

ECLI:NL:RBAMS:2020:5753

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	25-11-2020
Datum publicatie	27-11-2020
Zaaknummer	8724219 EA VERZ 20-618
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Een café in Amsterdam moet een ontslagen barman 3.500 euro bruto betalen aan billijke vergoeding en 1.070 euro bruto aan transitievergoeding.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2020-1434

Uitspraak

—

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 8724219 EA VERZ 20-618

beschikking van: 25 november 2020

beschikking van de kantonrechter

I n z a k e

[verzoeker] ,

wonende te [woonplaats] ,

verzoeker,

nader te noemen: [verzoeker] ,
gemachtigde: mr. E. Dedeic,

t e g e n

[verweerster] ",

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
verweerster,
nader te noemen: [verweerster] ,
gemachtigde: mr. P. van den Berg.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

[verzoeker] heeft op 24 augustus 2020 een verzoek met producties ingediend dat strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c van het Burgerlijk Wetboek (BW), met nevenverzoeken.

[verweerster] heeft een verweerschrift tevens voorwaardelijk tegenverzoek met producties ingediend.

Voorafgaand aan de zitting heeft [verzoeker] nog stukken ingediend en zijn eis vermeerderd.

Het verzoek is ter zitting behandeld op 4 november 2020. [verzoeker] is verschenen, vergezeld door de gemachtigde en namens [verweerster] zijn verschenen [naam 1] en [naam 2] , eveneens vergezeld door de gemachtigde. Partijen hebben hun standpunt aan de hand van een pleitnota toegelicht en vragen van de kantonrechter beantwoord. Na verder debat is beschikking gevraagd en is een datum voor beschikking bepaald.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast.
 - 1.1. [verweerster] is een café in [plaats] . De huidige eigenaren hebben het café per 1 februari 2015 overgenomen.

- 1.2. [verzoeker] , geboren op [geboortedatum] , is op enig moment bij de rechtsvoorganger van [verweerster] in loondienst getreden.
- 1.3. Op 27 februari 2015 hebben partijen een schriftelijke arbeidsovereenkomst geformaliseerd, waarin staat dat [verzoeker] op 1 maart 2015 bij [verweerster] in dienst treedt in de functie van barmedewerker voor gemiddeld 10 uur per week tegen een nettoloon van € 10,00 per uur.
- 1.4. Naast de barwerkzaamheden heeft [verzoeker] ook andere werkzaamheden verricht voor [verweerster] , waaronder het beheren van sociale media, het organiseren van evenementen, het boeken van DJ's en artiesten en het beheren van de techniek in het café. Deze werkzaamheden factureerde [verzoeker] via zijn eenmanszaak aan [verweerster] . De laatst toegestuurde factuur dateert van maart 2020.
- 1.5. Op 13 mei 2020 hebben [naam 2] (manager van [verweerster] , verder: [naam 2]) en [verzoeker] het volgende Whatsappgesprek gevoerd:
"[naam 2] : [naam 1] en ik willen vrijdag een meeting met jou om 14:00 uur? Kan je dan?"
[verzoeker] : Sure.
[verzoeker] : Waar gaat het over?
[naam 2] : Het is een functioneringsgesprek."
- 1.6. Op 15 mei 2020 heeft het onder 1.5. bedoelde gesprek plaatsgevonden, waarbij [verzoeker] , [naam 2] en [naam 1] (vennoot van [verweerster] , verder: [naam 1]) aanwezig waren.
- 1.7. Diezelfde dag heeft [naam 2] in de Whatsapp-groep van het personeel van [verweerster] het volgende bericht geplaatst:
"Lieve mensen. We hebben vandaag afscheid genomen van [verzoeker] (= [verzoeker] , toevoeging kantonrechter). Hoe we dingen verder invullen bespreken we tijdens de meeting op 25/05 om 14:00."
Nadat dit bericht is verstuurd, is [verzoeker] door [naam 1] uit de groepsapp verwijderd.
- 1.8. Bij e-mail van 17 mei 2020 heeft [verzoeker] aan [naam 1] geschreven dat hij het niet eens is met het op 15 mei 2020 gegeven ontslag en hij vraagt om een persoonlijk gesprek. Daarop reageert [naam 1] dat dat kan.
- 1.9. Partijen zijn vervolgens, met inschakeling van hun gemachtigden, in onderhandeling getreden over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarover is geen overeenstemming bereikt. Vanaf augustus 2020 heeft [verweerster] [verzoeker] weer opgeroepen om twee zondagen per maand op het werk te verschijnen.
- 1.10. In de maanden mei tot en met juli 2020 heeft [verweerster] per maand aan [verzoeker] € 405,17 brutosalaris betaald. Vanaf augustus 2020 betaalt zij per maand € 190,67 brutosalaris.

Verzoek en verweer

2. [verzoeker] verzoekt de kantonrechter, na vermeerdering van eis, kort gezegd de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden en hem een billijke vergoeding van € 25.000,00 ten laste van [verweerster] toe te kennen, en te bepalen dat [verweerster] een transitievergoeding van € 4.163,97 aan [verzoeker] verschuldigd is. Daarnaast verzoekt [verzoeker] het bestaan van een arbeidsovereenkomst vast te stellen op grond van artikel 7:610a BW en de omvang van de bedongen arbeid die krachtens die arbeidsovereenkomst werd verricht, vast te stellen op 30 uur per week op grond van artikel 7:610b BW. Ten slotte verzoekt [verzoeker] veroordeling van [verweerster] tot betaling van € 8.919,84 aan achterstallig loon van mei tot en met oktober 2020 met een boete wegens te late betaling en de proceskosten.

3. Aan het verzoek tot ontbinding legt [verzoeker] ten grondslag – kort weergegeven – dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verweerster] . [verzoeker] stelt ter onderbouwing hiertoe dat [verweerster] hem op 15 mei 2020 onterecht heeft ontslagen. [verweerster] heeft dit ontslag later ingetrokken, maar [verweerster] heeft

de situatie nadien zodanig op de spits gedreven door [verzoeker] te treiteren, respectloos te behandelen en te dreigen met een loonstop tijdens ziekte, dat de situatie op de werkvloer voor [verzoeker] niet meer houdbaar is.

4. Verder stelt [verzoeker] dat hij is aangenomen als barman, maar steeds meer werkzaamheden voor [verweerster] op het gebied van organisatie en techniek is gaan verrichten. Voor de betaling van dit werk werd gekozen voor een freelance-constructie, waarbij [verzoeker] zijn uren aan [verweerster] factureerde. In de praktijk liepen de loondienstwerkzaamheden en de freelance-werkzaamheden echter door elkaar heen. Op grond van artikel 7:610a BW wordt [verzoeker] vermoed alle arbeid te hebben verricht op basis van een arbeidsovereenkomst. Er was sprake van een gezagsverhouding. Met inachtneming van een referteperiode van drie jaar, heeft [verzoeker] gemiddeld 30 uur per week gewerkt voor [verweerster] , waartegen een maandelijks salaris van € 1.784,56 bruto hoort te staan.

5. [verweerster] legt zich neer bij de verzochte ontbinding maar voert verweer tegen de verzochte billijke vergoeding en transitievergoeding. Zij voert aan – samengevat – dat zij [verzoeker] niet heeft ontslagen op 15 mei 2020, maar slechts een eventueel vertrek wilde bespreken. De overeenstemming over dat vertrek is er uiteindelijk niet gekomen. Het is aan [verzoeker] te wijten dat de situatie op de werkvloer nadien is geëscaleerd, doordat hij zelf een negatieve, starre en dwingende opstelling innam.

6. [verweerster] betwist dat [verzoeker] volledig in loondienst voor haar werkzaam was. Hij verrichtte naast zijn werk in loondienst als barkeeper, werkzaamheden voor [verweerster] als zelfstandig ondernemer via zijn eenmanszaak. Voor die activiteiten rekende [verzoeker] een aanzienlijk hoger uurtarief dan hij in loondienst verdient. Er is volgens [verweerster] ten aanzien van deze werkzaamheden geen sprake van een gezagsverhouding en [verweerster] is ook niet de enige opdrachtgever van [verzoeker] . Een arbeidsovereenkomst tussen partijen met een inhoud en omvang zoals door [verzoeker] gesteld, is dan ook niet aan de orde.

Het voorwaardelijk tegenverzoek

7. Voor zover de arbeidsovereenkomst niet op verzoek van [verzoeker] wordt ontbonden, verzoekt [verweerster] ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a juncto artikel 7:669 lid 1 en lid 3 sub g (primair) en sub i (subsidiar).

Beoordeling

Ontbinding

8. De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.

9. Naar het oordeel van de kantonrechter zijn de door [verzoeker] naar voren gebrachte feiten en omstandigheden van dien aard dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. [verweerster] heeft zich ook neergelegd bij het verzoek tot ontbinding. De ontbinding zal daarom worden toegewezen.

Bestaan en omvang arbeidsovereenkomst

10. Tussen partijen is niet in geschil dat [verzoeker] zijn werkzaamheden als barkeeper uitvoerde op grond van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast voerde hij nog andere werkzaamheden uit voor [verweerster] . Ten aanzien van deze werkzaamheden ligt de vraag voor of deze ook op grond van de

arbeidsovereenkomst tussen partijen werden verricht. [verzoeker] stelt van wel en [verweerster] van niet.

11. In artikel 7:610a BW is bepaald dat hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.

12. Naar het oordeel van de kantonrechter is voornoemd rechtsvermoeden ten aanzien van de aanvullende werkzaamheden die [verzoeker] verrichtte voor [verweerster] voldoende weerlegd. Het gaat hier om werkzaamheden met een ander karakter dan de werkzaamheden als barman, die [verzoeker] onder gezag van [verweerster] uitvoerde. Ten aanzien van de aanvullende werkzaamheden heeft [verzoeker] toegelicht dat hij zelf de keuze heeft gemaakt deze op factuurbasis te verrichten. Daarbij staat vast dat hij de vrijheid had zijn eigen uurtarief te bepalen. Dat [verzoeker] deze werkzaamheden uitvoerde onder het gezag- of op instructie van [verweerster], is niet gebleken. [verzoeker] organiseerde deze werkzaamheden zelfstandig en het stond [verzoeker] vrij zich door een ander te laten vervangen. Het feit dat [verzoeker] tijd vrijhield voor de bingo- en karaokeavonden van [verweerster], kan niet de conclusie dragen dat van een gezagsverhouding sprake is. Ook een opdrachtnemer moet immers zijn werkzaamheden inplannen. Op grond van de afspraken tussen partijen en de manier waarop zij daaraan uitvoering hebben gegeven moet de overeenkomst die tussen partijen bestaat – ten aanzien van de aanvullende werkzaamheden – dan ook worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst (HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746). Dat [verzoeker] incidenteel zijn bardiensten ook op factuurbasis betaald heeft gekregen, doet hier niet aan af.

13. Gelet op het voorgaande zal de kantonrechter de verzoeken van [verzoeker] tot vaststelling van het bestaan van een arbeidsovereenkomst van 30 uur per week afwijzen.

Achterstallig loon

14. Uit het voorgaande volgt dat de werkzaamheden die [verzoeker] als zelfstandige voor [verweerster] verrichtte, geen onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De discussie omtrent het achterstallig loon beperkt zich daarmee tot de verrichtte barwerkzaamheden. Daarbij is de vraag relevant of [verweerster] vanaf augustus 2020 het juiste salaris aan [verzoeker] heeft betaald.

15. [verweerster] stelt daartoe dat [verzoeker] in februari 2020 had aangegeven dat hij nog maar twee zondagen per maand (neerkomend op 17 uur per maand) wilde worden ingeroosterd. Omdat de horeca half maart als gevolg van de coronacrisis volledig op slot is gegaan, heeft [verweerster] uit coulance besloten het oorspronkelijke salaris (gebaseerd op 34,25 uur per maand) aan [verzoeker] te blijven betalen. Toen [verzoeker] in augustus 2020 weer aan het werk ging, heeft [verweerster] hem volgens afspraak twee zondagen per maand opgeroepen voor zijn bardienst en hem dienovereenkomstig betaald.

16. [verzoeker] erkent dat er gesproken is over de mogelijkheid dat hij minder bardiensten zou draaien omdat hij een nieuwe DJ-opdracht in Brussel zou gaan uitvoeren en meer tijd wilde hebben voor de overige werkzaamheden die hij uitvoerde voor [verweerster]. Volgens [verzoeker] was er echter nog niks concreets afgesproken over wanneer de wijziging zou ingaan.

17. Naar het oordeel van de kantonrechter komt het voor rekening en risico van [verweerster] dat zij de afspraak zoals zij stelt dat die is gemaakt met [verzoeker] niet op schrift heeft gesteld. Nu dit niet is gebeurd en [verzoeker] betwist dat er overeenstemming tussen partijen was over de essentialia van de afspraak (waaronder de begindatum), oordeelt de kantonrechter dat niet is gebleken dat een bindende afspraak tot stand is gekomen. [verzoeker] kan dus ook vanaf augustus 2020 aanspraak maken op het salaris gebaseerd op 34,25 uur per maand, te weten € 405,17 bruto. Over augustus, september en oktober heeft [verweerster] € 190,67 betaald. De vordering tot betaling van het achterstallige salaris is derhalve toewijsbaar tot een bedrag van € 643,50.

18. De gevorderde wettelijke verhoging is over het achterstallige loon toewijsbaar, met dien verstande dat deze wordt beperkt tot maximaal 25%.

Billijke vergoeding

19. Nu het verzoek tot ontbinding wordt toegewezen is de vraag vervolgens of [verzoeker] een billijke vergoeding toekomt, zoals door hem is verzocht. Een billijke vergoeding kan op grond van artikel 7:671c lid 2 sub b BW worden toegekend als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbare handelen of nalaten van een werkgever zich slechts in uitzonderlijke gevallen zal voordoen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Ook als een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd zonder inachtneming van de wettelijke regels is sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (artikel 7:681 lid 1 onder a BW).

19. [verweerster] heeft aangevoerd dat zij de arbeidsovereenkomst op 15 mei 2020 niet heeft opgezegd, maar slechts die mogelijkheid met [verzoeker] heeft besproken. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft is dit naar de letter wel juist – uiteindelijk gaat ook [verzoeker] er vanuit dat niet is opgezegd – maar feitelijk is [verzoeker] op genoemde datum zonder aankondiging vooraf geheel buiten spel gezet. Daartoe is in de eerste plaats redengevend dat [verweerster] het gesprek op 13 mei 2020 per Whatsapp heeft aangekondigd als een ‘functioneringsgesprek’ (zie onder 1.5). Indien het zo zou zijn dat, zoals [verweerster] aanvoert, het gesprek bedoeld was om de mogelijkheden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te bespreken, mocht worden verwacht dat dit gesprek ook als zodanig werd aangekondigd, zodat [verzoeker] zich daarop kon voorbereiden. In de tweede plaats spreekt het bericht van [naam 2] in de groepsapp boekdelen (zie onder 1.7.). Dit bericht, in combinatie met het feit dat [verzoeker] diezelfde dag nog is verwijderd uit de groepsapp, kan niet anders worden uitgelegd dan dat [verzoeker] niet meer kon terugkeren op het werk. Dat het gesprek met [verzoeker] een andere strekking heeft gehad blijkt geenszins uit de nadien verstuurd berichten. Ten slotte acht de kantonrechter van belang dat [verzoeker] enkele dagen na het gesprek, op 17 mei 2020, aangeeft dat hij het niet eens is met het op 15 mei 2020 gegeven ontslag (zie onder 1.8.). [naam 1] heeft op dat bericht gereageerd, zonder te vermelden dat van ontslag geen sprake is of dat [verweerster] misschien wat te hard van stapel is gelopen. Al met al ligt de manier waarop [verweerster] heeft gehandeld wel heel dicht aan tegen een ontslag met onmiddellijke ingang, zonder inachtneming van de daarvoor geldende regels. In ieder geval heeft [verweerster] door haar handelen een terugkeer van [verzoeker] vrijwel onmogelijk gemaakt en daarmee is zij op oneigenlijke manier vooruit gelopen op de uitkomst van een nog te voeren ontslagprocedure.

21. Geoordeeld wordt dan ook dat [verweerster] met haar hiervoor omschreven handelswijze ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, welk handelen uiteindelijk de ontbinding van de onderhavige arbeidsovereenkomst ten gevolge heeft. [verweerster] is daarom een billijke vergoeding verschuldigd.

21. In zijn beschikking van 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1187 New Hairstyle) - waarvan de Hoge Raad in zijn beschikking van 8 juni 2018 (ECLI:NL: HR:2018:878) heeft uitgemaakt dat deze ook gelden bij een ontbindingsverzoek van de werknemer - heeft de Hoge Raad een aantal uitgangspunten geformuleerd voor de begroting van de billijke vergoeding. Daarvan zal worden uitgegaan.

23. [verzoeker] heeft bij zijn verzoek om toekenning van € 25.000,00 bruto weliswaar verwezen naar de toepasselijke wetgeving en jurisprudentie, maar geen berekening aan dit bedrag ten grondslag gelegd, zodat de kantonrechter niet beschikt over concrete uitgangspunten om zijn schade te berekenen.

24. Zoals hiervoor uiteengezet is het handelen van [verweerster] grotendeels op één lijn te stellen

met een opzegging in strijd met artikel 7:671 BW. Dit valt haar aan te rekenen. [verweerster] dient als goed werkgever op de hoogte te zijn van de arbeidsrechtelijke opzegbepalingen en hiermee in overeenstemming te handelen. [verzoeker] had ten tijde van de mondelinge behandeling van dit verzoek nog geen ander werk gevonden en vastgesteld kan worden dat hij door de aanhoudende coronacrisis nu in een moeilijke positie op de arbeidsmarkt verkeert. Daar staat tegenover dat hij een uitkering ontvangt en dat de coronacrisis en de bijbehorende beperkende maatregelen in de horeca- en creatieve sector, naar waarschijnlijkheid van tijdelijke duur zullen zijn. Daar komt bij dat de inkomsten die [verzoeker] uit loondienst ontving niet zijn hoofdkomen betreffen, maar daar slechts een aanvulling op vormden. Alle omstandigheden van het geval in acht nemende zal [verweerster] worden veroordeeld om aan [verzoeker] een vergoeding te betalen van € 3.500,00 bruto.

Datum indiensttreding [verzoeker]

25. [verweerster] betwist niet dat [verzoeker] vóór maart 2015 in loondienst heeft gewerkt voor de rechtsvoorganger van [verweerster]. Zij kan echter bij gebrek aan wetenschap niet vaststellen sinds wanneer [verzoeker] precies in dienst is getreden bij de rechtsvoorganger. [verzoeker] stelt dat dat in september 2013 was en onderbouwt die stelling met bankafschriften waaruit blijkt dat hij sinds oktober 2013 salaris van de rechtsvoorganger van [verweerster] op zijn rekening ontvangt. [verzoeker] stelt dat hij de maand september 2013 contact uitbetaald heeft gekregen. [verweerster] heeft deze onderbouwde stelling van [verzoeker] onvoldoende gemotiveerd betwist. Het enkele feit dat [verzoeker] niet alle bankafschriften over de gehele periode september 2013 tot maart 2015 heeft overgelegd, kan niet tot de conclusie leiden dat hij niet per 1 september 2013 in dienst is getreden. De kantonrechter gaat dan ook van deze datum uit als datum van indiensttreding.

Bepaling ontbindingsdatum

26. Voor het bepalen van de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt wordt uitgegaan van de opzegtermijn van een maand. De datum van de ontbinding zal worden bepaald op 1 januari 2021.

Transitievergoeding

27. Nu hiervoor is overwogen dat [verweerster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld komt [verzoeker] tevens een transitievergoeding toe op grond van artikel 7:673 lid 1 sub b onder 2 BW. [verweerster] zal daarom worden veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. Die bedraagt met inachtneming van het voorgaande

€ 1.070,04.

Intrekkingsmogelijkheid

28. Nu aan [verzoeker] een lagere billijke vergoeding wordt toegekend dan verzocht, wordt hij conform artikel 7:686a lid 6 BW in de gelegenheid gesteld zijn verzoek in te trekken.

Het voorwaardelijk tegenverzoek

29. Nu de voorwaarde waaronder het tegenverzoek is ingesteld niet is vervuld, hoeft daarop geen beslissing te worden gegeven.

Proceskosten

30. Gelet op de uitkomst van de zaak, is de kantonrechter van oordeel dat het redelijk is dat partijen ieder hun eigen proceskosten dragen.

BESLISSING

De kantonrechter:

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 januari 2021;

veroordeelt [verweerster] tot betaling van een billijke vergoeding aan [verzoeker] van € 3.500,00 bruto;

veroordeelt [verweerster] tot betaling van de transitievergoeding aan [verzoeker] van € 1.070,04 bruto;

bepaalt dat het onder I t/m III gestelde rechtskracht ontbeert, indien het verzoek uiterlijk op 24 december 2020 door [verzoeker] wordt ingetrokken;

veroordeelt [verweerster] tot betaling aan [verzoeker] van € 643,50 aan achterstallig brutoloon over de periode augustus tot en met oktober 2020, te vermeerderen met de wettelijke verhoging op grond van artikel 7:625 BW, die wordt beperkt tot maximaal 25%;

compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het anders of meer verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. C.W. Inden, kantonrechter, en op 25 november 2020 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

De griffier De kantonrechter