

beschikking

IN NAAM VAN DE KONING

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
kantonrechter

locatie Utrecht

zaaknummer: 9520361 AE VERZ 21-73 VL/51573

Beschikking van 28 februari 2022

inzake

tegen:

1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift van 29 oktober 2021, bij de griffie binnengekomen op 4 november 2021;
- het verweerschrift van 3 januari 2022.

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 17 januari 2021. was hierbij aanwezig, bijgestaan door haar gemachtigde. is niet verschenen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van de mondelinge benadeling.

1.3. Hierna is uitspraak bepaald.

2. De feiten

2.1. is op 3 september 2007 in dienst getreden bij waarvan directeur en aandeelhouder was. Na het faillissement van deze B.V. is zij per 1 april 2011 in dienst gekomen bij eenmanszaak van (tot 1 mei 2020 handelend onder de naam . De arbeidsovereenkomst van : gold

voor onbepaalde tijd en de cao voor het horeca- en het aanverwante bedrijf was daarop van toepassing.

2.2 verrichtte in dienst van cateringwerkzaamheden bij laatstelijk gedurende 22,5 uur per week voor een bruto maandsalaris van € 1064,25.

2.3. In oktober 2020 constateerde dat zij bij geen pensioen opbouwde. hierover op 9 oktober 2020 geïnformeerd. reageerde per e-mail van 10 oktober 2020 als volgt op het bericht van

"Gisteren heb ik bericht van de accountant gehad en er is met recht sprake van een administratieve dwaling. (...) Toen jij op 01 april een arbeidsovereenkomst aanging met hadden we een groot aantal werknemers/werkneemsters in dienst die eerder bij de BV werkten. Daaronder ook een mevrouw op een locatie van ons in Ijsselstein, en daar is het blijkbaar mis gegaan. Toen de hele nieuwe administratie opgezet werd bij een ander accountantskantoor is slechts één mevrouw aangemeld bij het pensioenfonds, niet twee. Ik was werkelijk erg verrast toen je zei dat je geen pensioen meer opbouwde, maar ook blij dat je er achter kwam. (...) Weliswaar zul jij nu gecompenseerd dienen te worden voor de (ruim) negen jaren vanaf 01 april 2011 dat maandelijks 40-44 euro bruto derhalve ingehouden is op jouw maandsalaris. Bovendien heb je recht op de 50% aanvulling waar elke werkgever toe verplicht is."

2.4. heeft de tussen haar en bestaande overeenkomst op 27 mei 2021 tegen 1 september 2021 opgezegd. Hierop heeft de tussen haar en bestaande arbeidsovereenkomst op 27 juli 2021 eveneens tegen 1 september 2021 opgezegd. is hierna een arbeidsovereenkomst aangegaan met De ingangsdatum van deze laatste arbeidsovereenkomst is 20 september 2021. stelt ter beschikking aan waar zij weer dezelfde cateringwerkzaamheden verricht als voorheen.

2.5. heeft haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en is opgeheven met ingang van 11 november 2021.

3. Het verzoek en het verweer

3.1. verzoekt voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van:

- een gefixeerde schadevergoeding van € 4.349,50 bruto;
- een billijke vergoeding van € 922,62 bruto;
- de wettelijke transitievergoeding van € 6.764,04 bruto vermeerderd met wettelijke rente vanaf 1 september 2021 tot aan de dag van betaling;
- aanmelding van bij het pensioenfonds Horeca & Catering (althans bij het pensioenfonds dat de kantonrechter passend acht) op straffe van een dwangsom van € 100,- per dag na betekening van de beschikking en afdracht van alle achterstallige pensioenpremies over de periode van 1 april 2011 tot en met 31 augustus 2021, ter hoogte van € 11.000,-, vermeerderd met de misgelopen rente/winst aan het

- pensioenfonds Horeca & Catering (althans het pensioenfonds dat de kantonrechter passend acht);
- een bedrag van € 19.309,75 bruto aan achterstallig loon, vermeerderd met de wettelijke verhoging van 50% en de wettelijke rente vanaf 20 september 2021 tot aan de dag van betaling;
 - de proceskosten, inclusief een bedrag aan salaris van de gemachtigde.

3.2. legt aan de door haar verzochte gefixeerde schadevergoeding ten grondslag dat sprake is van een onregelmatige opzegging. heeft niet ingestemd met de opzegging van haar arbeidsovereenkomst en had ook geen toestemming van het UWV voor deze opzegging. Ook heeft de opzegtermijn van drie maanden niet in acht genomen. In verband met de opzegging is ook de transitievergoeding verschuldigd. Omdat ernstig verwijtbaar heeft gehandeld maakt daarnaast aanspraak op een billijke vergoeding.

Voor wat betreft het verzoek tot aanmelding bij het pensioenfonds en afdracht van achterstallige pensioenpremies voert aan dat als werkgever verplicht was om pensioenpremies in te houden en af te dragen. heeft wel elke maand de werknemersbijdrage ingehouden op het salaris van , maar heeft deze - met uitzondering van een klein bedrag in 2007 - nooit afgedragen aan het pensioenfonds. Hetzelfde geldt voor de werkgeversbijdrage van 50% van de premie. Aan de loonvordering leet tot slot ten grondslag dat zij jarenlang een te laag uurloon heeft ontvangen omdat de salaristabellen uit de cao metaal en techniek niet heeft toegepast. Volgens geldt deze cao bij en kan zij aanspraak maken op beloning conform de in deze cao opgenomen salaristabellen omdat zij als inleenkracht was aan te merken toen zij voor cateringwerkzaamheden bij verrichtte.

3.3. voert verweer en voert aan (daar komt het op neer) dat sprake is van overgang van onderneming en dat per 1 september 2021 in dienst is gekomen van de nieuwe leverancier van . Omdat van 6 september 2021 tot en met 17 september 2021 op vakantie was heeft zij haar werkzaamheden voor deze nieuwe leverancier pas op 20 september 2021 kunnen aanvagen. Daarom kan zij geen aanspraak maken op een vergoeding ter hoogte van het gemiste loon over de eerste weken van september 2021. Omdat in dienst van de nieuwe leverancier is gekomen en haar werkzaamheden heeft kunnen voortzetten kan zij ook geen aanspraak maken op de transitievergoeding. Van onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst kan volgens ook geen sprake zijn omdat de overeenkomst conform artikel 5 ruim een maand voor 1 september 2021 is opgezegd. Tot slot voert aan dat de cao metaal en techniek niet op de arbeidsovereenkomst van van toepassing is. Daarom moet ook de loonvordering ter hoogte van € 19.309,75 worden afgewezen.

4. De beoordeling

Geen overgang van onderneming

4.1. Als sprake is van overgang van onderneming, zoals stelt, zijn de rechten en verplichtingen die voor voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst met van rechtswege overgegaan op de nieuwe leverancier van

Op grond van artikel 7:662 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt onder "overgang" verstaan: de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.

4.2. [] hetwist dat sprake is van overgang van onderneming. Zij voert aan dat [] ; deze stelling ook niet heeft onderbouwd. Voor zover [] zich beroept op artikel 10 van de cao voor de contractcateringsbranche gaat dit beroep volgens [] niet op, omdat deze cao niet op de arbeidsovereenkomst van [] van toepassing is en ook niet algemeen verbindend is verklaard.

4.3. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [] ; onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om aan te nemen dat van overgang van onderneming sprake is. Artikel 10 van de cao voor de contractcateringbranche, versie 1 april 2021 t/m 31 maart 2022, bepaalt dat bij een contractwisseling tussen contractcaterers de nieuwe contractcaterer onder omstandigheden verplicht is de arbeidsovereenkomsten van alle betrokken werknemers voort te zetten en dit te behandelen als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. [] heeft echter niet onderbouwd dat deze cao, althans artikel 10 van deze cao, op de arbeidsovereenkomst van [] van toepassing was. De cao voor de contractcateringsbranche, versie 1 april 2021 t/m 31 maart 2022, is ook niet algemeen verbindend verklaard. Ook voor het overige heeft [] onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW sprake is. Het enkele feit dat [] momenteel dezelfde werkzaamheden verricht als zij voorheen in dienst van [] verrichtte is onvoldoende om overgang van onderneming aan te nemen.

4.4. Dit betekent dat de kantonrechter, gelet op de beperkte gegevens die beschikbaar zijn, er niet zonder meer van uit kan gaan dat [] van rechtswege bij [] in dienst is gekomen. Dit betekent vervolgens ook dat het dienstverband tussen partijen geacht moet worden te zijn geëindigd door de opzegging daarvan door [] per 1 september 2021 (zie hierboven 2.4.). Onderzocht moet worden of deze opzegging juridisch de toets van de kritiek kan doorstaan en, zo nee, welke aanspraken [] dan geldend kan maken.

Cao metaal en techniek niet van toepassing

4.5. Niet alleen het verzoek om [] te veroordelen tot betaling van achterstallig loon ter hoogte van € 19.309,75 bruto, maar ook de bedragen die [] verzoekt als gefixeerde schadevergoeding, billijke vergoeding en transitievergoeding, zijn gebaseerd op de stelling van [] dat de salaristabellen uit de cao metaal & techniek op haar als inleenkracht van toepassing waren toen zij werkzaamheden voor [] verrichtte. Daarom zal de kantonrechter de vraag of deze cao op de arbeidsovereenkomst van [] van toepassing was eerst behandelen.

4.6. De kantonrechter begrijpt de stellingen van [] zo dat de Cao Metaal & Techniek sector Metaalbewerkingsbedrijf op haar van toepassing was. Artikel 2b van deze cao bepaalt dat de in de cao opgenomen salaristabellen ook gelden voor personen die als inleenkracht werken voor een werkgever voor wie de cao metaal & techniek geldt. Of de salaristabellen uit de cao metaal & techniek op de arbeidsovereenkomst van [] van toepassing waren hangt dus af van de vraag of [] gedurende haar dienstverband bij [] als inleenkracht voor [] was aan te merken. Anders gezegd:

of zij door [redacted] als uitzendkracht aan [redacted] ter beschikking werd gesteld.

4.7. Volgens artikel 7:690 BW is de uitzendovereenkomst de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:690 BW is niet toegelicht wat moet worden verstaan onder het begrip "toezicht en leiding". Om deze reden wordt in de jurisprudentie bij de invulling van dit begrip aansluiting gezocht bij het gezagsvereiste zoals bedoeld in art. 7:610 BW (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098). Daarom moet de vraag worden beantwoord of er sprake was van werkgeversgezag van [redacted] over (de werkzaamheden van) [redacted]; van dien aard was dat [redacted] de arbeid verrichtte onder toezicht en leiding van [redacted] (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32). Aan de hand van feiten en omstandigheden moet worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen.

4.8. Het is aan [redacted] om te onderbouwen dat zij als inleenkracht onder de werkingssfeer van de cao metaal & techniek valt. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [redacted] verklaard dat [redacted] overeenkomsten vertoont met een uitzendbureau. Wat [redacted] deed was volgens [redacted] niets anders dan payrolling. Over haar werkzaamheden bij [redacted] heeft [redacted] verklaard dat zij zelfstandig de bestellingen en inkoop deed van het eten dat in de bedrijfskantine van [redacted] werd geserveerd. [redacted] bepaalde wat er op het menu stond en wat er besteld moest worden. Zij ontving hiervoor geen instructie van [redacted] en "runde haar eigen winkel" in de bedrijfskantine van [redacted].

4.9. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [redacted] hiermee onvoldoende onderbouwd waarom zij tijdens het dienstverband met [redacted] inleenkracht voor [redacted] zou zijn aan te merken. De enkele stelling dat overeenkomsten vertoont met een uitzendbureau is hiervoor onvoldoende. Hierbij komt dat [redacted] op basis van haar eigen verklaringen een zelfstandige positie had ten aanzien van de door haar uit te voeren werkzaamheden. Zij bepaalde zelf de wijze waarop de werkzaamheden werden verricht en van enig gezag of enige instructiebevoegdheid van [redacted] over deze werkzaamheden is niet gebleken. Hieruit kan dan ook niet geconcludeerd worden dat sprake was van werkgeversgezag van [redacted] over [redacted] dat van dien aard was dat [redacted] arbeid verrichtte onder toezicht en leiding van [redacted] in de zin van artikel 7:690 BW. Het verzoek van [redacted] tot veroordeling van [redacted] tot betaling van € 19.309,75 aan achterstallig loon vermeerderd met de wettelijke verhoging van 50% en wettelijke rente zal daarom worden afgewezen.

Gefixeerde schadevergoeding

4.10. Artikel 7:672 lid 11 BW bepaalt dat de partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd is ter hoogte van het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. [redacted] heeft aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst met [redacted] conform artikel 5 is opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van een maand. In artikel 7:672 BW lid 2 BW is echter bepaald dat voor een arbeidsovereenkomst die op de dag van opzegging meer dan tien jaar

maar minder dan vijftien jaar heeft geduurd een opzegtermijn van drie maanden geldt. Deze termijn kan enkel worden verkort bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Dat deze termijn in de cao voor het horeca- en het aanverwante bedrijf zou zijn verkort is niet gebleken. Omdat de arbeidsovereenkomst hiermee in strijd met de geldende opzegtermijn van drie maanden heeft opgezegd, heeft recht op de vergoeding wegens onregelmatige opzegging als bedoeld in artikel 7:672 lid 11 BW. De in dit artikel bedoelde vergoeding betreft een gefixeerde schadevergoeding die los staat van de door de wederpartij werkelijk geleden schade. Ook als feitelijk geen schade zou hebben geleden, zoals door is aangevoerd, komt de vergoeding dus aan toe.

4.11. De gefixeerde schadevergoeding wordt gebaseerd op het bruto geldloon ten tijde van de opzegging inclusief de vakantietoeslag. neemt bij het berekenen van de gefixeerde schadevergoeding de salaristabellen uit de cao metaal & techniek als uitgangspunt. Zoals al overwogen (zie hierboven 4.5. e.v.) is dit onjuist. Uit de door in het geding gebrachte salarisstrook van van juli 2021 blijkt dat zij ten tijde van de opzegging € 1.064,25 bruto per maand verdiende. De vakantietoeslag bedroeg € 85,14. Indien toepassing van de wettelijke opzegtermijn zou hebben opgezegd, was de overeenkomst geëindigd met ingang van 1 november 2021. De arbeidsovereenkomst van had in die situatie dus nog twee maanden langer voortgeduurd. Daarom zal een bedrag van € 2.298,78 bruto toegewezen worden als gefixeerde schadevergoeding.

Transitievergoeding

4.12. Op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a BW is de werkgever aan de werknemer de transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd. Nu de arbeidsovereenkomst met heeft opgezegd heeft dus recht op de transitievergoeding heeft verzocht haar een transitievergoeding van € 6.764,04 bruto toe te kennen is in haar berekening echter ten onrechte uitgegaan van het uurloon uit de cao metaal en techniek. Nu niet is gebleken dat deze cao op de arbeidsovereenkomst van van toepassing is, moet bij het berekenen van de transitievergoeding worden uitgegaan van het brutoloon dat laatstelijk verdiende, dat wil zeggen € 1.064,25 per maand, vermeerderd met 8% vakantietoeslag. Omdat sprake is van een onregelmatige opzegging moet de transitievergoeding verder worden berekend op basis van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige beëindiging zou zijn geëindigd (HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1286), dat is 1 november 2021. Uitgaande van 3 september 2007 als datum van indiensttreding bij (na faillissement voortgezet door bearagt de transitievergoeding dan € 5.426,19 bruto. Dit bedrag zal als transitievergoeding worden toegewezen. Over dit bedrag is op grond van artikel 7:686a lid 1 BW wettelijke rente toewijsbaar vanaf 1 oktober 2021.

Billijke vergoeding

4.13. baseert de verzochte billijke vergoeding op artikel 7:681 lid 1 sub a BW. Dit artikel bepaalt dat een billijke vergoeding ten laste van de werkgever kan worden toegekend indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met de wet. Een werkgever kan de arbeidsovereenkomst van een werknemer niet rechtsgeldig opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, tenzij sprake is van één van de uitzonderingen als genoemd in artikel 7:671 lid 1 BW. Gesteld noch gebleken is dat van een dergelijke uitzondering sprake is wat betekent dat de arbeidsovereenkomst in strijd met de

wet heeft opgezegd. Als een arbeidsovereenkomst in strijd met de wet is opgezegd is de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever gegeven.

4.14. Vervolgens heeft als uitgangspunt te gelden dat de hoogte van de billijke vergoeding in belangrijke mate bepaald wordt door de ernst van het aan de werkgever te maken verwijt. Daarbij heeft de kantonrechter de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de omstandigheden van het geval. In dit geval wordt rekening gehouden met onder meer de volgende omstandigheden:

- is lange tijd (te rekenen vanaf 2007) bij in dienst geweest;
- heeft de arbeidsovereenkomst van op onjuiste wijze opgezegd als gevolg waarvan (kort) zonder werk en inkomsten is komen te zitten;
- heeft niet geïntroduceerd bij de (wat hij noemt) nieuwe leverancier.

4.15. baseert de hoogte van de door haar verzochte billijke vergoeding op het niet ontvangen loon over de periode van 1 tot en met 19 september 2021. Onder de hierboven genoemde omstandigheden acht de kantonrechter deze benadering redelijk. Het gaat hierbij (onbetwist) om 63 uren. Rekening houdend met het uurloon dat laatstelijk bij verdiende, € 10,75 bruto, vermeerderd met vakantietoelage komt de kantonrechter op een bedrag van € 731,43 bruto. Dit bedrag zal daarom als billijke vergoeding worden toegekend.

Pensioenpremies

4.16. Dat als werkgever verplicht was om pensioenpremies in te houden en af te dragen is door niet betwist. Hetzelfde geldt voor de op haar salaris ingehouden pensioenpremies met uitzondering van een klein bedrag in 2007 niet heeft afgedragen aan het pensioenfonds, evenals de werkgeversbijdrage van 50% van de premie. Het verzoek van om te veroordelen tot aanmelding van bij het pensioenfonds en afdracht van de achterstallige pensioenpremies, die berekent op € 11.000,- vermeerderd met misgelopen rente/winst, zal echter bij gebrek aan belang en verdere onderbouwing worden afgewezen. Dit wordt als volgt toegelicht.

4.17. Tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard dat zij in overleg is met het pensioenfonds over haar pensioenaanspraken. Dit overleg ziet niet enkel op de periode van 1 september 2007 tot 1 april 2011, maar ook op de periode daarna. heeft onlangs haar loonstroken vanaf 2007 aan het UWV toegestuurd. Deze stukken liggen nu ter beoordeling bij het UWV. Ook heeft verklaard dat het pensioenfonds in afwachting is van de gegevens van het UWV. Volgens dient het pensioenfonds haar aanspraken te honoreren, ook al heeft de verschuldigde pensioenpremies niet afgedragen (en is het aan het pensioenfonds de verschuldigde premies bij te incasseren).

4.18. Een partij komt alleen bij voldoende belang een rechtsvordering toe (artikel 3:303 BW). Naar het oordeel van de kantonrechter is met hetgeen naar voren heeft gebracht niet komen vast te staan dat haar pensioenaanspraken afhankelijk zijn van de afdracht van de verschuldigde pensioenpremies aan het pensioenfonds, of aanmelding van bij het pensioenfonds. Integendeel, gaat daar ook zelf niet van uit. Daar komt bij dat gesteld noch gebleken is dat afdracht van € 11.000,- voor het pensioenfonds

voorwaarde is om de pensioenaanspraken van [] te honoreren. Ook is onduidelijk wat [] met misgelopen rente/winst precies bedoelt. Toewijzing van een dergelijk verzoek zal al snel tot tenuitvoerleggingsproblemen leiden. Het verzoek van [] om haar aan te melden bij het fonds [] (is intussen bekend bij het fonds) en premies af te dragen zal daarom worden afgewezen.

Conclusie

4.19. Concluderend zal een gefixeerde schadevergoeding van € 2.298,78 bruto, een billijke vergoeding van € 731,43 bruto en de transitievergoeding van € 5.426,19 bruto worden toegewezen. De transitievergoeding wordt vermeerderd met de verzochte wettelijke rente hierover vanaf 1 oktober 2021. Het verzoek om [] veroordelen tot aanmelding van [] bij het pensioenfonds en afdracht van de achterstallige pensioenpremies zal worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de verzochte € 19.309,75 bruto aan achterstallig loon vermeerderd met de wettelijke verhoging van 50% en wettelijke rente.

Proceskosten

4.20. [] zal als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure worden veroordeeld. De kosten aan de kant van [] worden begroot op:

- griffierecht: € 507,00
 - salaris gemachtigde: € 622,- (2 punten x € 311,-)
- Totaal: € 1.129,-

5. De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. veroordeelt [] om aan [] een gefixeerde schadevergoeding van € 2.298,78 bruto te betalen;
- 5.2. veroordeelt [] om aan [] een billijke vergoeding van € 731,43 bruto te betalen;
- 5.3. veroordeelt [] om aan [] de transitievergoeding van € 5.426,19 bruto te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 1 oktober 2021 tot de voldoening;
- 5.4. veroordeelt [] tot betaling van de proceskosten aan de kant van [] tot de uitspraak van deze beschikking begroot op € 1.129,-;
- 5.5. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.6. wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. [], kantonrechter, en is in het openbaar uitgesproken op 28 februari 2022.

De griffier,



De kantonrechter,