde lot.

6.11 Grief III keert zich tegen de te summier weergaven van de stellingen van [appellante] door de kantonrechter. Deze grief is geen beter lot beschoren dan de vorige grief, aangezien [appellante] niet aangeeft welke essentiële stelling die tot een andere uitkomst had moeten leiden, door de kantonrechter ten onrechte niet is besproken. Er is voorts geen rechtsregel die de rechter voorschrijft dat alle door een partij ingenomen stellingen in het vonnis moeten worden herhaald.

6.12 In grief VI herhaalt [appellante] haar betoog dat de kantonrechter gehouden was een nader onderzoek te doen naar de omvang van de door haar verrichte werkzaamheden. Deze grief strandt op hetgeen het hof hiervoor onder 6.5 heeft overwogen.

7 De subsidiaire eis

7.1 [appellante] vordert in appel subsidiair een vergoeding conform de CAO Recreatie althans het minimumloon, althans € 25.000,- op grond van het bestaan van een overeenkomst van opdracht, althans een opdracht *sui generis*. Waarom de door [appellante] verrichte werkzaamheden als een overeenkomst van opdracht moeten worden bestempeld, wordt door haar verder niet toegelicht. Voor een dergelijke overeenkomst geldt overigens noch de CAO noch de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Dat zelfde geldt ook voor de niet nader gespecificeerde overeenkomst *sui generis*.

7.2 Voor de (beroepsmatige) overeenkomst van opdracht geldt voorts nog dat ingevolge artikel 7:405, tweede lid, BW slechts aanspraak gemaakt kan worden op het contractueel afgesproken loon. Een op de gebruikelijke wijze berekend dan wel een redelijk loon komt eerst in beeld wanneer geen contractueel loon is afgesproken; die situatie doet zich niet hier niet voor.

7.3 [appellante] vordert genoemde bedragen onder aftrek van wat reeds is betaald, wat alleen maar kan slaan op het op de jaargaven verantwoorde bedrag. Elke toelichting hoe deze vordering zich verhoudt tot genoemd wetsartikel, ontbreekt. Voor zover de vordering (mede) op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is gestoeld, geldt evenzeer dat een toereikende feitelijke grondslag ontbreekt.

7.4 Het hof heeft hiervoor al aangegeven dat volgens het hof sprake is van buiten dienstverband, zonder gezagsverhouding, meewerken in het bedrijf van de echtgenoot. Daarbij past niet het toekennen met terugwerkende kracht van enige (aanvullende) vergoeding van € 25.000,- dan wel een lager bedrag. Of dit meewerken reden is om de tussen de beide echtelieden geldende koude uitsluiting aan te tasten, is voorwerp van geschil in de parallelle verzoekschriftenprocedure. De subsidiaire eis is niet voor inwilliging vatbaar.

8 De slotsom

De grieven treffen geen doel. Het eindvonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd, onder veroordeling van [appellante] in de kosten van het appel, voor wat het geliquideerde salaris van de advocaat in hoger beroep betreft te begroten op 1 punt naar tarief II. Het hof acht geen termen aanwezig om voor de beide akten zijdens [geïntimeerde] aanvullende punten toe te kennen.

Het appel tegen het comparitievonnis zal niet ontvankelijk worden verklaard.

9 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

verklaart [appellante] niet-ontvankelijk in haar hoger beroep gericht tegen het comparitievonnis d.d. 5 februari 2013;

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 12 november 2013;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde] vastgesteld op € 894,= voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 704,= voor verschotten;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. De feiten uit de onderhavige zaak zijn als volgt. Appellante (hierna: 'de vrouw') is in 1996 onder koude uitsluiting gehuwd met geïntimeerde (hierna: 'de man'), welke laatste bestuurder en enig aandeelhouder is van een besloten vennootschap. De BV exploiteert een camping, waar de vrouw voor en tijdens het huwelijk werkzaamheden heeft verricht. In 2001 zijn partijen tijdelijk uit elkaar gegaan wegens huwelijksproblemen. De vrouw heeft vervolgens elders een baan gezocht en gevonden. Nadat partijen in 2003 weer bij elkaar zijn gekomen, heeft de vrouw haar baan opgezegd om opnieuw op de camping te werken. Vanaf januari 2004 ontving de vrouw uit de BV van de man maandelijks een bedrag van € 260,= met de omschrijving 'loon' op haar rekening. Dit nettobedrag werd jaarlijks verhoogd en bedroeg laatstelijk € 315,= per maand. De vrouw ontving geen loonstroken, maar wel een jaaropgave. In oktober 2004 is de echtscheiding uitgesproken en sindsdien is de maandelijkse betaling aan de vrouw gestaakt.

2. De vrouw vordert (onder meer) een verklaring voor recht dat de rechtsverhouding tussen partijen moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor 38 uur per week tegen een salaris conform de CAO Recreatie, althans tegen het wettelijk minimumloon.

3. Centraal staat de vraag of de overeenkomst tussen de echtelieden als een arbeidsovereenkomst is te kwalificeren. Het hof stelt voorop dat bij de beantwoording van die vraag moet worden getoetst of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst uit art. 7:610 lid 1 BW. Terecht wijst het hof hierbij op de arresten *Groen/Schoevers*¹ en *Diosynth/Groot*² waaruit volgt dat bij het kwalificeren van de arbeidsovereenkomst acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, waarbij niet alleen moet worden gekeken naar de partijbedoelingen, maar ook naar de wijze

waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

4. In navolging van de kantonrechter oordeelt het hof dat hier geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar slechts van een meewerken in het bedrijf van een echtgenoot.

Jarenlang is een bedrag uitbetaald dat ver onder het minimumloon ligt, er zijn nimmer loonstroken verstrekt, er is geen sprake van een werkrooster en evenmin van een vakantiekaart of vakantiegeld en tot slot heeft de vrouw haar andere baan – waarbij zij aanzienlijk meer verdiende voor minder uren – opgegeven voor een baan bij de man tegen een te indexeren vergoeding van € 260,=. Al deze omstandigheden laten zich volgens het hof moeilijk rijmen met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, met name nu de vrouw tegen dit alles niet eerder is opgekomen. Doorslaggevend bij het oordeel lijkt te zijn dat de indexeringsafspraken sterke trekken vertoont van een constructie waarbij op een fiscaal gunstige wijze een nettovergoeding uit de BV zou kunnen worden afgedragen aan de vrouw, nu uit de jaaropgaven blijkt dat de vergoeding zodanig was dat geen loonheffing behoefde plaats te vinden. Een arbeidsovereenkomst lijkt nimmer beoogd te zijn.

5. Dit oordeel van het hof is weinig verrassend met het oog op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de rechter bij de kwalificering van een arbeidsovereenkomst door schijnconstructies heen dient te prikken. Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin beide partijen hadden beoogd om geen arbeidsovereenkomst te sluiten door een

managementovereenkomst aan te gaan, met de bedoeling de werkgever van deelname aan een pensioenfonds te ontlasten, dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst toch tot de conclusie leidt dat aan alle vereisten voor een arbeidsovereenkomst was voldaan. De Hoge Raad voegde hieraan toe dat de toetsingscriteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zowel van toepassing zijn in gevallen waarin partijen twisten over de vraag of tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten, als wanneer een derde betoogt dat een tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden.³ In een tegengesteld geval sloten partijen een overeenkomst met het opschrift 'arbeidsovereenkomst' om op een fiscaal voordelige wijze een alimentatieregeling aan te gaan. De Hoge Raad maakte ook met deze schijnconstructie korte metten door te oordelen dat van een arbeidsovereenkomst feitelijk geen sprake was.⁴ Bij een derde voorbeeld stelde de kantonrechter in een tussenvonnis vast dat van een arbeidsovereenkomst sprake was, maar hij kwam terug op dit uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordeel toen bleek dat sprake was van een schijnconstructie om de partner van de zogenaamde werknemer aan een verblijfstitel te helpen. Hoewel op een dergelijke bindende eindbeslissing niet lichtvaardig mag worden teruggekomen, werd deze uitspraak in beroep en in cassatie (met een 81 RO-uitspraak) in stand gelaten.⁵ Hieruit blijkt het belang om schijnconstructies niet te dulden.

6. Het signaal dat het hof met de uitspraak wil geven lijkt duidelijk: de bescherming die het arbeidsrecht biedt, is uitsluitend bestemd voor partijen die daadwerkelijk een arbeidsverhouding aangaan en niet voor situaties waarin vanwege fiscale voordelen een arbeidsrelatie wordt nagebootst. Het 'lijkt' duidelijk, want het hof overweegt toch anders omtrent de beëindiging. De vraag of één der partijen de fiscale constructie eenzijdig of zonder

621

1 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

2 HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

3 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*X/PGGM*).

4 HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444 (*Van den Male/Den Hoedt*); vgl. HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1275 (*Abdalla/Window Gard*).

5 HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0424 (*Cosijn/UCN*).

compensatie kan beëindigen, wordt immers ontkennend beantwoord. Het hof overweegt dat de man de overeengekomen regeling niet zomaar mocht beëindigen en dat hij gehouden was een bepaalde – nota bene op het arbeidsrecht geïnspireerde – termijn in acht te nemen. Deze tamelijk onverwachte wending van het hof is opmerkelijk te noemen na de constatering dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is. De beschermende werking van het arbeidsrecht wordt immers gerechtvaardigd door het beginsel van ongelijkheidscompensatie wegens de juridische ondergeschiktheid en economische afhankelijkheid die kenmerkend zijn voor een arbeidsverhouding. Deze rechtvaardiging ontbreekt, nu het hof constateert dat geen sprake is van een arbeidsverhouding. Ligt het niet veel meer in de lijn der verwachtingen om de beëindiging van de rechtsverhouding te regelen overeenkomstig het algemeen vermogensrecht en daarbij eventueel aansluiting te zoeken bij de overeenkomst van opdracht in plaats van bij de arbeidsovereenkomst? Overigens geldt volgens de leer van de duurovereenkomsten dat op grond van de redelijkheid en billijkheid mogelijk alsnog een termijn in acht gehouden dient te worden (vgl. HR 28 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Stedin/Ronde Venen*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*)). Een overweging met een verwijzing naar die leer had meer voor de hand gelegen.

7. Nu de arbeidsverhouding de toegangspoort vormt tot de bescherming uit titel 10 van boek 7 BW lijkt de constatering dat sprake is van een fiscale schijnconstructie en niet van een arbeidsovereenkomst mij afdoende om door te pakken naar de conclusie dat de vrouw geen rechten kan ontnemen aan de rechtsbescherming van het arbeidsrecht. Voor de mening dat dit onredelijk zou zijn met het oog op de jarenlange inzet van de vrouw in het bedrijf van de man, terwijl zij door koude uitsluiting van de gestelde jaarlijkse € 100.000,= winst niet profiteert en evenmin baten zal ondervinden van het bedrijfsvermogen dat zij heeft helpen opbouwen gedurende het huwelijk, bestaat voldoende ruimte in de parallelle verzoekschriftprocedure waarin de vrouw het standpunt inneemt dat onverkorte handhaving van de koude uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

8. Over de vraag of het beschermende karakter van het arbeidsrecht ook van toepassing is in fiscale constructies, is de Hoge Raad duidelijk: schijnconstructies dient de rechter niet te dulden. Zodoende geniet het beschermende karakter van het arbeidsrecht zelf ook de nodige bescherming.

L. 't Mannetje

97

Gerechtshof Amsterdam
19 januari 2016, nr. 200.134.046/01
ECLI:NL:GHAMS:2016:96
(mr. Verscheure, mr. Cortenraad, mr. Dun)
Noot A.M.W. van Vlodrop

Stakingsrecht Publieksvriendelijke collectieve acties. Openbaar vervoer. Omvang schade. Korting op loon. Collectieve actie.

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

[BW art. 7:628]

Op de dienstverbanden die de vervoersondernemingen Connexion, Veolia en Arriva (hierna: de vervoersondernemingen) waren aangegaan met hun werknemers waren de bepalingen van de CAO Openbaar Vervoer (hierna: de cao) van toepassing. De tot dan toe geldende cao expireerde per 31 december 2007. Met het oog op een opvolgende cao hebben onder meer de vakbonden CNV en FNV (hierna: de bonden) en werkgeversvereniging Openbaar Vervoer begin 2008 onderhandelingen gevoerd. Omdat door partijen geen overeenstemming is bereikt, hebben de bonden de vervoersondernemingen collectieve acties aangezegd tegen 17 april 2008 en hun leden opgeroepen tot het voeren van die acties. Door de vervoersondernemingen zijn jegens de werknemers die hebben meegedaan aan publieksvriendelijke collectieve acties, te weten het niet verkopen en controleren van vervoersbewijzen en het staken buiten de spitsuren, sancties in de vorm van kortingen op hun salaris toegepast. De bonden vorderen primair voor recht te verklaren dat het de vervoersondernemingen niet vrij stond om kortingen toe te passen op de lonen en de loongerelateerde arbeidsvoorwaarden van de werknemers die in 2008 publieksvriendelijke collectieve acties voerden. Zij vorderen daarbij de vervoersondernemingen te veroordelen tot betaling van de ter zake ingehouden bedragen. De bonden menen dat er geen grondslag was voor de vervoersondernemingen om deze kortingen toe te passen, nu geen sprake was van ontwrichting van het bedrijf van de vervoersondernemingen. De subsidiaire vorderingen hebben onder meer betrekking op de hoogte van de door de vervoersondernemingen toegepaste kortingen. Door de kantonrechter zijn de vorderingen van de bonden afgewezen. De vervoersondernemingen waren in beginsel gerechtigd een korting toe te passen op de lonen van de werknemers die aan de publieksvriendelijke collectieve acties hebben deelgenomen. Daarnaast moet, gelet op de bevindingen van de deskundige, worden geconcludeerd dat de vervoersondernemingen door de onderhavige acties een zodanige schade hebben geleden dat de door hen toegepaste korting niet ongerechtvaardigd is geweest. Het hof oordeelt als volgt. De stelling van de bonden dat een werkgever de stakende en de niet stakende werknemers als collectiviteit dient te beschouwen, houdt geen stand. Uit het NS-arrest (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688) volgt immers, anders dan door de bonden is gesuggereerd, niet dat een werkgever in het geval van collectieve acties een evenredige korting moet toepassen op het loon