

RECHTSPRAAK

werknemer/AB Kelva

Kwalificatievraag: arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht? Partijen hebben op instigatie van werknemer sinds mei 2012 feitelijk een andere uitvoering gegeven aan de tussen hen in 2009 gemaakte afspraken. Arbeidsovereenkomst is – niet geruisloos – overgegaan in een overeenkomst van opdracht.

Feiten

Werknemer is directeur/enig aandeelhouder van Emcebee. Emcebee, werknemer en Kelva hebben op 13 juli 2009 een Asset Transfer Agreement (verder: de ATA-overeenkomst) gesloten waarbij, kort gezegd, de activiteiten van Emcebee aan Kelva zijn verkocht. Conform artikel 9 van de ATA-overeenkomst en Appendix 6.1 is werknemer per 1 juli 2009 bij Kelva in dienst getreden. In januari 2011 heeft werknemer aan Kelva laten weten dat hij om privéredenen naar Zwitserland wenste te verhuizen. In verband met het verkrijgen van een verblijfsvergunning in Zwitserland heeft werknemer (via zijn Zwitserse raadsman) Weducon, een vennootschap naar Zwitsers recht, opgericht. Met ingang van mei 2012 heeft Weducon Kelva maandelijks facturen gezonden waarbij een bedrag aan 'management fee' (al dan niet verhoogd met vakantiegeld en indexatie) bij Kelva in rekening is gebracht. Bij brief van 15 februari 2016 heeft Kelva aan werknemer het volgende medegedeeld: *'AB Kelva hereby terminates Your assignment at the company according to existing assignment agreement between You and the company.'* In de meegezonden toelichting staat dat partijen op enig moment mondeling zijn overeengekomen dat werknemer in plaats van salaris te ontvangen van Kelva via Weducon maandelijks een factuur zou versturen aan Kelva, waarbij een bedrag gelijk aan het voormalige salaris van werknemer in rekening zou worden gebracht, en dat het dienstverband van werknemer hierdoor is gewijzigd in een overeenkomst van opdracht. Voor het geval werknemer als werknemer zou kunnen worden aangemerkt, heeft Kelva laten weten de arbeidsovereenkomst per 15 juli 2016 op te zeggen. Werknemer heeft in eerste aanleg onder meer verzocht te bepalen dat de arbeidsovereenkomst eindigde per 1 september 2016. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter zich met betrekking tot de verzoeken van werknemer voor zover gebaseerd op de ATA-overeenkomst, onbevoegd verklaard, Kelva veroordeeld tot betaling aan werknemer van € 229,21 (de gevorderde onkostenvergoeding), de overige verzoeken van werknemer en het tegenverzoek van Kelva afgewezen.

Oordeel

Een van de grieven keert zich tegen de overweging van de kantonrechter dat het in de ATA-overeenkomst opgenomen arbitragebeding meebrengt dat de kantonrechter onbevoegd is om de verzoeken van werknemer te beoordelen voor zover die verzoeken zijn gebaseerd op de ATA-overeenkomst. Op grond van artikel 11 van de arbeidsovereenkomst in samenhang met artikel 93 Rv heeft de kantonrechter in Amsterdam de bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Hierbij is van belang dat de arbeidsovereenkomst dateert van ná de ATA-overeenkomst en het arbitrale beding conflicteert met artikel 11 van de arbeidsovereenkomst. Deze tussen Kelva en Emcebee gemaakte afspraak, die onmiskenbaar haar grondslag vindt in de verkoop van de activiteiten van Emcebee aan Kelva, kan naar het oordeel van het hof niet worden gekwalificeerd als een tussen Kelva en werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarde – waarmee overigens ook strookt dat de desbetreffende aanspraak in artikel 5.2 toekomt aan “the Seller”, zijnde Emcebee – en valt daarmee buiten de reikwijdte van de in 2009 tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst. Het hof verenigt zich dan ook met het oordeel van de kantonrechter dat hij onbevoegd is om van dit verzoek kennis te nemen. Met een andere grief komt werknemer op tegen het oordeel van de kantonrechter, kort gezegd, dat uit de gedragingen van partijen kan worden afgeleid dat de arbeidsovereenkomst door beiden per 1 mei 2015 (het hof leest: per 1 mei 2012) als beëindigd is beschouwd en dat daarvoor een overeenkomst van opdracht in de plaats is gekomen. Het hof stelt voorop dat de verhouding tussen werknemer en Kelva niet los kan worden gezien van de tussen Emcebee en Kelva gesloten ATA-overeenkomst. Vast staat dat op initiatief van werknemer – in verband met de door hem gewenste verhuizing naar Zwitserland – is gesproken over de wijze van uitbetaling van de vergoeding voor de door werknemer voor Kelva te verrichten werkzaamheden. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat partijen op instigatie van werknemer sinds mei 2012 feitelijk een andere uitvoering hebben gegeven aan de tussen hen in 2009 gemaakte afspraken en aldus moeten worden geacht te hebben gekozen voor een andere rechtsverhouding en wel zodanig dat deze vanaf mei 2012 niet langer als een arbeidsovereenkomst maar als een overeenkomst van opdracht moet worden gekwalificeerd. Op grond van de beschreven gang van zaken is van een geruisloze overgang geen sprake geweest. Dat een en ander niet schriftelijk is vastgelegd, leidt niet tot een ander oordeel. De slotsom is dat de beschikking waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Werknemer zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4232

Zaaknummer: 200.209.409/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, A.M.A. Verscheure en D. Kingma

Advocaten: M. de Vries en O.S. van Beijeren

Wetsartikelen: 93 Rv en 7:610a BW