

RECHTSPRAAK

Strubbe/Stichting Leerorkest

***Payrollovereenkomst kwalificeert als uitzendovereenkomst.
Opvolgend werkgeverschap in geval van indiensttreding bij materiële
werkgever na periode van payrolling.***

(Cassatieberoep van AR 2015-1296.) Het Leerorkest is een muziekeducatieproject waarbij basisschoolkinderen in het reguliere schoolgebouw één keer per week tijdens schooltijd in kleine groepjes instrumenten bespelen onder leiding van professionele muzikanten. Er worden orkestpartijen ingestudeerd en na een paar maanden vormen de kinderen onder begeleiding van een professionele dirigent een symfonieorkest: het Leerorkest. Strubbe heeft van 12 april 2007 tot en met 31 mei 2011 werkzaamheden verricht voor het Leerorkest als docent viool voor basisschoolkinderen, door tussenkomst van Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. (verder: Tentoo). Van 1 juni 2011 tot 5 juli 2011 heeft Strubbe zonder tussenkomst van Tentoo werkzaamheden als docent viool verricht voor het Leerorkest. Strubbe heeft een overeenkomst van opdracht gesloten. Daarnaast heeft hij een arbeidsovereenkomst met de Muziekschool Amsterdam. De Belastingdienst heeft Strubbe ten behoeve van het Leerorkest een VAR verstrekt. In juli 2012 bericht het Leerorkest dat zij de overeenkomst met werker niet verlengt. Strubbe stelt zich op het standpunt dat hij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. In werkelijkheid waren de overeenkomsten van opdracht verkapte arbeidsovereenkomsten. Er was sprake van arbeid verricht in een gezagsverhouding en de bedingen aangaande vervanging en wijze van betaling zijn niet in vrijheid door werker aangegaan. Reeds sinds 2007 heeft werker, eerst via Tentoo, onafgebroken, met tussenpozen van minder dan drie maanden werkzaamheden verricht voor het Leerorkest. Op grond van artikel 7:668a BW is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. De opzegging van deze arbeidsovereenkomst is vernietigbaar omdat deze niet is geschied met inachtneming van de toepasselijke CAO Kunsteducatie, welke vernietigbaarheid tijdig is ingeroepen, aldus Strubbe. De kantonrechter heeft geoordeeld dat vanaf 2011 sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat het Leerorkest deze kon beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van een maand. Op grond van alle feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, achtte het hof daarentegen aannemelijk dat in de periode 2007-2011 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW waarbij Strubbe door Tentoo ter beschikking werd gesteld aan het Leerorkest. In cassatie klaagt Strubbe dat het hof heeft geoordeeld dat sprake is van een uitzendovereenkomst met Tentoo en niet een arbeidsovereenkomst met het Leerorkest. Volgens Strubbe ontbreekt de zogenoemde allocatiefunctie. Uitgaande van het oordeel van het hof dat Strubbe in de periode 2007-2011 in dienst is geweest van Tentoo, klaagt Strubbe

bovendien dat het hof heeft miskend dat het Leerorkest in dat geval moet worden beschouwd als opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW en dat de regel van artikel 7:667 lid 4 BW ook van toepassing is in een situatie als de onderhavige.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. In HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (AR 2016-1230) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de toepasselijkheid van artikel 7:690 en 7:691 BW een allocatieve functie niet is vereist. De klacht van Strubbe faalt derhalve.

Met betrekking tot de stelling van opvolgend werkgeverschap oordeelt de Hoge Raad als volgt. De artikelen 7:667 lid 5 en 7:668a lid 2 (oud) BW brachten mee dat de werking van de zogenoemde Ragetlie-regel van artikel 7:667 lid 4 BW, respectievelijk de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW, werd uitgebreid tot de situatie waarin sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst, respectievelijk van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten, tussen eenzelfde Strubbe en verschillende werkgevers die redelijkerwijs geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. Aan die laatste eis van opvolgend werkgeverschap is in de regel voldaan indien enerzijds de voortgezette dan wel opvolgende overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met Strubbe verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever (vgl. HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, NJ 2013/171). Strubbe heeft zich in eerste aanleg gemotiveerd beroepen op artikel 7:668a lid 2 BW met betrekking tot arbeid voor het Leerorkest op grond van een uitzendovereenkomst met Tentoo, gevolgd door – onder meer – arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met het Leerorkest. Voorts heeft hij in hoger beroep gesteld dat sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het Leerorkest, gevolgd door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met het Leerorkest, hetgeen volgens hem meebracht dat de laatste van die overeenkomsten op grond van artikel 7:667 lid 4 BW alleen door opzegging kon eindigen. Het hof heeft overwogen dat aan het bepaalde in artikel 7:668a lid 1 aanhef en onderdeel a respectievelijk b (oud) BW niet is voldaan omdat de eventueel als arbeidsovereenkomsten te kwalificeren overeenkomsten voor bepaalde tijd ‘de periode van 36 maanden niet hebben overschreden’ respectievelijk ‘omdat in elk geval geen sprake is van meer dan drie, maar ten hoogste drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten’. Gelet op het voortdurende karakter van de door Strubbes verrichte werkzaamheden als docent viool, heeft het daarbij miskend dat het standpunt van Strubbe mede aan de hand van artikel 7:668a lid 2 (oud) BW moest worden beoordeeld, en dat bij de toepassing van die bepaling ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd worden meegerekend (zie Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 11 en 41, en Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132d, p. 11). Dit betekent dat in beginsel ook rekening moest worden gehouden met de werkzaamheden voor het Leerorkest op grond van de uitzendovereenkomst met Tentoo.

Met betrekking tot Strubbes beroep op artikel 7:667 lid 4 BW heeft het hof volstaan met een verwijzing naar zijn oordeel dat Strubbe in de periode 2007-2011 bij het Leerorkest werkzaam was op grond van een uitzendovereenkomst en niet op grond van een arbeidsovereenkomst

zoals door Strubbe in hoger beroep werd gesteld. De stellingen van Strubbe over opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW hadden het hof echter aanleiding moeten geven om, voortbouwend op zijn oordeel dat in de periode 2007-2011 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst, te onderzoeken of daarna sprake is geweest van arbeidsovereenkomsten met het Leerorkest als opvolgende werkgever in de zin van artikel 7:667 lid 5 BW. Deze klacht is terecht voorgesteld.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2757

Zaaknummer: 15/03776

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot en C.E. Du Perron

Advocaten: H.J.W. Alt en N.T. Dempsey

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:690 BW, 7:668a BW en 7:667 BW