

RECHTSPRAAK

Director die – na beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden – met een door hem opgericht bedrijf een ‘aansluitingsovereenkomst’ aangaat met werkgever waarna hij als Equity Partner werkzaamheden verricht voor werkgever, is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2006 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden van Deloitte en te werk gesteld bij Deloitte Belastingadviseurs B.V, waar hij laatstelijk werkzaam is geweest als ‘Director’. Werknemer is als fiscalist gespecialiseerd in het geven van adviezen over omzetbelasting. Per 1 juni 2014 is de arbeidsovereenkomst van werknemer met wederzijds goedvinden beëindigd en heeft een afrekening plaatsgevonden van hetgeen op grond van de arbeidsovereenkomst nog verschuldigd was. Met ingang van 1 juni 2014 zijn Deloitte en Deloitte Belastingadviseurs B.V. enerzijds en werknemer en het door werknemer opgerichte bedrijf X anderzijds onder meer een ‘Aansluitingsovereenkomst’ aangegaan, op grond waarvan werknemer als Equity Partner werkzaamheden voor Deloitte is gaan verrichten. Bij brief van 29 juni 2020 heeft Deloitte de aansluitingsovereenkomst met werknemer en bedrijf X tegen 31 december 2020 opgezegd. Werknemer heeft een kortgedingprocedure bij de rechtbank Rotterdam aanhangig gemaakt. Het is de kantonrechter ambtshalve bekend dat de voorzieningenrechter in die zaak in haar uitspraak ervan is uitgegaan dat tussen partijen sprake is van een overeenkomst van opdracht. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen. Werknemer verzoekt onder meer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Deloitte te vernietigen, doorbetaling van het loon en wedertewerkstelling in zijn functie van Equity Partner van Deloitte en Deloitte Belastingadviseurs B.V.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat met betrekking tot de arbeidsovereenkomst die partijen op 1 november 2006 zijn aangegaan, per 1 juni 2014 een eindafrekening is opgemaakt waarbij aan werknemer de nog openstaande vakantiedagen en het vakantiegeld zijn uitbetaald. Hiermee is de tot 1 juni 2014 tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst afgewikkeld. Werknemer heeft een persoonlijke vennootschap, bedrijf X, opgericht en partijen zijn onder andere een aansluitingsovereenkomst aangegaan, waarna werknemer als Equity Partner voor Deloitte werkzaamheden heeft verricht. De bepaling in de aansluitingsovereenkomst dat partijen niet beogen een arbeidsrechtelijke relatie op welke wijze dan ook tot stand te brengen, is gelet op

de uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 voor de kwalificatie van de overeenkomst niet van belang.

Arbeid

Werknemer heeft gesteld dat hij zich op grond van de aansluitingsovereenkomst niet mag laten vervangen en dat hij ook niet vrij is om de hem opgedragen werkzaamheden te weigeren. Dat werknemer zich niet mocht laten vervangen is door Deloitte niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd, weersproken zodat de kantonrechter hiervan uitgaat. Wel heeft Deloitte aangevoerd dat het werknemer vrij stond zelf zijn klanten te kiezen en dus ook te weigeren. Vervanging ligt, gelet op de aard en het niveau van de werkzaamheden, ook niet voor de hand. Dat sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid kan duiden op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar leidt niet tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Loon

Partijen zijn naast de aansluitingsovereenkomst diverse andere overeenkomsten aangegaan, op grond waarvan bedrijf X met een kapitaalinleg van € 25.000 lid is geworden van Coöperatief Deloitte U.A. Daarnaast heeft bedrijf X zich voor een inkoopbedrag van € 475.000 ingekocht als aandeelhouder van Deloitte. Deloitte heeft aan bedrijf X bij wijze van voorschot maandelijks een managementvergoeding, gebaseerd op de verwachte winst, uitgekeerd en daarnaast heeft Coöperatief Deloitte U.A. aan bedrijf X een honorarium toegekend. Deze vergoedingen zijn onderworpen aan vennootschaps- en omzetbelasting en werknemer heeft een loonbeschikking aangevraagd voor bedrijf X. Werknemer heeft zich hiermee naar het oordeel van de kantonrechter naar de Belastingdienst gepresenteerd als ondernemer. De hoogte van de managementvergoeding is afhankelijk van de door Deloitte gerealiseerde winst, als gevolg waarvan de maandelijks als voorschot uitbetaalde managementvergoeding naar boven of naar beneden kon worden bijgesteld. Hiermee deelt werknemer derhalve in de winst of het verlies, hetgeen niet wijst op de aanwezigheid van 'loon' zoals gebruikelijk bij een arbeidsovereenkomst. Verder weegt de kantonrechter mee dat tussen partijen niet in geschil is dat werknemer tot 1 juni 2014 maandelijks loonstroken ontving en dat werknemer sinds 1 juni 2014, toen hij Equity Partner werd, geen loonstroken meer heeft ontvangen. Sinds 1 juni 2014 zijn voorts geen loonbelasting of sociale premies afgedragen en is werknemer geen vakantiegeld meer uitbetaald. Samenvattend vormen de voornoemde aspecten naar het oordeel van de kantonrechter een contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW.

Gezagsverhouding

Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer de stelling van Deloitte dat Equity Partners vrij en zelfstandig zijn in het wel of niet aannemen van opdrachten van klanten, de wijze waarop zij de werkzaamheden (vakinhoudelijk) verrichten en de wijze waarop cliëntrelaties worden opgebouwd onvoldoende gemotiveerd weersproken. Dit wijst eerder op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een gezagsverhouding. Dat de Equity Partners

opereren binnen het kader van de strategie van Deloitte en zich houden aan de externe en interne standaarden en beroepsregels die daarbij van toepassing zijn, maken dit niet anders. Het betoog van werknemer dat uit de Algemene Bepalingen bij de aansluitingsovereenkomst volgt dat sprake is van een gezagsverhouding wordt de kantonrechter niet. Hieruit kan worden afgeleid dat het functioneren jaarlijks wordt beoordeeld conform de bij en krachtens de NWE Partnership Agreement bepaalde regels en procedures. Deloitte heeft in dat verband toegelicht dat twee keer per jaar gesprekken over het functioneren plaatsvinden, te weten Mid Year- en Year End-gesprekken, die door de Equity Partners onderling worden gevoerd. De kantonrechter verwerpt bovendien het standpunt van werknemer dat er nagenoeg geen verschil is tussen de werkzaamheden van werknemer als Director en zijn werkzaamheden als Equity Partner. Dat er wel degelijk een wezenlijk verschil is, volgt ook uit het door werknemer overgelegde document met de titel *'Winning performance, Carrièreontwikkeling en beloningsbeleid directors'*. In dat document staan immers de overeenkomsten en verschillen tussen beide functies opgenomen. Uit het document volgt onder meer dat bij de Equity Partner sprake is van ondernemersrisico en winstverdeling, terwijl bij de Director een variabele beloning wordt vermeld. Verder volgt hieruit dat de Equity Partner geen ontslagbescherming geniet en niet deelneemt in een pensioenregeling, terwijl dat bij de Director wel het geval is. En anders dan een Director had werknemer als Equity Partner stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders en nam hij deel aan de jaarlijkse partnersvergaderingen. Gelet op het voorgaande komt de kantonrechter tot de conclusie dat geen sprake is van een gezagsverhouding.

Overige omstandigheden

De kantonrechter acht tevens van belang dat pas toen Deloitte overging tot opzegging van de aansluitingsovereenkomst, werknemer zich voor het eerst op het standpunt heeft gesteld dat hij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Werknemer is als fiscalist, gespecialiseerd in het geven van adviezen over omzetbelasting, als geen ander op de hoogte van de (fiscale) verplichtingen die het ondernemerschap met zich brengt en wat de verschillen zijn tussen een werknemer en een opdrachtnemer. Zo heeft werknemer na 1 juni 2014 niet aan Deloitte kenbaar gemaakt dat premies werknemersverzekering of loonbelasting moesten worden afgedragen, hetgeen wel voor de hand had gelegen als werknemer van mening was dat hij werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst.

Conclusie

Concluderend komt de kantonrechter tot het oordeel dat de overeenkomst tussen partijen vanwege het ontbreken van loon en de gezagsverhouding niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW. Dit betekent dat de verzoeken van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:4214

Zaaknummer: 9051770 VZ VERZ 21-2464

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: M.A.M. Lem, mr. dr. J.P.H. Zwemmer en T.J. van Weeren

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:671 BW