

haar functiebeschrijving algemene taken staan die tijdens normale werktijden kunnen worden verricht. De Kantonrechter Assen wijst dit verweer van Icare af, nadat de werknemster heeft betwist dat zij dezelfde werkzaamheden verricht als werknemers tijdens normale werktijden. Zij heeft aangegeven dat zij 's avonds zorgt voor rust en veiligheid. Icare heeft dit naar de mening van de Kantonrechter Assen onvoldoende bestreden. Interessant is om te weten wat de kantonrechter zou hebben geoordeeld indien Icare dit verweer verder zou hebben uitgediept. Icare lijkt zich hier namelijk te beroepen op een eerdere uitspraak van de Kantonrechter Eindhoven d.d. 14 juli 2016 (ECLI:NL:RBOBR:2016:5190). In deze uitspraak vorderde een verpleegkundige nog uitbetaling van de onregelmatigheidstoeslag van Stichting Máxima Medisch Centrum, als zijnde het loon over genoten vakantiedagen in de periode 2010 tot 2014. De kantonrechter oordeelde dat de onregelmatigheidstoeslag niet intrinsiek tot het werk van werknemster als verpleegkundige behoorde, nu er ook verpleegkundigen zijn bij de Stichting die géén onregelmatige diensten draaien. De kantonrechter wees om onder andere deze reden de vordering van de verpleegkundige wel af.

R. Houweling verwijst in zijn annotatie bij de uitspraak van Gerechtshof Den Haag d.d. 13 september 2016, welke eveneens gaat over uitleg van het loonbegrip ex art. 7:639 BW (ECLI:NL:GHDHA:2016:2587), nog naar de uitspraak van HR 26 januari 1990 (NJ 1990/499). In deze uitspraak oordeelde de HR dat in art. 1638ii lid 1 BW (oud) (uitbetalen vakantiedagen bij einde dienstverband) met 'loon' wordt bedoeld, het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Het zou volgens de HR niet met de wetsgeschiedenis stroken indien hier een beperkter loonbegrip wordt gehanteerd dan bij de toepassing van art. 1638hh BW (oud) (vakantie met behoud van loon). Immers, zo stelt de HR, blijkens de wetsgeschiedenis heeft art. 1638 ii BW (oud) ten doel de werknemer in staat te stellen bij zijn nieuwe werkgever zoveel dagen verlof zonder behoud van loon op te nemen als waarover de uitkering in deze bepaling is berekend. Volgens de A-G wordt aansluiting gezocht bij het loonbegrip van art. 7:610 BW (HR 18 december 1953, NJ 1954/242). Houweling concludeert dat "als werknemers toeslagen krijgen die verband houden met specifieke onderdelen van hun werk, dan vormt dit loon in de zin van art. 7:610 BW en daarmee automatisch loon in de zin van 7:639 BW". Daarmee, zo geeft Houweling aan, kan vakantieloon ook succesvol geclaimd worden op basis van deze uitspraak van de HR uit 1990, waarvan de uitkomst gelijkelijk is aan die van het Hof van Justitie EU, vele jaren daarna.

Nu in de tot nu toe gewezen zaken, zoals deze van de Kantonrechter Assen, de werknemer structurele onregelmatigheidsdiensten werkt volgens een vast rooster, is het hopen dat er spoedig uitspraken volgen waarin werknemers niet structureel volgens een vast werkrooster werken. Immers, indien uit het arbeidspatroon van de werknemer volgt dat deze tijdens zijn vakantieperiode geen uren zou hebben dienen te werken waarvoor een (onregelmatigheids)toeslag geldt, dan zou de werkgever ter verdediging kunnen opwerpen dat de werknemer dan tijdens zijn vakantie ook geen aanspraak heeft op betaling van deze toeslag. De werknemer zou anders worden bevoordeeld tijdens zijn vakantie door een hoger loon te ontvangen dan wanneer hij zou hebben gewerkt. In de bewoordingen van het hof van justitie EU: het niet-toekennen van de toeslag zou dan in die situatie niet kunnen leiden tot een prikkel om niet of minder met vakantie te gaan, nu de werknemer de toeslag ook niet zou hebben ontvangen als deze wel was gaan werken.

S.C. van Susteren
Bdo Legal B.V.

218

Rechtbank Amsterdam (Voorzieningenrechter Kantonrechter)
24 augustus 2016, nr. 5250118 KK EXPL 16-956
ECLI:NL:RBAMS:2016:5649
(mr. Van Harmelen)
Noot R. de Vos

Aanzegplicht. Opzegging. Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vervaltermijn verstrekken.

Werknemster had de aanzegging, nu zij zelf uitging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, moeten opvatten als een opzegging. Uit haar handelen blijkt ook dat zij de aanzegging als beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft opgevat. Vervaltermijn art. 7:686a BW verstrekken.

[BW art. 7:668, 7:668a]

Werknemster en Kinderopvang 't Zonnehoekje B.V. (hierna: 't Zonnehoekje) zijn op 14 april 2014 een arbeidsovereenkomst aangegaan. Het betrof een zogenaamde nul-urenovereenkomst op basis waarvan werknemster bij 't Zonnehoekje in dienst is getreden van 22 april 2014 tot en met 23 april 2015. De arbeidsovereenkomst werd in maart 2015 verlengd tot 23 april 2016. Bij brief van 30 juni 2015 heeft 't Zonnehoekje werknemster bericht dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2015 "wordt omgezet naar een vaste aanstelling voor 28 uur in de week". Bij brief van 10 maart 2016 heeft 't Zonnehoekje werknemster meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst op 23 april 2016 afloopt. Werknemster vordert 't Zonnehoekje te veroordelen tot nakoming van de arbeidsovereenkomst en werknemster toe te laten de werkzaamheden te hervatten. Werknemster stelt daartoe dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen en dat deze niet op rechtsgeldige wijze is beëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. 't Zonnehoekje betoogt onder meer dat de brief van 30 juni 2015 aan werknemster uitsluitend de bevestiging bevat dat de overeenkomst die op dat moment gold, werd gewijzigd van een nul-urencontract in een dienstverband met een vast aantal werkuren. Dat betoog is niet op één lijn te stellen met hetgeen ter zitting is verklaard. 't Zonnehoekje heeft desgevraagd immers toegelicht dat zij heeft ingestemd met het verzoek van werknemster en in de brief van 30 juni 2015 heeft bevestigd dat zowel een vaste aanstelling werd gegeven als een vast aantal uren per week. Op grond van het voorgaande wordt dan ook als uitgangspunt genomen dat met ingang van 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen partijen tot stand is gekomen. 't Zonnehoekje heeft bij brief van 10 maart 2016 aangezegd dat het dienstverband op 23 april 2016 zou eindigen. De aanzegging moet in het onderhavige geval naar voorlopig oordeel van de kantonrechter als opzegging gelden. Met de aanzeggingsbrief van 10 maart 2016 beoogde 't Zonnehoekje aan werknemster duidelijk te maken dat wat haar betreft de arbeidsovereenkomst per 23 april 2016 zou eindigen. Dat wordt niet anders doordat 't Zonnehoekje daarbij veronderstelde dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gold. Werknemster had deze mededeling, nu zij zelf uitging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de mededeling betrekking had op het einde van die overeenkomst, moeten opvatten als een opzegging. Werknemster heeft de mededeling van 't Zonnehoekje ook daadwerkelijk opgevat als beëindiging van haar

1403

dienstverband. Daarom heeft zij immers bij brieven (van haar gemachtigde) van 28 april 2016 en 13 mei 2016, die niet zijn overgelegd maar waarvan de inhoud ter zitting is toegelicht, geprotesteerd tegen die beëindiging, zich beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden en aanspraak gemaakt op doorbetaling van haar salaris. Omdat de brief van 10 maart 2016 door werkneemster was op te vatten als opzegging en de facto blijkt de brieven van 28 april 2016 en 13 mei 2016 door haar ook op die manier is opgevat, had zij vervolgens binnen de termijn van art. 7:686a lid 4 onderdeel a BW de nietigheid daarvan dienen in te roepen. Nu deze (verval)termijn inmiddels is verstreken en dus geen bodemprocedure meer door haar aangevangen kan worden, althans niet met te verwachten succes, is geen plaats voor het treffen van een voorziening in kort geding waarmee op een voor werkneemster gunstige beslissing in een bodemprocedure vooruit wordt gelopen. Volgt afwijzing van de vorderingen van werkneemster.

[eiseres],
wonende te [woonplaats],
eiseres,
nader te noemen: [eiseres],
gemachtigde: mr. H. Dogan,
tegen
de besloten vennootschap Kinderopvang 't Zonnehoekje B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
nader te noemen: 't Zonnehoekje,
gemachtigde: mr. L.M. Serieese.

Rechtbank:

Verloop van de procedure

Bij dagvaarding van 28 juli 2016, met producties, heeft [eiseres] een voorziening gevorderd.

Ter terechtzitting van 16 augustus 2016 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. [eiseres] is verschenen, alsmede haar gemachtigde. Namens 't Zonnehoekje is [naam], en de gemachtigde verschenen. 't Zonnehoekje heeft ter zitting producties in het geding gebracht. Partijen hebben ter zitting hun standpunten toegelicht, de gemachtigde van 't Zonnehoekje aan de hand van pleitaantekeningen die zijn overgelegd. Na verder debat is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

Gronden van de beslissing

Uitgangspunten

1. Als uitgangspunt geldt het volgende.

1.1. Partijen zijn op 14 april 2014 een arbeidsovereenkomst aangegaan. Het betrof een zogenoemde "nul-urenovereenkomst" op basis waarvan [eiseres] bij 't Zonnehoekje in dienst is getreden van 22 april 2014 tot en met 23 april 2015.

1.2. In een brief van 2 maart 2015 van 't Zonnehoekje aan [eiseres], welke door beide partijen is ondertekend, heeft 't Zonnehoekje aan [eiseres] medegedeeld – voor zover hier van belang – dat de arbeidsovereenkomst met [eiseres] werd verlengd tot 23 april 2016.

1.3. Een brief van 30 juni 2015 van 't Zonnehoekje (opgesteld en ondertekend door "[naam 2] 't Zonnehoekje", hierna: [naam 2]) aan [eiseres] houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

(...)

Hierbij bevestig ik onze afspraak dat je contract met ingang van 1 juli 2015 wordt omgezet naar een vaste aanstelling voor 28 uur in de week. (...)

Je werkzaamheden zijn verdeeld over maximaal 5 dagen (...).

(...)

1.4. Een brief van 10 maart 2016 van 't Zonnehoekje aan [eiseres] houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

(...)

Hierbij delen wij u mede dat uw arbeidsovereenkomst met Kinderopvang 't Zonnehoekje op 23 april 2016 afloopt.

Per de vervaldatum zal uw contract helaas niet verlengd worden door omstandigheden.

(...)

1.5. [eiseres] is na 23 april 2016 niet meer door 't Zonnehoekje ingezet voor haar werkzaamheden en 't Zonnehoekje heeft over de na die datum gelegen periode geen salaris meer aan [eiseres] betaald.

1.6. Bij brieven van 28 april 2016 en 13 mei 2016 is namens [eiseres] aan 't Zonnehoekje medegedeeld dat [eiseres] zich op het standpunt stelt dat vanaf 1 juli 2015 tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt en is 't Zonnehoekje gesommeerd tot doorbetaling van het salaris.

Vordering

2. [eiseres] vordert 't Zonnehoekje bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis, zakelijk weergegeven:

I. te veroordelen tot nakoming van de arbeidsovereenkomst;

II. te veroordelen [eiseres] toe te laten om haar werkzaamheden te hervatten;

III. te veroordelen tot betaling aan [eiseres] van het salaris over de periode vanaf 23 april 2016 en vakantiegeld;

IV. te veroordelen om het loon gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst aan [eiseres] te voldoen;

V. te veroordelen in de kosten van het geding, te vermeerderen met wettelijke rente.

3. [eiseres] stelt daartoe – zakelijk weergegeven – dat tussen haar en 't Zonnehoekje een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. Zij beroept zich daarbij op de hiervoor weergegeven brief van 30 juni 2015. Die arbeidsovereenkomst is niet op rechtsgeldige wijze beëindigd en is volgens [eiseres] dus nog onverkort van kracht. De brief 10 maart 2016 van 't Zonnehoekje is niet als rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst aan te merken. Omdat de arbeidsovereenkomst ook niet op een andere manier is beëindigd is 't Zonnehoekje gehouden tot nakoming van haar verplichtingen jegens [eiseres] uit die overeenkomst, waaronder doorbetaling van het salaris, aldus [eiseres].

Verweer

4. 't Zonnehoekje heeft de vordering bestreden. Op hetgeen zij heeft aangevoerd zal hierna worden ingegaan voor zover dat voor de beoordeling van belang is.

Beoordeling

5. 't Zonnehoekje voert aan dat als gevolg van de brief van 30 juni 2015 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. De brief is namelijk opgesteld en ondertekend door [naam 2] en was niet aan 't Zonnehoekje bekend. [naam 2] is echter volgens 't Zonnehoekje niet bevoegd namens haar arbeidsovereenkomsten te sluiten of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd om te zetten naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Volgens 't Zonnehoekje kan [eiseres] dan ook geen rechten ontlenen aan de brief van 30 juni 2015.

5. 'Dat verweer treft geen doel. Bij de mondelinge behandeling is voorshands voldoende komen vast te staan dat [eiseres], ook vóór 30 juni 2015, bijvoorbeeld ten tijde van de verlenging van het contract in maart 2015, met [naam 2] heeft gesproken over

de voor haar geldende contractvoorwaarden en dat [naam 2] binnen de organisatie van 't Zonnehoekje voor [eiseres] de aangewezen persoon was om daarover afspraken te maken. Doordat [naam 2] die positie was gegeven, althans doordat [naam 2] de vrijheid was gelaten dergelijke afspraken te maken, mocht [eiseres] onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid aannemen dat [naam 2] daartoe bevoegd was en kan 't Zonnehoekje op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep doen.

5. 'Verder betoogt 't Zonnehoekje dat de brief van 30 juni 2015 aan [eiseres] uitsluitend de bevestiging bevat dat de overeenkomst die op dat moment gold, werd gewijzigd van een nulurencontract in een dienstverband met een vast aantal uren, namelijk 28 uur per week. Het bepaalde tijd-karakter van de vigerende arbeidsovereenkomst bleef volgens 't Zonnehoekje echter onverkort gelden.

5. 'Dat betoog is niet op één lijn te stellen met hetgeen [naam 2] ter zitting heeft verklaard. [naam 2] heeft desgevraagd namelijk toegelicht:

– dat zij in juni 2015 met [eiseres] heeft gesproken omdat [eiseres] een vast aantal werkuren én een vaste aanstelling wenste;
 – dat [eiseres] “dat heeft uit onderhandeld” omdat 't Zonnehoekje [eiseres] niet graag zag vertrekken;
 – dat zij – [naam 2] – ermee heeft ingestemd dat, zoals zij in de brief van 30 juni 2015 aan [eiseres] heeft bevestigd, zowel een vaste aanstelling aan [eiseres] werd gegeven als een vast aantal uren, namelijk 28 uur per week.

Met de woorden “vaste aanstelling” die in de brief van 30 juni 2015 worden gebruikt, is door [naam 2] blijkens haar toelichting op de zitting naar het oordeel van de kantonrechter dan ook niet anders bedoeld dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 28 uur per week met [eiseres] aan te gaan. Het verweer van 't Zonnehoekje wordt verworpen.

5. 'Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, wordt dan ook tot uitgangspunt genomen dat, zoals in de brief van 30 juni 2015 is vastgelegd, met ingang van 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen partijen tot stand is gekomen.

5. 't Zonnehoekje heeft betoogd dat [eiseres] in februari 2016 een brief bij haar heeft ingeleverd waarin zij ontslag nam omdat zij bij de onderneming van haar vader of haar schoonvader in dienst wilde treden. 't Zonnehoekje is niet in staat die ontslagbrief over te leggen omdat de brief door een mysterieuze oorzaak uit het personeelsdossier van [eiseres] is verdwenen. Volgens 't Zonnehoekje heeft zij [eiseres] gevraagd of zij wel zeker wist dat zij haar dienstverband wilde beëindigen. Uit door 't Zonnehoekje overgelegde interne e-mails uit februari 2016, waarin aan de orde wordt gesteld wat de laatste werkdag van [eiseres] zal zijn en of zij voor het einde van het dienstverband haar openstaande vakantiedagen nog zal opnemen, blijkt volgens 't Zonnehoekje echter dat [eiseres] in februari 2016 wel degelijk zelf ontslag heeft genomen. 't Zonnehoekje heeft met ingang van 18 april 2016 een nieuwe medewerkster in dienst genomen ter vervanging van [eiseres]. Omdat [eiseres] haar dienstverband heeft beëindigd, is haar aanspraak op doorbetaling van loon en wedertewerkstelling ongegrond, aldus 't Zonnehoekje.

5. 'Op 't Zonnehoekje rust in een bodemprocedure naar verwachting de bewijslast van haar stelling dat [eiseres] zelf ontslag heeft genomen. Aan dat bewijs zullen hoge eisen worden gesteld, in die zin dat vast zal dienen komen te staan dat [eiseres] zich duidelijk en ondubbelzinnig over haar ontslagname heeft geuit. In het kader van onderhavig kort geding is onzeker dat 't Zonnehoekje in die bewijslevering zal gaan slagen. Het verweer van 't Zonnehoekje kan om die reden niet aan toewijzing

van de gevraagde voorziening in de weg kan staan. Dat verweer treft dan ook geen doel.

5. 'Omdat [eiseres] bleef spreken over indiensttreding bij de onderneming van haar vader of schoonvader en zij geen gemotiveerde medewerkster meer in [eiseres] zag, heeft 't Zonnehoekje, mede gelet op eventuele WW-aanspraken van [eiseres], zekerheidshalve bij brief van 10 maart 2016 aangezegd, in de veronderstelling verkerend dat nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gold, dat het dienstverband op 23 april 2016 zou eindigen. Die aanzegging heeft volgens 't Zonnehoekje in de gegeven omstandigheden als opzegging te gelden. 't Zonnehoekje voert aan dat [eiseres] op grond van artikel 7:686a lid 4 sub a BW binnen twee maanden na 23 april 2016, dus vóór 23 juni 2016 door middel van het indienen van een verzoekschrift een bodemprocedure had dienen aan te vangen om vernietiging van de opzegging te bewerkstelligen. Dat heeft [eiseres] echter nagelaten.

5. 'Hoewel dat niet geheel duidelijk is – de gemachtigde van [eiseres] heeft daar ter zitting weinig helderheid over gegeven – lijkt [eiseres] zich daar tegenover op het standpunt te stellen dat überhaupt niet is opgezegd, omdat de aanzegging van 10 maart 2016 geen opzegging is. [eiseres] heeft dan ook nog alle gelegenheid om een vordering tot nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst door 't Zonnehoekje in een bodemprocedure aanhangig te maken omdat daarop de door 't Zonnehoekje genoemde termijn van twee maanden niet van toepassing is.

5. 'De kantonrechter overweegt als volgt. Dat de werknemer, indien deze werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, op grond van artikel 7:668 BW tijdig door de werkgever behoort te worden geïnformeerd (“aangezegd”) over het al niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, neemt niet weg dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van artikel 7:667 lid 1 BW van rechtswege eindigt (behoudens hetgeen in lid 2 van dat artikel is bepaald) wanneer de tijd die bij de overeenkomst is aangegeven, is verstreken. Voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, is daarentegen voorafgaande opzegging nodig (artikel 7:667 lid 6 BW). Het is dan ook juist dat de aanzegging niet zonder meer als opzegging kan gelden. In het onderhavige geval moet naar voorlopig oordeel van de kantonrechter de aanzegging van 't Zonnehoekje echter wel als opzegging gelden. Daarvoor is het volgende redengevend.

5. 'Met de aanzeggingsbrief van 10 maart 2016 beoogde 't Zonnehoekje aan [eiseres] duidelijk te maken dat wat haar betreft de arbeidsovereenkomst per 23 april 2016 zou eindigen. Dat wordt niet anders doordat 't Zonnehoekje daarbij veronderstelde dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gold. [eiseres] had deze mededeling, nu zij zelf uitging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de mededeling betrekking had op het einde van die overeenkomst, moeten opvatten als een opzegging. [eiseres] heeft de mededeling van 't Zonnehoekje ook daadwerkelijk opgevat als beëindiging van haar dienstverband. Daarom heeft zij immers bij brieven (van haar gemachtigde) van 28 april 2016 en 13 mei 2016, die niet zijn overgelegd maar waarvan de inhoud ter zitting is toegelicht, geprotesteerd tegen die beëindiging, zich beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden en aanspraak gemaakt op doorbetaling van haar salaris.

Omdat de brief van 10 maart 2016 door [eiseres] was op te vatten als opzegging en de facto blijkens de brieven van 28 april 2016 en 13 mei 2016 door haar ook op die manier is opgevat, had zij vervolgens binnen de termijn van artikel 7:686a lid 4 sub a BW de nietigheid daarvan dienen in te roepen. Nu deze (verval)termijn inmiddels is verstreken en dus geen bodemprocedure

meer door haar aangevangen kan worden, althans niet met te verwachten succes, is geen plaats voor het treffen van een voorziening in kort geding waarmee op een voor [eiseres] gunstige beslissing in een bodemprocedure vooruit wordt gelopen.

5. 'De vorderingen van [eiseres] zijn dus niet toewijsbaar. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij met de proceskosten worden belast.

Beslissing

De kantonrechter:

wijst het gevorderde af;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding aan de zijde van 't Zonnehoekje gevallen, tot op heden begroot op € 400,= aan salaris gemachtigde;

veroordeelt [eiseres] tot betaling van een bedrag van € 50,= aan nasalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,= aan kosten voor betekening onder de voorwaarde dat betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en [eiseres] niet binnen 14 dagen na aanschrijving vrijwillig aan het vonnis heeft voldaan, een en ander voor zover van toepassing, inclusief btw; verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

NOOT

Aanzegging of opzegging? Dat is de kern van de kwestie die hier bij de kantonrechter aan de orde was. Meer specifiek ging het om de vraag of de werknemster de aanzegging van de werkgever (ex art. 7:668 BW), die in de (onjuiste) veronderstelling verkeerde dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gold, had moeten opvatten als een opzegging nu achteraf sprake bleek te zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift brachten wij deze kwestie al aan de orde.¹ Het ging daarbij om een – zoals wij dit in onze annotatie noemden – 'Dakbeheer-situatie' onder oud recht. Hierbij doelden wij op de vraag of in een situatie waarin in werkelijkheid sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, een onjuiste mededeling van de werkgever dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd vanwege het van rechtswege aflopen daarvan, tot gevolg heeft dat de werknemer een dergelijke verklaring van de werkgever als opzegging moet opvatten. Wij stelden onszelf daarbij de vraag of – vertaald naar huidig recht – een aanzegging in 'Dakbeheer-situaties' achteraf bezien beschouwd zou moeten worden als een opzegging. Destijds in afwachting van het verschijnen van meer rechtspraak over deze kwestie, verwezen wij voor het antwoord naar de parlementaire geschiedenis. Hieruit volgt namelijk de ratio van de wetgever achter het invoeren van de aanzegplicht: het verschaffen van (tijdige) duidelijkheid voor de werknemer.² Duidelijkheid die zou ontbreken als de werknemer bedacht zou moeten zijn op het feit dat een aanzegging achteraf een opzegging kan blijken te zijn.

Inmiddels is er de nodige rechtspraak verschenen over dit onderwerp.

In de onderhavige uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam voldeed de kantonrechter, kort gezegd, dat uit de aanzegging voldoende is gebleken dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen én dat de werknemster de aanzegging ook als zodanig heeft begrepen. Dat de werkgever daarbij van een onjuiste veronderstelling is uitgegaan, namelijk dat sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die —

zonder dat daarvoor opzegging is vereist — van rechtswege zou aflopen, deed daar volgens de kantonrechter niet aan af. Kortom, de kantonrechter heeft op basis van de gedragingen van partijen kunnen vaststellen dat beide partijen uitgingen van een einde van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter trok hieruit de gevolgtrekking dat er sprake was van een opzegging waarvan de werknemster binnen de vervaltermijn van twee maanden ex art. 7:686a lid 4 sub a BW de nietigheid had moeten inroepen; dit heeft zij niet gedaan.

Van Dop heeft in zijn annotatie bij de onderhavige uitspraak aangegeven het eens te zijn met het oordeel van de kantonrechter en onze visie omtrent dit vraagstuk niet te volgen («JAR» 2016/235). Hiervoor gaf hij de volgende redenen. Allereerst zou – indien in situaties zoals hier aan de orde de aanzegging niet zou kunnen worden beschouwd als een opzegging – de arbeidsovereenkomst blijven doorlopen, hetgeen een onzekere situatie voor zowel werknemer als werkgever zou meebrengen. Ten tweede kan volgens hem een werkgever in de omgekeerde situatie ook niet terugkomen op een opzegging door te stellen dat er slechts sprake was van een informatieve mededeling zonder de bedoeling de arbeidsovereenkomst te doen eindigen. Ten derde kunnen volgens Van Dop bijkomende omstandigheden de interpretatie van een aanzegging als zijnde een opzegging nader bevestigen, zoals het opmaken en behouden van een eindafrekening en (schriftelijk) protest van de werknemer tegen de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. Tot een soortgelijk oordeel als de Kantonrechter Amsterdam kwam de Kantonrechter Arnhem.³ Omdat het feitencomplex zoals in deze zaak aan de orde heeft geleid tot meerdere procedures, zullen wij in het vervolg refereren aan de 'Constar Plastics'-zaken. In deze *Constar Plastics*-zaak oordeelde de kantonrechter dat er sprake was van arbeidsovereenkomsten (van zes werknemers) voor onbepaalde tijd omdat het ging om opvolgend werkgeverschap na een doorstart uit faillissement. Daarop oordeelde de kantonrechter dat hier sprake was van arbeidsovereenkomsten waarvan de werkgever dacht dat deze voor bepaalde tijd waren, maar waarvan dus was gebleken dat deze in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd waren overgegaan. De aanzegging kreeg volgens de kantonrechter in dat geval het karakter van een mededeling die is gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als deze ook zo is opgevat door de werknemer (met verwijzing naar het 'Dakbeheer'-arrest). Tevens woog de kantonrechter mee dat aan de arbeidsovereenkomsten na het beweerdelijke einde van rechtswege feitelijk geen invulling meer was gegeven, nu de werkzaamheden waren gestaakt en er ook geen loon meer was betaald. Alle voornoemde omstandigheden brachten mee dat de arbeidsovereenkomsten volgens de kantonrechter door opzegging waren geëindigd.

De voornoemde uitspraak van de Kantonrechter Arnhem ging in hoger beroep onderuit.⁴ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de werkgever onbestreden heeft aangevoerd dat haar wil erop was gericht de arbeidsovereenkomsten niet te verlengen, dat zij daarvan, ingevolge de aanzegverplichting, mededeling heeft gedaan aan de werknemers en dat zij, indien zij zou hebben geweten dat sprake was van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd (hetgeen zij overigens bestrijdt) nooit tot opzegging zou zijn overgegaan zonder toestemming van het UWV en zonder inachtneming van een opzegtermijn. Gelet op het voorgaande en op de inhoud van de brief van 13 augustus 2015, waarin met zoveel woorden staat dat de brief bedoeld is als

1406

1 HR13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3305 (*werknemer/Dakteam Dakbeheer B.V.*) «JIN» 2016/24, met annotatie van A. Stamoulis en R. de Vos. Hierna te noemen het 'Dakbeheer'-arrest.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 20-21.

3 Rechtbank Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.

4 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977.

aanzegging in de zin van het met ingang van 1 januari 2015 (NB: het hof noemde ten onrechte 1 juli 2015) geldende art. 7:668 lid 1 BW, was de aanzegging van de werkgever onmiskenbaar gericht op het verstrekken van informatie aan de werknemers over het vervolg van de arbeidsrelatie als bedoeld in die wettelijke bepaling. Het hof onderschreef dan ook niet het oordeel van de kantonrechter dat deze aanzegging het karakter heeft gekregen van een op beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerichte mededeling, oftewel een opzegging.

In een andere *Constar Plastics*-zaak in hoger beroep kwam het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden tot exact hetzelfde oordeel als hiervoor weergegeven.⁵

Het hof voegde eraan toe dat – met het oog op de vervaltermijn van twee maanden ex art. 7:686a lid 4 sub a BW – een (te) ruime uitleg van de aanzegging (in die zin dat deze een opzegging zou kunnen inhouden) ook ten koste kan gaan van de bescherming van de werknemers. Op een op het oog enigszins sarcastische toon voegde het hof daar aan toe: “*Dat dit de bedoeling van de wetgever zou zijn met het invoeren van de aanzegverplichting onder de Wwz heeft het hof niet in de parlementaire geschiedenis van de Wwz kunnen lezen.*”

In min of meer gelijke zin oordeelde de Kantonrechter Eindhoven.⁶ In deze zaak ging het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de werkgever en de werknemer die met wederzijdse instemming was geëindigd en die werd voortgezet door een (eenmalig verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen de opvolgend werkgever en de werknemer. De Ragetlie-regel was dus van toepassing en de werknemer meende dat er geen voorafgaande opzegging heeft plaatsgehad van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De werkgever was van mening dat de zin “*Hereby we inform you that your employment contract expires on 20/04/2016 and will not be extended*” diende te worden opgevat als een opzegging. De kantonrechter oordeelde dat met die woorden onmiskenbaar tot uitdrukking is gebracht dat het einde van de arbeidsovereenkomst zou moeten worden bewerkstelligd door de wet (het van rechtswege eindigen door het verstrijken van de overeengekomen duur) en niet door een opzegging. Er was dus sprake van een *aanzegging* als bedoeld in art. 7:668 lid 1 BW en niet van een *opzegging* als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW. Aan een onmiskenbare en ook als zodanig bedoelde *aanzegging* kon volgens de kantonrechter niet achteraf alsnog het karakter van een opzegging worden toegekend. De kantonrechter verwees daarbij naar de hiervoor behandelde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de hierna te behandelen uitspraak van de Kantonrechter Utrecht.

Als sluitstuk oordeelde de Kantonrechter Utrecht in gelijke zin en met de meest uitgebreide en misschien wel beste motivering.⁷ De kantonrechter oordeelde dat op grond van het overgangsrecht WWZ de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van de werknemer op grond van de ketenregeling (art. 7:668a BW) automatisch was overgegaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hij merkte daarbij op dat uit alles blijkt dat de werkgever ervan uit was gegaan dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer op 31 december 2015 van rechtswege zou eindigen en dat zij over het hoofd heeft gezien dat deze arbeidsovereenkomst op 12 september 2015 is overgegaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De werkgever heeft

dat in haar verweerschrift en pleitnotities ook impliciet toegegeven en daarbij – met verwijzing naar de uitspraak van de Kantonrechter Arnhem zoals hiervoor behandeld en het ‘Dakbeheer-arrest’ – het standpunt ingenomen dat de aanzegging het karakter heeft gekregen van een opzegging doordat die mededeling was gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst en door de werknemer ook als zodanig is opgevat. De omstandigheid dat zij zich heeft vergist wat betreft de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst, was volgens de werkgever niet relevant. De kantonrechter oordeelde dat, indien dit betoog van de werkgever zou worden gevolgd, dit ertoe zou leiden dat de werkgever een mededeling die is gedaan in het kader van de aanzegverplichting van art. 7:668 BW en die ook als zodanig is bedoeld, achteraf – als blijkt dat er onbedoeld een overeenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen – kan laten gelden als opzegging van de inmiddels ontstane arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De kantonrechter concludeerde dat dit in strijd is met de bedoeling van de wetgever en verwees daarbij naar onze annotatie bij het ‘Dakbeheer-arrest’. De door de werkgever voorgestane uitleg kon volgens de kantonrechter verder tot gevolg hebben dat de termijn voor het indienen van een verzoek tot vernietiging van de opzegging al is verstreken op het moment dat de werkgever besluit dat zijn eerdere aanzegging moet worden beschouwd als een opzegging. Daarmee zou dan aan de werknemer feitelijk de mogelijkheid zijn ontnomen om een verzoek tot vernietiging van de opzegging in te dienen.

Concluderend is er in gevallen zoals in de onderhavige uitspraak een tweedeling zichtbaar in de rechtspraak.

Enerzijds oordelen sommige rechters pragmatisch op basis van de omstandigheden van het geval: zij kijken naar de strekking en bedoeling van de mededeling van de werkgever, de wijze waarop de werknemer deze mededeling heeft opgevat en de praktische uitwerking na de mededeling (heeft de werknemer geprotesteerd tegen de mededeling, wordt de bedongen arbeid al dan niet voortgezet, krijgt de werknemer nog loon uitbetaald, is er een eindafrekening opgemaakt en uitbetaald?). Dit leidt bijna altijd tot de conclusie dat de *aanzegging* achteraf bezien moet worden beschouwd als een opzegging. Anderzijds oordelen sommige rechters meer dogmatisch: zij kijken naar de letterlijke bewoordingen van de mededeling van de werkgever in het licht van de ratio en strekking van de wettelijke aanzegplicht ex art. 7:668 BW (versus de opzegging ex art. 7:667 lid 6 BW). Dit leidt juist bijna altijd tot de conclusie dat de *aanzegging* achteraf bezien *niet* moet worden beschouwd als een opzegging. Wij blijven bij het standpunt zoals wij dat innamen in onze eerdere bijdrage in dit tijdschrift, namelijk dat aan een mededeling van de werkgever die duidelijk bedoeld is als *aanzegging*, niet achteraf alsnog het karakter van een opzegging kan worden toegekend. In alle hiervoor behandelde gevallen uit de rechtspraak stond vast (of werd ervan uit gegaan) dat de werkgever ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Hieruit vloeit automatisch voort dat een mededeling van de werkgever gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst bedoeld zou zijn als *aanzegging* en niet als opzegging. Zoals het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de Kantonrechter Utrecht naar ons oordeel terecht aangaven, kan dan de onwenselijke situatie ontstaan dat de termijn voor de werknemer voor het indienen van een verzoek tot vernietiging van de opzegging (namelijk twee maanden na het ‘eindigen’ van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:681 lid 1 BW jo. art. 7:686a lid 4 sub a BW) al is verstreken op het moment dat de werkgever besluit dat zijn eerdere *aanzegging* moet worden beschouwd als een opzegging. Daarmee wordt aan de werknemer als gevolg van

1407

5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7767.

6 Rechtbank Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893.

7 Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1475.

een dwaling van de werkgever zijn rechtsbescherming ontnomen en dit is bovendien in strijd met de wettelijke ratio achter de aanzegplicht, namelijk het verschaffen van duidelijkheid aan de werknemer. Dat in ogenschouw nemende, kan aan de werknemer onmogelijk worden tegengeworpen dat hij bedacht zou moeten zijn op de mogelijkheid dat de aanzegging in feite een opzegging is vanwege het feit dat achteraf vast komt te staan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Gelet op de huidige stand van zaken in de rechtspraak lijkt de werknemer daar echter wel rekening mee te moeten houden en dat kan toch niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest bij de invoering van de aanzegplicht ex art. 7:668 BW.

R. de Vos
Stamoulis Advocaten

Personen- en familierecht

219

Hoge Raad
30 september 2016, nr. 15/05980
ECLI:NL:HR:2016:2234
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Snijders, mr. Polak)
(concl. A-G mr. Keus (niet opgenomen; Red.))
Noot R. Mulder

Behoeftigheid jongmeerderjarige. Onderhoudsplicht ouders.

De Hoge Raad bevestigt op grond van art. 1:392 lid 2 BW in verbinding met art. 1:395a BW dat de behoeftigheid van de jongmeerderjarige geen rol speelt bij het vaststellen van de onderhoudsplicht van de ouders.

[BW art. 1:392 lid 2 in verbinding met art. 1:395a]

Uit het in 1989 tussen de man en de vrouw gesloten huwelijk is in 1996 een zoon geboren. Het huwelijk is op 6 augustus 2010 ontbonden. Bij beschikking van 31 oktober 2014 heeft de rechtbank de door de man verschuldigde bijdrage aan de jongmeerderjarige met ingang van 1 september 2013 op nihil gesteld op de grond dat de jongmeerderjarige vanaf 1 september 2013 zijn hoofdverblijf bij de man had en heeft de rechtbank bepaald dat de vrouw ten behoeve van de jongmeerderjarige € 30,77 per maand dient te voldoen. Het hof heeft de door de vrouw ten behoeve van de jongmeerderjarige te betalen bijdrage voor de periode 1 september 2013 tot 1 december 2013 op € 30,77 bepaald en voor de periode vanaf 1 december 2013 tot 1 juli 2015 op bedragen van achtereenvolgens € 133,=, € 134,20 en € 135,27. Verder oordeelt het hof dat de jongmeerderjarige met ingang van 1 juli 2015 redelijkerwijs in zijn eigen onderhoud kan voorzien en stelt het hof de bijdrage op nihil. De Hoge Raad oordeelt dat de behoeftigheid van de jongmeerderjarige geen rol speelt bij het vaststellen van de onderhoudsplicht van de ouders. Ouders zijn onderhoudsplichtig jegens hun kinderen die jonger zijn dan 21 jaar, ook als die kinderen niet behoeftig zijn, doordat zij in hun eigen levensonderhoud kunnen voorzien, bijvoorbeeld door te werken.

1. [de man],
 2. [de jongmeerderjarige],
- beiden wonende te [woonplaats],
verzoekers tot cassatie,
advocaat: mr. S. Kousedghi,
tegen
[de vrouw],
wonende te [woonplaats],
verweerster in cassatie,
advocaten: mr. D. Rijpma en mr. M.S. van der Keur.

Verzoekers zullen hierna ook worden aangeduid als de man en de jongmeerderjarige en verweerster als de vrouw.