

# beschikking

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.216.830/01

zaaknummer rechtbank Noord-Holland: 5761561 \ AO VERZ 17-26

beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer van 20 februari 2018

inzake

wonend te \_\_\_\_\_, gemeente \_\_\_\_\_,  
appellant in principaal appel,  
geïntimeerde in incidenteel appel,  
advocaat: mr. P.F. Keuchenius te Hoorn,

tegen

1. \_\_\_\_\_ en

2. \_\_\_\_\_,  
beide gevestigd te \_\_\_\_\_,  
geïntimeerden in principaal appel,  
appellanten in incidenteel appel,

V advocaat: mr. M. Kokx te Eindhoven.

## 1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ genoemd. Voor zover nodig worden geïntimeerden in principaal appel tevens appellanten in incidenteel appel afzonderlijk respectievelijk \_\_\_\_\_ genoemd.

\_\_\_\_\_ is bij beroepschrift met bijlagen, ontvangen ter griffie van het hof op 2 juni 2017, onder aanvoering van drie grieven en aanbieding van bewijs in hoger beroep gekomen van de beschikking die de kantonrechter in de rechtbank Noord-Holland, locatie Zaanstad (hierna: de kantonrechter), onder bovengenoemd zaaknummer op 25 april 2017 heeft gegeven. Het beroepschrift strekt ertoe, zakelijk weergegeven, dat het hof de genoemde beschikking zal vernietigen en, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor recht zal verklaren dat tussen partijen, althans tussen \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ dan wel \_\_\_\_\_ ten tijde van de opzegging op 29 juni 2016 een arbeidsovereenkomst bestond;

II. \_\_\_\_\_, althans \_\_\_\_\_ dan wel \_\_\_\_\_, zal veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen per de vroegst mogelijke datum en en/of \_\_\_\_\_ al dan niet hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan \_\_\_\_\_ van \_\_\_\_\_

het salaris van € 7.035,09 per vier weken, althans € 7.000,- per maand, vanaf het tijdstip van herstel van de arbeidsovereenkomst tot het tijdstip dat deze rechtsgeldig zal zijn geëindigd;

III. , hoofdelijk, althans dan wel , op grond van artikel 7:683 lid 4 BW in samenhang met artikel 7:682 lid 6 BW zal veroordelen tot betaling aan van het salaris van € 7.035,09 per vier weken vanaf 1 januari 2017, althans € 7.000,- per maand, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW alsmede de wettelijke rente vanaf 31 december 2016 tot aan het tijdstip van herstel van de arbeidsovereenkomst;

IV. voor het geval dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet wenselijk wordt geacht, hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 75.000,- en op grond van artikel 7:653 lid 3 BW zal ontheffen van het concurrentiebeding door dit geheel of gedeeltelijk te vernietigen, althans een vergoeding ex artikel 7:653 lid 5 BW zal vaststellen; en

V. zal veroordelen in de proceskosten.

Op 12 juli 2017 is ter griffie van het hof een verweerschrift in hoger beroep tevens houdende incidenteel beroep, met bijlagen, van ingekomen, ertoe strekkende de beschikking waarvan beroep te bekrachtigen met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van in de proceskosten in hoger beroep.

Op 26 juli 2017 is van de zijde van een verweerschrift in incidenteel beroep ontvangen, strekkende tot verwerping van dat beroep.

Op 15 november 2017 heeft de mondelinge behandeling van het hoger beroep plaatsgevonden. Gelijktijdig is het hoger beroep in het kort geding tussen partijen (bij het hof bekend onder zaaknummer: 200.212.050/01) behandeld. Bij die gelegenheid heeft namens mr. Keuchenius voornoemd het woord gevoerd en namens mr. Kokx voornoemd. Daarbij hebben beide advocaten zich bediend van aan het hof overgelegde aantekeningen. is verschenen. Namens zijn verschenen en , (middellijk) bestuurders van . Partijen hebben voorts enige vragen van het hof beantwoord.

Ten slotte is uitspraak bepaald.

## 2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 2.1 tot en met 2.17 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Over de juistheid van die feiten bestaat geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan. , voert evenwel aan dat de door de kantonrechter vastgestelde feiten onvolledig zijn, aangezien de toelichting op het tot twee keer toe willen beëindigen van de hierna te noemen managementovereenkomst door ontbreekt. Voor zover in hoger beroep relevant zal het hof hiermee rekening houden. In deze zaak gaat het om het volgende.

- 2.1. In 2002 is                      betrokken geweest bij de oprichting van Deze vennootschap ontwikkelde ondernemingsactiviteiten in de particuliere beveiliging.
- 2.2. Tot 2006 was                      statutair en - op basis van een arbeidsovereenkomst - operationeel directeur van                      . In 2006 zijn                      en                      tot de directie toegetreden en aandeelhouder geworden van                      .
- 2.3. Per 1 januari 2010 zijn de bedrijfsactiviteiten van                      overgeheveld naar twee nieuw opgerichte vennootschappen,                      en                      . Na                      , de holdingmaatschappij, is 100% aandeelhouder van                      . Na 1 januari 2010 heeft                      zijn werkzaamheden als operationeel directeur voortgezet, tegen een salaris van € 7.035,09 bruto per vier weken.
- 2.4. Op 19 december 2013 heeft                      bij het UWV een ontslagvergunning aangevraagd voor drie van haar werknemers, onder wie                      . vanwege bedrijfseconomische redenen.
- 2.5. Op 20 december 2013 heeft tussen                      en                      een gesprek plaatsgevonden over de ontslagaanvraag.
- 2.6. Bij brief van 30 december 2013 heeft                      , voor zover van belang, het volgende aan                      laten weten:  
*“Naar aanleiding van uw schrijven van 24 december j.l. waarin u ons gesprek van 20 december j.l. beschrijft doe ik u bij deze mijn reactie toekomen. Zoals in het gesprek aangegeven sta ik open voor meerdere opties maar zou alvorens ik een keuze kan maken wel graag meer inhoudelijke informatie wensen. Inzake de functie Rayonmanager/Planner is de functie duidelijk en nauwelijks anders dan mijn huidige werkzaamheden. Ik denk deze functie dan ook naar ieders tevredenheid te kunnen uitvoeren. Graag zou ik een toelichting krijgen inzake de overig te maken afspraken. Naast de aangeboden functie omschrijft u een alternatief van beëindiging met wederzijds goedvinden middels een vaststellingsovereenkomst, graag zou ik ook kennis nemen van de voorwaarden alvorens deze optie in overweging te kunnen nemen. Gezien de voor mij nog vele (inhoudelijke) vraagstukken wil ik u verzoeken de termijn tot besluitvorming te verlengen tot in ieder geval alle bovengenoemd gevraagde informatie door mij is ontvangen om zo tot een weloverwogen besluit te kunnen komen.”*
- 2.7. Een e-mail van 13 januari 2014 van                      aan een advocaat van                      (met cc aan                      ) luidt als volgt:  
*“Vandaag hebben we een akkoord kunnen bereiken met                      . Wij hebben hem voorgesteld om vanaf 1 februari a.s. vanuit zijn personal holding                      maandelijks te gaan belasten met een management fee. Dit betekent dat wij, met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst per die datum willen laten ontbinden. (...) We zitten nog wel even met de vraag hoe het zit met een (fictief) doorlopend dienstverband. Hij heeft vanuit zijn BV slechts 1 klant (                      ) en dat is toevallig ook nog*

*eens zijn vorige werkgever (doorlopend). Kan hij later claimen dat het dienstverband nooit ontbonden is of dekt de vaststellingsovereenkomst dit?"*

2.8. . en hebben op 21 januari 2014 een beëindigingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de tussen , en bestaande arbeidsovereenkomst. In de beëindigingsovereenkomst is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt per 1 februari 2014. heeft de ontslagaanvraag ten aanzien van bij het UWV ingetrokken.

2.9. Op of rond 1 februari 2014 is een (concept) managementovereenkomst (verder: de overeenkomst) opgesteld. Hierin zijn l (verder: ), waarvan , bestuurder en enig aandeelhouder is, en als contractspartijen genoemd. In de overeenkomst staat, voor zover van belang, het volgende:

“Artikel 1

*Beheer B.V (hof: lees ) stelt met ingang van 1 februari 2014 ter beschikking om in opdracht en ten behoeve van de Vennootschap (hof: lees ) diensten te verrichten met betrekking tot de operationele zaken en de planning van de Vennootschap.*

*Indien Beheer B.V. een andere persoon wenst in te zetten ter uitvoering van de onderhavige overeenkomst, zal dit uitsluitend na voorafgaande toestemming van de Vennootschap geschieden.*

(...)

Artikel 3

1. *De in artikel 2 van deze overeenkomst verrichte diensten dienen voor gemiddeld 40 uur per week plaats te vinden. Voor het verrichten van de in artikel 1 van deze overeenkomst vermelde diensten, zal Beheer B.V. een vergoeding in rekening brengen op basis van de daadwerkelijk gemaakte en door de Vennootschap afgetekende uren van (omgerekend) € 6.350,-- per maand, exclusief eventueel verschuldigde BTW. Per 1 december 2014 wordt dit bedrag verhoogd naar € 6.750,--. Per 1 januari 2015 wordt dit bedrag verhoogd naar € 7.000,--.*

(...)

2. *Beheer B.V. heeft recht op een winstdeling. In het bij deze overeenkomst behorend addendum is de winstdelingsregeling nader uitgewerkt.*

(...)

Artikel 4

1. *Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de periode van 1 februari 2014 tot en met 31 januari 2016 en eindigt alsdan van rechtswege, zonder dat opzegging is vereist.*

2. *Jaarlijks, uiterlijk 6 maanden voordat deze overeenkomst expireert, zal een evaluatiegesprek plaatsvinden waarin tevens wordt bepaald of de overeenkomst met eenzelfde periode wordt verlengd.*

3. *Ieder der partijen heeft het recht deze overeenkomst tussentijds door schriftelijke opzegging te beëindigen tegen het einde van een kalendermaand, met inachtneming van een opzegtermijn van 6 maanden. (...)*

4. *Partijen zijn gerechtigd de overeenkomst met onmiddellijke ingang zonder nadere ingebrekestelling en zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst of tot enige schadeloosstelling te zijn gehouden door middel van schriftelijke kennisgeving te beëindigen, in geval van:*

(...)

*c. langer dan 6-weeken disfunctioneren, of langer dan 3-maanden ziekte het niet meer beschikbaar zijn van*

Artikel 5

(...)

4. *Het is Beheer B.V. en persoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst, alsmede gedurende twee jaar na afloop van de (eventueel verlengde) overeenkomst niet toegestaan om zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Vennootschap buiten de diensten voor de Vennootschap om, werkzaamheden te verrichten of te doen verrichten, in loondienst of als zelfstandige, direct of indirect, dan wel zakelijke relaties te onderhouden met of ten behoeve van de klanten en relaties van de Vennootschap, waarvoor de Vennootschap vanaf 1 december 2013 werkzaamheden of opdrachten, van welke aard ook, heeft verricht. (...)*

Artikel 6

(...)

6. *Partijen verklaren uitdrukkelijk dat zij hun relatie uit hoofde van deze Overeenkomst niet aanmerken of zullen aanmerken als een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek en doen hierbij onherroepelijk en onvoorwaardelijk afstand van het recht zich hierop te beroepen. (...)*

2.10. Bij e-mail van 22 februari 2014 heeft [ ] aan [ ] toegezonden een model voor een factuur die [ ] kon gebruiken voor het declareren van zijn werkzaamheden ten behoeve van [ ]. Verder heeft [ ] aangeboden te helpen bij het regelen van de fiscale aspecten van de overeengekomen constructie.

2.11. [ ] heeft [ ] maandelijks facturen gestuurd voor de door [ ] verrichte werkzaamheden. Bij deze facturen is een bedrag aan 'management fee' met daarover btw in rekening gebracht.

2.12. Bij e-mail van 29 april 2014 heeft [ ] aan [ ] en [ ] meegedeeld dat hij had besloten zijn werkzaamheden voor [ ] te beëindigen, dat zijn wens zou zijn om de beëindiging in overleg te laten plaatsvinden in verband met een correcte afwikkeling van lopende zaken, dat de uiterste vertrekdatum niet later zou zijn dan 31 mei 2014 en dat voor het geval [ ] van mening zou zijn dat de beëindiging bij voorkeur per direct zou plaatsvinden, [ ] die week alle ter beschikking gestelde goederen zou retourneren.

2.13. In een e-mail van 2 juni 2014 aan [ ] en [ ] heeft [ ] een aantal punten op papier gezet inzake verdere samenwerking. In de meegezonden bijlage staat:

*"Inzake managementovereenkomst*

- Duur overeenkomst 2 jaar
- Concurrentie beding wordt geheimhoudingsplicht
- Ontbindende voorwaarde bij ziekte verlengd naar minimaal 6 mnd
- Fee 7.500 op maandbasis
- Vastleggen % aandelen in overeenkomst
- Vaststellen hoe om te gaan met andere revenuen o.a. verhoging fee en winstdeling
- Nieuwe telefoon!
- Inzake oprichting nieuwe entiteit
- Prioriteits aandeel inzake stemrecht ontslag bestuurder/INE
- Aandeel onderneming?
- Bevoegdheden vastleggen"

2.14. Een e-mail van 29 september 2014 van \_\_\_\_\_ aan \_\_\_\_\_ (met cc aan \_\_\_\_\_) luidt, voor zover van belang, als volgt:

*"Vanmorgen heb ik de factuur 2014-0012 betreffende manfee september van \_\_\_\_\_ betaalbaar gesteld. De verhoging van € 400,00 heb ik hier vooralsnog buiten gelaten. De verhoging van je management fee is onderdeel van het totale palet zoals we eerder met elkaar besproken hebben. Alvorens we deze verhoging betaalbaar stellen moeten we eerst tot volledige overeenstemming komen. 6 oktober a.s. is \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ en willen wij graag het gesprek verder voeren met als doel op alle onderdelen tot overeenstemming te komen."*

2.15. Hierop heeft \_\_\_\_\_ bij e-mail van 29 september 2014 het volgende geantwoord:

*"Gezien de vele verschillende uitgangspunten, lange duur van gesprekken en externe factoren over hoe verder ga ik er verder niet vanuit dat wij er 6 oktober al uit gaan komen. Liever had ik dan ook enkele weken gelden, toen ik aangaf dat een verhoging noodzakelijk was, gelijk het standpunt geweten over de verhoging en de voorwaarden daar ik nu alle terug moet gaan draaien voor zowel loon en belasting."*

2.16. Daarop heeft \_\_\_\_\_ aan \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ bij e-mail van 29 september 2014 het volgende laten weten:

*"Ik denk dat, gezien de tijd die het nu al duurt, we er volgende week toch in principe uit zullen moeten komen. In ieder geval zullen de hoofdpunten duidelijk moeten zijn. Iedereen heeft ruimschoots de tijd gehad om erover na te denken en de eigen standpunten, wensen en eisen op een rijtje te zetten. Dat moet dan volgende week maar op tafel en een besluit over genomen worden."*

2.17. Bij e-mail van 5 november 2014 heeft \_\_\_\_\_ aan \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_, voor zover van belang, het volgende meegedeeld:

- "Bij deze mijn reactie op het voorstel. Zoals aangegeven is het voor mij van belang om mijzelf deelgenoot te voelen vandaar onderstaande keuze:*
- fee 7000 pm
  - Aandelen optie 10%
  - Winstdeling 10%

- Nog in overleg te nemen eventuele verhoging 2016

De andere besproken punten zijn dan wat mij betreft akkoord.

Ik hoop dat het lukt maar mochten we er niet uitkomen dan wil ik jullie verzoeken een voorstel te doen inzake de afronding van de samenwerking."

2.18. De onderhandelingen tussen partijen hebben ertoe geleid dat zij in januari 2015 een managementovereenkomst hebben gesloten. De overeenkomst is ondertekend door \_\_\_\_\_ namens \_\_\_\_\_ en door \_\_\_\_\_ namens \_\_\_\_\_ en gedateerd op 1 februari 2014.

2.19. \_\_\_\_\_ heeft bij brief van 29 juni 2016 aan \_\_\_\_\_ bevestigd dat de overeenkomst vanwege financiële redenen, met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn, per 31 december 2016 wordt beëindigd. Verder heeft zij geschreven dat voortzetting van de overeenkomst bespreekbaar zal zijn wanneer blijkt dat het omzetniveau van \_\_\_\_\_ binnen de volgende zes maanden weer op een aanvaardbaar niveau is.

2.20. Hierop heeft de advocaat van \_\_\_\_\_ bij brief van 13 december 2016 aan \_\_\_\_\_ laten weten dat \_\_\_\_\_ zich op het standpunt stelt dat (materieel) sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ en dat om die reden de opzegging van de overeenkomst door \_\_\_\_\_ niet rechtsgeldig is.

2.21. \_\_\_\_\_ heeft bij dagvaarding van 14 januari 2017 bij wijze van voorlopige voorziening gevorderd \_\_\_\_\_ te veroordelen tot doorbetaling van het salaris van € 7.035,09 bruto per vier weken vanaf 1 januari 2017. Bij vonnis in kort geding van 16 februari 2017 van de rechtbank Noord-Holland, locatie Zaanstad, is de vordering van \_\_\_\_\_ afgewezen. Het door \_\_\_\_\_ op 28 maart 2017 tegen dit vonnis ingestelde hoger beroep is bij het hof bekend onder eerder genoemd zaaknummer 200.212.050/01.

### 3. Beoordeling

3.1. \_\_\_\_\_ heeft in eerste aanleg - samengevat weergegeven en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad - verzocht om:

- I. een verklaring voor recht dat tussen partijen, althans tussen \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ dan wel \_\_\_\_\_, een arbeidsovereenkomst bestaat;
- II. vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst per 31 december 2016;
- III. veroordeling van \_\_\_\_\_, hoofdelijk, althans \_\_\_\_\_ dan wel \_\_\_\_\_, tot betaling aan \_\_\_\_\_ van het salaris van € 7.035,09 bruto per vier weken vanaf 1 januari 2017, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente;
- IV. voor het geval de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet wordt vernietigd, veroordeling van \_\_\_\_\_, hoofdelijk, tot betaling van een billijke vergoeding van € 75.000,- bruto en ontheffing van \_\_\_\_\_ van het concurrentiebeding op grond van artikel 7:653 lid 3 BW door dit geheel of gedeeltelijk te vernietigen, althans een vergoeding ex artikel 7:653 lid 5 BW vast te stellen; en

- V. te veroordelen in de proceskosten.
- 3.2. heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken van . Voor het geval het verzoek tot vernietiging toegewezen zou worden, heeft verzocht te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 187.440,40 op grond van onverschuldigde betaling, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van indiening van het verzoek dan wel een in goede justitie te bepalen datum tot het moment van voldoening, alles met veroordeling van in de proceskosten.
- 3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de verzoeken van afgewezen en veroordeeld in de proceskosten.
- 3.4. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt met zijn grieven in principaal beroep op. De grieven betogen dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (maar van een overeenkomst van opdracht) en dat ten onrechte (om die reden) de verzoeken zijn afgewezen en is veroordeeld in de proceskosten.
- 3.5. komt in incidenteel beroep uitsluitend op tegen de overweging van de kantonrechter dat de enkele omstandigheid dat partijen een managementovereenkomst zijn aangegaan, niet eraan in de weg staat het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen.
- 3.6. De grieven in principaal appel lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij hebben in de kern betrekking op de vraag of de rechtsverhouding tussen en ná 1 februari 2014 als een arbeidsovereenkomst dan wel als een overeenkomst van opdracht dient te worden gekwalificeerd.
- 3.7. voert, samengevat weergegeven, de volgende omstandigheden aan op grond waarvan hij meent dat tussen partijen (steeds) een arbeidsovereenkomst heeft bestaan.
- i. is met het voorstel gekomen om de werkzaamheden van voort te zetten op basis van een managementovereenkomst en hoe dat zou kunnen worden vormgegeven. De achterliggende gedachte van was om op die wijze de dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht te ontlopen. Om die reden heeft niet maar de overeenkomst gesloten. Het betreft dus een schijnconstructie.
  - ii. Partijen hebben eerst over een managementovereenkomst gesproken en vervolgens is de beëindigingsovereenkomst tot stand gekomen; dus niet andersom.
  - iii. is ná 1 februari 2014 dezelfde werkzaamheden blijven verrichten. Ook is dezelfde gezagsverhouding blijven bestaan.
  - iv. is facturen gaan versturen voor een bedrag dat na aftrek van verschillende lasten overeenkwam met zijn vorige salaris. Uiteindelijk is netto minder gaan verdienen. heeft zich hierin geschikt omdat hij een inkomen nodig had. Onjuist is de opvatting dat voor hem gunstigere voorwaarden heeft bedongen.



- v. kwam niet voor een VAR(-Wuo) in aanmerking. Overigens heeft hiernaar nooit gevraagd. Aan de bepaling in de overeenkomst dat zonder een VAR de facturen van slechts voor 50% zouden worden uitbetaald, heeft geen uitvoering gegeven.
- vi. was op een verwaarloosbare uitzondering na de enige opdrachtgever van
- vii. liep geen ondernemersrisico's.
- viii. werkte voltijds voor en verrichtte zijn werkzaamheden op het kantoor van .
- ix. Op grond van de overeenkomst bestond voor de verplichting tot persoonlijke dienstverrichting.
- 3.8. heeft hier, samengevat weergegeven, het volgende tegenover gesteld.
- i. Anders dan heeft gesteld, valt uit de brief van 30 december 2013 van niet op te maken dat het initiatief om te praten over een managementovereenkomst van is uitgegaan. In deze brief worden de door geboden mogelijkheden van een vaststellingsovereenkomst en een andere functie genoemd.
- ii. Het initiatief om te onderzoeken of er mogelijkheden waren als zelfstandige de werkzaamheden voor te gaan verrichten, kwam van
- iii. heeft het administratiekantoor van zelf benaderd voor pro forma berekeningen voor zelfstandigen, welke gegevens vervolgens aan heeft gezonden.
- iv. Vanaf 1 februari 2014 heeft maandelijks facturen aan gezonden, waarbij btw in rekening is gebracht.
- v. Aan de hand van het concept van de overeenkomst hebben partijen bijna een jaar gesproken over de voorwaarden waaronder de werkzaamheden door zouden worden voortgezet. heeft op geen enkel moment het bestaan van een arbeidsovereenkomst ter sprake gebracht.
- vi. Uit de correspondentie tussen partijen blijkt dat nadrukkelijk is uitgegaan van een managementovereenkomst en dat hij heeft geprobeerd om gunstigere voorwaarden te bedingen.
- vii. heeft in april 2014 aan laten weten dat hij had besloten zijn werkzaamheden voor te beëindigen.
- viii. heeft in zijn nieuwe rol meer vrijheid als verantwoordelijke voor de operationele zaken en planning binnen de onderneming en ook een meer acquisitieve rol gekregen.
- ix. De overeenkomst voorziet in de mogelijkheid van vervanging. Hieruit blijkt dat voor niet de verplichting tot persoonlijke dienstverrichting bestond.
- x. Bij een overeenkomst van opdracht kan eveneens een instructiebevoegdheid bestaan.
- xi. heeft in de periode 2014-2016 ook voor andere opdrachtgevers gewerkt.
- xii. De positie van is relevant evenals het feit dat hij statutair bestuurder van de rechtsvoorganger van is geweest.
- xiii. Gelet op de rol van in de onderneming en de tussen partijen gevoerde gesprekken, stond niet in een ongelijke of ongelijkwaardige onderhandelingspositie ten opzichte van .

3.9. Het hof stelt voorop dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Voorts is niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderling verband worden gezien (Hoge Raad 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019).

Met inachtneming van vorenstaande maatstaf zal het hof hierna de feiten en omstandigheden bespreken die partijen over en weer ter onderbouwing van hun standpunt hebben aangevoerd.

3.10. is in 2002 betrokken geweest bij de oprichting van de rechtsvoorganger van en hij was tot 2006 statutair en operationeel directeur van deze entiteit. Dit maakt dat een andere positie binnen bekleedde dan een 'gewone', doorsnee, werknemer en dat hij een positie op hoog niveau had. In dit licht moet de rechtsverhouding tussen partijen worden beoordeeld.

3.11. Vast staat dat partijen wisten dat zij de arbeidsrelatie beëindigden en dat zij ernaar streefden hun samenwerking op een andere wijze vorm te geven. Partijen hebben langdurig (ongeveer een jaar) onderhandelingen gevoerd over de voorwaarden waaronder voor met werkzaamheden zou blijven verrichten alvorens zij zijn overgegaan tot ondertekening van de overeenkomst. Daarbij hebben zij ervoor gekozen dat vanuit een door hem gecontroleerde rechtspersoon ten behoeve van werkzaamheden zou verrichten op factuurbasis. Blijkens de hiervoor weergegeven e-mailwisseling heeft tijdens het onderhandelingsproces verschillende wensen geuit, zoals het verwerven van aandelen, het delen in de winst en door middel van een prioriteitsaandeel zeggenschap verkrijgen inzake ontslag van de bestuurder van een nieuw op te richten entiteit. Deze omstandigheden wijzen erop dat zich ervan bewust was dat hij in de gekozen opzet werkzaamheden zou verrichten voor anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst. Dat het bij de onderhandelingen (vooral) om zijn geldelijke beloning was te doen en hij in dat opzicht een 'gewone' werknemer wilde zijn, is tegen deze achtergrond niet aannemelijk geworden. Ook blijkt uit die onderhandelingen de genoemde bijzondere verhouding tussen en die afwijkt van een verhouding die een werkgever en een werknemer doorgaans hebben. Ter zitting in hoger beroep heeft aangevoerd dat de door hem gewenste winstdeling verband houdt met de aflossing van een schuld van en aan uit het verleden. Nog afgezien ervan dat dit gemotiveerd heeft betwist, blijkt hiervan niets uit de tussen partijen gevoerde correspondentie en de overige overgelegde stukken. Dat in de onderhandelingsfase niet gebonden was aan een concurrentiebeding en daardoor in de positie was om eisen te stellen, zoals hij heeft aangevoerd, maakt het voorgaande niet anders. De juistheid van de stelling van dat het gaat om een schijnconstructie met het oog op het omzeilen van dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht,

is dan ook niet komen vast staan. De inhoud van de e-mail van 13 januari 2014 van waaraan heeft gerefereerd, is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen.

3.12. Voorts is nog het volgende van belang. In de overeenkomst hebben partijen uitdrukkelijk ervoor gekozen hun rechtsverhouding niet aan te merken of te zullen aanmerken als een arbeidsovereenkomst. Verder is overeengekomen dat de overeenkomst tussen partijen door kan worden opgezegd ingeval van disfunctioneren van over een periode langer dan zes weken alsmede in de situatie dat langer dan drie maanden wegens ziekte niet beschikbaar is. Daarnaast heeft daadwerkelijk uitvoering aan de overeenkomst gegeven door vanaf 1 februari 2014 maandelijks, via een door hem gecontroleerde rechtspersoon, een management fee en daarover btw aan in rekening te brengen. Deze omstandigheden wijzen naar het oordeel van het hof erop dat niet de bedoeling van partijen was de eerdere arbeidsovereenkomst door te laten lopen dan wel opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Wie het initiatief tot het sluiten van de overeenkomst heeft genomen, of de werkzaamheden van ná 1 februari 2014 al dan niet hetzelfde zijn gebleven en of de werkzaamheden persoonlijk diende te verrichten - hierover verschillen partijen van mening -, is hierbij van ondergeschikt belang. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat geen Var(-wuo) heeft verkregen. Het betoog van dat de (eerdere) gezagsverhouding tussen partijen ná 1 februari 2014 niet is gewijzigd, miskent dat een gezagsverhouding ook aan de orde kan zijn in de verhouding tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer. Weliswaar heeft in de periode 2014-2016 voltijds werkzaamheden voor verricht, maar dat heeft hem niet belemmerd om, zij het minimaal, daarnaast ook werkzaamheden voor derden te verrichten. Ten slotte is de enkele omstandigheid dat netto minder salaris ontving dan vóór 1 februari 2014 niet van doorslaggevend belang.

3.13. Het hof komt, alle omstandigheden in onderling verband gezien, tot de conclusie dat de verhouding tussen partijen vanaf 1 februari 2014, vastgelegd in de overeenkomst, niet als een arbeidsovereenkomst maar als een overeenkomst van opdracht moet worden beschouwd. Tot dit oordeel is ook de kantonrechter gekomen. is daarom terecht in eerste aanleg in de proceskosten veroordeeld. Het voorgaande brengt mee dat de grieven in principaal appel falen. Gelet op deze uitkomst behoeft de incidentele grief van , bij gebrek aan voldoende belang, niet aan de orde te komen.

#### Relatiebeding

3.14. Nu de verhouding tussen partijen niet wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst, mist artikel 7:653 BW toepassing. Dat staat reeds aan toewijzing van het verzoek in de weg. Voor zover subsidiair heeft betoogd dat instandhouding van het relatiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gaat dit betoog eraan voorbij dat het beding is overeengekomen tussen en . De omstandigheid dat in de onderhavige zaak geen

---

procespartij is, maakt dat ook op de subsidiaire grond het verzoek niet kan worden toegewezen.

3.15. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven, omdat het niet van belang is voor de beslissing in deze zaak. heeft geen bewijs aangeboden van feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beoordeling dan hierboven gegeven kunnen leiden. Zijn bewijsaanbod zal dan ook worden gepasseerd.

3.16. Dit alles leidt tot de slotsom dat het principale beroep faalt. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten in principaal appel. Er bestaat aanleiding een kostenveroordeling in incidenteel appel achterwege te laten.

#### 4. Beslissing

Het hof:

in principaal en in incidenteel appel:

bekrachtigt de bestreden beschikking;

veroordeelt in de kosten van het geding in principaal appel en begroot deze kosten op € 1.788,- aan salaris;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mrs. R.J.F. Thiessen, W.H.F.M. Cortenraad en M.L.D. Akkaya en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 20 februari 2018.



mr. J.C.W. Rang



AFGEGEVEN VOOR GROSSE  
AAN: MR. M. Koks  
DE GRIFFIER