

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/105970>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-22 and may be subject to change.

Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede

HR 5 april 2002, JAR 2002, 100 (ABN AMRO/Malhi)

Arbeidsovereenkomst; criterium ter bepaling of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen; de rol van de rechtszekerheid bij deze bepaling; Haviltex-criterium

1 Feiten

Malhi is op 31 januari 1990 in dienst getreden van De Gast Schoonmaakbedrijven. De Gast heeft hem met ingang van dezelfde datum tewerkgesteld bij ABN AMRO (hierna: de bank) als schoonmaker. Vanaf medio 1990 is de functie van Malhi op verzoek van de bank meermalen gewijzigd. Eerst is hij chauffeur met als taak het uitleveren van pc's, later wordt hij onder meer belast met het installeren van computers op diverse kantoren van de bank in Nederland. Deze wijzigingen zijn niet schriftelijk vastgelegd. Op voorstel van de bank is hem in november 1993 een loonsverhoging toegekend overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf, zodat hij op gelijk niveau werd betaald als werknemers van de bank die dezelfde werkzaamheden verrichtten (overigens waren de secundaire arbeidsvoorwaarden uit de CAO voor het bankbedrijf niet op Malhi van toepassing). Dit salaris was hoger dan dat in de hoogste schaal in de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf. Malhi heeft vanaf 31 januari 1990 wekelijks zijn werkbriefjes ingeleverd bij De Gast die ook zijn loon betaalde, waarvoor zij bij de bank declaraties – met winstopslag – indiende. De salarisverhoging van Malhi werd door een verhoogde declaratie van De Gast in rekening gebracht bij de bank en dus eveneens feitelijk door de bank betaald. Bij afwezigheid door ziekte of vakantie werd Malhi niet vervangen door een (andere) werknemer van De Gast. In november 1994 heeft de bank aan De Gast medegedeeld dat de werkzaamheden van Malhi per 1 juli 1995 kwamen te vervallen. In december 1994 is hetzelfde aan Malhi medegedeeld. Door een interne reorganisatie had de bank voldoende eigen werknemers beschikbaar die de laatste door hem binnen de bank uitgeoefende functie konden vervullen. Malhi heeft zijn werkzaamheden bij de bank op 1 juli 1995 moeten staken. Vanaf dat tijdstip heeft hij in dienst van De Gast schoonmaakwerkzaamheden verricht. Malhi stelt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen hem en de bank is ontstaan. Hij heeft de

bank verzocht hem in zijn laatste functie te handhaven totdat de kantonrechter heeft geoordeeld over de vraag of er een arbeidsovereenkomst is totstandgekomen. De bank heeft de stelling van Malhi betwist en stelde dat er vanaf 1 juli 1995 geen werk meer was voor hem.

2 Oordelen rechtbank en Hoge Raad; conclusie A-G

De rechtbank is van oordeel dat er een arbeidsovereenkomst is ontstaan tussen Malhi en de bank.¹ De aanvankelijk overeengekomen voorwaarden waaronder hij bij de bank is komen te werken, zijn – aldus de rechtbank – niet beslissend voor de beantwoording van de vraag of naar burgerlijk recht een arbeidsovereenkomst is totstandgekomen. Dit moet geschieden aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waarbij mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen in de praktijk uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsrelatie en daaraan inhoud hebben gegeven (r.o. 9). Als de arbeidsverhouding tussen partijen voldoet aan de eisen voor een arbeidsovereenkomst, moet zij als zodanig worden beschouwd. Voorts toetst de rechtbank of er sprake is van een gezagsverhouding en van loonbetaling in de zin van artikel 7:610 BW. Beide vragen beantwoordt zij bevestigend. Met name acht zij van belang dat Malhi geheel andersoortig werk is gaan verrichten dan het schoonmaakwerk dat de bank normaal van De Gast ‘inleende’. De aard van deze nieuwe werkzaamheden bracht mee dat De Gast niet in staat werd geacht daaraan leiding te geven, maar dat de bank hiervoor instructies en aanwijzingen kon geven en ook gaf aan Malhi (r.o. 13). De gezagsverhouding die zo geleidelijk tussen de bank en Malhi was ontstaan, heeft die tussen De Gast en Malhi naar de achtergrond gedrongen, zodat deze inhoudsloos is geworden (r.o. 16). Van loonbetaling door de bank aan Malhi is naar de mening van de rechtbank eveneens sprake, omdat hij evenals zijn directe collega's bij de bank overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf werd betaald, waarbij De Gast niet meer dan een administratieve functie vervulde (r.o. 22). De rechtbank is derhalve van oordeel dat vanaf 1 juni 1993, het moment van de loonsverhoging op grond van de CAO voor het bankbedrijf, een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi is totstandgekomen.

A-G Huydecoper onderschrijft het oordeel waartoe de rechtbank is gekomen en de juistheid van het criterium dat zij heeft aangelegd (nr. 4 en 5, concl. A-G). Hij (her?) formuleert dit door de rechtbank gehanteerde criterium als volgt: ‘Bij de beoordeling of partijen zich jegens elkaar gebonden hebben gaat het (...) om wat de partijen jegens elkaar hebben verklaard en/of door gedragingen tot uitdrukking hebben gebracht en om wat zij over

1 Evenals de kantonrechter.

en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs daaruit mochten afleiden, alles: beoordeeld in de context van de verdere omstandigheden van het geval.' Volgens A-G Huydecoper ecarteert de rechtbank de onduidelijkheid omtrent de bedoelingen van partijen door vast te stellen wat hun (geobjectiveerde) bedoelingen waren aan de hand van de wijze waarop zij in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering en inhoud hebben gegeven. De gegevens die de rechtbank heeft aangevoerd, zijn naar zijn mening ruimschoots voldoende om de gevolgtrekking te dragen dat Malhi daaruit (redelijkerwijs) de bedoeling mocht destilleren dat de bank hem accepteerde als een eigen medewerker in een in haar organisatie geïntegreerde functie (nr. 8, concl. A-G).

De Hoge Raad volgt de beslissing van de rechtbank en de conclusie van de A-G niet. Hij overweegt dat het criterium dat zij hanteren, betrekking heeft op de beantwoording van de vraag hoe een overeenkomst – uitgaande van het feit dat *vaststaat* dat een overeenkomst is ontstaan – moet worden gekwalificeerd (ontleend aan HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen-/Schroevers)). Beslissend in het onderhavige geval is volgens de Hoge Raad of de bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden. Het staat immers niet vast dat er al een overeenkomst is ontstaan tussen de bank en Malhi (zie HR 27 november 1992, NJ 1993, 273). Uitgangspunt is dat Malhi met zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met De Gast en de inleenovereenkomst tussen De Gast en de bank. De rechtszekerheid verzet zich, aldus de Hoge Raad, tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. De omstandigheden die de rechtbank vermeldt, zijn evenzeer verenigbaar met het voortduren van de bestaande inleenverhouding.

Het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar verbonden hebben, is naar het oordeel van de Hoge Raad afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. Het is niet noodzakelijk dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden. Op grond van bovenstaande overwegingen vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van de rechtbank en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Amsterdam.

3 Annotatie

3.1 Het geschil dat Malhi en de bank verdeeld houdt, springt onmiddellijk in het oog: is er gelet op de feiten en omstandigheden van het concrete geval ergens in de periode, lopende van medio 1990 tot medio 1995, tussen

hen een arbeidsovereenkomst ontstaan? Het antwoord van de Hoge Raad luidt ontkennend, terwijl dat van de kantonrechter, de rechtbank en de A-G bevestigend is. Een dergelijke discrepantie in de beoordeling van een geschil tussen lagere rechters en A-G of P-G aan de ene kant en de Hoge Raad aan de andere kant doet zich wel vaker voor, maar blijft toch altijd enigszins opmerkelijk. Naar het oordeel van de Hoge Raad hebben de lagere rechters het verkeerde criterium toegepast en zich dus eigenlijk de verkeerde vraag gesteld. Bij A-G Huydecoper lijkt overigens eerder sprake te zijn van een – gelet op de overwegingen van de Hoge Raad – juiste herformulering (namelijk in de bewoordingen van het Haviltex-criterium) van het onjuiste criterium van de rechtbank (ontleend aan het arrest Groen/Schroevers),² met dien verstande dat hij dit criterium van de rechtbank ten onrechte als juist bestempelde.

Het redeneerpatroon van de Hoge Raad is voor alle duidelijkheid als volgt. Hij overweegt dat de lagere rechters bij de beoordeling van het geschil ten onrechte uitgaan van het feit dat er al een overeenkomst bestond krachtens welke Malhi werkzaamheden verrichtte voor de bank tegen een bepaalde vergoeding. Door dit verkeerde uitgangspunt bogen de lagere rechters zich dus over de – in de ogen van de Hoge Raad niet aan de orde zijnde – vraag of de eventuele verhouding tussen de bank en Malhi als een *arbeidsovereenkomst* diende te worden beschouwd. Die vraag moet op zich inderdaad worden beoordeeld aan de hand van wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst hebben bedoeld, daarbij in aanmerking nemend de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven. Deze bewoordingen zijn ontleend aan het arrest Groen/Schroevers, zo blijkt uit een behulpzame verwijzing van de Hoge Raad in r.o. 3.4.³ De vraag naar de kwalificatie van de arbeidsverhouding is – zoals gezegd – naar de opvatting van het college niet de kwestie die partijen verdeeld houdt. Welke is dat wel?

In casu staat het naar het oordeel van de Hoge Raad niet vast dat er een overeenkomst is ontstaan tussen de bank en Malhi. Eerst dient daarom te worden beoordeeld of partijen een overeenkomst hebben gesloten, of – met andere woorden – de partijen zich wel jegens elkaar hebben verbonden (zie art. 6:213 jo. art. 217 BW).⁴ Opnieuw is de Hoge Raad de buitenstaander behulp-

2 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149. Zie over dit arrest: C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad*, NJB 1998, p. 817 e.v.

3 Het criterium uit het arrest Groen/Schroevers heeft in de lagere rechtspraak navolging gekregen. Zie C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Het begrip ‘werknemer’ in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief, *ArA* 2001/1, p. 5-10 (m.n. noot 8).

4 De vaststelling van de Hoge Raad dat van contractuele verbondenheid of enige vorm van arbeidsrelatie tussen de bank en Malhi geen sprake is, roept vragen op, bijvoorbeeld in verband met de grondslag van een eventuele vordering op grond van art. 7:658 lid 4 BW, indien Malhi een arbeidsongeval was overkomen bij het repareren van de computers in het gebouw van de bank.

zaam: hij verwijst voor deze gedachte naar een eigen uitspraak uit 1992 (Volvo/Braam). In deze zaak had uitzendbureau Start Braam tewerkgesteld bij Volvo. Dit geschiedde in het kader van een experiment waarbij vrouwen in de lakstraat van Volvo werden ingeschakeld. Voor de periode van 6 oktober 1986 tot 6 oktober 1987 is er tussen Braam en Volvo een arbeidsovereenkomst gesloten. De werkzaamheden van Braam na 6 oktober 1986 waren identiek met het werk dat zij vóór diezelfde datum had verricht. Braam stelde dat de voor de duur van één jaar gesloten arbeidsovereenkomst de voortzetting was van de arbeidsovereenkomst die vóór 6 oktober 1986 was ontstaan. De Hoge Raad oordeelde overeenkomstig de conclusie van A-G Koopmans dat Volvo en Braam ten tijde van de uitzending door Start zich jegens elkaar niet hadden verbonden en er dus geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.⁵

3.2 De vraag rijst hoe kantonrechter en rechtbank er in hun uitspraken zo naast hebben kunnen zitten (en A-G Huydecoper eveneens door het criterium van deze lagere rechters als juist te bestempelen). Dit komt, omdat de rechtspraak van de Hoge Raad minder eenduidig is dan het college zelf lijkt te suggereren, de criteria ter beoordeling van de onderscheiden vragen niet zo scherp te scheiden zijn als de Hoge Raad doet voorkomen en zij elkaar deels overlappen. Reeds vóór het arrest Groen/Schroevers had de Hoge Raad in andere arresten aangegeven dat niet de aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden doorslaggevend zijn voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van het totstandkomen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar de feitelijke uitvoering van de overeenkomst en de wijze waarop inhoud is gegeven aan die overeenkomst in de praktijk. Het misschien wel bekendste arrest uit deze reeks is Agfa/Schoolderman uit 1994.⁶ Schoolderman had sinds medio 1985 vrijwel ononderbroken voor Agfa gewerkt, voor langere perioden op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en voor kortere perioden via een uitzendbureau. Volgens de Hoge Raad was de oorspronkelijke verhouding tussen Agfa en Schoolderman verloren gegaan en was er tussen hen een arbeidsverhouding ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidde van arbeidsovereenkomsten van Agfa met vergelijkbaar vast personeel. De arbeidsverhouding tussen Schoolderman en Agfa moest naar de opvatting van de Hoge Raad op één lijn worden gesteld met de arbeidsverhoudingen tussen Agfa en het personeel in vaste dienst. De casus in Agfa/Schoolderman verschilde in zoverre met die in het onderhavige geval

5 HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 (PAS).

6 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (PAS), JAR 1994, 94. Zie eveneens HR 16 september 1994, JAR 1994, 214 (Woudsend/Nationale Nederlanden). Zie over dit laatste arrest J.M. Fleuren-van Walssem & T. van Peijpe, *Gezagsverhouding: de stand van zaken*, SMA 1995, nr. 7/8, p. 412 e.v.

dat bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd uiteraard sprake was van *verbondenheid* tussen partijen. In Agfa/Schoolderman waren er evenwel ook periodes (de uitzendperiodes) waarin een dergelijke verbondenheid niet aanwezig was. De Hoge Raad leek evenwel hieraan niet zwaar te tillen en oordeelde dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het resultaat uit het arrest Agfa/Schoolderman lijkt dus op gespannen voet te staan met dat uit het arrest ABN AMRO/Malhi.

Voortbouwend op de opmerkingen van A-G Koopmans in zijn conclusie voor het arrest Agfa/Schoolderman (zie nr. 7-8) is het mogelijk – zoals A-G Huydecoper in nr. 12 van zijn conclusie doet – in het onderhavige geval een contractuele binding tussen de bank en Malhi aan te nemen op grond van het feit dat de onduidelijkheid van de bedoelingen van partijen wordt toegerekend aan de bank. De rechtvaardiging van die toerekening zou schuilen in de zwakke sociaal-economische positie van de werknemer. De Hoge Raad stelt op zich terecht dat de omstandigheden die de rechtbank vermeldt, ‘immers evenzeer verenigbaar [zijn] met het voortduren van de bestaande inleenverhouding’ (r.o. 3.4). Uit het woord ‘evenzeer’ mag worden afgeleid dat de door de (kantonrechter en) rechtbank aangehangen opvatting in het licht van de gegevens en omstandigheden van het geval eveneens verdedigbaar is. Zou bij een dergelijke twijfel het criterium dat spreekt in het voordeel van de werknemer niet de beste papieren moeten hebben?

De Hoge Raad maakt in ABN AMRO/Malhi een onderscheid tussen de vraag naar het ontstaan van een bepaalde arbeidsverhouding en de vraag naar de kwalificatie van die arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst, hoewel deze vragen en de criteria ter beoordeling daarvan in de praktijk soms nauwelijks onderscheiden (kunnen) worden en in oudere rechtspraak (en literatuur) vaak ook niet werden onderscheiden. Hij deed zo de zaak af op het scherp van de snede.

3.3 Volgens de Hoge Raad verzet rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande inleenverhouding in een arbeidsovereenkomst. Vranken heeft opgemerkt dat overwegingen van rechtszekerheid, doelmatigheid, hanteerbaarheid en praktikabiliteit in het burgerlijk recht vaak even belangrijk, zo niet belangrijker zijn dan rechtvaardigheidspostulaten.⁷ Het is in het licht van deze constatering van Vranken niet verbazingwekkend dat de Hoge Raad het totstandkomen van een arbeidsovereenkomst aan een duidelijk afgebakend tijdstip wenst te binden. Voor partijen vloeien immers ingrijpende rechtsgevolgen voort uit het ontstaan van deze overeenkomst. Een

7 J.B.M. Vranken, Algemeen deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 103.

andersluidende uitspraak van de Hoge Raad zou bovendien gevolgen hebben gehad voor de detacheringspraktijk. In deze praktijk is het belang van scherpe grenzen groot.

De waarde van rechtszekerheid in de betekenis van het beteugelen van de uitlegvrijheid van partijen en geschilbeslechers en het verhogen van de voorspelbaarheid van hetgeen voortvloeit uit het recht, door het hanteren van scherpe formuleringen en 'harde' overgangen en het vermijden van vage normen en dergelijke wordt op sommige rechtsgebieden (zoals personen- en familierecht en goederenrecht) hoger aangeslagen dan op andere (zoals verbintenissenrecht). Ook op het terrein van het arbeidsrecht, dat veel dwingend recht kent en vaak een nauwkeurige en politiek-gevoelige afweging van het werknemers- en het werkgeversbelang door de wetgever laat zien, is rechtszekerheid een groot goed. Deze waarde dient bovendien meestal het belang van de economisch zwakke partij, de werknemer. Het is voorstelbaar evenwel dat met een beroep op de rechtvaardigheid of de billijkheid soms een afwijking van de wettelijke regeling wordt bepleit, omdat achterliggende beginselen als de bescherming van de economisch zwakke partij of ongelijkheidscompensatie een dergelijke uitzondering rechtvaardigen.

De komst van het huidige BW en zijn talloze vage normen heeft sommige auteurs ertoe gebracht te hameren op het feit dat de waarde van zekere, scherpe en eenduidige regels, voorspelbaarheid van recht en van systematiek op het gebied van het privaatrecht niet uit het oog mag worden verloren.⁸ Deze auteurs staan in een lange traditie. Veelvuldig is in de twintigste eeuw verdedigd dat zeker recht beter is dan goed recht. Het gebruik van vage normen (zoals billijkheid, redelijkheid, goede trouw et cetera) werd gezien als een uiting van gemakzucht en onvermogen van een wetgever die zijn zorgen aan de rechter heeft overgedragen.⁹ Konijn heeft mede met het oog op de vele vage normen op het gebied van het arbeidsrecht in haar proefschrift betoogd dat het gebruik van open normen op zichzelf geen aantasting van de rechtszekerheid behoeft op te leveren, mits de rechter zijn beslissingen zodanig motiveert dat daaruit een meer algemene norm is af te leiden en dat voor partijen duidelijk is

8 Zie bijvoorbeeld W.M. Kleijn, *Enige overpeinzingen over het wel en wee van een 150-jarige, Kwartaalbericht NBW 1988/3*, p. 95; J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvinding* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992; L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

9 Zie bijvoorbeeld Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947, *passim* (p. 22); R.D. Kolléwijn, *Zekerheid van recht*, Groningen-Batavia: J.B. Wolters 1936, p. 20 e.v.; C.O. Segers, [Bespr. van:] C.W. Star Busmann, *Doelmatigheid in rechtswetenschap en rechtspleging*, *Themis* 1918, p. 123 e.v.; D. Simons, *Vooruitgang of reactie?*, *Weekblad van het Recht* 1914/9557, p. 1.

waarom en hoe de rechter tot zijn beslissing is gekomen.¹⁰ Nog niet zo heel lang geleden heeft de oud vice-president van de Hoge Raad, W. Sniijders, erop gewezen dat de gedachte dat rechtszekerheid een algemene eis is die men aan het gehele privaatrecht kon stellen, definitief een illusie is gebleken. De wet is niet langer brenger van zekerheid, arresten van de Hoge Raad zijn dat evenmin. Het recht is in de woorden van Vranken een 'discutabele' grootheid.¹¹ Op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid bleek dat in asbestzaken zelfs verjaringstermijnen onderworpen zijn aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtszekerheid bracht mee dat strikt de hand diende te worden gehouden aan de termijnen voor verjaring. De Hoge Raad heeft evenwel in een tweetal arresten van 28 april 2000 overwogen dat de redelijkheid en billijkheid zich onder bepaalde (strikte) omstandigheden kunnen verzetten tegen een beroep op het verstrijken van de absolute verjaringstermijn van artikel 3:310 BW.¹² Hartlief wees in zijn bespreking van de arresten op het relatieve belang van rechtszekerheid in dit soort zaken: werkgevers en hun verzekeraars dienden – mede gelet op eerdere rechtspraak en standpunten in de literatuur – al gedurende enige decennia rekening te houden met mogelijke claims.¹³

Het beroep van de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Malhi op de rechtszekerheid is begrijpelijk, maar weinig voorspellend voor de toekomst. Ook met betrekking tot de vaststelling van het ontstaansmoment van de arbeidsverhouding is het belang van de rechtszekerheid slechts relatief voor partijen. Het blijft immers onduidelijk welke rechtsgevolgen intreden. Daarnaast kan de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het geval voorrang verlenen aan een andere rechtswaarde boven de rechtszekerheid, zoals de billijkheid in het concrete geval, omdat bijvoorbeeld een dergelijke beslissing meer recht zou doen aan de bescherming van de werknemer als de sociaal zwakke partij. Onzekerheid lijkt kortom onze lotsbestemming.

10 Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 42-43.

11 W. Sniijders, *De betrekkelijke waarde van de wet in euroland* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossius-Pers 2002, p. 16 e.v.

12 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 (ARB), JOR 2000, 162 en 163 (Jansen/Loonstra).

13 T. Hartlief, *Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid*. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431, NTBR 2001/2, p. 58-66. A.C. van Schaick heeft met een beroep op de rechtszekerheid verdedigd dat verjaringstermijnen wel onverkort moeten gelden. A.C. van Schaick, *Actioni non natae praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid*, WPNR 2000/6414, p. 592 e.v.

3.4 Hoewel enige aanwijzing daarvoor ontbreekt, is de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Malhi misschien te verklaren door een soortgelijke uitspraak die de Centrale Raad van Beroep in 2001 heeft gedaan om een einde te maken aan de onduidelijkheid ten aanzien van de rechtspositie van gedetacheerde ambtenaren.¹⁴ De Centrale Raad overwoog dat het ambtenaarschap dat door een ambtelijke aanstelling is ontstaan, niet langs een andere weg verloren kon gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in de wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen. Detachering voor onbepaalde tijd behoort niet tot die gronden, zodat het ambtenaarschap behouden blijft. De Centrale Raad kwam met deze uitspraak niet alleen terug op eigen eerdere rechtspraak die veel kritiek had ontmoet, maar verwierp tegelijkertijd de opvatting van de Hoge Raad in het arrest Assmann/Zaanhorst.¹⁵ De Hoge Raad had namelijk overwogen dat het hof met juistheid had mogen concluderen dat, nu het bestuur van de stichting na de privatisering bevoegd werd het bij de stichting tewerkgestelde personeel van het bejaardenhuis werkzaamheden op te dragen en aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden verricht, een rechtsverhouding tot stand werd gebracht die alle objectieve elementen van een arbeidsovereenkomst bevatte. Of betrokkenen ten tijde van de detachering een dergelijke overeenkomst wilden, deed niet terzake. Over de reikwijdte van de uitspraak van de Hoge Raad in Assmann/Zaanhorst is veel discussie ontstaan (onder meer in verband met art. 7:662 e.v. BW met betrekking tot de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming), evenals over de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in 2001. In het kader van deze annotatie volsta ik met een verwijzing naar enige literatuur.¹⁶

3.5 De Hoge Raad geeft in r.o. 3.5 aan dat het niet noodzakelijk is voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar verbonden hebben. Of zij zich jegens elkaar verbonden hebben, hangt af van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. De formulering is ontleend aan het Haviltex-arrest.¹⁷ Bij mijn weten heeft de Hoge Raad dit criterium uit het algemene burgerlijk recht in het arbeidsrecht nog niet vaak gehanteerd.¹⁸ Toepassing van

14 CRvB 22 februari 2001, JAR 2001, 156. Zie over deze uitspraak E.L. Pasma, De gedetacheerde ambtenaar: een juridische soap, *Arbeidsrecht* 2001/58.

15 HR 20 juni 1997, NJ 1997, 626, JAR 1997, 154.

16 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 315 e.v. en de bijdrage van Pasma aan *Arbeidsrecht* 2001/58.

17 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (CJHB).

18 Zie HR 2 april 1993, JAR 1993, 100 en HR 28 maart 1997, NJ 1997, 438.

algemene burgerrechtelijke regels, figuren en criteria in het arbeidsrecht ligt in de lijn der verwachtingen. Uit de structuur van het Burgerlijk Wetboek vloeit namelijk voort dat op een benoemde overeenkomst zowel bepalingen uit de Boeken 3 en 6 als uit Boek 7 van toepassing zijn. In de regel zijn deze bij samenloop cumulatief van toepassing, en – indien zij tot hetzelfde resultaat leiden – alternatief. In het arbeidsovereenkomstenrecht is enige voorzichtigheid geboden ten aanzien van de toepasselijkheid van de regels uit de Boeken 3 en 6: de bijzondere bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht zijn grotendeels van dwingend recht en de onderwerpen in titel 10 van Boek 7 zijn vaak tamelijk uitputtend geregeld, zodat er minder ruimte is voor doorwerking van het algemene burgerlijke recht.¹⁹

Het Haviltex-criterium ziet op de uitleg van contractsbepalingen. Volgens Hartkamp moet hieronder worden verstaan: het vaststellen van de betekenis van de verklaringen die partijen hebben afgelegd met het oogmerk om een overeenkomst aan te gaan en daardoor het vaststellen van de door die verklaringen in het leven geroepen rechtsgevolgen.²⁰ Het criterium heeft dus eigenlijk geen betrekking op de vaststelling van de rechtsbetrekking tussen partijen, het ontstaan van de (arbeids)verhouding, in welk kader de Hoge Raad het plaatst in het ABN AMRO/Malhi-arrest, maar op de uitleg van het overeengekomene. Het onderscheid, dat de Hoge Raad voor het arbeidsovereenkomstenrecht zo scherp maakt, is in het algemene vermogensrecht aanzienlijk gerelativeerd. Het ligt derhalve voor de hand dat A-G Huydecoper voor het arbeidsovereenkomstenrecht evenmin een scherp onderscheid ziet: hij stelt in nr. 4 van zijn conclusie dat het bij de beoordeling van de vraag *of* partijen zich jegens elkaar verbonden hebben, om niets anders gaat dan bij de beantwoording van de vraag *waartoe* partijen zich jegens elkaar gebonden hebben.

In het algemene vermogensrecht geldt bij het totstandkomen van een overeenkomst als wilsverklaring niet alleen de verklaring van de werkelijke wil (dat partijen zich uitdrukkelijk hebben verbonden, zoals de Hoge Raad het formuleert in ABN AMRO/Malhi), maar tevens het bij de wederpartij op toerekenbare wijze opgewekte vertrouwen dat de wil op het slui-

19 Zie bijvoorbeeld Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, passim; W. Snijders, *De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht*, in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 1-4.

20 Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 280-282.

ten van de overeenkomst is gericht (zie art. 3:35 BW).²¹ In de literatuur is betoogd dat de Haviltex-formule ‘volledig in de sleutel staat’ van de vertrouwensleer en nauw aansluit bij de bewoordingen van artikel 3:35 BW.²² Het zou evenwel dogmatisch zuiver zijn geweest, indien de Hoge Raad verwezen had naar de vertrouwensleer voor de beantwoording van de vraag of een arbeidsverhouding was ontstaan en hij niet had volstaan met een verwijzing naar het Haviltex-criterium. De beoordeling of er sprake is van opgewekt vertrouwen, gebeurt mede aan de hand van verklaringen en gedragingen van partijen en wat zij daaruit redelijkerwijs hebben mogen afleiden. Daarnaast spelen factoren een rol als de aard van de rechtshandeling, de bijzondere deskundigheid van partijen, mogelijke onderzoeksplichten en dergelijke.²³

4 Conclusie

De Hoge Raad wenst blijkbaar op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht twee vragen scherp te onderscheiden:

Vraag 1: is er een overeenkomst ontstaan? In de woorden van de Hoge Raad: hebben partijen zich jegens elkaar verbonden? Die vraag moet niet alleen worden beantwoord aan de hand van de expliciete woordkeus van partijen, maar tevens aan de hand van hun verklaringen en gedragingen en wat zij daaruit redelijkerwijs mogen afleiden (het Haviltex-criterium en dus niet het criterium van het opgewekte vertrouwen).

Vraag 2: is deze arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst? Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de bedoelingen van partijen, mede in aanmerking nemend hoe zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding en zij daaraan inhoud hebben gegeven (het criterium ontleend aan het arrest Groen/Schoevers).²⁴

C.J.H. Jansen

21 Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 102, 106. Dit criterium gaat terug op het werk van de Nijmeegse hoogleraar E.J.J. van der Heijden: zie C.J.H. Jansen & G. van Solinge, Egidius Johannes Josephus van der Heijden (12 augustus 1885-24 mei 1941), in: *Verspreide geschriften van E.J.J. van der Heijden*. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge, Deventer: Kluwer 2001, p. XXII.

22 M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153.

23 Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 110.

24 Overigens lijken bij nauwkeurige vergelijking het Haviltex-criterium en het criterium uit het arrest Groen/Schoevers zich in hun uitwerking nauwelijks van elkaar te onderscheiden. Dit zal de praktijkjurist mijns inziens de nodige hoofdbreken kosten.