

ECLI:NL:GHARL:2014:6786

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	02-09-2014
Datum publicatie	26-09-2014
Zaaknummer	200.118.342
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Opdracht; zorgplicht payrollonderneming; schade;
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2014/702

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civil recht

zaaknummer gerechtshof 200.118.342
(zaaknummer rechtbank Arnhem sector civil recht 229316)

arrest van de derde kamer van 2 september 2014

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Lowland Binnenvaart B.V.,

gevestigd te Nieuw-Vennep,

appellante,

hierna: Lowland,

advocaat: mr. A.D. van Koningsveld,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

J&J Nautical Projects B.V.,

gevestigd te Elst,

geïntimeerde,

hierna: J&J,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 14 november 2012 dat de rechtbank Arnhem tussen Lowland als eiseres in conventie, verweerster in reconventie en J&J als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 6 december 2012,
- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord met producties,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities van mr. A.D. van Koningsveld, advocaat te Amsterdam namens Lowland en van mr. R. Gardeslen, advocaat te Amsterdam namens J&J.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald op één dossier.

3. De grieven

Lowland heeft de volgende grieven aangevoerd.

Grief I

Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 4.2 van het vonnis waarvan beroep, overwogen en besloten dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vanwege meer dan drie elkaar opvolgende stilzwijgende verleningen is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, voor rekening en risico van Lowland dient te komen omdat Lowland de opdracht heeft aanvaard om [werknemer] tijdelijk te verlonen totdat de personeels-BV zou zijn opgericht.

Grief II

Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 4.3 gesteld dat Lowland heeft gekozen voor een arbeidsovereenkomst voor de duur van één maand en het erop aan heeft laten komen dat deze arbeidsovereenkomst na het verstrijken van die maand zonder tegenspraak is voortgezet gedurende meer dan driemaal een maand.

Grief III

Ten onrechte spreekt de rechtbank onder rechtsoverweging 4.4 over Lowland haar werkgeversaansprakelijkheid als ware Lowland werkgever van [werknemer].

Grief IV

Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverwegingen 5.1 en 5.2 van het vonnis waarvan beroep, J&J slechts veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 7.527,58 en niet tot het volledig door Lowland gevorderde bedrag. Ten onrechte heeft de rechtbank (het hof begrijpt) Lowland veroordeeld in de proceskosten in conventie.

Grief V

Ten onrechte heeft de rechtbank de reconventionele vordering van J&J toegewezen en Lowland in reconventie veroordeeld in de proceskosten.

4. De vaststaande feiten

4.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het bestreden vonnis van 14 november 2012. Daarnaast staat nog het volgende vast.

4.2 Lowland en J&J hebben een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarin onder andere het volgende is vermeld:

"komen hierbij overeen een samenwerkingsverband aan te gaan betreffende de verloning en of levering van personeel onder de volgende voorwaarden:

Artikel 1 Functies

Deze overeenkomst is van toepassing op al het binnenvaart personeel welke wordt verloont en of geleverd door opdrachtnemer projecten aan boord van binnenvaart schepen van opdrachtgever of projecten aan de wal.

Artikel 2 Duur overeenkomst

Deze overeenkomst en de hierin vermelde voorwaarden, tarieven en afspraken worden aangegaan voor de duur van een jaar, aanvangende op 1 december 2010, stilzwijgend verlengt voor een periode van een jaar tenzij opgezegd uiterlijk twee maanden voor het eind van het contract.

Artikel 3 Personeel

3.1 Dit contract is van toepassing op al het binnenvaart personeel of wal personeel varende op de door opdrachtgever aangewezen projecten.

3.2 Personeel ontvangt in samenspraak met opdrachtgever een contract, conform de bijlage.

3.3 Voor aangaan van contract wordt het bruto uurloon overeengekomen.

Artikel 4 Financiële voorwaarden

4.1 Voor de door opdrachtnemer geleverde service wordt opdrachtgever een fee doorberekend van een factuur opslag van 1,5 van het bruto dag loon inclusief 8% vakantiegeld en vakantiedagen.

(...)"

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1 Lowland heeft in eerste aanleg in conventie - kort samengevat - veroordeling van J&J gevorderd tot betaling van een bedrag van € 42.829,53, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over € 42.027,19 vanaf 25 april 2012 en met veroordeling van J&J in de proceskosten, waaronder

begrepen de kosten van het door Lowland gelegde beslag. De hoofdsom van € 42.027,19 had betrekking op door Lowland aan J&J gezonden declaraties over oktober 2011 tot en met maart 2012, die J&J volgens Lowland onbetaald had gelaten.

5.2 J&J heeft in eerste aanleg in reconventie - kort samengevat - veroordeling van Lowland gevorderd tot opheffing van het gelegde beslag op straffe van een dwangsom van € 1.000,00 per dag, met verbod om nog enig vervolgbeslag te leggen uit hoofde van de vorderingen in conventie en met veroordeling van Lowland in de proceskosten.

5.3 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in conventie J&J veroordeeld aan Lowland een bedrag van € 7.527,58 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW over het toegewezen bedrag met ingang van 23 november 2011 tot de dag van volledige betaling, Lowland veroordeeld in de proceskosten en het meer of anders gevorderde afgewezen.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in reconventie Lowland geboden het gelegde derdenbeslag onder de Rabobank Oost-Betuwe binnen twee dagen na betekening van dit vonnis op te heffen, Lowland veroordeeld aan J&J een dwangsom te betalen van € 1.000,- voor iedere dag dat zij niet aan de hiervoor vermelde veroordeling voldoet, tot een maximum van € 50.000,- is bereikt, Lowland veroordeeld in de proceskosten en het meer of anders gevorderde afgewezen. De rechtbank heeft het vonnis in conventie en in reconventie uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

5.4 Uit de stellingen over en weer van partijen leidt het hof af dat de door Lowland in eerste aanleg gevorderde hoofdsom ad € 42.027,19 - mede - betrekking heeft op schade die Lowland stelt te hebben geleden vanwege het feit dat zij vanaf 1 november 2011 tot 16 maart 2012 het loon aan [werknemer] heeft doorbetaald, dat zij door middel van facturen aan J&J in rekening heeft gebracht en dat J&J onbetaald heeft gelaten. In deze hoofdsom is een bedrag van € 7.527,58 begrepen dat betrekking heeft op de verloning van [werknemer] over de maand oktober 2011. Tegen de toewijzing door de rechtbank tot betaling door J&J aan Lowland van dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 23 november 2011 tot de dag van voldoening, is geen grief gericht en ook geen incidenteel hoger beroep ingesteld. Die veroordeling is in hoger beroep niet aan het oordeel van het hof onderworpen. Dit betekent dat de door Lowland in hoger beroep gevorderde schade een hoofdsom van € 34.499,61 betreft.

5.5 De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2.3 van het bestreden vonnis als vaststaande feiten vermeldt dat op verzoek van J&J Lowland met ingang van 1 maart 2011 de *payroll*functie (verloning) van [werknemer] op zich heeft genomen. J&J had [werknemer] een arbeidsovereenkomst als kapitein toegezegd, maar was doende een aparte personeels-BV op te richten. Het verzoek van J&J zag op de verloning tot het moment dat die BV zou zijn opgericht. De verwachting was dat dit op korte termijn zou gebeuren. Uiteindelijk is die BV, de besloten vennootschap Inland Cruise Management B.V., pas in oktober 2011 opgericht, aldus de rechtbank. Tegen deze vaststellingen zijn geen grieven gericht.

5.6 Voorts staat vast (zie rechtsoverweging 2.7 en 2.8 van het bestreden vonnis) dat Lowland met [werknemer] een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft gesloten, voor de duur van een maand, die meermalen stilzwijgend is verlengd en wel meer dan drie keer. J&J heeft in september/oktober 2011 Lowland laten weten dat zij [werknemer] vanaf 1 november 2011 niet meer nodig had. Dit heeft Lowland met [werknemer] besproken, waarna [werknemer] op 31 oktober 2011, bij aankomst in de haven, het *Majesty's Ship* De Princess (hierna: De Princess) heeft verlaten (zie vaststelling rechtbank in rechtsoverweging 2.5 van het bestreden vonnis). Nadat [werknemer] zich in januari 2012 op het standpunt had gesteld dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege het karakter van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had gekregen en hij aanspraak had gemaakt op doorbetaling van loon vanaf 1 november 2011 heeft Lowland aan [werknemer] loon doorbetaald vanaf 1 november 2011 tot 16

maart 2012 (zie rechtsoverweging 2.8 van het bestreden vonnis).

- 5.7 Het hof stelt voorop dat de in rechtsoverweging 4.2 vermelde samenwerkingsovereenkomst tussen partijen een overeenkomst van opdracht betreft. Op grond van artikel 7:401 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) moet de opdrachtnemer, in dit geval Lowland, bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer (jegens de opdrachtgever, in dit geval J&J) in acht nemen. Daarbij gaat het om de vraag of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan. Dit is het toetsingscriterium dat het hof bij de beoordeling van de vraag of de vorderingen van Lowland kunnen worden toegewezen, dient te hanteren. Van belang hierbij is dat Lowland in deze zaak handelde als payrollonderneming.
- 5.8 In de aanhef van de samenwerkingsovereenkomst is bepaald dat het samenwerkingsverband tussen partijen ziet op de verloning en levering van personeel door Lowland aan J&J. In artikel 3 van deze samenwerkingsovereenkomst is een ruime omschrijving gegeven van het begrip personeel ten aanzien waarvan de samenwerkingsovereenkomst geldt. Het hof gaat dan ook voorbij aan het verweer van J&J (zie punt 7 en 8 memorie van antwoord) dat de inhoud van deze samenwerkingsovereenkomst niet van toepassing was op de verloning van [werknemer] als kapitein op De Princess.
- 5.9 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen wordt de overeenkomst van opdracht in deze zaak "gekleurd" door het feit dat sprake was van een zogenaamde *payroll*constructie. Bij *payrolling* sluit de payrollonderneming (het salarieringsbedrijf) een arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer, die feitelijk werkzaam is bij de opdrachtgever dan wel bij de exploitant van de onderneming. Anders dan Lowland heeft aangevoerd is de hiervoor omschreven overeenkomst van opdracht niet beperkt tot een zuiver administratieve aangelegenheid, te weten de betaling van loon en de afdracht van belasting en sociale premies. Vast staat dat Lowland een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor de duur van een maand, voor [werknemer] heeft opgesteld, die [werknemer] heeft ondertekend. Daarmee heeft Lowland zelf jegens J&J de juridische verantwoordelijkheid voor de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen op zich genomen. Het voorgaande sluit aan bij het - in de praktijk gebruikelijke - beoogde doel van een opdrachtgever ingeval van een *payroll*constructie om de administratieve en juridische verantwoordelijkheid voor zijn werkgeverschap uit handen te geven aan de *payroll*onderneming. Het past in dit geval ook in de aanvaarding door Lowland van de opdracht van J&J om J&J eerst in de gelegenheid te stellen haar personeels-BV op te richten en pas daarna [werknemer] op haar loonlijst te plaatsen. De omstandigheid dat Lowland voor de door haar verleende diensten een *fee* aan J&J doorberekende - waarbij het hof in het midden laat of deze *fee* als bovenmatig moet worden gekwalificeerd - bevestigt dat Lowland meer was dan alleen een administratief doorgeefluik.
- 5.10 Op grond van de in rechtsoverweging 5.9 door het hof vastgestelde verantwoordelijkheid van Lowland (als *payroll*onderneming) brengt de zorgplicht van Lowland als redelijk bekwame en redelijk handelende *payroll*onderneming mee dat Lowland, toen de oprichting door J&J van haar personeels-BV uitbleef, J&J had moeten waarschuwen dat de tijdelijke arbeidsovereenkomst van één maand bij een stilzwijgende verlenging van meer dan drie keer van rechtswege zou worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dat geval had J&J maatregelen kunnen nemen om dit te voorkomen en had zij ervoor kunnen kiezen om niet langer meer in zee te gaan met [werknemer], maar een andere kapitein te laten verlonen. Van Lowland als *payroll*onderneming had mogen worden verwacht dat zij bekend was met de toepasselijke wetgeving, althans dat zij ervoor had zorggedragen dat zij zich deze kennis eigen maakte. Aangezien zij dit heeft nagelaten, is zij toerekenbaar tekort geschoten in haar zorgplicht jegens J&J en heeft zij zelf bijgedragen aan het ontstaan van de door haar gevorderde schade.
- 5.11 Hiertegenover staat dat ook J&J naar het oordeel van het hof heeft bijgedragen aan het

ontstaan van de schade. Vaststaat dat Lowland met een e-mail van 29 maart 2011 (productie 4 memorie van grieven) de door haar opgestelde arbeidsovereenkomst met [werknemer] (productie 4 memorie van grieven) aan J&J heeft gezonden zodat [werknemer] de arbeidsovereenkomst kon ondertekenen en dat J&J door middel van een e-mail van 31 maart 2011 (productie 5 memorie van grieven) de door [werknemer] getekende arbeidsovereenkomst aan Lowland heeft teruggezonden. J&J heeft onder punt 12 van haar memorie van antwoord aangevoerd dat zij de door Lowland opgestelde arbeidsovereenkomst op 29 maart 2011 ongezien aan [werknemer] heeft overhandigd en dat zij het door [werknemer] ondertekende exemplaar ook ongezien aan Lowland heeft teruggestuurd. J&J heeft steeds benadrukt dat het de bedoeling was dat de arbeidsovereenkomst met [werknemer] zou eindigen wanneer de reis ten einde was en in ieder geval met ingang van 1 november 2011. Als dat zo is, dan valt niet te verklaren, laat staan te rechtvaardigen, dat J&J op twee tijdstippen (bij het overhandigen van de arbeidsovereenkomst aan [werknemer] en bij het terugsturen van de door [werknemer] getekende arbeidsovereenkomst) er blind op heeft vertrouwd dat Lowland op juiste wijze zou vastleggen hetgeen haar voor ogen stond. Deze handelwijze komt voor rekening en risico van J&J. Dit klemmt temeer indien het hof er veronderstellenderwijze van zou uitgaan - Lowland heeft dit betwist - dat J&J met een e-mail van 28 maart 2011 een voorbeeld van een arbeidsovereenkomst aan Lowland heeft gezonden, waarin was opgenomen dat de arbeidsovereenkomst werd aangegaan voor bepaalde tijd, te weten 10 maanden en dat deze van rechtswege zou eindigen per 31 oktober 2011. In dat geval had J&J er extra op moeten toezien dat haar aanwijzingen door Lowland werden opgevolgd (artikel 7:402 lid 2 BW).

- 5.12 Het hof gaat voorbij aan het verweer van J&J dat Lowland haar op geen enkele wijze in het arbeidsconflict heeft betrokken (punt 28 memorie van antwoord). Lowland heeft ter gelegenheid van de pleidooien bij het hof - onbetwist - gesteld dat zij heeft geprobeerd J&J bij het arbeidsconflict met [werknemer] te betrekken, maar dat J&J zich jegens haar op het standpunt heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst met [werknemer] was geëindigd (naar het hof begrijpt per 31 oktober 2011) en dat zij niet meer met Lowland over (de afwikkeling van de arbeidsovereenkomst met) [werknemer] wilde praten.
- 5.13 Bij afweging van alle hiervoor geschetste feiten en omstandigheden aan de zijde van beide partijen en rekening houdend met de mate waarin deze omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen is het hof, in aanmerking nemende het bepaalde in artikel 6:101 BW, van oordeel dat beide partijen, ieder voor 50%, dienen bij te dragen in de door Lowland geleden schade. De grieven I tot en met III slagen. Onder verwijzing naar hetgeen in rechtsoverweging 5.3 is overwogen, zal het hof J&J (in conventie) veroordelen een bedrag van € 17.249,81 aan Lowland te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 25 april 2012 tot de dag van voldoening. In zoverre slaagt grief IV gedeeltelijk.
- 5.14 Aangezien beide partijen voor zover het de vordering in conventie betreft over een weer in het ongelijk zullen worden gesteld, zal het hof de proceskosten in eerste aanleg in conventie compenseren, zoals hierna in het dictum te vermelden. In zoverre slaagt grief IV.
- 5.15 Aangezien, zoals hiervoor is overwogen, de vordering in conventie gedeeltelijk zal worden toegewezen, dient de vordering in reconventie van J&J tot opheffing van het door Lowland onder de Rabobank Oost-Betuwe gelegde derdenbeslag c.a. te worden afgewezen. In zoverre slaagt grief V. Vanwege de nauwe samenhang die er bestaat tussen de vorderingen in conventie en in reconventie zal het hof ook in reconventie de proceskosten tussen partijen compenseren, zoals hierna in het dictum te vermelden. Ook in zoverre slaagt grief V.
- 5.16 Het voorgaande brengt mee dat het hof ook in hoger beroep de proceskosten tussen partijen zal compenseren, zoals hierna in het dictum te vermelden.
- 5.17 De door Lowland gevorderde terugbetaling door J&J van al hetgeen zij betaald heeft op grond van het bestreden vonnis zal worden toegewezen, aangezien J&J geen verweer tegen deze

vordering heeft gevoerd.

6 Slotsom

De slotsom is dat J&J in conventie aan Lowland een bedrag dient te betalen van € 7.527,58, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 23 november 2011 tot de dag van voldoening alsmede een bedrag van € 17.249,81, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 25 april 2012 tot de dag van voldoening. De vordering van J&J in reconventie zal worden afgewezen. De proceskosten in eerste aanleg in conventie en in reconventie en in hoger beroep zullen worden gecompenseerd aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt. J&J zal worden veroordeeld om al hetgeen Lowland ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft betaald, terug te betalen. Omwille van de duidelijkheid zal het hof het bestreden vonnis vernietigen en een nieuw dictum formuleren.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Arnhem van 14 november 2012 en doet opnieuw recht:

veroordeelt in conventie J&J aan Lowland een bedrag te betalen van € 7.527,58, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 23 november 2011 tot de dag van voldoening alsmede een bedrag van € 17.249,81, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 25 april 2012 tot de dag van voldoening;

wijst de vordering in reconventie af;

compenseert de proceskosten in eerste aanleg in conventie en in reconventie en in hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

veroordeelt J&J om al hetgeen Lowland ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft betaald, terug te betalen;

verklaart dit arrest, voor zover het de hierin vermelde betalingsveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.B. Knottnerus, H. van Loo en G.H. Bunt en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 2 september 2014.