

beschikking

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 8523914 EA VERZ 20-357
beschikking van: 14 juli 2020
func.: 25

VOOR KOPIE CONFORM
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam
Verzonden op:

17 AUG. 2020

beschikking van de kantonrechter

In z a k e

■■■■■
wonende te
verzoekster
nader te noemen: ■■■■■
gemachtigde: mr. L.N. Huizenga

t e g e n

de besloten vennootschap ■■■■■
gevestigd te
verweerster
nader te noemen: ■■■■■
gemachtigde: mr. N.M. Wolters

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

■■■■■ heeft op 18 mei 2020 een verzoek met producties ingediend dat primair strekt tot toekenning van een billijke vergoeding ten laste van ■■■■■ met nevenverzoeken.

■■■■■ heeft een verweerschrift ingediend met producties.

Het verzoek is mondeling behandeld op 29 juni 2020. ■■■■■ is verschenen, vergezeld door ■■■■■, tolk Spaans, en de gemachtigde. amens ■■■■■ is verschenen ■■■■■, eveneens vergezeld door de gemachtigde. Partijen hebben hun standpunt aan de hand van een pleitnota toegelicht en vragen van de kantonrechter beantwoord. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Na verder debat is beschikking gevraagd en is een datum voor beschikking bepaald.

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast.

- 1.1. ■■■■■, geboren op ■■■■■, is per 26 augustus 2019 in dienst getreden bij ■■■■■ thans ■■■■■. Het betrof een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 21 februari 2021. ■■■■■ was werkzaam als floormanager bij

- tegen een salaris van € 2.150,00 bruto per maand exclusief vakantietoeslag en overige emolumenten bij een werkweek van 40 uur.
- 1.2. heeft in juni 2019 rechtstreeks bij gesolliciteerd op de functie van Floormanager, naar aanleiding van een vacaturemelding op de website van het restaurant. Na een succesvol sollicitatietraject is zij per 26 augustus 2019 aangenomen. Vervolgens is haar meegedeeld dat het formele werkgeverschap is uitbesteed aan thans .
 - 1.3. Volgens de in het Engels opgestelde arbeidsovereenkomst tussen partijen (in de vorm van een deels standaard brochure), is een payrollbedrijf. In de tekst is onder meer opgenomen:
 has agreed with to outsource the legal position of being an employer to . As such, we assume responsibility from any administrative and legal obligations. However, as remains the de-facto employer, it continues to provide direction and supervision.
With payrollig, there are three parties:
 1. The client
This is the company where you perform activities and where the management and supervision lies
 2. The employee
 3. The employer
is your formal employer
 - 1.4. Artikel 4 van de overeenkomst bepaalt:
 1. *The agreed work will normally be performed in or from the Client's business in Amsterdam.*
 2. *The Employer reserves the right to transfer the Employee to one of the Client's other branches.*
 - 1.5. In de overeenkomst is de ABU CAO van toepassing verklaard. Tevens is het uitzendbeding opgenomen.
 - 1.6. heeft zich op 13 maart 2020 ziek gemeld.
 - 1.7. Op 15 maart 2020 heeft het dienstverband met per direct opgezegd met een beroep op het uitzendbeding.
 - 1.8. was ziek tot 2 april 2020 en ontving een Ziektewetuitkering.
 - 1.9. Aansluitend ontvangt een WW-uitkering.

Verzoek en verweer op het (voorwaardelijk) tegenverzoek

2. verzoekt:
 1. primair een vergoeding ter hoogte van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst zou hebben geduurd indien deze van rechtswege was geëindigd, te weten € 26.077,84 bruto;
subsidiar (indien de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging wel bestaat) een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 3.483,00 bruto;
 2. een billijke vergoeding van € 13.932,00 bruto;
 3. de transitievergoeding van € 427,29 bruto;
 4. achterstallig salaris over ten onrechte ingehouden min-uren van € 535,85 bruto;
 5. de wettelijke verhoging van 25% ten bedrage van € 133,96 bruto;
 6. de wettelijke rente over voornoemde bedragen, vanaf datum toekenning tot datum algehele voldoening.

3. [REDACTED] heeft hiertoe aangevoerd – kort gezegd – dat uit de arbeidsovereenkomst blijkt dat sprake is van een payroll-constructie. Zoals bekend is het uitzendbeding als gevolg van een wetswijziging per 1 januari 2020 in een payrollovereenkomst niet meer geldig, zodat de opzegging van 15 maart 2020 door [REDACTED] niet rechtsgeldig is.
4. [REDACTED] stelt primair dat nu de arbeidsovereenkomst geen mogelijkheid tot tussentijdse opzegging kent, haar schade gelijk is aan het loon over de resterende looptijd van de overeenkomst. Subsidiair, voor het geval mocht worden geoordeeld dat er wel een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid is, had de arbeidsovereenkomst tot 1 mei 2020 moeten duren en bedraagt de schade wegens onregelmatige opzegging € 3.483,00 bruto. Ter onderbouwing van de door haar verzochte billijke vergoeding, voert [REDACTED] onder meer aan dat zij door de handelwijze van [REDACTED] direct in ernstige financiële problemen is gebracht, terwijl zij bovendien op dat moment arbeidsongeschikt was.
5. [REDACTED] vordert tevens 40 ten onrechte door [REDACTED] ingehouden min-uren ad € 535,85 bruto inclusief vakantietoeslag. [REDACTED] heeft deze uren niet gewerkt vanwege de sluiting van het restaurant in januari 2020 in verband met een verbouwing. Deze omstandigheid komt voor rekening van [REDACTED] als werkgever.

Verweer en tegenverzoek

6. [REDACTED] verweert zich tegen het verzoek.
7. Zij voert aan – samengevat – dat er geen sprake is geweest van een opzegging per 15 maart 2020, omdat de arbeidsovereenkomst met op grond van artikel 15 lid 1 sub b van de toepasselijke ABU-cao reeds was geëindigd per 13 maart 2020, de datum waarop [REDACTED] zich ziek heeft gemeld. [REDACTED] is in de eerste plaats niet-ontvankelijk in haar verzoek, omdat het te laat is ingediend.
8. Voor zover zou worden geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd op 13 maart 2020, voert [REDACTED] aan dat de overeenkomst op 15 maart 2020 rechtsgeldig is beëindigd met een beroep op het uitzendbeding.
9. [REDACTED] stelt dat zij een uitzendbureau is, zoals blijkt uit haar inschrijving in het Handelsregister en bij de Belastingdienst. Ook vervult zij de voor een uitzendbureau vereiste allocatiefunctie en stelt zij haar arbeidskrachten niet exclusief ter beschikking aan één opdrachtgever. [REDACTED] heeft op 26 juni 2019 een sollicitatiegesprek gevoerd met een medewerker van [REDACTED] die op dat moment werkzaam was voor [REDACTED]. Vervolgens is zij in dienst getreden op basis van een uitzendovereenkomst fase A.
10. Voorzover zou worden geoordeeld dat [REDACTED] geen beroep kan doen op het uitzendbeding, voert [REDACTED] aan dat artikel 15 lid 4 van de ABU-cao een tussentijdse opzegging mogelijk maakt, met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn. Volgens [REDACTED] had de arbeidsovereenkomst in dat geval kunnen worden opgezegd per 16 april 2020.
11. Voor het geval het (primaire) verzoek van [REDACTED] ondanks het verweer zou worden toegewezen, doet [REDACTED] een beroep op matiging. Volgens [REDACTED] zijn de gevraagde vergoedingen disproportioneel in het licht van de beperkte periode dat [REDACTED] heeft gewerkt. Ook verzet zij zich tegen (de hoogte van) de verzochte billijke vergoeding. Volgens [REDACTED] heeft [REDACTED] inmiddels ander werk.
12. [REDACTED] erkent de transitievergoeding verschuldigd te zijn.

13. [REDACTED] betwist dat zij nog achterstallig salaris verschuldigd is, onder verwijzing naar artikel 5.4 van de uitzendovereenkomst fase A in combinatie met artikel 22 lid 1 van de ABU-cao.

Beoordeling

14. [REDACTED] heeft onweersproken gereageerd op een vacature op de website van [REDACTED], waarna zij een sollicitatieprocedure aldaar heeft doorlopen. Van de voor uitzending vereiste allocatiefunctie, waarbij het uitzendbureau bemiddelt bij de plaatsing van personeel, is in dit geval dus geen sprake geweest. Dat het sollicitatiegesprek werd afgenomen door een medewerker van [REDACTED] die daar was gestationeerd, zoals [REDACTED] stelt, is [REDACTED] op dat moment niet duidelijk gemaakt en maakt dit oordeel ook niet anders. Pas na afloop van de sollicitatieprocedure, toen zij was aangenomen, is [REDACTED] erop gewezen dat [REDACTED] althans [REDACTED] als rechtsvoorganger van [REDACTED] haar formele werkgever zou worden. Naast het voorgaande is doorslaggevend dat uit de overeenkomst blijkt dat [REDACTED] wel degelijk exclusief voor [REDACTED] is aangenomen. Dat zij wellicht daarnaast nog elders heeft gewerkt is, is niet van belang. Deze payrollconstructie staat ook expliciet uitgewerkt in de arbeidsovereenkomst, die met [REDACTED] is gesloten. De vermelding van het ABU Fase systeem en de toepasselijkheid van de ABU-cao, staan niet in de weg aan het oordeel dat hier wel degelijk een payrollconstructie werd bedoeld. Deze opzet was tot 1 januari 2020, bij de inwerkingtreding van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (Wab) ook niet ongebruikelijk, omdat tot dat moment het uitzendbeding ook van toepassing kon zijn op payrollovereenkomsten. Met de Wab is echter de rechtspositie van payrollmedewerkers gelijk getrokken met die van de overige medewerkers van de formele werkgever, in dit geval [REDACTED].
15. Nu is geoordeeld dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een payrollovereenkomst betreft en het zogeheten uitzendbeding met ingang van 1 januari 2020 niet meer is toegestaan in een dergelijke overeenkomst, is de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd door de ziekmelding van [REDACTED] op 13 maart 2020 en kon [REDACTED] de overeenkomst evenmin eenzijdig opzeggen per 15 maart 2020.
16. De opzegging was derhalve onregelmatig, zodat [REDACTED] aanspraak heeft op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW ter hoogte van de opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen bij een rechtsgeldige opzegging. Daarbij is van belang of de arbeidsovereenkomst, die voor bepaalde tijd was aangegaan, een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid bevatte. Met [REDACTED] wordt geoordeeld dat dat laatste uit de tekst van de overeenkomst niet blijkt, zodat er van moet worden uitgegaan dat deze mogelijkheid er niet was. Dat betekent dat de vergoeding moet worden berekend over de resterende duur van het contract. Gelet op de beperkte periode dat [REDACTED] feitelijk voor [REDACTED] heeft gewerkt wordt deze periode onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 7:672 lid 11 BW billijkheidshalve beperkt tot drie maanden oftewel € 6.966,00 bruto. Dit bedrag zal worden toegekend. De wettelijke rente over dit bedrag wordt toegewezen vanaf 15 maart 2020 tot de voldoening.
17. Nu [REDACTED] heeft erkend dat de transitievergoeding verschuldigd is en geen verweer is gevoerd tegen de hoogte van het door [REDACTED] gevorderde bedrag van € 427,29 bruto, is dit eveneens toewijsbaar, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 15 april 2020 tot de voldoening.
18. Ten slotte dient te worden beoordeeld of [REDACTED] een billijke vergoeding toekomt en hoe

hoog deze zou moeten zijn. Nu [REDACTED] de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft opgezegd, kan [REDACTED] een billijke vergoeding worden toegekend. Echter, gelet op de bijzondere omstandigheden als gevolg van de van overheidswege uitgevaardigde maatregelen in verband met Covid-19, waardoor [REDACTED] onweersproken een financieel zware periode doormaakt, alsmede de wetswijziging lopende het contract, waardoor het uitzendbeding niet langer gold tussen partijen, ook al werd het wel genoemd, is er naar het oordeel van de kantonrechter geen reden voor het toekennen van een billijke vergoeding aan [REDACTED] naast de wel toegekende vergoedingen.

19. Door de inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 is ook artikel 22 lid 1 van de ABU-cao, waarin de loondoorbetaling bij het wegvallen van uitzendarbeid wordt uitgesloten, komen te vervallen in de rechtsverhouding tussen partijen. Aan de hand van artikel 7:628 BW, zoals dat thans geldt, wordt geoordeeld dat de omstandigheid dat het restaurant was gesloten wegens verbouwing, waardoor [REDACTED] niet kon werken, een omstandigheid is die voor rekening van [REDACTED] als werkgever komt. [REDACTED] heeft dus recht op uitbetaling van het ten onrechte ingehouden loon van – onweersproken – € 535,85 bruto, te vermeerderen met de wettelijke verhoging, welke wordt beperkt tot 25%, en de wettelijke rente over voormelde bedragen.
20. Bij deze uitkomst zal [REDACTED] worden belast met de proceskosten.

BESLISSING

De kantonrechter:

- I. Veroordeelt [REDACTED] tot betaling aan [REDACTED] van:
- a. € 6.966,00 bruto aan gefixeerde schadevergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 maart 2020 tot de voldoening;
 - b. € 427,29 bruto aan transitievergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 april 2020 tot de voldoening;
 - c. € 535,85 bruto aan achterstallig loon, vermeerderd met de wettelijke verhoging beperkt tot 25% en de wettelijke rente vanaf 1 februari 2020 tot de voldoening.
- II. veroordeelt [REDACTED] in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van [REDACTED] begroot op:
- | | |
|--------------|----------|
| salaris | € 720,00 |
| griffierecht | € 166,00 |
| | ----- |
| totaal | € 886,00 |
- voor zover van toepassing, inclusief btw;
- III. veroordeelt [REDACTED] in de na deze beschikking ontstane kosten, begroot op € 60,00 aan salaris gemachtigde, te verhogen met een bedrag van € 68,00 en de exploitkosten van betekening van de beschikking, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, onder de voorwaarde dat [REDACTED] niet binnen veertien dagen na aanschrijving volledig aan deze beschikking heeft voldaan en betekening van de beschikking pas na veertien dagen na aanschrijving heeft plaatsgevonden;
- IV. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

V. wijst het anders of meer verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. C.W. Inden, kantonrechter, en op 14 juli 2020 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

De griffier

De kantonrechter

Op verzoek van partij [REDACTED], gehoord hebbende partij [REDACTED], verbetert de kantonrechter de beschikking aldus:

onden

" [REDACTED] heeft op 10 mei 2020 een verzoek met producties ingediend (...)"

moet worden gelezen:

" [REDACTED] heeft op 15 mei 2020 een verzoek met producties ingediend (...)"

Deze verbetering is gegeven door mr. C.W. Inden, kantonrechter, en uitgesproken ten openbare terechtzitting van 17 augustus 2020 door mr. E. Pennink, kantonrechter, in aanwezigheid van de griffier.