

Wat zijn de essentialia voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst?

33

In het arrest *Van Gorkum/LRV*² overwoog het hof dat geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen omdat partijen geen overeenstemming hadden bereikt over één van de in de arbeidsovereenkomst genoemde bedingen, te weten: het concurrentie- en relatiebeding. Dat doet de vraag rijzen ten aanzien van welke voorwaarden overeenstemming noodzakelijk is om te kunnen spreken van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst. In dit artikel zetten wij uiteen welke criteria in de rechtspraak worden gehanteerd om vast te stellen of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Ook gaan wij in op het arrest *Van Gorkum/LRV*, en de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot de arresten-*Groen/Schoevers*,³ *ABN Amro/Malhi*,⁴ *Ta-venier/TVV*⁵ en *TomTom/Van Hoorn*?⁶

Totstandkoming van de arbeidsovereenkomst en het algemeen vermogensrecht

Voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst gelden in-gevolge de art. 3:33-35 en 6:217 e.v. BW de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst.⁷ Een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst gericht tot een of meer bepaalde personen vormt een aanbod, indien het voldoende bepaald is en daaruit de wil van de aanbieder blijkt om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. Het aanbod kan in beginsel in iedere vorm geschieden en kan ook opgesloten liggen in gedragingen. De inhoud van het aanbod dient te worden bepaald aan de hand van de wilsvetrouwensleer. Daarom wordt er wel van een tweepijlerleer gesproken; zowel de verklaarde wil als het bij de ander opgewekte vertrouwen kan de rechtshandeling doen ontstaan. De aanvaarding is een tot de aanbieder gerichte wilsvaarding, die eveneens in iedere vorm kan geschieden. Aan de hand van de wilsvetrouwensleer wordt bepaald of de aanvaarding inhoudelijk met het aanbod overeenstemt. Bepalend is wat partijen hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daar in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze aan mochten toekennen, hebben afgeleid of mochten afleiden.⁸ Er is

pas een (arbeids-)overeenkomst gesloten als partijen op basis van aanbod en aanvaarding het eens zijn geworden over de (arbeids-)voorwaarden waaronder de arbeid zal worden verricht.⁹

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat er alleen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen als er tussen partijen op alle punten overeenstemming is bereikt. Hoe verhoudt zich dit echter tot de wettelijke definitie van het begrip arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW? In dit artikel staat dat als voldaan is aan de vier wettelijke elementen (arbeid, loon, gedurende zekere tijd en gezagsverhouding) er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Niet is vereist, op basis van dit artikel, dat partijen op alle punten (tot in detail) overeenstemming hebben bereikt. Anders dan bij de arbeidsovereenkomst speelt in het algemeen vermogensrecht nu juist de zoektocht naar de essentialia van de overeenkomst een belangrijke rol. Er gelden namelijk geen wettelijke criteria, zoals die wel gelden bij de arbeidsovereenkomst, die inhoudelijk bepalen of er al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen.

Van Gorkum/LRV

In het arrest-*Van Gorkum/LRV* heeft het hof zich in appel moeten buigen over de vraag of partijen overeenstemming hebben bereikt over alle essentiële (arbeids-)voorwaarden en er derhalve een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Tussen LRV, een bureau voor strategisch advies en management, en Van Gorkum hebben rond de jaarwisseling 2003/2004 besprekingen plaatsgevonden over een samenwerking in een nieuw op te richten vennootschap. In het kader van deze samenwerking heeft LRV aan Van Gorkum op enig moment (toen van Gorkum reeds feitelijk in zijn functie werkzaam was) een stuk overhandigd met het opschrift 'arbeids-overeenkomst'. Partijen hadden overeenstemming bereikt over de datum indiensttreding, salaris, functie en duur van de overeenkomst. Over een aantal andere in de overeenkomst genoemde bedingen, waaronder het concurrentie- en relatiebeding, was na diverse besprekingen nog geen overeenstemming bereikt. Voor LRV was dit aanleiding Van Gorkum mee te delen niet verder te onderhandelen en dat (derhalve) geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. Van Gorkum bestreed dit standpunt en stelde zich op het standpunt dat tussen partijen wel degelijk een arbeidsovereenkomst was gesloten. Het hof overwoog dat het concurrentie-relatiebeding voor beide partijen tot de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst behoorde. Nu tus-

1 Mevr. mr. E.S. de Jong is advocaat bij Boontje Advocaten Arbeidsrecht te Amsterdam.

2 HR 26 november 2010, JAR 2011/14.

3 HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

4 HR 5 april 2002, NJ 2003/124.

5 HR 24 december 2010, JAR 2011/21.

6 Hof Amsterdam 16 maart 2010, JAR 2010/178.

7 E. Verhulp, *Arbeidsrecht Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5 e.v.

8 HR 17 december 1976, NJ 1977/241 (*Bunde/Erckens*).

9 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *SDU Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2009, p. 128. Zie in algemene zin C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 75 e.v.

sen partijen geen wilsovereenstemming bestond over voornoemd beding bestond er dus ook geen wilsovereenstemming over de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Het hof heeft geoordeeld dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. In dit verband heeft het hof belang gehecht aan de omstandigheid dat het de bedoeling van partijen was dat Van Gorkum één jaar na aanvang van de samenwerking voor een evenredig deel mede-eigenaar zou worden. Voor beide partijen was van wezenlijk belang hoe hun onderlinge rechtsverhouding zou zijn voor het geval de samenwerking na dat jaar niet zou worden voortgezet.

Is er een overeenkomst tot stand gekomen?

LRV en Van Gorkum waren het erover eens dat zij een arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten. Met andere woorden, de partijbedoeling was duidelijk. De vraag die dient te worden beantwoord is of deze arbeidsovereenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Kort gezegd: is er een aanbod gedaan, is dit aanbod aanvaard en stemt deze aanvaarding inhoudelijk met het aanbod overeen?

A-G Keus stelt in zijn conclusie bij *Van Gorkum/LRV* dat de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen – indien partijen nog geen overeenstemming over alle te regelen onderwerpen hebben bereikt – afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Met name acht hij van belang of er overeenstemming is bereikt over alle door partijen als essentieel beschouwde arbeidsvoorwaarden. Hierin volgt Keus het hof in de overweging dat de wilsovereenstemming beoordeeld moet worden aan de hand van de bedoeling van partijen, zoals die in de omstandigheden van het geval moet worden verstaan. Bij meer complexe onderhandelingen is het vaak niet eenvoudig vast te stellen of tussen partijen overeenstemming is bereikt of niet. Volgens Keus is niet beslissend of partijen nog over één of meer overgebleven punten onderhandelden. Met betrekking tot hetgeen waarover partijen reeds wel overeenstemming hebben bereikt, kan een 'rompovereenkomst' bestaan. Daartoe moeten de punten waarover partijen het eens zijn, ten minste de (wettelijke) essentialia van de overeenkomst bevatten. Daarmee is volgens Keus echter slechts een ondergrens aangegeven.

Vervolgens overweegt Keus dat het in dat verband aankomt op de bedoelingen van partijen, zoals zij die in de gegeven omstandigheden over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben moeten begrijpen. Daarbij is, naast de verdere omstandigheden van het geval, onder meer van belang welke betekenis toekomt aan hetgeen wel en niet is geregeld en/of er al dan niet een voornemen tot verder onderhandelen bestaat.¹⁰

Indien de redenering van Keus zou worden gevolgd betekent dit dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand behoefte te zijn gekomen, indien partijen niet over alle essentialia van de arbeidsovereenkomst overeenstemming hebben bereikt. Dit geldt dan dus ook wanneer er wel overeenstemming bereikt is over de in art. 7:610 BW genoemde wette-

lijke voorwaarden. Wat een essentiële voorwaarde is moet worden beoordeeld aan de hand van de partijbedoeling. Wanneer een partij behoort te begrijpen dat overeenstemming over een bepaald punt voor de ander van essentieel belang is en deze dat punt daarom nog in de onderhandelingen wil betrekken, kan van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst geen sprake zijn, zolang partijen het niet ook over dat punt eens zijn geworden.¹¹ Deze gevolgtrekking roept vragen op. Wat is de betekenis van de 'rompovereenkomst' die volgens Keus onder bepaalde omstandigheden tussen partijen van kracht is? Partijen komen een (arbeids-)overeenkomst overeen of niet. Een halve arbeidsovereenkomst ('rompovereenkomst') lijkt niet reëel. Houdt dit in dat partijen 'dus' bijvoorbeeld niet meer dan een opdrachtovereenkomst hebben gesloten? Of is zo'n rompovereenkomst een overeenkomst sui generis waaruit op zichzelf wederzijdse rechten en plichten voortvloeien conform de regels van het algemene vermogensrecht? Keus lijkt voor deze laatste optie te kiezen nu hij in zijn conclusie naar het algemeen verbintenissenrecht verwijst en niet specifiek naar art. 7:610 BW in relatie tot art. 7:400 BW. De vraag rijst of het vermogensrecht inderdaad op die manier kan doorwerken in de bepalingen van titel 7.10 BW. Overigens geldt in het algemene vermogensrecht dat indien de aanvaarding op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt, er alsdan een overeenkomst conform de aanvaarding tot stand komt, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen.¹² Mijns inziens is deze vertaalslag naar het algemene vermogensrecht niet juist. Immers, in het algemene vermogensrecht gelden, anders dan bij de arbeidsovereenkomst, geen wettelijke criteria waar de overeenkomst (inhoudelijk) aan moet voldoen.

Is voldaan aan de in art. 7:610 BW genoemde elementen, dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst, ook als er (nog) geen overeenstemming is bereikt over alle bepalingen/bedingen.¹³ Ten onrechte lijkt de partijbedoeling (uitsluitend) gebruikt te worden om de essentialia van de arbeidsovereenkomst op te sporen.

TomTom/Van Hoorn

Het arrest-*Van Gorkum/LRV* lijkt haaks te staan op het eerder gewezen arrest-*TomTom/Van Hoorn*, waarin het hof heeft geoordeeld dat tussen TomTom en Van Hoorn een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. TomTom en Van Hoorn hebben vanaf begin december 2004 onderhandeld over indiensttreding van Van Hoorn als statutair bestuurder. Hierop heeft Van Hoorn op 21 december 2004 een

10 A.G. Keus, overweging 2.3, conclusie bij HR 26 november 2010, JAR 2011/14.

11 Overweging 2.3, conclusie A-G Keus bij HR 26 november 2010, JAR 2011/14.

12 Zie in algemene zin doorwerking vermogensrecht C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische Studietoeken 2010, p. 617 e.v.

13 Zie ook A.G. Timmerman in zijn conclusie bij HR 13 juli 2007, JAR 2007/231. Timmerman overweegt dat: 'De kwalificatie door de rechter geschiedt aan de hand van objectieve criteria, vastgelegd in de wet. Voor de arbeidsovereenkomst dient de rechter dus het dwingende art. 7:610 BW toe te passen en te bezien of de overeenkomst de daarin begrepen essentialia van de arbeidsovereenkomst bevat.'

termsheet met de hoofdlijnen van de arbeidsvoorwaarden aan TomTom gezonden. Bij e-mail van 23 december 2004 heeft TomTom deze termsheet aanvaard. Van Hoorn is op 10 januari 2005 begonnen met zijn werkzaamheden en is ingeschreven in het handelsregister. Op 19 januari 2005 heeft TomTom een nieuwe arbeidsovereenkomst aan Van Hoorn gezonden welke Van Hoorn niet heeft ondertekend. Vervolgens is een discussie ontstaan over het aantal aan Van Hoorn toe te kennen opties. Hierop heeft TomTom aan Van Hoorn medegedeeld dat zij de eis van Van Hoorn (verdubbeling van het aantal opties) niet accepteerde. Daarmee accepteerde zij, aldus TomTom, dat Van Hoorn zich niet zou verbinden aan TomTom en dat zij afzag van verdere onderhandelingen die tot een samenwerking met Van Hoorn zouden kunnen leiden. Partijen hadden overeenstemming bereikt over de termsheet en daarmee, aldus het hof, over de essentialia van de arbeidsovereenkomst. Van Hoorn mocht volgens het hof aan de termsheet redelijkerwijs de betekenis toekennen dat daarin de essentialia van de arbeidsovereenkomst (functie, ingangsdatum, beloning) waren opgenomen en dat een aantal bijzondere bedingen (geheimhouding, non-concurrentie en intellectuele eigendom) nog moest worden uitgewerkt. Kortom, Van Hoorn kon de wils-overeenstemming over de termsheet opvatten als het aangaan van een dienstverband, met de aanvullende afspraak dat de termsheet nog zou worden uitgewerkt in een meer gedetailleerd arbeidscontract. Ook aan de wijze waarop partijen vervolgens uitvoering hebben gegeven aan hun afspraken kon Van Hoorn het gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen dat TomTom met hem een arbeidsovereenkomst was aangegaan.¹⁴ Aan de hand van de wilsvertrouwensleer is beoordeeld of er overeenstemming is bereikt over de wettelijke vereisten ex art. 7:610 BW en er derhalve een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.¹⁵

14 In het arrest van Hof 's-Gravenhage van 8 september 2006, *JAR* 2006/281, heeft het hof aan de hand van de wilsvertrouwensleer geoordeeld dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. Het had de werknemer redelijkerwijs duidelijk moeten zijn geweest dat de inhoud van de te sluiten arbeidsovereenkomst niet beperkt zou zijn tot het brutomaandsalaris, de functie en de einddatum. De nog nader te bespreken punten (pensioenregeling, verlening contract, werktijden, eenzijdig wijzigingsbeding) konden als wezenlijke aspecten worden beschouwd.

15 Zie ook: Ktr. Utrecht 21 januari 2009, *JAR* 2009/69, die oordeelde dat er geen gave overeenkomst tot stand was gekomen omdat nog geen overeenstemming bestond over de hoogte van het salaris. Zie anders: Ktr. Eindhoven 19 februari 2009, *JAR* 2009/117, stelde zich op het standpunt dat er (nog) geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen, niet-tegenstaande het feit dat partijen over de arbeidsvoorwaarden overeenstemming hadden bereikt, omdat de werknemer nog geen door de werkgever gewenst assessment had ondergaan.

16 In het arrest *ABN AMRO/Malhi* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar verbonden hebben, afhankelijk is van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. Het is niet noodzakelijk dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden. Zie ook: C.J. Loonstra, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2009, p. 133 en 134 en C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 108 en 109.

Tavenier/TVW

In het vlak na *Van Gorkum/LRV* gewezen arrest-*Tavenier/TVW* heeft het hof de overweging uit *ABN AMRO/Malhi* herhaald.¹⁶ Bij de beoordeling wordt tot uitgangspunt genomen dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van de tussen Tavenier en TVW bestaande inleenverhouding door een arbeidsovereenkomst tussen Tavenier en TVW. Er moet in deze periode derhalve sprake zijn geweest van verklaringen en/of gedragingen over en weer op grond waarvan moet worden aangenomen dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold. Het hof overweegt dat er geen uitdrukkelijke wilsverklaring (van TVW) om de rechtsverhouding te wijzigen kan worden afgeleid en dat Tavenier dit redelijkerwijs ook niet uit de gedragingen van TVW heeft kunnen begrijpen. De (voorzichtige) conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het hof aan de hand van de wilsvertrouwensleer heeft vastgesteld dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof laat zich niet uit over de juridische kwalificatie die alsdan tussen partijen zou bestaan, nu Tavenier geen beroep heeft gedaan op het vermoeden van art. 7:610a BW. Het is niet onwaarschijnlijk dat het hof tot een overeenkomst van opdracht tussen Tavenier en TVW zou hebben geconcludeerd, daarbij rekening houdend met de initiële partijbedoeling en de (latere) wijze van uitvoering.¹⁷

Bedoeling van partijen

In het arrest-*Groen/Schoevers* heeft de Hoge Raad de criteria uiteengezet die zien op het kwalificatievraagstuk van de rechtsrelatie tussen partijen. Aan de hand van zowel de aanvankelijke partijbedoeling als aan de hand van de uitvoering (de ingekleurde partijbedoeling) moet worden bezien of sprake is van een overeenkomst van opdracht of van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet op alle relevante omstandigheden acht worden geslagen (hierbij is het criterium 'gezagsverhouding' van doorslaggevende betekenis).¹⁸ In het arrest-*Van Gorkum/LRV* heeft het hof, in mijn optiek onterecht, een doorslaggevende betekenis toegekend aan de partijbedoeling voor de enkele beantwoording van de vraag of een beding/bepaling een essentieel beding vormt en er derhalve wel of niet een (arbeids-)overeenkomst tot stand is gekomen; los van de wettelijke criteria ingevolge art. 7:610 BW. Anders – en mijns inziens terecht – oordeelde het hof in het arrest-*TomTom/Van Hoorn* dat zich baseerde op de opvatting dat overeenstemming over de wettelijke criteria van art. 7:610 BW (dat de essentiële voorwaarden van de arbeidsovereenkomst benoemt) leidt tot de

17 Hoge Raad 14 april 2006, *JAR* 2006/19 en zie ook SR 2007/22. Hoge Raad 15 december 2006, C05/264HR (m.nt. O. van der Kind) en C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *TAP* 2010, p. 4-10. Zie ook het recent gewezen arrest van Hoge Raad 11 februari 2011, *LJN* BO9573.

18 Zie C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 100 e.v. Zie ook SR 2007/22. HR 15 december 2006, C05/264 HR (M.N.T. is bedoeld: m.nt.? O. van der Kind) en C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *TAP* 2010, p. 4-10.

aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Voor de partijbedoeling lijkt geen plaats bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen.

Aanvang feitelijke werkzaamheden

Wijzigt het antwoord op de vraag of er tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien de werknemer al feitelijk is aangevangen met de werkzaamheden? Verklaringen en gedragingen, zoals het reeds aanvangen van de werkzaamheden voor de ondertekening van de schriftelijke overeenkomst, plaatsing van een advertentie waarin de nieuwe werknemer wordt aangekondigd, externe aankondigingen, etc., spelen wel degelijk een rol. Mede aan de hand van verklaringen en gedragingen wordt vastgesteld of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, dan wel dat de andere partij daar gerechtvaardigd op mocht vertrouwen. In casu was Van Gorkum al aangevangen met de werkzaamheden voordat LRV hem het concept-arbeidscontract overhandigde. Bovendien had LRV een advertentie in een landelijk dagblad gepubliceerd om de komst van Van Gorkum bij LRV aan te kondigen. Met inachtneming van de wilsvertrouwensleer kan de aanvang van de feitelijke werkzaamheden worden aangemerkt als een gedraging waarop de andere partij gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat het aanbod was/is aanvaard. Van Hoorn mocht erop vertrouwen dat er een arbeidsovereenkomst met TomTom tot stand was gekomen. Van Hoorn was al begonnen met zijn werkzaamheden en als statutair bestuurder ingeschreven in het handelsregister.

Conclusie

Of partijen daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, dient aan de hand van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33-35 en 6:217 BW) te worden bepaald. Hierbij heeft als uitgangspunt te gelden dat partijen overeenstemming moeten hebben bereikt over de vier wettelijke elementen van art. 7:610 BW. In het arrest-*Van Gorkum/LRV* hadden partijen zich jegens elkaar verbonden en hadden zij uitvoering gegeven aan deze relatie. Bepaalde gedragingen en uitingen van partijen kunnen hiervoor een indicatie zijn. In het licht van de arresten-*TomTom/Van Hoorn* en *Tavenier/TWV* had het hof naar onze mening moeten concluderen dat tussen LRV en Van Gorkum een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen, maar zonder een concurrentiebeding. LRV en Van Gorkum hadden immers overeenstemming bereikt over de wettelijke essentialia ingevolge art. 7:610 BW en derhalve is er een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen.