

RECHTSPRAAK

De ontbindende voorwaarde heeft niet belet dat de arbeidsovereenkomst is ontstaan. Het was namelijk niet aan werkgever, maar aan de IND om te beoordelen of werknemer beschikte over een geldige vergunning.

Feiten

Werknemer is op 1 maart 2015 in Suriname in dienst getreden bij de naar Surinaams recht opgerichte Sursource Operations N.V. Sursource Operations maakte deel uit van de Creditsafe Groep. Werknemer heeft van 1 maart 2017 tot en met 7 augustus 2017 zijn werkzaamheden voor de Creditsafe Groep voortgezet als zelfstandig ondernemer vanuit Paramaribo, Suriname. Op 8 augustus 2017 is werknemer in dienst getreden van Creditsafe Nederland B.V. Werknemer had op dat moment een verblijfsvergunning voor verblijf bij partner in Nederland, met de arbeidsmarktaantekening “arbeid vrij toegestaan”. De vergunning was toegekend voor de periode van 10 juni 2017 tot 10 juni 2022. De relatie met zijn Nederlandse partner liep echter stuk, waarna werknemer op 21 november 2017 de IND heeft verzocht het doel van zijn verblijf te wijzigen in “arbeid in loondienst”. Deze aanvraag is afgewezen. De IND heeft vervolgens de verblijfsvergunning voor verblijf partner met terugwerkende kracht ingetrokken (omdat werknemer nooit bij zijn partner ingeschreven had gestaan) en bepaald dat werknemer binnen vier weken Nederland diende te verlaten. Omdat werknemer graag in Nederland wilde blijven en CSN hem als werknemer wilde behouden, is naar mogelijkheden gezocht om werknemer een recht op verblijf te geven. Besloten is in te zetten op het verkrijgen van een verblijfsvergunning als kennismigrant. Daar waren echter twee problemen: het salaris voldeed niet aan het criterium en CSN was geen erkend referent. Om die reden is aan OPS verzocht als referent (uitzendwerkgever) op te treden. Werknemer zou dan functie 4 vervullen, waarvan het salaris voldeed aan het criterium. De IND heeft de gevraagde vergunning verleend. OPS en werknemer zijn vervolgens met ingang van 6 juli 2018 een uitzendovereenkomst aangegaan. Werknemer is feitelijk nooit werkzaam geweest als functie 4. Op 11 februari 2019 is werknemer getrouwd en heeft hij verzocht om het doel van zijn verblijfsvergunning te wijzigen in verblijf partner. Dit verzoek is afgewezen. Op 25 februari 2019 is werknemer uitgevallen wegens ziekte. Werknemer is met ingang van 31 december 2019 in aanmerking gebracht voor een Ziektewetuitkering. Bij besluit van 14 mei 2020 is de verblijfsvergunning van werknemer als kennismigrant met terugwerkende kracht tot 27 maart 2020 ingetrokken. Werknemer heeft jegens CSN aanspraak gemaakt op doorbetaling van loon over de periode vanaf januari 2020 en gesteld dat hij steeds bij CSN in dienst is gebleven, omdat de arbeidsovereenkomst die hij op 8 augustus 2017 met haar heeft gesloten, nooit rechtsgeldig is geëindigd. CSN heeft op haar beurt – voorwaardelijk, voor het geval sprake zou

zijn van een arbeidsovereenkomst – verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de h-
grond. In de thans aan de orde zijnde procedure tegen OPS stelt werknemer zich
voorwaardelijk op het standpunt dat de uitzendovereenkomst met OPS niet van rechtswege
kan zijn geëindigd, omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap. De kantonrechter heeft
voorwaardelijk werknemer ten laste van OPS een transitievergoeding toegekend, omdat
sprake is van opvolgend werkgeverschap. Beide partijen komen in hoger beroep.

Oordeel

Ontbindende voorwaarde

OPS heeft een beroep gedaan op de in de considerans van de arbeidsovereenkomst
opgenomen ontbindende voorwaarde. Het hof oordeelt dat het niet aan OPS is, maar aan de
IND om te beoordelen of de werknemer beschikt over een “geldige verblijfsvergunning en/of
tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid”. De IND
heeft bij beschikking van 5 juli 2018 een verblijfsvergunning verleend. Vaststaat ook dat de
IND deze vergunning pas bij beschikking van 14 mei 2020 (met terugwerkende kracht) heeft
ingetrokken. Het vorenstaande impliceert al dat de ontbindende voorwaarde niet eerder dan
per 14 mei 2020 kan zijn ingetreden. Dit betekent dat de ontbindende voorwaarde – als al zou
moeten worden geoordeeld dat deze verenigbaar is met het wettelijk stelsel – in dit geval niet
heeft belet dat de arbeidsovereenkomst is ontstaan en ook dat deze er niet toe heeft geleid dat
de arbeidsovereenkomst op 27 december 2019 (dan wel eerder dan 3 januari 2020) is
geëindigd. Hoewel OPS zich ten onrechte op de ontbindende voorwaarde heeft beroepen, kan
werknemer geen aanspraak maken op de door hem gevorderde schadevergoeding. OPS was
gehouden aan de IND te melden dat werknemer niet voldeed aan de vereisten van zijn
verblijfsvergunning.

Van rechtswege geëindigd

De arbeidsovereenkomst met OPS was een uitzendovereenkomst om ten behoeve van CSN
(uitsluitend) werkzaam te zijn in functie 4. Vaststaat dat werknemer nooit aan OPS heeft
gemeld dat hij feitelijk door CSN werd ingezet als functie 3, hoewel OPS – onweersproken –
heeft gesteld dat zij werknemer erop heeft gewezen dat hij alle wijzigingen die van invloed
zouden kunnen zijn op zijn verblijfsstatus aan haar door moest geven, en dat hij alleen recht
had op een verblijfsvergunning als kenniswerker als hij als functie 4 te werk zou worden
gesteld. OPS mocht er daarom van uitgaan dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk zag op
de functie 4. Nu verder als onweersproken vaststaat dat (1) de functies wezenlijk anders zijn
en (2) werknemer functie 4 niet eerder had vervuld bij CSN, valt niet in te zien dat sprake zou
zijn van een opvolgend werkgeverschap. Zo al wel sprake zou zijn van dezelfde of nagenoeg
dezelfde arbeid, dan is het hof van oordeel dat een beroep op opvolgend werkgeverschap naar
maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:356

Zaaknummer: 200.284.097

Rechters: M.J. van der Ven, M.D. Ruizeveld en A.J. Swelheim

Advocaten: M. Smit en M.A.B. Janzen-Westerbruggen

Wetsartikelen: 7:671 BW , 7:681 BW , 7:686a BW, 7:673 BW en 7:667 BW