

‘Stoof/Mammoet-toetsing’ doorstonden.¹¹ Hierbij is wel van belang op te merken dat de werkgever in laatstgenoemde uitspraak had toegezegd de loonsverlaging ongedaan te maken zodra de financiële situatie dat mogelijk maakte.

In tegenstelling tot het eenzijdig verlagen van het loon, zoals in voornoemde uitspraken aan de orde was, ging het in de onderhavige uitspraak om het opschorten van het loon. De werknemers zijn het loon in beginsel dus niet kwijt. De Rechtbank Amsterdam lijkt de mogelijkheid om het loon op te schorten wegens een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie door buitengewone omstandigheden niet uit te sluiten. Naar onze mening is dit niet heel opmerkelijk. Wij lichten dat toe.

Ten eerste is opschorting van het loon in Titel 10 van Boek 7 BW – weliswaar onder andere omstandigheden – geen onbekende figuur. Zo is een werkgever bevoegd, na kennisgeving daarvan aan de werknemer, het loon van de werknemer op te schorten indien de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever nodig heeft om het recht op loon vast te stellen.¹²

Daarnaast is het ex art. 7:629 BW ook niet ongebruikelijk dat een werknemer gedeeltelijk in zijn loon terugvalt in geval hij de bedongen arbeid niet heeft verricht, omdat hij in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte daartoe verhindert was. De wet geeft de werknemer namelijk een loonaanspraak van ten minste 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon en niet van 100%. Daarnaast bedraagt bijvoorbeeld ook een WW-uitkering in beginsel 70% van het laatstverdiende loon. Kennelijk is een inkomensachteruitgang van 30% dus nog acceptabel.

Om een werknemer vervolgens meer ‘comfort’ te bieden bij het maken van afspraken omtrent het opschorten van de loonbetaling c.q. in het kader van het doen van een redelijk voorstel, zou wellicht aansluiting kunnen worden gezocht bij de Loongarantieregeling. De Loongarantieregeling komt erop neer dat het UWV bepaalde loonbetalingsverplichtingen overneemt van de in betalingsonmacht verkerende werkgever. Het gaat hierbij onder meer om het loon over dertien weken voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst.¹³ In dat verband zou het loon bijvoorbeeld steeds gedurende dertien weken kunnen worden opgeschort. Na dertien weken zal dan steeds de eerste week moeten worden ingelopen, zodat de periode van dertien weken blijft ‘meelopen’. Aan deze mogelijkheid zijn uiteraard wel de nodige haken en ogen verbonden. Immers, het zal in de praktijk lastig te voorspellen zijn of over dertien weken wel voldoende middelen voorhanden zijn om de achterstand in te lopen. Het gaat echter buiten het bestek van deze bijdrage om daar nader op in te gaan.

Alles in acht nemende zien wij in ieder geval wel mogelijkheden om het loon op te schorten in verband met een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie. Een redelijk voorstel zou in dat verband kunnen zijn dat betaling van 30% van het loon steeds gedurende dertien weken wordt opgeschort, waarbij tevens afspraken worden gemaakt over het inlopen van de achterstanden c.q. het ‘meelopen’ van de dertien weken. In dat geval is onzes inziens in ieder geval sprake van

een inkomensachteruitgang die niet te groot is, heeft de inkomensachteruitgang een tijdelijke aard en zijn/worden afspraken gemaakt over het inlopen van de achterstanden. Ook in het geval van betalingsonmacht van de werkgever loopt de werknemer in dat geval in beginsel geen c.q. minder risico door de Loongarantieregeling. Tot slot is nog van belang te benadrukken dat overleg met de werknemer(s) te allen tijde essentieel is.

Conclusie

Opschorting van een deel van het loon in verband met een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie door buitengewone omstandigheden brengt volgens de Rechtbank Amsterdam in beginsel met zich dat van de werknemer kan worden gevraagd om – in overleg – bepaalde arbeidsrechtelijke afspraken op te schorten of zelfs volledig prijs te geven. Om vervolgens het loon op te kunnen schorten, is het van belang dat de inkomensachteruitgang niet te groot is, tijdelijk van aard is en dat afspraken worden gemaakt over het inlopen van de achterstanden.

mr. M.D. van Vliet en mr. M.A. Hoogendoorn
advocaat resp. studierend juridisch medewerker bij Schaap
Advocaten Notarissen

113

Geen werk door corona, toch loon...

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
29 mei 2020, nr. 8487687_E29052020,
ECLI:NL:RBOBR:2020:2838
(mr. Loesberg)
Noot mr. L.T.D. van den Berg

Arbeidsovereenkomst bepaalde tijd. Loonvordering. Geen arbeid wel loon. Overeenstemming. Aanvaarding. Mondeling.

[BW art. 7:625, 6:217, 6:219, 7:610, 7:628]

Essentie: Loonvordering toegewezen. Voldoende aannemelijk is dat op enig moment (mondeling) overeenstemming is bereikt over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Uit het handelen van werkgever blijkt dat hij ervan uitging dat werknemer het aanbod had aanvaard.

Samenvatting: In 2019 heeft werknemer acht achtereenvolgende maanden (maart tot en met oktober) werkzaamheden verricht voor werkgever in de functie van valkenier. Deze werkzaamheden zijn door werknemer uitgevoerd bij het Kurpfalz-Park in Duitsland. Werknemer was in die periode tijdelijk woonachtig in Duitsland. Werknemer en het Kurpfalz-Park hebben na afloop van het seizoen 2019 uitgesproken dat zij in het nieuwe jaar de samenwerking willen voortzetten. Op 30 januari 2020 heeft X via e-mail een ondertekend document, getiteld: ‘Arbeidsovereenkomst 2020’ aan werknemer gestuurd, waarin onder meer stond dat werknemer per 4 maart 2019 in dienst treedt en aan hem maandelijks € 1.750,- zal worden voldaan. In januari 2020 heeft werkgever € 1.750,- aan werknemer betaald. In februari 2020 heeft werkgever ook € 1.750,- aan werknemer voldaan. Vervolgens heeft werkgever op 1

11 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414.

12 Art. 7:629 lid 6 BW.

13 Art. 64 WW.

mei 2020 € 3.500,= aan werknemer betaald. Het Kurpfalz-Park is in het voorjaar van 2020 enige tijd gesloten geweest in verband met de coronacrisis. Werknemer heeft in de periode van 1 januari 2020 tot 18 mei 2020 geen werkzaamheden verricht in het Kurpfalz-Park. Werknemer verzoekt betaling van achterstallig loon.

Voor de beantwoording van de vraag of werknemer recht heeft op betaling van loon over de maand mei 2020 en de wettelijke verhoging over het loon van de maanden maart en april 2020, zal beoordeeld moeten worden of tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Volgens werknemer is dit het geval, terwijl werkgever stelt dat het aanbod daartoe tijdig is ingetrokken. Om vast te kunnen stellen of sprake is van een overeenkomst dient voldoende aannemelijk te zijn dat werknemer het aanbod heeft aanvaard. Niet gebleken is dat werknemer dat aanbod schriftelijk heeft aanvaard. Daarom moet beoordeeld worden of de aanvaarding op andere wijze dan op schriftelijke wijze heeft plaatsgevonden. Overigens is ook niet gebleken dat werkgever het aanbod schriftelijk heeft ingetrokken. Bij de beoordeling wordt vooropgesteld dat niet ter discussie staat dat werknemer, werkgever en het Kurpfalz-Park aan het einde van het seizoen in 2019 hebben uitgesproken dat zij de onderlinge samenwerking in 2020 wensen voort te zetten. De kantonrechter overweegt dat werkgever van meet af aan uitvoering heeft gegeven aan de arbeidsovereenkomst door in januari 2020 € 1.750,=, in februari 2020 € 1.750,= en op 1 mei 2020 € 3.500,= aan werknemer te betalen. Dat werkgever op 7 april 2020 telefonisch het aanbod tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst heeft ingetrokken, acht de kantonrechter gelet op de voornoemde betaling van 1 mei 2020 dan ook niet aannemelijk. Dat de door werkgever opgestelde arbeidsovereenkomst niet door werknemer is ondertekend, maakt het voorgaande niet anders. Een arbeidsovereenkomst kan immers ook op een andere wijze tot stand komen. Ook het feit dat werknemer de vogels op 1 april 2020 niet bij werkgever heeft opgehaald, doet aan het voorgaande niet af. De conclusie is dat aannemelijk is dat partijen op enig moment (mondeling) overeenstemming hebben bereikt over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit brengt mee dat werknemer op grond van die overeenkomst recht heeft op betaling van loon. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt uit het feitelijk handelen van werkgever dan ook dat hij ervan uitging dat werknemer het door X gedane aanbod heeft aanvaard. Ook het verweer van werkgever dat hij geen loon aan werknemer is verschuldigd omdat hij in het jaar 2020 (nog) geen feitelijke arbeid heeft verricht, slaagt niet. Het bekende adagium 'geen arbeid, geen loon' is met de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans op 1 januari 2020 immers komen te vervallen en is – kort gezegd – gewijzigd in 'geen arbeid, wel loon'. Duidelijk is dat het werk van werknemer seizoensgebonden is en dat hij daarom in de maanden januari en februari in ieder geval geen arbeid zal verrichten. Dat werknemer ook in de maanden daarna geen arbeid heeft verricht, kan gelet op alle omstandigheden (de coronacrisis) niet aan hem worden tegengeworpen, zodat werkgever op basis van art. 7:628 lid 1 BW het loon aan werknemer dient te betalen. De kantonrechter wijst de vordering tot betaling van het loon over de maand mei 2020 (€ 1.750,=) daarom toe.

[eiser],
wonende te [woonplaats],
eiser,
gemachtigde: mr. R. Janssen,

tegen

1. de vennootschap onder firma VOF [gedaagde sub 1], gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [gedaagde sub 2] vennoot van gedaagde sub 1, wonende te [woonplaats],
3. [gedaagde sub 3] vennoot van gedaagde sub 1, wonende te [woonplaats],

gedaagden,

gemachtigde: mr. J.H. Keulen.

Partijen worden hierna aangeduid als '[eiser]' en '[gedaagden]'. Waar nodig worden gedaagden afzonderlijk '[gedaagde sub 1]', '[gedaagde sub 2]' en '[gedaagde sub 3]' genoemd.

1. De procedure

1.1. Het procesverloop blijkt uit:

- a. de dagvaarding in kort geding van 8 mei 2020 met bijlagen 1 tot en met 6;
- b. de bij e-mail van 14 mei 2020 toegezonden bijlagen 1 tot en met 3 van [gedaagden]

1.2. Op 18 mei 2020 is de zaak mondeling behandeld. In verband met de coronacrisis heeft de mondelinge behandeling via een skypeverbinding plaatsgevonden. Tijdens de zitting hebben partijen nadere informatie verstrekt en hun standpunten toegelicht. Verder hebben partijen vragen van de kantonrechter beantwoord. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gebracht. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling hebben beide gemachtigden spreekantekeningen toegezonden.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. [gedaagden] houden zich bezig met professionele valkerij. [gedaagden] hebben een samenwerkingsverband met het Kurpfalz-Park in Wachenheim, Duitsland (hierna: het Kurpfalz-Park).

2.2. [eiser] (geboren op [geboortedatum]) heeft in de functie van valkenier werkzaamheden verricht voor [gedaagden]

2.3. In 2018 heeft [eiser] acht opeenvolgende maanden (maart tot en met oktober) werkzaamheden uitgevoerd voor [gedaagden]. Deze werkzaamheden zijn door [eiser] uitgevoerd in Nederland. [gedaagden] hebben in die periode acht keer € 1.509,39 bruto aan [eiser] betaald.

2.4. In 2019 heeft [eiser] acht achtereenvolgende maanden (maart tot en met oktober) werkzaamheden verricht voor [gedaagden]. Deze werkzaamheden zijn door [eiser] uitgevoerd bij het Kurpfalz-Park. [eiser] was in die periode tijdelijk woonachtig in Duitsland. [gedaagden] hebben in die periode acht keer € 1.800,= netto aan [eiser] betaald.

2.5. [gedaagden], [eiser] en het Kurpfalz-Park hebben na afloop van het seizoen 2019 uitgesproken dat zij in het nieuwe jaar de samenwerking willen voortzetten.

2.6. Op 30 januari 2020 heeft [gedaagde sub 2] via e-mail een document, getiteld: 'Arbeidsovereenkomst 2020', aan [eiser] gestuurd. Dit document was op dat moment al door [gedaagde sub 2] ondertekend. Daarin staat, voor zover hier van belang, het volgende vermeld:

'(...) ARTIKEL 1

Werknemer treedt met ingang van 4 maart 2019 in dienst van werkgever. Deze arbeidsovereenkomst wordt op grond van klimatologische en natuurlijke omstandigheden aangegaan voor de periode van 8 maanden en wel van 4 maart 2019 tot en met 3 november 2019. De werkgever zal de werknemer uiterlijk een maand voor afloop van deze arbeidsovereen-

komst schriftelijk informeren of de arbeidsovereenkomst wordt verlengd of niet. (...)

ARTIKEL 7 TOEPASSING LOONSCHALEN

Dhr. [eiser] ontvangt € 21.000,= netto per jaar. Dit bedrag wordt verdeeld over 12 maanden. Er zal dus maandelijks € 1.750,= worden overgemaakt. In dit bedrag zijn vakantiegeld en eventuele andere toeslagen bij inbegrepen.

Dhr. [eiser] is werkzaam van 1 januari 2020 t/m 31 december 2020. (...)

2.7. In januari 2020 hebben [gedaagden] € 1.750,= aan [eiser] betaald. In februari 2020 hebben [gedaagden] ook € 1.750,= aan [eiser] voldaan. Vervolgens hebben [gedaagden] op 1 mei 2020 € 3.500,= aan [eiser] betaald.

2.8. Het Kurpfalz-Park is in het voorjaar van 2020 enige tijd gesloten geweest in verband met de wereldwijde coronacrisis. Ten tijde van de mondelinge behandeling (18 mei 2020) is het Kurpfalz-Park weer gedeeltelijk open, maar er vinden (nog) geen vogelshows plaats. [eiser] heeft in de periode van 1 januari 2020 tot 18 mei 2020 geen werkzaamheden verricht in het Kurpfalz-Park.

3. Het geschil

3.1. [eiser] vordert bij wijze van voorlopige voorziening, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, – kort gezegd – [gedaagden] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van:

- de wettelijke verhoging van 50% over het loon van de maand maart 2020;
- het loon met betrekking tot de maand mei 2020, te weten € 1.750,=;
- de onder a. en b. genoemde bedragen te vermeerderen met wettelijke rente;
- e proceskosten en nakosten.

3.2. In de eis (petitum) van de dagvaarding vordert [eiser] alleen betaling van de wettelijke verhoging over het loon van de maand maart 2020 (zoals hiervoor bij 3.1 onderdeel a. is weergegeven). Gelet op alinea 30 van de dagvaarding en de door de gemachtigde van [eiser] tijdens de mondelinge behandeling gegeven toelichting, gaat de kantonrechter ervan uit dat sprake is geweest van een omissie bij het opstellen van de eis en dus dat [eiser] heeft bedoeld om ook de wettelijke verhoging over het loon van de maand april 2020 te vorderen. Daarom wordt hierna ook de vordering tot betaling van de wettelijke verhoging over het loon van de maand april 2020 beoordeeld.

3.3. Aan het gevorderde legt [eiser] – samengevat – ten grondslag dat hij met [gedaagden] een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en dat [gedaagden] hebben verzuimd om het op grond van die overeenkomst aan hem toekomende loon over de maand mei 2020 te betalen. Verder hebben [gedaagden] het loon over de maanden maart en april 2020 niet op tijd betaald, zodat [eiser] recht heeft op de maximale wettelijke verhoging van 50% als bedoeld in artikel 7:625 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarnaast vordert hij betaling van wettelijke rente. [eiser] heeft een spoedeisend belang, omdat hij van dit loon afhankelijk is om in zijn levensonderhoud te voorzien.

3.4. Meer specifiek stelt [eiser] dat partijen op 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst voor de duur van twaalf maanden zijn overeengekomen met een salaris van € 1.750,= per maand, omdat [gedaagden] daartoe een aanbod hebben gedaan en hij dit vervolgens heeft geaccepteerd. Zo heeft [eiser] de door [gedaagden] via e-mail gestuurde arbeidsovereenkomst geprint, getekend en diezelfde week per post aan [gedaagden] geretourneerd. Volgens [eiser] wordt het bestaan van die arbeidsovereenkomst bovendien bevestigd doordat hij in janua-

ri 2020 € 1.750,= [gedaagden] heeft ontvangen en ook in februari 2020 hebben [gedaagden] € 1.750,= aan hem betaald. Daarnaast hebben zij met betrekking tot de maanden maart en april 2020 op 1 mei 2020 € 3.500,= aan [eiser] voldaan. Dat hij in 2020 (nog) geen feitelijke werkzaamheden heeft uitgevoerd, is niet aan hem te wijten. Partijen hebben immers afgesproken dat het salaris maandelijks (dus vanaf 1 januari 2020 tot en met 31 december 2020) aan [eiser] wordt betaald, terwijl de daadwerkelijke werkzaamheden in het Kurpfalz-Park slechts acht maanden in beslag nemen en pas omstreeks maart/april 2020 aanvangen. Op het moment dat de werkzaamheden zouden aanvangen, brak de coronacrisis uit. Gelet daarop is het Kurpfalz-Park sinds enige weken gesloten, zodat [eiser] niet in staat is om zijn werkzaamheden daar uit te voeren.

3.5. [gedaagden] voeren verweer en stellen dat alle vorderingen van [eiser] moeten worden afgewezen, met veroordeling van [eiser] in de proceskosten. In de kern betwisten zij het bestaan van de door [eiser] gestelde arbeidsovereenkomst, zodat zij geen loon aan [eiser] zijn verschuldigd. Weliswaar hebben partijen in het verleden arbeidsovereenkomsten met elkaar gesloten en hebben [gedaagden] over het jaar 2020 betalingen aan [eiser] gedaan, maar het door [gedaagden] aan [eiser] gedane aanbod tot het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst in 2020 is door [gedaagden] ingetrokken vóórdat het aanbod door [eiser] is geaccepteerd. Zij hebben immers nooit een door [eiser] ondertekende arbeidsovereenkomst retour ontvangen. Volgens [gedaagden] zijn de door haar betaalde bedragen dan ook onverschuldigd gedaan. Verder hebben zij aangevoerd dat er geen andere passende werkzaamheden voor [eiser] beschikbaar zijn. Tijdens de mondelinge behandeling hebben [gedaagden] aan het verweer toegevoegd dat [eiser] in 2020 geen arbeid heeft verricht, zodat hem ook om die reden geen loon toekomt.

3.6. Op de overige stellingen en verweren van partijen zal hierna in de beoordeling, voor zover van belang, worden ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegde rechter en toepasselijk recht

4.1. [eiser] verzoekt kort gezegd betaling van (achterstallig) loon. Partijen zijn het erover eens dat de in dit kader door [eiser] uit te voeren werkzaamheden doorgaans worden verricht in Duitsland. Dit brengt mee dat deze zaak internationale aspecten heeft. Daarom moet eerst (ambtshalve) de vraag beantwoord worden of de Nederlandse rechter bevoegd is om van de vordering van [eiser] kennis te nemen, en welk recht van toepassing is.

4.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de Nederlandse rechter bevoegd is om over dit geschil te oordelen. Dit volgt ook uit artikel 21 lid 1 onder a van de Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (de herschikte EEX-verordening). In dat artikel staat namelijk dat de werkgever met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat kan worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. [gedaagden] zijn gevestigd in [vestigingsplaats], Nederland, zodat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt en de kantonrechter te 's-Hertogenbosch bevoegd is om van de vordering kennis te nemen.

4.3. Daarnaast staat niet tussen partijen ter discussie dat Nederlands recht moet worden toegepast. Uit artikel 4 van de op

30 januari 2020 door [gedaagden] aan [eiser] aangeboden arbeidsovereenkomst blijkt dat partijen uitdrukkelijk hebben gekozen voor Nederlands recht. Bovendien hebben partijen tijdens de mondelinge behandeling verklaard, voor zover dat niet uit voornoemde overeenkomst mocht blijken, dat zij (impliciet) hebben gekozen voor de toepasselijkheid van Nederlands recht. Dit stemt overeen met artikel 3 van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

4.4. Het voorgaande betekent dat de kantonrechter zich bevoegd acht om over dit geschil te beslissen met toepassing van het Nederlandse recht.

Spoedeisendheid

4.5. Vervolgens moet de vraag beantwoord worden of [eiser] een spoedeisend belang heeft bij de door hem gevorderde voorziening. Zijn vordering strekt in essentie tot betaling van (achterstallig) loon. Loonvorderingen zijn naar hun aard vrijwel altijd spoedeisend. [gedaagden] hebben het bestaan van een spoedeisend belang aan de zijde van [eiser] ook niet betwist of anderszins ter discussie gesteld. [eiser] heeft dus voldoende spoedeisend belang en hij is daarom ontvankelijk in zijn vordering.

Beoordelingskader kort geding

4.6. Bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering wordt het volgende voorop gesteld. Voor toewijzing van de vordering in kort geding is vereist dat de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn en dat het ook in voldoende mate waarschijnlijk is dat die vordering in een nog te voeren gewone procedure (bodempcedure) zal worden toegewezen. Voor nader onderzoek naar bepaalde feiten en omstandigheden of voor bewijslevering door bijvoorbeeld getuigen, is in dit kort geding in beginsel geen plaats. Dat moet gebeuren in een eventuele bodempcedure. De beoordeling in dit kort geding is dan ook niet meer dan een voorlopig oordeel over het geschil tussen partijen.

Zijn partijen een arbeidsovereenkomst overeengekomen?

4.7. Voor de beantwoording van de vraag of [eiser] recht heeft op betaling van loon over de maand mei 2020 en de wettelijke verhoging over het loon van de maanden maart en april 2020, zal beoordeeld moeten worden of tussen partijen een overeenkomst (in dit geval een arbeidsovereenkomst) tot stand is gekomen. Volgens [eiser] is dit het geval, terwijl [gedaagden] stellen dat het aanbod daartoe tijdig is ingetrokken.

4.8. Op grond van artikel 6:217 lid 1 BW komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Zowel een aanbod als een aanvaarding daarvan kan in iedere vorm geschieden: door een uitdrukkelijke wilsverklaring of een feitelijk handelen, een nalaten daaronder begrepen. Daarbij geldt dat een overeenkomst (ook) mondeling kan worden gesloten en dat voor het ontstaan van een overeenkomst niet per se een handtekening is vereist. Of een wilsverklaring of een feitelijk handelen als een aanbod respectievelijk aanvaarding daarvan heeft te gelden, is een kwestie van uitleg. Het komt daarbij aan wat partijen hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid en mochten afleiden. Indien een aanbod is gedaan, kan dat aanbod volgens artikel

6:219 lid 2 BW worden herroepen (ingetrokken) zolang het aanbod nog niet is aanvaard.

4.9. Artikel 7:610 lid 1 BW definieert de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

4.10. Uit de door [gedaagde sub 2] op 30 januari 2020 aan [eiser] gestuurde e-mail, met als bijlage het document getiteld: 'Arbeidsovereenkomst 2020', blijkt dat [gedaagden] een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst hebben gedaan. Om vast te kunnen stellen dat sprake is van een overeenkomst dient voldoende aannemelijk te zijn dat [eiser] voornoemd aanbod heeft aanvaard. Niet gebleken is dat [eiser] dat aanbod schriftelijk heeft aanvaard. Daarom moet beoordeeld worden of de aanvaarding op andere wijze dan op schriftelijke wijze heeft plaatsgevonden. Overigens is ook niet gebleken dat [gedaagden] het aanbod schriftelijk hebben ingetrokken.

4.11. Bij de beoordeling wordt voorop gesteld dat niet ter discussie staat dat [eiser], [gedaagden] en het Kurpfalz-Park aan het einde van het seizoen in 2019 hebben uitgesproken dat zij de onderlinge samenwerking in 2020 wensen voort te zetten. [gedaagden] hebben in dit kader niet weersproken dat zij met de voorwaarden van het Kurpfalz-Park bekend waren om het jaarloon van [eiser] in 2020 vast te stellen op een hoger bedrag dan in 2019, namelijk op € 21.000,-. Daarnaast hebben zij niet weersproken dat het bedrag van € 21.000,- gespreid over twaalf maanden door [gedaagden] aan [eiser] moet worden betaald (dit in tegenstelling tot 2019, toen alleen loon werd betaald over de maanden dat [eiser] daadwerkelijk werkzaam was in het Kurpfalz-Park, te weten van maart tot en met oktober). Dat [gedaagden] op de hoogte waren van deze voorwaarden, wordt bevestigd door de [gedaagden] opgestelde 'Arbeidsovereenkomst 2020' waarin in artikel 7 is vermeld dat: 'Dhr. [eiser] is werkzaam van 1 januari 2020 t/m 31 december 2020'. Daarnaast blijkt dit uit de door [gedaagden] als bijlage 1 overgelegde e-mail van 6 december 2019, waarin [gedaagde sub 2] schrijft: 'Ik kan het dus ook van januari tot en met december laten lopen? Zijn werk begint in april maar hij heeft zijn salaris liever gespreid over het jaar'.

4.12. Verder overweegt de kantonrechter dat [gedaagden] van meet af aan uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsovereenkomst door in januari 2020 € 1.750,-, in februari 2020 € 1.750,- en op 1 mei 2020 € 3.500,- aan [eiser] te betalen. Dit terwijl voor [gedaagden] volstrekt helder was dat [eiser] in de maanden januari en februari 2020 geen feitelijke arbeid bij het Kurpfalz-Park of anderszins zou verrichten, omdat die werkzaamheden (net als in 2019) pas in het voorjaar zouden aangaan. Daarbij neemt de kantonrechter ook in overweging dat [gedaagden] in januari en februari 2020 geen enkel voorbehoud richting [eiser] hebben geuit. Weliswaar hebben [gedaagden] in maart 2020 telefonisch contact opgenomen met [eiser] om hem mee te delen dat zij van het Kurpfalz-Park hebben vernomen dat het park zeer waarschijnlijk niet open kan gaan in verband met de coronacrisis, maar desondanks heeft dit [gedaagden] er niet van weerhouden om daarna nog een bedrag aan [eiser] te betalen. [gedaagden] hebben immers op 1 mei 2020 € 3.500,- (met betrekking tot de maanden maart en april 2020) aan [eiser] voldaan.

4.13. Dat [gedaagden] op 7 april 2020 telefonisch het aanbod tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst hebben ingetrokken, zoals door hen is gesteld en door [eiser] is betwist, acht de kantonrechter gelet op de voornoemde betaling van 1 mei 2020 dan ook niet aannemelijk. Temeer niet omdat [gedaag-

den] na 7 april 2020 op geen enkele manier aan [eiser] kenbaar hebben gemaakt dat het aanbod is ingetrokken, bijvoorbeeld door het sturen van een e-mail of een WhatsApp bericht. Dit had wel op de weg van [gedaagden] gelegen. Dat de door [gedaagden] opgestelde arbeidsovereenkomst niet door [eiser] is ondertekend, maakt het voorgaande niet anders. Een arbeidsovereenkomst kan immers ook op een andere wijze tot stand komen. Ook het feit dat [eiser] de vogels op 1 april 2020 niet bij [gedaagden] heeft opgehaald, doet aan het voorgaande niet af.

4.14. De conclusie is dat aannemelijk is dat partijen op enig moment (mondeling) overeenstemming hebben bereikt over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met als ingangsdatum 1 januari 2020 en met als einddatum 31 december 2020) tegen een salaris van € 1.750,= per maand en over het feit dat de werkzaamheden door [eiser] vanaf het voorjaar van 2020 in het Kurpfalz-Park worden uitgevoerd. Dit brengt mee dat [eiser] op grond van die overeenkomst recht heeft op betaling van loon. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt uit het feitelijk handelen van [gedaagden] dan ook dat zij ervan uitgingen dat [eiser] het door hen gedane aanbod heeft aanvaard.

4.15. Ook het verweer van [gedaagden] dat zij geen loon aan [eiser] zijn verschuldigd omdat hij in het jaar 2020 (nog) geen feitelijke arbeid heeft verricht, slaagt niet. Immers, het bekende adagium 'geen arbeid, geen loon' is met inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans op 1 januari 2020 komen te vervallen en is – kort gezegd – gewijzigd in 'geen arbeid, wel loon'. Op basis van het (huidige) artikel 7:628 lid 1 BW geldt dat de werkgever verplicht is het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Uit de rechtspraak blijkt dat veel omstandigheden in feite tot de risicosfeer van de werkgever worden gerekend. Naar het oordeel van de kantonrechter komt ook in dit geval het niet (kunnen) verrichten van de werkzaamheden door [eiser] voor rekening van [gedaagden]. Duidelijk is dat het werk van [eiser] seizoensgebonden is en dat hij daarom in de maanden januari en februari in ieder geval geen arbeid zal verrichten. Dat [eiser] ook in de maanden daarna geen arbeid heeft verricht, kan gelet op alle omstandigheden (waaronder de door het Kurpfalz-Park genomen maatregelen in verband met de coronacrisis) niet aan hem worden tegengeworpen, zodat [gedaagden] op basis van artikel 7:628 lid 1 BW het loon aan [eiser] dienen te betalen. Behoudens overduidelijke aanwijzingen voor het tegendeel mag er immers van worden uitgegaan dat [eiser] in die periode onverminderd beschikbaar was om zijn werkzaamheden uit te voeren. Dergelijke overduidelijke aanwijzingen zijn gesteld noch gebleken. [gedaagden] hebben in dit kader slechts aangevoerd dat er geen passende werkzaamheden voor [eiser] beschikbaar waren, in die zin dat [eiser] en [gedaagde sub 2] niet meer met elkaar kunnen samenwerken waardoor [eiser] op de locatie van [gedaagde sub 1] in [vestigingsplaats] niet welkom is om daar de vogels te trainen. Dit is echter onvoldoende om aan te nemen dat [eiser] in het geheel niet beschikbaar was voor het uitvoeren van (andere) werkzaamheden, al dan niet op locatie in [vestigingsplaats]. [eiser] heeft namelijk onweersproken gesteld dat hij meerdere keren heeft aangegeven dat hij beschikbaar is voor het verrichten van andere werkzaamheden.

4.16. Verder is niet gesteld of gebleken dat er een (rechtsgeldig) einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst door bij-

voorbeeld een rechtsgeldige opzegging, zodat [eiser] recht behoudt op loondoorbetaling.

Loon mei 2020

4.17. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de loonvordering in een eventuele bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat toewijzing in deze kort geding procedure gerechtvaardigd is. De kantonrechter wijst de vordering tot betaling van het loon over de maand mei 2020 (€ 1.750,=) daarom toe.

Wettelijke verhoging

4.18. Daarnaast vordert [eiser] betaling van de wettelijke verhoging van 50% over het loon van de maanden maart en april 2020, omdat [gedaagden] dit te laat hebben voldaan. Dat [gedaagden] het loon met betrekking tot de maanden maart en april 2020 te laat hebben betaald (namelijk op 1 mei 2020), is haar als werkgever toe te rekenen (artikel 7:616 BW). [eiser] heeft daarom in beginsel aanspraak op een verhoging wegens vertraging, ook wel de wettelijke verhoging genoemd (artikel 7:625 lid 1 BW). Op grond van de slotzin van artikel 7:625 lid 1 BW kan de rechter de verhoging beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval, waaronder met name de omstandigheid dat [eiser] aanspraak heeft op een groot bedrag aan loon terwijl daar geen door hem verrichte werkzaamheden tegenover staan, aanleiding om de wettelijke verhoging te matigen tot 10% van de loonbedragen.

Wettelijke rente

4.19. De gevorderde wettelijke rente over het toe te wijzen loon en wettelijke verhoging, is inhoudelijk niet weersproken en is gegrond op de wet. De wettelijke rente zal daarom zoals gevorderd worden toegewezen.

Proceskosten

4.20. [gedaagden] zijn grotendeels in het ongelijk gesteld. Daarom worden zij veroordeeld in de proceskosten. Omdat [eiser] procedeeert met een toevoeging, komen de dagvaardingskosten niet voor zijn rekening en kunnen deze niet als onderdeel van de proceskosten ten laste van [gedaagden] worden gebracht. De proceskosten worden tot en met vandaag als volgt vastgesteld:

– griffierecht € 236,=
– salaris gemachtigde € 480,=
Totaal € 716,=

4.21. [gedaagden] zullen daarnaast, zoals gevorderd, worden veroordeeld tot betaling van de nakosten. De nakosten worden conform landelijk beleid in kantonzaken begroot op een half salarispunt, met een maximum van € 120,=. In dit geval wordt een bedrag van € 120,= toegewezen. De gevorderde betekeningkosten zullen worden toegewezen zoals hierna onder de beslissing is vermeld.

Tot slot

4.22. Wat partijen verder nog naar voren hebben gebracht, hoeft niet meer nader te worden besproken, omdat dit in het licht van al wat in dit vonnis is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kan leiden.

5. De beslissing

De kantonrechter, rechtdoende in kort geding:

5.1. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan [eiser] van het loon ten bedrage van € 1.750,= bruto met betrekking tot de maand mei 2020, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vervaldatum tot aan de dag van betaling;

5.2. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan [eiser] van de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW over het loon in de maand maart 2020, gematigd tot 10%, zijnde € 175,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaltermijn van de maandvergoeding maart 2020 tot en met 1 mei 2020;

5.3. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan [eiser] van de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW over het loon in de maand april 2020, gematigd tot 10%, zijnde € 175,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaltermijn van de maandvergoeding april 2020 tot en met 1 mei 2020;

5.4. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot en met vandaag vastgesteld op € 716,=;

5.5. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, in de kosten die na dit vonnis ontstaan, begroot op € 120,= als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast), te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [gedaagden] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van de betekening van het vonnis;

5.6. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

'Wie schrijft, die blijft', heeft de werkgever bij aanvang van deze zaak misschien gedacht. Als de coronastorm is gaan liggen, blijft op basis van deze uitspraak hopelijk vooral een ander (onder arbeidsjuristen) bekend gezegde hangen: 'wezen gaat voor schijn'. In dit door de werknemer aangespannen kort geding heeft de kantonrechter te 's-Hertogenbosch bij uitspraak van 29 mei 2020 namelijk nog eens helder gemaakt dat de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst méér omvat dan wat door werkgever en werknemer is ondertekend. Voor overheidswerkgevers nieuwe stijl een mooie geheugensteun.¹ Niet zozeer in relatie tot de loondoorbetaling, maar vooral het feit dat bij een gebrek aan een schriftelijk document toch sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Snel gelezen lijkt het in deze zaak vooral te gaan om de vraag hoever de loonbetalingsverplichting van de werkgever strekt in het licht van de coronacrisis. Hierover is inmiddels al een

1 Per 1 januari 2020 is de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren in werking getreden (*Stb.* 2017, 123). Sinds dat moment zijn ambtenaren niet langer op basis van een (bestuursrechtelijke en eenzijdige) aanstelling, maar op basis van een (privaatrechtelijke en tweezijdige) arbeidsovereenkomst werkzaam voor een overheidswerkgever. Boek 7 Titel 10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is om die reden ook op ambtenaren van toepassing die werkzaam zijn voor een overheidswerkgever in de zin van de Ambtenarenwet 2017.

zeer lezenswaardige noot verschenen (waarover later meer).² Ik wil het daarom eerst en vooral hebben over het glasheldere oordeel van de kantonrechter over het ontbreken van een schriftelijk getekende arbeidsovereenkomst.

Kenmerken arbeidsovereenkomst

De elementen die de wettelijke arbeidsovereenkomst definiëren zijn van belang om te bepalen of het arbeidsrecht van toepassing is en daarmee (bijvoorbeeld) wettelijke bepalingen over loon. Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de werknemer de verplichting tot het verrichten van arbeid aangaat met een werkgever die daarmee zich verplicht aan die werknemer loon te betalen, waarbij sprake is van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer, gedurende een zekere tijd (art. 7:610 BW).

Schriftelijkheidsvereiste?

Zoals de kantonrechter terecht opmerkt: voor het ontstaan en bestaan van de arbeidsovereenkomst is géén schriftelijk document vereist. Een mondelinge overeenkomst is immers óók een overeenkomst (art. 6:217 lid 1 BW). Het gaat (samengevat) slechts om een uitdrukkelijke wilsverklaring of feitelijk handelen. De kantonrechter lijkt daarbij de Haviltex-maatstaf te parafaseren (par. 4.8): 'Het komt daarbij aan wat partijen hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid en mochten afleiden.'³

De kantonrechter oordeelt dat helder is dat de werkgever (als gedaagde) het aanbod heeft laten staan voor de werknemer (als eisende partij) om arbeid te mogen verrichten, hoewel een document getiteld 'Arbeidsovereenkomst 2020' niet door de werknemer is ondertekend. Met name door de verrichte betaling(en) van de werkgever aan werknemer concludeert de kantonrechter dat een arbeidsovereenkomst wel degelijk tot stand is gekomen.

Het is interessant dat de kantonrechter daarbij terugrijpt op art. 6:217 lid 1 BW en de Haviltex-maatstaf, zonder de arbeidsrechtelijke jurisprudentie op dit vlak te noemen. De kantonrechter had ook *Groen/Schroevens* kunnen noemen, waarin de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat bij het ontbreken van een schriftelijk document zowel de partijbedoeling alsmede de feitelijke uitvoering van belang is om te bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst (HR 14 november 1997, «JAR» 1997/263, r.o. 3.5).⁴ Wellicht heeft de kantonrechter die verwijzing niet gemaakt, vanwege de kritiek op dit arrest.⁵ De nadruk zou sinds *Groen/Schroevens* te veel op de partijbedoeling liggen. In een zeer lezenswaardige conclusie van 17 juli 2020 houdt A-G De Bock in ieder geval een stevig onderbouwd pleidooi om (kort gezegd) de partij-

2 Ktr. 's-Hertogenbosch 27 mei 2020, «JAR» 2020/156, m.nt. J.M. van Slooten.

3 Vergelijk: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*), r.o. 2.

4 Overigens geldt andersom ook: iets kan wel een arbeidsovereenkomst worden genoemd, maar beslissend is hoe de feitelijke situatie is (HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444; «JAR» 2003/263, m.nt. D.M. Thierry (*Van der Male/Den Hoedt*)).

5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034; «JAR» 2020/52, m.nt. E. Verhulp (*Inscharing*); Commissie regulering van werk, 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', 23 januari 2020, *Kamerstukken I* 2019/20, 29544, bijlage bij nr. A, p. 41 en 69-70.

bedoeling te laten voor wat die is. Zij stelt voor om aan de hand van de Haviltex-maatstaf de rechten en verplichtingen van partijen vast te stellen (de *inhoud* van de overeenkomst) en vervolgens te beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (de *kwalificatie* van de overeenkomst).⁶

De kantonrechter maakt in ieder geval nog weer eens duidelijk dat partijen wel iets kunnen opschrijven, maar dat het toch echt om de feitelijke uitvoering blijft gaan.

Aandachtspunt voor de overheidswerkgever

In art. 1 lid 1 Ambtenarenwet 1929 (oud) stond: 'Ambtenaar in de zin van deze wet is degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn.' Bij de (bestuursrechtelijke) ambtenarenrechter is meermaals geprocedeerd over de vraag wanneer iemand is aangesteld, daarmee ambtenaar is en daardoor aanspraak kan maken op de toepasselijke rechtspositieregeling(en) voor de ambtenaar. Het is daarbij vaste rechtspraak van de hoogste (bestuursrechtelijke) ambtenarenrechter, de Centrale Raad van Beroep (CRvB), dat slechts in bijzondere gevallen iemand toch ambtenaar is, ook als er geen schriftelijke aanstelling is: 'Daartoe moet dan wel duidelijk blijken van een bij het bestuursorgaan aanwezige bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden' (CRvB 15 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4177, par. 4.6.).

In de praktijk is het zonder schriftelijke aanstelling dus nogal moeilijk om te worden aangemerkt als ambtenaar.⁷ Zo heeft de CRvB bijvoorbeeld over een payrollconstructie⁸ bij een gemeentelijke werkorganisatie geoordeeld dat dit niet kan leiden tot de conclusie dat sprake is van een aanstelling: 'Feit blijft immers dat de CAR/UWO [gemeentelijke rechtspositieregeling; LTD] destijds niet voorzag in het voor de toepassing van art. 2:4, tweede lid, [van de CAR/UWO; LTD] meetellen van werkzaamheden, verricht op een andere titel dan krachtens een ambtelijke aanstelling, of het nu ging om vooraf, tussentijds of achteraf uitgevoerde werkzaamheden' (CRvB 18 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:528, par. 4.1.).

Dat was (en is) in die zin opmerkelijk, omdat hiermee de zaak is afgedaan door de enkele constatering dat *formeel* geen sprake is van een ambtelijke aanstelling. De CRvB wijkt hiermee af van het privaatrechtelijke arbeidsrecht.⁹ De CRvB-rechtspraak gaat nu echter naar mijn mening niet meer op voor de overheidswerkgever in de zin van de Ambtenarenwet 2017. Boek 7 titel 10 BW is dan immers leidend. Kort gezegd: niet langer is de (schriftelijke) grondslag waarop de werkzaamheden worden verricht (in principe) leidend, maar van belang is of wegens de verrichte arbeid redelijkerwijs

kan worden geconcludeerd dat sprake is van opvolgend werkgeverschap (art. 7:668a lid 2 BW).¹⁰

Loon naar (niet) werken?

Dan naar de loonbetaling. De kantonrechter oordeelt dat de maatregelen in verband met de coronacrisis niet aan de werknemer kunnen worden tegengeworpen en dat de werkgever daarom het loon moet doorbetalen. De kantonrechter geeft daarbij aan dat per 1 januari 2020, met inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab), art. 7:628 BW is gewijzigd. Misschien een flauwe nuancering, maar de Wab heeft dit wetsartikel niet gewijzigd. Deze wijziging vloeide namelijk voort uit de Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 216). Bij koninklijk besluit van 18 december 2019 is vervolgens dan eindelijk die gewijzigde tekst per 1 januari 2020 tot wet verheven (*Stb.* 2019, 503). Belangrijker is natuurlijk de vraag: maakt die wijziging iets uit? Ja en nee.

Ja, want de samenvatting 'geen arbeid, geen loon' geldt niet langer. De nieuwe (genuanceerde) stelregel is: 'geen arbeid, wél loon, tenzij...'

Nee, want op grond van de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever op zich niets heeft willen wijzigen aan de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer: 'Op grond van de voorgestelde formulering zal het aan de werkgever zijn om te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken dat bij de werknemer de bereidheid ontbrak de bedongen arbeid te verrichten, alsmede dat het niet (kunnen) verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer komt' (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (*MvT*), p. 87-89).¹¹ Het gaat bij die risicoverdeling van art. 7:628, lid 1, BW in de kern om het onderscheid tussen normale en exceptionele bedrijfsrisico's. Onder normaal wordt bijvoorbeeld verstaan: weersomstandigheden of bedrijfsstoringen. Dit dient voor rekening te blijven van de werkgever. Dat is anders voor exceptionele risico's die in de literatuur ook wel worden aangeduid als 'acts of God', zoals oorlog of overstromingen.¹² In die gevallen is de werkgever niet gehouden tot (volledige) loonbetaling.¹³

De kantonrechter zag in deze zaak blijkbaar de coronacrisis niet als een 'act of God', aangezien de werknemer zijn recht op loon heeft behouden. Daarbij heeft vast meegespeeld dat de werknemer al ten tijde van de coronacrisis tóch loon heeft ontvangen, hoewel hij toen ook al enige maanden feitelijk géén arbeid verrichtte. Een nieuwe stelregel lijkt dit echter niet te betekenen. Of, om in de beeldspraak te blijven: de werknemer mag het als godsgeschenk zien dat de coronacrisismaatregelen de loonbetaling niet hebben geblokkeerd.¹⁴

6 Concl. A-G De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:696, par. 5.55.

7 CRvB 3 maart 1994, TAR 1994/103, CRvB 30 maart 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7081 en CRvB 30 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4035.

8 Ten tijde van deze uitspraak was de payrollovereenkomst nog een vorm van een uitzendovereenkomst (art. 7:690 BW). Per 1 januari 2020 is zij gedefinieerd in art. 7:691 BW.

9 Zie bijvoorbeeld CRvB 18 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2389, par. 5.3.1. De annotator was destijds al bijzonder kritisch (onder meer op dit punt): AB 2014/397, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak, noot onder 15 en 16.

10 Over deze vorm van payrolling (oude stijl): CRvB 23 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:642, par. 4.7. De annotator merkte toen al op dat dit mogelijk anders zou worden bij overgang naar het private arbeidsrecht én met de komst van een eigenstandige definitie van payrolling: *Gst.* 2017/113, m.nt. H. van Essen, noot onder 5.

11 J.M. van Slooten, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:629 BW.

12 A.R. Houweling (red.) e.a., Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 275.

13 Voor een jurisprudentie-overzicht over de (volledige) loondoorbetaling: J.M. van Slooten, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:629 BW.

14 Van Slooten wijst erop dat, met een andere procesvoering, de rechter wellicht wél een exceptioneel bedrijfsrisico had aangenomen. Hij verwijst daarbij naar H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, p. 965. De rechter heeft hier een beoordelingsruimte vanwege de 'gevalstypenbenadering' die de Hoge Raad hiervoor heeft ontwikkeld, te beginnen bij HR 10 november

Los hiervan: als mensen eruitzien als werkgever en werknemer, zich zo gedragen en het zich ook zo aanhoort, dan is waarschijnlijk sprake van een arbeidsovereenkomst.¹⁵

mr. L.T.D. van den Berg
arbeidsjurist bij Advocaten en Adviseurs Arbeidsrecht van
Uitvoeringsorganisatie Bedrijfsvoering Rijk (UBR|AAA) van
het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
(BZK)

Personen- en familierecht

114

Onderbewindstelling en mentorschap: motivering bij afwijken van regelde voorkeur

Hoge Raad
19 juni 2020, nr. 19/04761, ECLI:NL:HR:2020:1079
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Lückers)
Noot mr. dr. J. van Raak-Kuiper

Bewindvoering. Afwijken wettelijke voorkeur. Motivatieplicht.

[BW art. 1:435]

Essentie: De rechter wijkt af van de wettelijke voorkeur door niet de broer van rechthebbende tot bewindvoerder te benoemen maar een professionele bewindvoerder. Bij deze beslissing is niet dan wel onvoldoende voldaan aan de motivatieplicht.

Samenvatting: In gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende voor de als bewindvoerder te benoemen persoon, en de rechthebbende niet is gehuwd, een geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, wordt door de rechter ingevolge art. 1:435 lid 4 BW bij voorkeur een van de ouders, kinderen, broers of zusters van de rechthebbende tot bewindvoerder benoemd. Indien de rechter aanleiding ziet om af te wijken van deze in de wet regelde voorkeur, kan dat, maar dient hij die beslissing op dit punt deugdelijk te motiveren. In casu is de rechter afgeweken van de wettelijke voorkeur door een professionele bewindvoerder te benoemen in plaats van de broer van rechthebbende, maar motiveert vervolgens niet dan wel onvoldoende waarom de broer niet geschikt zou zijn als bewindvoerder.

[verzoeker], wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie,

hierna: de verzoeker,
advocaat: N.C. van Steijn,
tegen

1. [de andere broer], wonende te [woonplaats],
hierna: de andere broer,
2. [de zuster], wonende te [woonplaats],
hierna: de zuster,
3. [de bewindvoerder], kantoorhoudende te [vestigingsplaats],
hierna: de bewindvoerder,
belanghebbenden in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Lückers)

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:
(i) De rechthebbende is de zus van de verzoeker en van de andere broer.

(ii) Zij verblijft sinds 2011 in zorginstelling [verblijfplaats].

1.2. Bij op 3 april 2018 ingekomen verzoekschrift heeft verzoeker de kantonrechter van de rechtbank Den Haag verzocht tot instelling van een mentorschap ten behoeve van de rechthebbende en tot onderbewindstelling van haar goederen, met benoeming van hemzelf tot mentor en bewindvoerder. Daarbij waren bereidverklaringen gevoegd van verzoeker om tot mentor en bewindvoerder te worden benoemd en een akkoordverklaring van de andere broer met de maatregel van onderbewindstelling en mentorschap en de benoeming van verzoeker tot mentor en bewindvoerder.

1.3. De zaak is mondeling behandeld ter zitting van 4 juli 2018, waarna op 23 juli 2018 de rechthebbende is gehoord op haar verblijfadres. Vervolgens is de mondelinge behandeling voortgezet op 1 augustus 2018. De andere broer is niet verschenen, maar ter griffie is op 6 augustus 2018 een door hem ondertekende brief binnengekomen, waarin hij aangeeft dat hij zijn broer (verzoeker) steunt in alle zaken voor zijn zus of in verband met zijn zus.

1.4. Bij twee afzonderlijke beschikkingen van 15 augustus 2018 heeft de kantonrechter ten behoeve van de rechthebbende een mentorschap ingesteld en haar goederen onder bewind gesteld. Daarbij is de bewindvoerder zowel tot mentor als tot bewindvoerder benoemd.

Hij heeft daartoe overwogen dat verzoeker erg betrokken is bij het wel en wee van de rechthebbende, maar dat zijn manier van denken en handelen niet (altijd) het vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belang van de rechthebbende dient. Hij achtte benoeming van verzoeker tot mentor en bewindvoerder daarom niet in het belang van de rechthebbende, maar was van oordeel dat een onafhankelijke derde, een professionele mentor en bewindvoerder, moest worden benoemd.

1.5. Verzoeker is op 17 oktober 2018 bij het gerechtshof Den Haag in hoger beroep gekomen van deze beschikkingen. Hij heeft daarbij gegriefd over het feit dat de kantonrechter niet (kenbaar) heeft overwogen om de andere broer tot bewindvoerder en mentor te benoemen, en verzocht (de bestreden beschikkingen te vernietigen en) de andere broer alsnog tot bewindvoerder en mentor te benoemen.

1972, NJ 1973/60, m.nt. G.J. Scholten (*Schelde I*). Zie ook: noot bij Ktr. 's-Hertogenbosch 27 mei 2020, «JAR» 2020/156, m.nt. J.M. van Slooten.

15 Vrij naar 'the duck test': 'If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck', <https://nl.wikipedia.org/wiki/Eendentest> (website laatst geraadpleegd op 29 juli 2020).

1 Ontleend aan rov. 3.1 van de bestreden beschikking.