

LJN: AV1475, Gerechtshof Amsterdam , 21-006577-04 Print uitspraak

Datum uitspraak: 23-01-2006

Datum publicatie: 10-02-2006

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Door te werken met een wekelijks vast en deels intern verblijvend recreatieteam wordt er door verdachte bewust een hechte groepsband gecreëerd, waarbij de leden in eerste instantie onderling erop toezien dat alle werkzaamheden worden uitgevoerd. De wijze waarop de diverse activiteiten worden uitgevoerd, wordt echter bepaald door de recreatieleidster. Aannemelijk is dat de recreatieleidster, gelet op haar eindverantwoordelijkheid, te allen tijde aanwijzingen kan geven. Het is immers aan haar om te bepalen of de vrijwilliger in aanmerking komt voor de (week)vergoeding. Dat in de praktijk volgens niet of nauwelijks persoonlijke aanwijzingen worden gegeven, wil nog niet zeggen dat zij die bevoegdheid niet heeft. Gelet op het grote belang van het recreatiewerk voor de bedrijfsvoering van verdachte is niet aannemelijk dat verdachte geen enkele zeggenschap zou hebben over de uitvoering daarvan. De slotsom is dat er sprake is van een gezagsverhouding ex artikel 1:1, tweede lid aanhef en onder a van de Arbeidstijdenwet tussen de werkgever, zijnde verdachte, en de recreatiemedewerkers.

---

Uitspraak

Parketnummer: 21-006577-04

Uitspraak d.d.: 23 januari 2006

TEGENSPRAAK

Gerechtshof te Amsterdam

zitting houdende te

Arnhem

economische kamer

Arrest

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de economische politierechter in de rechtbank te Utrecht van 11 november 2004 in de strafzaak tegen

[Verdachte],  
gevestigd te [vestigingsplaats], [adres].

Het hoger beroep

De verdachte heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 9 januari 2006 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg. Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal (zie voor de inhoud van de vordering bijlage I), na voorlezing aan het hof overgelegd, en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is gebracht.

Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis, waarvan beroep, om proceseconomische redenen vernietigen en daarom opnieuw rechtdoen.

De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

(zie voor de inhoud van de dagvaarding bijlage II)

Indien in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

Het hof nummert de onder parketnummers 16/205328-03 en 16/205687-04 tenlastegelegde feiten respectievelijk als 1 en 2.

Bewezenverklaring

Door wettige bewijsmiddelen, waarbij de inhoud van elk bewijsmiddel -ook in onderdelen- slechts wordt gebezigd tot het bewijs van dat tenlastegelegde feit waarop het blijkt de inhoud kennelijk betrekking heeft, en waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging verkregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande, dat:

(zie voor de inhoud van de bewezenverklaring bijlage III)

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Nadere overweging met betrekking tot het begrip "gezagsverhouding"

Namens de verdachte is door de raadslieden in hoger beroep overeenkomstig een ter terechtzitting overgelegde pleitnotitie betoogd - kort gezegd - dat verdachte van het tenlastegelegde dient te worden vrijgesproken nu er tussen verdachte en de bij haar werkzame recreatiemedewerkers geen sprake is van een gezagsverhouding in de zin van de Arbeidstijdenwet.

Voor de beoordeling van het verweer is het volgende wettelijke kader, zoals dat luidde ten tijde van de bewezenverklaarde gedragingen, van belang:

Artikel 4:3 van de Arbeidstijdenwet:

"1. Een werkgever en een persoon als bedoeld in artikel 2:7, eerste lid, voert een deugdelijke registratie terzake van de arbeids- en rusttijden welke het toezicht op de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk maakt.  
(...)"

Artikel 1:1 van de Arbeidstijdenwet:

"1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. werkgever:

1°. degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten;

2°. degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder 1°;

b. werknemer: de ander bedoeld onder a.

2. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt mede verstaan onder:

a. werkgever: degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten;

b. werknemer: de ander bedoeld onder a.

(...)"

In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel Bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden (Arbeidstijdenwet) wordt het begrip "gezagsverhouding" in artikel 1:1 van de Arbeidstijdenwet als volgt toegelicht (TK 1993-1994, 23 646, nr. 3, p. 68):

"Ten aanzien van de gezagsverhouding, het onder gezag arbeid verrichten, kan opgemerkt worden, dat daarvoor niet zonder meer duidelijke criteria te geven zijn. Wel moet gewezen worden op het feit, dat een werknemer verplicht is in het kader van de arbeidsovereenkomst (zie artikel 7A:1639b van het BW) zich te houden aan onder meer de voorschriften omtrent het verrichten van arbeid die hem door of vanwege de werkgever binnen de regelen van de wet of verordening, van overeenkomst of reglement gegeven zijn. Hieruit kan worden afgeleid, dat een gezagsverhouding aanwezig geacht kan worden, wanneer de werkgever het recht heeft toezicht uit te oefenen, leiding te geven en door aanwijzingen of instructies een

nadere taakomschrijving te geven en de werknemer verplicht is één en ander te aanvaarden, ongeacht of dat recht ook geëffectueerd wordt dan wel die plicht wordt nagekomen. Deze omschrijving heeft tot gevolg, dat het een breed scala van gezagsrelaties omvat, namelijk zowel de gezagsrelatie in een strikt hiërarchische organisatie, als die in een arbeidsrelatie waarin in de praktijk vrijwel nooit instructies of aanwijzingen worden gegeven."

Verdachte is exploitant van een aantal recreatieparken in Nederland, waaronder [Verdachte]. Gasten die het centrum bezoeken, worden door verdachte in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van diverse recreatiemogelijkheden. Het recreatieprogramma wordt verzorgd door medewerkers die zich als vrijwilliger of stagiair hebben aangemeld. Voor het bepalen of al dan niet sprake is van een gezagsverhouding tussen verdachte en deze vrijwilligers/stagiairs zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang:

[Betrokkene 1] verklaarde op 29 juli 2002 tegenover verbalisanten van de Arbeidsinspectie als volgt, zakelijk weergegeven (bijlage 3 van het hoofdproces-verbaal):

"Ik werk in de vakantie bij [Verdachte], dit jaar nu twee weken. Ik ben op 19 juli 2002 begonnen. De werkzaamheden bestaan uit het organiseren van activiteiten ten behoeve van de recreatie van de campinggasten. Er wordt gewerkt via de informatie/recreatiekrant. Op vrijdag wordt met mevrouw [Betrokkene 2], de recreatieleidster, besproken wie de aankomende week welke activiteiten uitvoert. Dat gaat in onderling overleg. Als er voor een bepaalde activiteit zich niemand aanbiedt, dan wordt gekeken wie er op dat moment nog geen activiteiten heeft en die wordt dan aangewezen.

In de recreatiekrant wordt aangegeven wie bij welke activiteit ingezet wordt. Je rooster gaat in vrijdags, eind van de middag. In het hoogseizoen, dit jaar van 19 juli tot en met 9 augustus 2002, dan werk ik 's morgens en 's middags en 's avonds met daartussen een pauze, vijf kwartier vrij in de middag en vijf kwartier in de avond. Wij krijgen per week een vast bedrag uitbetaald."

In aanvulling daarop verklaarde [Betrokkene 1] op 30 augustus 2003 tegenover de Arbeidsinspectie, zakelijk weergegeven (bijlage 1 bij aanvullend proces-verbaal 400100255/DOC02):

"Het recreatieteam bestaat uit vrijwilligers en staat onder leiding van de recreatieleidster. Verleden jaar was dat mevrouw [Betrokkene 2]. De vrijwilligers sluiten bij aanvang met [Verdachte] een overeenkomst waarin wordt overeengekomen de periode die door de vrijwilliger zal worden gewerkt en de vergoeding die [Verdachte] per week zal betalen hiervoor.

Het recreatieprogramma wordt één week van tevoren door de recreatieleidster opgesteld en wordt in de recreatiekrant vermeld.

De recreatieleidster zorgt ervoor dat alle activiteiten die genoemd staan in de recreatiekrant door de leden van het recreatieteam worden uitgevoerd. Elke vrijdagmiddag wisselt het recreatieteam en dan wordt tevens vastgesteld/besproken door wie de week erop volgend de verschillende recreatieactiviteiten worden uitgevoerd. Wij leggen verantwoording af aan de recreatieleidster, mevrouw [Betrokkene 2], dat wil zeggen: tijdens het werk is de leidster er niet altijd en zijn wij zelf verantwoordelijk, maar zij is eindverantwoordelijk. Je kunt wel zeggen dat er sprake is van een gezagsverhouding met de recreatieleidster, want zij stuurt ons aan en geeft aan wat er gedaan moet worden."

[Betrokkene 3] is op 31 augustus 2003 door de Arbeidsinspectie gehoord en verklaarde, zakelijk weergegeven (bijlage 2 bij aanvullend proces-verbaal 400100255/DOC02):

"In de zomer van 2002 heb ik van mei tot en met eind juli in het recreatieteam bij [Verdachte] gewerkt als stagiaire/vrijwilliger. Ik heb ook een overeenkomst gesloten om werkzaamheden te verrichten en krijg daarvoor een vergoeding van [Verdachte].

Het recreatieteam bestaat (uit) vrijwilligers en staat onder leiding van een recreatieleider. Vorig jaar was dat [Betrokkene 2]. De recreatieleidster is verantwoordelijk en stuurt ons aan. Je kunt wel zeggen dat er sprake is van een gezagsverhouding, want de recreatieleidster stelt het programma op en geeft aan hoe de activiteiten uitgevoerd moeten worden. Je wordt de hele week ingepland en kan dus niet zeggen dat je niet wilt werken. We hebben één vaste vrije dag per week. In het hoogseizoen, juli en augustus, heb ik meestal dagen van twaalf uur gewerkt."

Ter terechtzitting in eerste aanleg op 28 oktober 2004 hebben voornoemde getuigen [Betrokkene 1] en [Betrokkene 3] hun eerder afgelegde verklaringen bevestigd. Voorts is ter zitting de getuige

[Betrokkene 2] gehoord. Zij verklaarde tegenover de economische politierechter, zakelijk weergegeven:

"Ik ben sinds 2002 als recreatieleidster in dienst bij [Verdachte], locatie [Verdachte]. Ik ben in februari begonnen. Op uw vraag wat mijn werkzaamheden voor [Verdachte] inhouden, antwoord ik: ik geef leiding, ik stuur een groep vrijwilligers aan tijdens het doen van recreatieactiviteiten voor kinderen en volwassenen. Ik schrijf het programma en ben daar verantwoordelijk voor, evenals voor de financiën. Het programma loopt van vrijdag tot vrijdag. Vrijdag is wisseldag. 's Avonds is het nieuwe team compleet en dan wordt een globale indeling gemaakt. Iedere ochtend bij het ontbijt vindt nog een dubbelcheck plaats. Over het algemeen verandert de indeling dan niet; soms is er een wisseling omdat iemand niet kan. Het uitgangspunt is dat alle activiteiten door alle vrijwilligers worden gedraaid. Bij aanmelding en training wordt uitgebreid ingegaan op wat er van de vrijwilligers wordt verwacht. De eerste training op [Verdachte] is vooral om elkaar en [Verdachte] te leren kennen, de tweede training is inhoudelijk. Ik voer zelf de sollicitatiegesprekken, alleen. Ik vertel dat verwacht wordt dat ze drie weken komen werken, dat ze activiteiten draaien voor kinderen en volwassenen en dat in principe alles kan totdat blijkt dat het niet gaat. Ik vertel exact wat ze verdienen: € 125,- per week, ervaren mensen: € 160,- per week; daarnaast ontvangen ze een reiskostenvergoeding. Voor iedereen zijn gratis slaapplekken. Er wordt een pot gemaakt voor de maaltijden. Al het eten wordt daaruit betaald. Iedere week is er op vrijdag een evaluatie van hoe de dingen gelopen zijn. Ik heb niet meegemaakt dat ik zelf iemand moest aanpakken. Ik ga uit van de mensen met wie ik een afspraak heb gemaakt; die zijn zes dagen per week bezig. Ze zijn op maandag en dinsdag vrij. Dat moet op de vrijdag tevoren worden aangegeven.

Ik moet verantwoording afleggen aan de centrumdirecteur. In topweken heb ik negen mensen lopen. Per dag zijn er dan soms zes tot zeven activiteiten, maar meestal twee tot drie, soms vier. In de ochtend, middag, avond telkens een. Er zijn minimaal twee vrijwilligers per activiteit. Er wordt met vrijwilligers een vrijwilligerscontract afgesloten. Het contract dat u mij toont (bijlage 9 van het proces-verbaal) herken ik als exact hetgeen dat ik gebruik, alleen staat er dan vermeld '[Verdachte]'."

Het als bijlage 9 bij het hoofdproces-verbaal gevoegde vrijwilligerscontract houdt onder meer in, zakelijk weergegeven:

"Ondergetekenden, [bedrijf], verder te noemen de werkgever, en [persoonsgegevens wederpartij], verder te noemen vrijwilliger/stagiair, in aanmerking nemend dat [Verdachte] bereid is vrijwilligerswerkzaamheden door de vrijwilliger/stagiair te laten verrichten en dat de vrijwilliger/stagiair bereid is vrijwilligerswerkzaamheden voor [Verdachte] te verrichten, komen overeen als volgt:

Artikel 1: van [begindatum] tot [einddatum] zal de vrijwilliger/stagiair voor [Verdachte] vrijwilligerswerkzaamheden verrichten in de afdeling recreatie en vermaak.

Artikel 2: [Verdachte] betaalt de onkostenvergoeding van [geld] per week. Deze onkostenvergoeding wordt per periode van twee weken overgemaakt naar [bank- gironummer t.n.v. ...].

Aldus opgemaakt en ondertekend te ... [plaats en datum ondertekening].

Handtekening [Verdachte]                      Handtekening vrijwilliger/stagiair."

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft [Betrokkene 4], bestuurder van verdachte, op 9 januari 2006 onder meer verklaard, zakelijk weergegeven:

"Een week van tevoren stelt de recreatieleider of -leidster een recreatieprogramma op. Deze is in dienstbetrekking bij ons. Hij of zij vult bij elke activiteit namen in. In een wekelijks uit te brengen informatiekraantje staan de geplande activiteiten genoemd. De recreatieleiding kijkt of een medewerker doet wat hij of zij heeft gepland. Het recreatieteam bestaat uit ongeveer vijftien mensen. Dagelijks zijn er voor de activiteiten ongeveer acht tot negen mensen nodig. Er is dus overcapaciteit. Als iemand uitvalt, kan een andere medewerker de activiteit overnemen. Er vinden evaluatiegesprekken plaats. Als iets niet goed gaat, wordt dat direct bespreekbaar gemaakt. De dagvergoeding wordt alleen uitgekeerd aan mensen die een activiteit verrichten."

Uit voornoemde verklaringen, het vrijwilligerscontract en de overige bewijsmiddelen, in onderling verband en samenhang beschouwd, volgt dat:

- voor de coördinatie van de recreatieactiviteiten een recreatieleidster (eind)verantwoordelijk is, die in dienst is van verdachte;
- voor het begin van het seizoen gesprekken plaatsvinden tussen degenen die zich hebben aangeboden als medewerker van het recreatieteam en de recreatieleidster op basis waarvan de recreatieleidster - na sollicitatiegesprekken te hebben gevoerd - een selectie verricht;
- de geselecteerde vrijwilligers een vrijwilligerscontract met verdachte dienen te tekenen, zoals hierboven weergegeven;
- voorafgaand aan het seizoen introductieweken worden georganiseerd voor de aangenomen vrijwilligers met het doel om kennis met elkaar en [Verdachte] te maken en waarbij inhoudelijke instructies worden gegeven;

- het recreatieteam wekelijks van samenstelling wisselt en de recreatieleidster iedere vrijdag het door haar opgestelde programma voor de komende week doorneemt met de medewerkers van het nieuwe team, waarbij de activiteiten in overleg worden verdeeld over de medewerkers;
- iedere ochtend het programma van de dag wordt doorgenomen en er nog wisselingen in de bezetting plaats kunnen vinden en het een medewerker die de activiteit waarvoor deze is ingeroosterd niet kan of wil doen, vrijstaat om te ruilen met een andere medewerker van het team;
- indien zich voor een bepaalde activiteit niemand aanbiedt, gekeken wordt wie er op dat moment nog geen activiteit heeft te doen, waarna deze wordt aangewezen;
- aan het einde van de week de activiteiten van de afgelopen week door de recreatieleidster met de medewerkers van het recreatieteam worden geëvalueerd;
- er in het team een goede verstandhouding en een grote solidariteit met elkaar heerst en er door het bewust creëren van een overbezetting in de praktijk geen problemen zijn met de bezetting van de activiteiten;
- het volgens recreatieleidster [Betrokkene 2] bijna nooit voorkomt dat zij een medewerker moet aanspreken op zijn/haar gedrag of inzet;
- de vrijwilligers alleen een vergoeding ontvangen voor de dagen dat zij werken.

Belangstellenden die zich door het ondertekenen van een vrijwilligerscontract hebben verbonden om gedurende een bepaalde periode bepaalde werkzaamheden voor verdachte te verrichten tegen een van tevoren vastgestelde vergoeding, voeren activiteiten uit die in beginsel worden bepaald door de recreatieleidster. De recreatieleidster, die in dienstbetrekking tot verdachte staat, stelt het recreatieprogramma samen. Weliswaar heeft de medewerker een zekere vrijheid om binnen dat programma voor een bepaalde activiteit te kiezen, maar het uitgangspunt blijft dat alle activiteiten door de medewerkers van het recreatieteam moeten worden begeleid. Het is niet aannemelijk dat de medewerker zich kan laten vervangen door een volstrekt willekeurige ander.

Door te werken met een wekelijks vast en deels intern verblijvend recreatieteam wordt er door verdachte bewust een hechte groepsband gecreëerd, waarbij de leden in eerste instantie onderling erop toezien dat alle werkzaamheden worden uitgevoerd. De wijze waarop de diverse activiteiten worden uitgevoerd, wordt echter bepaald door de recreatieleidster. Aannemelijk is dat de recreatieleidster, gelet op haar eindverantwoordelijkheid, te allen tijde aanwijzingen kan geven. Het is immers aan haar om te bepalen of de vrijwilliger in aanmerking komt voor de (week)vergoeding. Dat in de praktijk volgens getuige [Betrokkene 2] niet of nauwelijks persoonlijke aanwijzingen worden gegeven, wil nog niet zeggen dat zij die bevoegdheid niet heeft. Gelet op het grote belang van het recreatiewerk voor de bedrijfsvoering van verdachte is niet aannemelijk dat verdachte geen enkele zeggenschap zou hebben over de uitvoering daarvan.

De slotsom is dat er sprake is van een gezagsverhouding ex artikel 1:1, tweede lid aanhef en onder a van de Arbeidstijdenwet tussen de werkgever, zijnde verdachte, en de recreatiemedewerkers. Het verweer moet derhalve worden verworpen.

Gelet op artikel 1:1 van de Arbeidstijdenwet, behoeft het verweer dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen verdachte en de vrijwilliger/stagiair geen nadere bespreking.

Nadere overweging met betrekking tot de registratie van arbeids- en rusttijden van werknemers

De verdediging heeft ter terechtzitting in hoger beroep in aanvulling op de door haar overgelegde pleitnotitie subsidiair betoogd dat de arbeids- en rusttijden door verdachte wel deugdelijk zijn geregistreerd, zodat de verdachte van het tenlastegelegde dient te worden vrijgesproken.

Hieromtrent wordt het volgende overwogen. Namens verdachte heeft bestuurder [Betrokkene 4] ter terechtzitting in hoger beroep op 9 januari 2006 desgevraagd verklaard dat ter zake van de in de tenlastelegging genoemde personen geen registratie is bijgehouden van de arbeids- en rusttijden, zodat het verweer bij gebrek aan feitelijke grondslag faalt.

Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezene levert op

ten aanzien van het onder 1 en 2 bewezenverklaarde:

telkens:

Overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 4:3, eerste lid van de Arbeidstijdenwet, begaan door een rechtspersoon.

Strafbaarheid van de verdachte

Verdachte is strafbaar, nu geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

Oplegging van straf en/of maatregel

Het hof acht na te melden strafoplegging in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op het maatschappelijk functioneren van verdachte en haar draagkracht, zoals van een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

Nadat verdachte er in 2001 en 2002 door de Arbeidsinspectie op was gewezen dat ten aanzien van de recreatiemedewerkers een deugdelijke registratie diende te worden bijgehouden, bleek verdachte in 2003 nog steeds geen registratie bij te houden. Onder deze omstandigheden zal voor de overtreding in 2003 een hogere geldboete worden opgelegd dan voor de overtreding in 2002.

Toepasselijke wettelijke voorschriften



Het hof heeft gelet op de artikelen 23, 24 en 62 van het Wetboek van Strafrecht, de artikelen 1(oud), 2 (oud) en 6 (oud) van de Wet op de economische delicten en artikel 4:3 van de Arbeidstijdenwet.

## BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis, waarvan beroep, en doet opnieuw recht:

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen, dat verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard en spreekt verdachte daarvan vrij.

Verklaart het bewezenverklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart verdachte strafbaar.

ten aanzien van het onder 1 bewezenverklaarde:

Veroordeelt verdachte tot een geldboete van € 2.250,-- (tweeduizend tweehonderdvijftig euro).

ten aanzien van het onder 2 bewezenverklaarde:

Veroordeelt verdachte tot een geldboete van € 4.500,-- (vierduizend vijfhonderd euro).

Aldus gewezen door

mr R.C. van Houten, voorzitter,

mr H.W. Koksma en mr L.E.M. Hendriks, raadsheren,

in tegenwoordigheid van mr R.G.A. Beaujean, griffier,

en op 23 januari 2006 ter openbare terechtzitting uitgesproken.

mr L.E.M. Hendriks is buiten staat dit arrest mede te ondertekenen.

- 9 - 21-006577-04