

## RECHTSPRAAK

***Arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden geëindigd door voortzetting in managementovereenkomststructuur: doorbetaling tijdens ziekte en inschakeling arbodienst staan niet aan managementovereenkomst in de weg.****Feiten*

Werknemer (geboren 1964) is op 1 februari 1989 in dienst getreden bij Treffina. Vanaf 1 januari 2005 was hij werkzaam in de functie van directeur inkoop en design. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel stond werknemer van 1 januari 2005 tot 5 april 2016 ingeschreven als bestuurder met als titel directeur, alleen/zelfstandig bevoegd.

In april 2008 heeft werknemer de vennootschap Fizzy-Bizz B.V. (hierna: Fizzy-Bizz) opgericht en heeft hij middels die vennootschap 20% van de aandelen van Treffina in handen gekregen. Werknemer is enig aandeelhouder, bestuurder/directeur en alleen/zelfstandig bevoegd. Uit het handelsregister blijkt dat Fizzy-Bizz zich bezighoudt met het beheren en beleggen van vermogen. Bij aandeelhoudersovereenkomst van 14 april 2008 hebben Trefhold B.V., die op dat moment 80% van de aandelen in Treffina hield, en Fizzy-Bizz hun onderlinge verhouding nader geregeld en vastgelegd.

Vanaf 5 april 2016 wordt Treffina bestuurd door Marhold B.V. en Fizzy-Bizz. Beide vennootschappen zijn alleen/zelfstandig bevoegd. Op de algemene vergadering van aandeelhouders van Treffina van 26 maart 2018 is het besluit genomen om Fizzy-Bizz als bestuurder te ontslaan. Bij brief van diezelfde datum is aan Fizzy-Bizz geschreven dat hiermee een einde is gekomen aan haar bestuurstaak. Bij brief van 18 april 2018 is namens Fizzy-Bizz bezwaar gemaakt tegen dit besluit en de gevolgen daarvan. Treffina heeft bij e-mail van 24 april 2018 de door haar veronderstelde managementovereenkomst met Fizzy-Bizz opgezegd per 1 september 2018.

Werknemer heeft in eerste aanleg gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat tussen hem en Treffina een arbeidsovereenkomst bestaat en dat die arbeidsovereenkomst ook na 1 september 2018 voortduurt. Treffina heeft verweer gevoerd en geconcludeerd dat de vanaf 1989 bestaande arbeidsovereenkomst per 31 augustus 2008 met wederzijds goedvinden is beëindigd en dat vanaf dat moment tussen Treffina en werknemer geen contractuele relatie meer bestaat, maar slechts nog een rechtsverhouding tussen Fizzy-Bizz en Treffina in de vorm van een overeenkomst van opdracht (managementovereenkomst), op grond waarvan werknemer als manager van Treffina optreedt.

Het hof oordeelde als volgt. Mede gelet op de feitelijke invulling die partijen vanaf 1 september 2008 aan hun rechtsverhouding hebben gegeven, is het hof met de kantonrechter van oordeel dat beide partijen met ingang van 1 september 2008 de aard van hun rechtsverhouding hebben willen wijzigen en dat werknemer zich ervan bewust is of in elk geval moet zijn geweest dat daarmee een einde kwam aan de bestaande arbeidsovereenkomst. Gelet op de bijstand die hij had van een adviseur, moet werknemer ook voldoende op de hoogte zijn geweest, of kon hij in elk geval voldoende op de hoogte zijn, van de consequenties die een en ander voor hem had, zowel voor wat betreft de voordelen als ook voor wat betreft de daaraan verbonden nadelen. Ter onderbouwing van zijn stelling dat de arbeidsovereenkomst nooit is beëindigd, heeft werknemer gewezen op de omstandigheid dat Treffina vergoedingen is blijven doorbetalen tijdens een periode van ziekte van werknemer en dat hij in die periode door de Arbodienst van Treffina is begeleid. Naar het oordeel van het hof volgt daaruit op zich nog niet dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet is geëindigd. De vergoedingen werden immers niet aan werknemer betaald, maar aan Fizzy-Bizz B.V., en wel op daartoe door Fizzy-Bizz B.V. gezonden facturen. Wanneer die vennootschap bij ziekte op andere wijze dan via werknemer in de nakoming van de managementovereenkomst blijft voorzien, blijft zij ook onverminderd aanspraak houden op de managementvergoedingen. En wanneer Treffina de gezonden facturen blijft voldoen, volgt daaruit nog niet dat zij daartoe rechtens op grond van een arbeidsovereenkomst verplicht was. Overigens is Fizzy-Bizz B.V. niet als partij in dit geding betrokken, zodat zij zich ook niet heeft kunnen uitlaten over eventuele motieven om bij ziekte toch fees aan Treffina te blijven factureren. Ook de omstandigheid dat Treffina (hierbij) haar Arbodienst heeft ingeschakeld betekent op zich nog niet dat Treffina daar rechtens, op grond van een bestaande arbeidsovereenkomst, toe verplicht was. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat Treffina belang had bij een herstel van werknemer, die immers een managementfunctie in haar bedrijf vervulde. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen levert de omstandigheid dat Treffina haar Arbodienst heeft ingeschakeld onvoldoende grond op om te oordelen dat na 1 september 2008 een arbeidsovereenkomst in stand is gebleven, ook wanneer dit wordt beschouwd in samenhang met het doorbetalen van de door Fizzy-Bizz B.V. gefactureerde bedragen.

Het hof komt dan ook vooralsnog tot de slotsom dat partijen in 2008 beide de bedoeling hebben gehad om hun rechtsverhouding vanaf 1 september 2008 anders in te richten door werknemer voor Treffina te laten werken op grond van een opdracht op basis van een (management)overeenkomst met een daartoe door werknemer opgerichte bv.

#### *Conclusie A-G*

Werknemer klaagt dat het hof *X/Gemeente Amsterdam* heeft miskend door betekenis toe te kennen aan de 'bedoeling van partijen'. De A-G verwerpt deze klacht op diverse gronden. De belangrijkste is dat het hof niet de vraag heeft beantwoord of er tussen partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan per 2008, maar of de arbeidsovereenkomst van 1989 wel of niet is geëindigd per 2008. De klachten die zien op de kwalificatievraag (*X/Gemeente Amsterdam*) falen derhalve.

Met betrekking tot gezag concludeert de A-G als volgt. Het subonderdeel gaat uit van de rechtsopvatting dat in zijn algemeenheid beslissend zou zijn voor het element gezag of de werkzaamheden organisatorisch zijn ingebed en of zij een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering, en dat daarbij bijzondere betekenis toekomt aan de economische realiteit. Deze opvatting vindt geen steun in het recht. Uit jurisprudentie en literatuur volgt namelijk dat niet één aspect/gezichtspunt/omstandigheid doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van gezagsuitoefening in de zin van artikel 7:610 BW, maar dat het aankomt op een beoordeling van verschillende factoren.

Over de 'doorbetaling tijdens ziekte' en 'inschakeling van de arbodienst' concludeert de A-G dat het hof heeft geoordeeld dat doorbetaling van vergoedingen aan Fizzy-Bizz tijdens ziekte van werknemer nog niet betekent dat Treffina daar op grond van een arbeidsovereenkomst jegens werknemer toe verplicht was. Dit is een zelfstandig dragende overweging voor het ziekteperiode-oordeel. Er kunnen verschillende redenen zijn waarom Treffina Fizzy-Bizz is blijven doorbetalen, waaronder de mogelijkheid (die het hof veronderstelt anderszins lijkt aan te nemen) dat Fizzy-Bizz op een andere wijze dan via werknemer in de nakoming van de overeenkomst van opdracht (de managementovereenkomst) is blijven voorzien. Dat het hof niet heeft vastgesteld dat dit feitelijk de reden was, doet volgens de A-G niet ter zake. Het punt is dat in het licht van alle andere feiten en omstandigheden er geen reden is om te oordelen dat Treffina is blijven doorbetalen met als reden dat zij daartoe verplicht was op grond van een arbeidsovereenkomst.

#### *Oordeel*

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 07-07-2023

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2023:1051

**Zaaknummer:** 22/00357

**Rechters:** C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons en A.E.B. ter Heide

**Advocaten:** J.H.M. van Swaaij

**Wetsartikelen:** 7:610 BW, 7:670b BW en