

# ECLI:NL:GHSHE:2021:54

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	14-01-2021
Datum publicatie	22-01-2021
Zaaknummer	200.279.752_01
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Arbeidsrecht WWZ; uitleg: duur arbeidsovereenkomst wel of niet langer dan zes maanden; artikel 7:652 lid 4 onder a BW; sprake van een geldig proeftijdbeding.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 7 652
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2021-0091

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

Uitspraak : 14 januari 2021

Zaaknummer : 200.279.752/01

Zaaknummer eerste aanleg : 8360122 AZ VERZ 20-13

in de zaak in hoger beroep van:

**[de werknemer] ,**

wonende te [woonplaats] ,

appellante in principaal hoger beroep,

verweerster in (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep,

hierna aan te duiden als [de werknemer] ,

advocaat: mr. E.R. Chel te Oosterhout,

tegen

**[B.V.] B.V.,**

gevestigd te [vestigingsplaats] ,  
verweerster in principaal hoger beroep,  
appellante in (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep,  
hierna aan te duiden als [de werkgever] ,  
advocaat: mr. M.M.A.A. van Oosterhout te Tilburg.

## **1 Het geding in eerste aanleg**

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Tilburg, van 8 mei 2020.

## **2 Het geding in hoger beroep**

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met het procesdossier van de eerste aanleg en producties, ingekomen ter griffie op 15 juni 2020;
- het verweerschrift inclusief (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep, ingekomen ter griffie op 26 augustus 2020;
- het verweerschrift in (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep, ingekomen ter griffie op 9 september 2020;
- een via zivver ingekomen brief van 18 november 2020 met de aantekeningen van de griffier van het telefonisch verhoor in eerste aanleg van 10 april 2020;
- de op 19 november 2020 gehouden mondelinge behandeling, waarbij zijn gehoord:
- [de werknemer] , bijgestaan door mr. Chel (toehoorder: dhr. [toehoorder] );
- namens [de werkgever] , dhr. [directeur] (directeur), bijgestaan door mr. Van Oosterhout;
- de ter zitting in hoger beroep door mr. Chel overgelegde en voorgedragen pleitnota.

2.2. Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken.

## **3 De beoordeling**

In het principaal en (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

- 3.1.1. [de werknemer] , geboren op [geboortedatum] 1988, heeft op 19 december 2019 een arbeidsovereenkomst met [de werkgever] ondertekend. In die arbeidsovereenkomst staat onder meer en voor zover in deze zaak relevant:

## **' Artikel 1. Indiensttreding**

1. Werkgever neemt werknemer in dienst in de functie van Medewerker marketing & communicatie - Allround office medewerker, (...).

(...)

3. Werknemer wordt aangenomen voor een dienstverband van minimaal 16 uur per week, en maximaal 40 uur per week.

(...)

## **Artikel 2. Contractduur/Proeftijd/Opzegging**

1. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een periode van 6 maanden en 1 dag, ingaande op 2 januari 2020 en eindigend op 2 juli 2020.

2. De eerste maand van de arbeidsovereenkomst geldt als proeftijd. De proeftijd loopt derhalve tot en met 2 februari 2020. Gedurende de proeftijd kunnen zowel werkgever als werknemer de arbeidsovereenkomst op elk gewenst moment met onmiddellijke ingang opzeggen.

(...)'

3.1.2. [de werkgever] heeft [de werknemer] op 19 december 2019 een e-mail met als bijlagen de arbeidsovereenkomst en het werkrooster vanaf 2 januari 2020 gestuurd.

3.1.3. [de werknemer] schrijft in een WhatsApp bericht van 30 december 2019 aan de officemanager van [de werkgever] ( [officemanager] ) het volgende:

'(...)

*Leuke kerst gehad? Wij wel, als grootste cadeau te horen gekregen dat we een huis gaan huren vanaf 1 februari! (...) Ondertussen ook [naam] al gesproken, want aanstaande donderdag komt er een inspectie langs bij ons appartement die alles gaan controleren, de hoofdhuurder moet hier bij zijn. Helaas ben ik de hoofdhuurder, (...) ik moet er bij zijn. [naam] gaf aan dit niet erg te vinden en dat ik dan vrijdag begin ipv donderdag. Ik moest dit ook doorgeven aan jou, vandaar mijn appje.*

(...)'

[officemanager] reageert als volgt per WhatsApp van 30 december 2019:

'(...) ja goede kerst gehad. Goed nieuws! En is goed hoor zie ik je vrijdag..(...)'

3.1.4. [de werknemer] heeft met ingang van 3 januari 2020 werkzaamheden op het kantoor van [de werkgever] verricht.

3.1.5. [de werknemer] heeft zich op 27 januari 2020 ziek gemeld.

3.1.6. [de werkgever] schrijft op 31 januari 2020 per email aan [de werknemer] :

'(...)

*In de arbeidsovereenkomst die wij met u per 3 januari 2020 zijn aangegaan, is een proeftijd opgenomen.*

*Uit meerdere gesprekken dat wij gedurende de afgelopen periode met elkaar voerden, hebben wij geconcludeerd dat u na ons inziens niet voldoet aan de eisen voor de functie waarvoor wij u hebben aangenomen. Wij hebben daarom besloten de arbeidsovereenkomst met u per 1 februari 2020 dienstverband binnen de proeftijd te beëindigen.*

(...)'

3.1.7. Op de loonstrook van [de werknemer] van 31 januari 2020 staat dat [de werknemer] op 2

januari 2020 bij [de werkgever] in dienst is getreden.

3.2. In de onderhavige procedure heeft [de werknemer] in eerste aanleg de kantonrechter verzocht - kort gezegd - de opzegging van de arbeidsovereenkomst van 31 januari 2020 te vernietigen en [de werkgever] - op straffe van een dwangsom - te veroordelen om haar toegang te verlenen tot de werkplek en haar in staat te stellen haar gebruikelijke werkzaamheden te verrichten (met veroordeling van [de werkgever] tot betaling van kosten rechtsbijstand en de proceskosten met de nakosten).

Bij vermeerdering van eis is nog doorbetaling van loon vanaf 1 februari 2020 verzocht.

3.2.1. Aan de verzoeken heeft [de werknemer] - kort samengevat - onder meer ten grondslag gelegd dat het proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst wegens strijd met art. 7:652 lid 4 onder a BW nietig is.

Eerstens omdat in de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan op 2 januari 2020 en eindigt op 2 juli 2020. Dit betekent volgens [de werknemer] - gezien de mogelijke interpretatie van het woordje 'op' (in 'eindigt op 2 juli 2020') - dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 1 juli 2020 om 0.00 uur, zodat de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor zes maanden en niet voor zes maanden en één dag.

Bovendien is de arbeidsovereenkomst volgens [de werknemer] - daarbij verwijzend naar de e-mail van [de werkgever] van 31 januari 2020 en een WhatsApp-bericht van 30 december 2019 (vgl. 3.1.6. en 3.1.3.) - pas op 3 januari 2020 aangevangen, zodat ook geen sprake is van een arbeidsovereenkomst van langer dan zes maanden.

Verder heeft [de werknemer] gesteld dat ook overigens niet rechtsgeldig is opgezegd.

3.2.2. [de werkgever] heeft in haar verweer betwist dat er sprake is van een nietig proeftijdbeding. De arbeidsovereenkomst is aangevangen op 2 januari 2020, dat blijkt uit het werkrooster. Die dag is ook betaald, zoals blijkt uit de loonstrook. Volgens [de werkgever] heeft [de werknemer] op 2 januari 2020 thuis gewerkt, hetgeen de officemanager [officemanager] schriftelijk heeft verklaard op 30 maart 2020 (productie 8 bij het verweerschrift in eerste aanleg). De email van [de werkgever] van 31 januari 2020 bevat een schrijffout. Los van de discussie over exacte data, geldt volgens [de werkgever] dat partijen een arbeidsovereenkomst voor zes maanden en één dag hebben beoogd en dat is ook zo vastgelegd. Voorts heeft [de werkgever] de kantonrechter bij voorwaardelijk - voor het geval de opzegging wordt vernietigd - tegenverzoek verzocht om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, zonder vergoeding voor [de werknemer] .

3.3. Bij de bestreden - uitvoerbaar bij voorraad verklaarde - beschikking, heeft de kantonrechter de verzoeken van [de werknemer] afgewezen, het voorwaardelijk tegenverzoek van [de werkgever] afgewezen en de proceskosten tussen partijen gecompenseerd.

Het hof merkt daarbij op dat de kantonrechter aan een beoordeling van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van [de werkgever] niet is toegekomen wegens de afwijzing van de verzoeken van [de werknemer] .

3.4. [de werknemer] heeft in (principaal) appel vier grieven aangevoerd en het hof verzocht de bestreden beschikking te vernietigen en te beslissen overeenkomstig de verzoeken in het verzoekschrift (van 1 maart 2020), rekening houdend met de toegestane vermeerdering van het verzoek, derhalve tevens betaling van het loon vanaf 27 januari 2020 c.q. 1 februari 2020. Verder heeft [de werknemer] het hof verzocht [de werkgever] niet-ontvankelijk te verklaren danwel haar (tegen)verzoeken af te wijzen, met veroordeling van [de werkgever] in de kosten in beide instanties.

3.5. [de werkgever] heeft in haar verweer in principaal appel geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken van [de werknemer] en in (deels voorwaardelijk) incidenteel appel tot ontbinding van

de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding, een en ander met veroordeling van [de werknemer] in de kosten van het geding in beide instanties.

3.6. [de werknemer] heeft in haar verweer in (deels voorwaardelijk) incidenteel appel verzocht primair tot afwijzing van het verzoek tot ontbinding en - indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege per 3 juli 2020 is geëindigd - tot veroordeling van [de werkgever] tot betaling van het aan [de werknemer] verschuldigde salaris over de periode van 2 januari 2020 tot en met 2 juli 2020 en tot betaling van de wettelijke transitievergoeding, subsidiair - voor het geval dat de arbeidsovereenkomst nog wel kan worden ontbonden - tot veroordeling van [de werkgever] tot betaling van het aan [de werknemer] verschuldigde salaris over de periode van 2 januari 2020 tot en met 2 juli 2020 alsmede de wettelijke transitievergoeding.

3.7. Het hof overweegt het volgende.

3.7.1. De kern van het geschil is de vraag of er een rechtsgeldig proeftijdbeding is overeengekomen.

3.7.2. Ingevolge artikel 7:652 lid 4 onder a BW kan bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste een maand, indien de overeenkomst is aangegaan voor langer dan zes maanden maar korter dan twee jaren.

3.7.3. In de tekst van de arbeidsovereenkomst tussen partijen staat (hiervoor ook geciteerd onder 3.1.1.): *'De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een periode van 6 maanden en 1 dag, ingaande op 2 januari 2020 en eindigend op 2 juli 2020.'*

3.7.4. Volgens vaste rechtspraak gaat het bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen niet enkel om de taalkundige bewoordingen van de tekst van de overeenkomst, maar komt het tevens aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, Haviltex).

Daarbij verdient opmerking dat ook gedragingen van partijen ná het sluiten van de overeenkomst van belang kunnen zijn voor de aan die overeenkomst te geven uitleg (HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5572).

3.7.5. Het hof constateert allereerst dat tussen partijen vast staat dat zij op 19 december 2019 beiden de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan voor een periode van zes maanden en één dag, hetgeen ook letterlijk zo in de arbeidsovereenkomst is vastgelegd. Dit blijkt uit hetgeen [de werknemer] in haar beroepschrift (in 4.1.3. tweede zin en 4.1.5. eerste deel laatste zin) en [de werkgever] in haar verweer (onder meer op pagina 2) in principaal appel hebben gesteld. Ter zitting in hoger beroep heeft [de werknemer] ook bevestigd dat partijen destijds bewust hebben gekozen voor een periode van zes maanden en één dag teneinde een proeftijd te kunnen bedingen. De door [de werknemer] aan de woorden 'eindigend op 2 juli' gegeven uitleg (zie onder meer beroepschrift onder 4.1.5.) als zou dit betekenen dat de arbeidsovereenkomst bedoeld was te eindigen op 1 juli te 0.00 uur verhoudt zich niet met die bedoeling van partijen, omdat alsdan sprake zou zijn van innerlijke tegenstrijdigheid. Die uitleg volgt het hof niet.

[de werknemer] heeft zich voor het eerst in hoger beroep - hetgeen gezien de herstelfunctie van het hoger beroep is toegestaan - (uitdrukkelijk) op het standpunt gesteld dat er ná ondertekening van de arbeidsovereenkomst een gewijzigde situatie is ontstaan, omdat [de werknemer] de arbeidsovereenkomst pas kon aanvragen en heeft aangevraagd op 3

januari 2020 - hetgeen door [de werkgever] was geaccepteerd - en [de werkgever] heeft verzuimd de arbeidsovereenkomst aan te passen aan die gewijzigde omstandigheid. Volgens [de werknemer] is de duur van de arbeidsovereenkomst daarmee korter geworden dan zes maanden en één dag en is het proeftijdbeding daarom nietig.

Het daadwerkelijke moment van starten van de werkzaamheden dient naar het oordeel van het hof te worden onderscheiden van het aanvangsmoment van de overeenkomst. De aanvangsdatum van de arbeidsovereenkomst is door de afspraak, althans de feitelijke invulling, om de werkzaamheden aan te vangen op 3 januari 2020, niet gewijzigd. De aanvangsdatum van de arbeidsovereenkomst is ongewijzigd 2 januari 2020 gebleven en daarmee is de duur van die overeenkomst ongewijzigd en conform de bedoeling van partijen zes maanden en één dag gebleven. De arbeidsovereenkomst bood daartoe ook de ruimte. Het betrof immers een oproepovereenkomst voor 16 tot 40 uur per week en voor [de werkgever] bestond er geen verplichting om [de werknemer] op 2 januari 2020 werkzaamheden aan te bieden zolang zij [de werknemer] in die week tenminste 16 uur aanbod (hetgeen ook onbetwist feitelijk het geval is geweest).

Het hof is verder van oordeel dat, ook al zou er sprake van zijn dat [de werknemer] pas op 3 januari 2020 (haar werkzaamheden) zou zijn begonnen - hetgeen overigens door [de werkgever] is betwist - en ook al was dat goed gevonden, daaruit nog niet afgeleid kan worden dat partijen hun bedoeling om een arbeidsovereenkomst van zes maanden en één dag aan te gaan (vanwege de proeftijd), hebben willen wijzigen of daadwerkelijk gewijzigd hebben. Dat is als zodanig ook niet gesteld, laat staan gebleken. Naar het oordeel van het hof kan zo'n gewijzigde bedoeling van partijen ter zake de duur van de arbeidsovereenkomst ook niet worden afgeleid uit de combinatie van het goedgevonden starten van de werkzaamheden op 3 januari 2020 en de mail van [de werkgever] aan [de werknemer] van 31 januari 2020, waarin - volgens [de werkgever] overigens abusievelijk - vermeld staat "...de arbeidsovereenkomst die wij met u per 3 januari 2020 zijn aangegaan...". Een en ander is onvoldoende om aan te nemen dat partijen hebben willen afwijken van de (vaststaande) oorspronkelijke bedoeling om de duur vast te stellen op langer dan zes maanden met het oog op de mogelijkheid van een proeftijd van een maand. Ook is niet gesteld of gebleken dat [de werknemer] heeft aangedrongen op een nieuwe/aan te passen arbeidsovereenkomst of dat partijen daarover hebben gesproken.

Nu het er niet toe doet of [de werknemer] wel of niet op 2 januari 2020 heeft gewerkt, passeert het hof het bewijsaanbod van [de werknemer] om onder ede te verklaren dat zij - anders dan de schriftelijke verklaring van [officemanager] - geen werkzaamheden zou hebben verricht op 2 januari 2020.

- 3.7.6. Het voorgaande betekent dat het proeftijdbeding rechtsgeldig is. [de werkgever] heeft de arbeidsovereenkomst tijdig, binnen die proeftijd, opgezegd.

Voor zover [de werknemer] aanvullend loon heeft verzocht voor de periode van 27 januari 2020 tot en met 31 januari 2020, wijst het hof dit verzoek af. [de werknemer] heeft immers in die periode niet gewerkt. Er was sprake van een oproepovereenkomst en niet (meer) in geschil is dat [de werkgever] de uren die [de werknemer] wél heeft gewerkt heeft voldaan. Ter zitting in hoger beroep heeft [de werknemer] immers afstand gedaan van haar stelling dat zij nog twee uren (ad € 21,63 bruto) uitbetaald moet krijgen over de periode dat zij heeft gewerkt (omdat zij in de pauzes zou hebben doorgewerkt). Overigens heeft [de werkgever] ter zitting in hoger beroep aangeboden die uren tot een bedrag van 20 euro -op vrijwillige basis- te willen voldoen, maar dat aanbod heeft [de werknemer] afgeslagen.

- 3.7.7. Op grond van al het bovenstaande is het hof van oordeel dat de grieven van [de werknemer] niet (kunnen) slagen, zodat haar verzoeken (in principaal appel) zullen worden afgewezen.

- 3.8. Het incidenteel appel is (deels) ingesteld onder de voorwaarde dat het principaal appel tot

vernietiging van de beschikking zou leiden. Nu die voorwaarde niet is vervuld, behoeft het voorwaardelijk incidenteel appel en het verweer erop niet te worden behandeld.

Het hof ziet in al het voorgaande wel aanleiding om het door [de werkgever] in het onvoorwaardelijk incidenteel appel verzochte - om [de werknemer] alsnog in de proceskosten in eerste aanleg te veroordelen - toe te wijzen.

3.9. Het hof zal de bestreden beschikking uitsluitend vernietigen voor zover het de beslissing over de proceskosten betreft, voor het overige die beschikking bekrachtigen en [de werknemer] veroordelen in de proceskosten van eerste aanleg. Het hof zal [de werknemer] eveneens - als de (ook in hoger beroep) in het ongelijk gestelde partij - veroordelen in de proceskosten van het (principaal en incidenteel) hoger beroep.

#### **4 De beslissing**

Het hof:

op het principaal en (deels voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep:

vernietigt de bestreden beschikking uitsluitend voor zover het de beslissing over de proceskosten betreft en bekrachtigt die beschikking voor het overige;

in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [de werknemer] in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [de werkgever] op € 720,-- aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 760,-- aan griffierecht en € 2.685,-- aan salaris advocaat voor het (principaal en incidenteel) hoger beroep;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

verstaat dat het voorwaardelijk incidenteel appel tegen de bestreden beschikking geen behandeling behoeft;

wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mrs. A.P. Zweers-van Vollenhoven, J.W. van Rijkom en R.J. Voorink en is in het openbaar uitgesproken op 14 januari 2021.

