

ANNOTATIE

# De figuur van de romp- arbeidsovereenkomst, niet aan mijn lijf?

*mr. dr. L. van den Berg*

*Annotatie bij Hoge Raad, 31-05-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5355 (AR-2013-0431)*

## 1. Inleiding

Wie een arbeidsrechtelijk handboek openslaat, zal er bij de bepaling van de regels voor de totstandkoming van de (arbeids)overeenkomst meestal bekaaid van afkomen. In de regel zal de lezer enkele korte passages aantreffen, in de volgende trant:

‘De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst. Voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst gelden de algemene regels van afdeling 6.5.2 BW. Zo komt ook de arbeidsovereenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (artikel 6:217 BW), dienen de tussen partijen aangegane verbintenissen voldoende bepaalbaar te zijn (artikel 6:227 BW) en kan een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst worden herroepen. Ten slotte is ook de in de artikelen 3:33 BW en 3:35 BW opgenomen wilsvertrouwensleer van toepassing.’

De laatste jaren heeft de Hoge Raad ons er al vaker op geattendeerd dat de arbeidsovereenkomst, hoe bijzonder ook, een *overeenkomst* is, waarop de Boeken 3 en 6 van het BW van toepassing (kunnen) zijn. Voor een helder overzicht en kritische bespreking van arresten die wijzen op een beoordeling van arbeidsrechtelijke geschillen langs de lijnen van het algemene vermogensrecht, verwijs ik naar de bijdrage van A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Toenemende privatisering van het arbeidsrecht, *TAP* 2011/5, p. 172-181.

Het onderhavige arrest is bij mijn weten pas het derde gepubliceerde door de Hoge Raad gewezen arrest omtrent de vraag of de onderhandelingen van partijen inmiddels zo ver waren gevorderd, dat gezegd kan worden dat een (romp-)arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het eerste is geweest onder oud BW (HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331) de laatste twee in dit millennium (HR 26 november 2010, *JAR* 2011/14 en het onderhavige arrest). Laatstgenoemde arresten zijn met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO afgedaan. In de lagere jurisprudentie komt de vraag evenmin met grote regelmaat aan de orde. Bungener brengt dit in verband met de regeling van de proeftijd in het BW (A.F. Bungener, *De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht, Sociaal recht* 2006, 11). Hiermee doelt hij op de omstandigheid dat gedurende de proeftijd in beginsel (zelfs voor de eerste dag van de dienstbetrekking) partijen met onmiddellijke ingang van elkaar af kunnen, zonder dat de in Boek 7 BW en artikel 6 BBA geregelde opzegverboden van toepassing zijn en zonder dat een schadevergoedingsverplichting tegenover de wederpartij bestaat (artikel 7:670b BW en artikel 7:676 BW).

Het onderhavige arrest bevestigt de door Houweling en Loonstra geconstateerde tendens van de 'verprivatisering van het arbeidsrecht'. In dit commentaar zal ik dat, mede aan de hand van een bespreking van de conclusie van de A-G, toelichten. Voorts ga ik in op enkele vragen en bezwaren die Houweling en Loonstra in de bijdrage hebben opgeworpen over de toepassing van het algemene vermogensrecht op de fase van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst.

## **2. Feiten en rechtsoordelen**

Eiser en verweerster zijn eind oktober 2008 in onderhandeling getreden over het aangaan van een arbeidsovereenkomst en een participatie van eiser in de aandelen in verweerster. Deze aandelen waren in handen van betrokkene 1 en zijn zoon betrokkene 2. Eiser was op dat moment ergens anders op arbeidsovereenkomst werkzaam voor een andere werkgever. Die arbeidsovereenkomst is per 1 februari 2009 geëindigd. Op 28 januari 2009 heeft betrokkene 2 een stuk, getiteld *Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, bij eiser thuis bezorgd. Daarin staat onder meer dat eiser met ingang van 1 februari 2009 voor onbepaalde duur bij verweerster in dienst treedt in de functie van directeur en dat een proeftijd geldt van twee maanden. In artikel 4 is het bedrag van het salaris niet ingevuld ('€ ...'). De accountant van verweerster heeft eiser op 30 januari 2009 telefonisch laten weten dat betrokkene 1 meer tijd nodig had en het definitieve besluit over de samenwerking opschortte. Op 4 februari 2009 heeft een gesprek tussen partijen plaatsgehad waarbij verweerster heeft meegedeeld dat zij de relatie met eiser niet wilde voortzetten. Eiser stelt zich primair op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en vordert nakoming, subsidiair vordert eiser schadevergoeding.

De kantonrechter heeft de vorderingen van eiser afgewezen.

Het hof heeft geoordeeld dat verweerster onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen af te breken en heeft verweerster veroordeeld tot schadevergoeding van € 75.000. De primaire (nakomings)vordering heeft het hof afgewezen. Volgens het hof heeft eiser onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat partijen overeenstemming hebben bereikt over het door eiser te verdienen salaris. Het ontbreken van wilsovereenstemming op het voor het aannemen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst essentiële onderdeel van de beloning leidt er volgens het hof toe dat niet kan worden aangenomen dat zodanige arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

In cassatie spitst de discussie tussen partijen zich toe op de vraag of in de onderhavige situatie een (arbeids)overeenkomst tot stand is gekomen. Eiser stelt zich in middel 1 op het standpunt dat, nu de hoogte van het salaris niet vaststond maar wel het feit dat eiser tegen betaling van enig salaris in dienst zou treden bij verweerster, moet worden uitgegaan van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en met toepassing van artikel 7:618 BW de hoogte van het salaris moet worden ingevuld. Middel 2 verwijt het hof geen toepassing te hebben gegeven aan het bepaalde in HR 26 november 2010, *JAR* 2011/14, waarin zou zijn vastgelegd aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of tussen partijen een (romp-)arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof zou ten onrechte niet hebben onderzocht of overeenstemming ten aanzien van het te verdienen salaris voor verweerster van essentieel belang was (en of dat voor eiser kenbaar was dan wel of hij dat behoorde te begrijpen) en wel in die mate dat verweerster dit onderwerp nog in de onderhandelingen had willen betrekken.

De Hoge Raad oordeelt dat de aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Dit behoeft gelet op artikel 81 lid 1 Wet RO geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Gegeven de toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO, zag de Hoge Raad mogelijk niet veel in de voorgelegde klachten.

### **3. Toepassingsbereik van artikel 7:618 BW**

A-G Keus gaat allereerst in op de betekenis van artikel 7:618 BW, dat bepaalt dat indien geen loon is vastgesteld, de werknemer aanspraak heeft op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor arbeid als de overeengekomene gebruikelijk was of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op een loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald. De A-G constateert dat artikel 7:618 BW het bestaan van een arbeidsovereenkomst vooronderstelt. Nu voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst wél is vereist dat partijen zijn overeengekomen dat de werknemer de bedongen arbeid in dienst

van de werkgever zal verrichten en dat hij dat zal doen tegen loon, zal het zich volgens hem niet licht voordoen dat partijen een op een bindende overeenkomst gerichte wilsovereenstemming over die elementen hebben bereikt zonder het over de hoogte van het loon eens te zijn geworden. Hoezeer ook artikel 7:618 BW het probleem van de uit artikel 6:227 BW voortvloeiende eis van de bepaalbaarheid van het loon lijkt te ecarteren, strekt artikel 7:618 BW volgens de A-G niet tot het helen van een gebrek aan wilsovereenstemming. De bepaling voorziet slechts in een lacune die een wél tussen partijen bereikte wilsovereenstemming laat, zoals het geval is wanneer partijen zich 'niet over de hoogte van het loon hebben bekommerd'. Voor die benadering vindt de A-G steun in HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 5, waar de Hoge Raad zulks overwoog voor de toepasselijkheid van artikel 7:4 BW (de voor de bij de koopovereenkomst voor de bepaling van de koopprijs geldende evenknie van artikel 7:618 BW).

De A-G constateert mijns inziens terecht dat artikel 7:618 BW impliceert dat het bestaan van een overeenkomst ook denkbaar is als partijen geen afspraken hebben gemaakt over de hoogte van het loon. Hierbij verdient opmerking dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst wel is vereist dat (enig) loon verschuldigd is. De verplichting tot loonbetaling is, naast de persoonlijke arbeidsverplichting en de gezagsverhouding, immers een van de wettelijke essentialia van de arbeidsovereenkomst. De hoogte van het loon is dat echter niet.

Als geen wilsovereenstemming is bereikt over de wettelijke essentialia, dan ontstaat er uiteraard geen arbeidsovereenkomst. Het verdient opmerking dat bij deze problematiek twee situaties kunnen worden onderscheiden. Enerzijds de situatie dat wel wilsovereenstemming tussen partijen over het ontstaan van een arbeidsverhouding kan worden aangenomen, maar discussie bestaat over de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst of de precieze invulling van de wederzijdse rechten en verplichtingen. In dat verband bieden de figuur van de 'rompovereenkomst', en, bij gebreke van afspraken over de hoogte van het loon, artikel 7:618 BW mogelijk uitkomst. Hierop ga ik later nog verder in.

Anderzijds is ook denkbaar dat partijen nog geen wilsovereenstemming hebben bereikt over de (essentiële) voorwaarden waaronder partijen tot elkaar in verhouding komen te staan. Bij de beoordeling of een (arbeids)overeenkomst tot stand is gekomen, dient te worden nagegaan of partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over alle wezenlijke aspecten van die overeenkomst (HR 26 november 2010, *JAR* 2011/114). Als daarvan nog geen sprake is, zaten partijen (tijdens het afbreken van de onderhandelingen) in de precontractuele fase. Indien de hoogte van het loon als wezenlijk aspect kwalificeert, kan artikel 7:618 BW – dat immers impliceert dat partijen een arbeidsovereenkomst hebben gesloten – het gebrek aan overeenstemming over de hoogte van het loon niet helen. Wanneer gesproken kan worden

van een wezenlijk aspect, komt hierna aan de orde.

#### **4. Rompovereenkomst**

Middel 2 doelt op, zij het niet met zoveel woorden, het bestaan van een rompovereenkomst tussen partijen. De rompovereenkomst is een aan het algemene verbintenissenrecht ontleende figuur. Van een rompovereenkomst is volgens Ruygvoorn sprake als partijen het eens zijn over de wezenlijke aspecten van een overeenkomst en zij nog slechts verdeeld zijn over ondergeschikte punten (M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 42). De A-G wijst er in zijn conclusie op dat degene die aan zijn vorderingen ten grondslag legt dat een rompovereenkomst tot stand is gekomen, het bestaan van die overeenkomst aannemelijk zal moeten maken en zo nodig zal moeten bewijzen. Het hof zou slechts dan gehouden zijn te onderzoeken of verweerster een subjectief voor eiser kenbaar belang had bij het bereiken van overeenstemming over de hoogte van het salaris, als eiser zich in feitelijke instanties op het standpunt had gesteld dat, ondanks het ontbreken van overeenstemming over de hoogte van het loon, een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen, en als hij daaraan ten grondslag had gelegd dat hij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat verweerster, ondanks het ontbreken van overeenstemming over het salaris, aan de wel bereikte overeenstemming gebonden wilde zijn. Naar de mening van de A-G mist het tweede middel feitelijke grondslag.

Het is binnen de vermogensrechtelijke doctrine communis opinio dat om van een rompovereenkomst te kunnen spreken, (in elk geval) dient vast te staan dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de wettelijke essentialia van de overeenkomst.

Daarmee is, zo merkt A-G Keus in onderdeel 2.3 van zijn conclusie bij HR 26 november 2010, *JAR 2011/14* op, slechts de ondergrens gegeven. De vraag rijst dan vervolgens hoe moet worden omgegaan met andere niet (volledig) uitonderhandelde punten, bijvoorbeeld de hoogte van het loon, de toepasselijkheid van een concurrentiebeding, de duur van de overeenkomst, enzovoort. Kan de kwalificatie 'wezenlijk of ondergeschikt' aan de hand van objectieve maatstaven worden beantwoord, of speelt (ook) de subjectieve waardering van partijen hierbij een rol? Een objectievere benadering zou bijvoorbeeld meebrengen dat overeenstemming over de hoogte van het salaris, de functie-inhoud en de looptijd van de overeenkomst voldoende zijn om een rompovereenkomst aan te nemen. Bij een subjectievere invulling bepalen partijen in wezen zelf of sprake is van een wezenlijk onderdeel. Eiser gaat blijkens middel 2 uit van de (louter) subjectieve bedoelingen van partijen. Het Hof Amsterdam en de A-G hanteren het Haviltex-criterium; het komt dus aan op de bedoelingen van partijen zoals zij die redelijkerwijs uit elkaars gedragingen en verklaringen moesten begrijpen. De A-G, die stellig benadrukt dat de bewijslast van het bestaan van een rompovereenkomst rust op degene die

zich op het bestaan ervan beroept, merkt op dat ‘de behoefte aan adstructie’ a fortiori geldt wanneer overeenstemming ontbreekt over een punt waarover a priori weinig aannemelijk is dat het als van (ook voor de wederpartij) louter ondergeschikt belang mag worden opgevat. Aan enige objectivering ontkom je dus blijkbaar volgens de A-G niet.

In het onder het oud BW in 1968 gewezen arrest Polak/Zwolsman sluit de Hoge Raad aan bij de bedoeling van partijen (HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331). Een van de in het arrest voor de vaststelling van die bedoeling naar voren gebrachte gezichtspunten is het al dan niet bestaan van een voornemen tot verder onderhandelen. Helaas zijn de feiten die aan het onderhavige arrest te grondslag liggen, (mij) niet helemaal duidelijk, omdat het eindarrest van het Hof Amsterdam van 29 november 2011, niet (online) is gepubliceerd. Uit onderdeel 2.14 van de conclusie van de A-G kan in ieder geval worden afgeleid dat partijen op 28 januari 2009 van mening verschilden over de hoogte van het salaris en dat betrokkene 2 op die datum heeft laten weten ‘daar’ wel uit te komen. De A-G leidt daaruit af dat voor eiser kenbaar was dat ‘het probleem’ nog moest worden opgelost. Dat de opmerking van betrokkene 2 van enig optimisme over de uiteindelijke afloop getuigde, impliceert volgens de A-G niet dat eiser de opmerking als aanwijzing mocht opvatten dat verweerster reeds aan een rompovereenkomst gebonden wenste te zijn. De – ik gebruik nu mijn eigen woorden – ultieme contra-indicatie daarvan is ten slotte dat nog voor de beoogde ingangsdatum van de beoogde rompovereenkomst de accountant van verweerster aan eiser heeft laten weten het definitieve besluit over de samenwerking op te schorten.

## **5. Verprivatisering van het arbeidsrecht**

Houweling en Loonstra stellen in hun bijdrage over de verprivatisering van het arbeidsrecht bij de bespreking van HR 26 november 2010, *JAR* 2011/14 vast dat de rompovereenkomst een ‘fremdkörper’ is in de arbeidsrechtliteratuur en vragen oproept waarop het antwoord op voorhand niet duidelijk is. Zo vragen zij zich af hoe een dergelijke rompovereenkomst te kwalificeren (als arbeidsovereenkomst, opdrachtovereenkomst of als overeenkomst *sui generis*). Volgens mij is het antwoord op deze vraag echter duidelijk. Gelet op het bovenstaande kan een rompovereenkomst pas aan de orde zijn als wilsovereenstemming bestaat over de wettelijke essentialia van een bepaalde overeenkomst. Wanneer niet alleen onduidelijkheid bestaat over de vraag of tussen partijen wilsovereenstemming is bereikt, maar ook over hoe de (mogelijk) tussen partijen aangegane overeenkomst te kwalificeren, kom je niet aan de vaststelling van een rompovereenkomst toe. Als dan eenmaal vastgesteld is dat van een rompovereenkomst sprake is, zullen volgens de A-G aan de hand van de redelijkheid en billijkheid en, bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van het loon, artikel 7:618 BW, eventuele leemtes kunnen invullen. Mochten de auteurs bedoelen dat BW Boek 7 titel 10 nu juist *het* instrument is ter bepaling van de wederzijds geldende rechten en verplichtingen

tussen partijen, dan kan ik daar – in beginsel – volmondig mee instemmen. Problemen ontstaan echter bijvoorbeeld wanneer partijen het niet eens zijn over de toepasselijkheid van bepaalde bedingen, waarvoor de wet schriftelijkheid vereist. Dat was nu juist aan de orde bij de casus die ten grondslag lag aan het arrest van 26 november 2010, waarop ik straks verder zal ingaan.

Verder uiten zij bedenkingen bij het (door auteurs behoedzaam als ‘stelling’ aangeduide) aan het algemene vermogensrecht ontleende criterium dat partijen het over alle essentiële kenmerken eens moeten zijn. Zij werpen in dit verband de vraag op of hiermee niet wordt verwaarloosd dat het de werkverschaffer is die in feite de voorwaarden dicteert en de werker dus in wezen voor een voldongen feit plaatst. In dit verband refereren zij aan de positie die de potentiële werknemer in het arrest van 26 november 2010 innam. In dat arrest ging het om de situatie dat partijen het al eens waren geworden over functie-inhoud, looptijd en salaris, maar, ook na langdurige en veelvuldige onderhandelingen, geen overeenstemming bereikten over de toepasselijkheid van het in een concept-arbeidsovereenkomst opgenomen relatie- en concurrentiebeding. Bovendien was de potentiële werknemer feitelijk al begonnen met het verrichten van arbeid. A-G Keus concludeerde echter tot verwerping van het beroep, omdat de bedoelde bedingen, gelet op de beschreven gang van zaken, tot de wezenlijke aspecten behoren. In dit arrest stuiten we met andere woorden op het probleem dat partijen in zeer grote mate zelf bepalen of een beding tot een wezenlijk aspect van de overeenkomst behoort. Bij de zo-even besproken situatie strijdt het mijns inziens inderdaad met het rechtsgevoel om geen (arbeids)overeenkomst aan te nemen. Niettemin zie ik ook wel in dat een andere conclusie vragen zou doen rijzen waarop niet eenvoudig antwoord gegeven kan worden. Als wel een romp-arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen, betekent dat dan dat de bepalingen in de conceptarbeidsovereenkomst omtrent het concurrentie- en relatiebeding niet van toepassing zijn? Mijns inziens ligt een ander antwoord, gelet op de schriftelijkheidseis, niet voor de hand. Is het dan wel in overeenstemming met het rechtsgevoel via deze weg de toepasselijkheid van een concurrentie- en relatiebeding te kunnen ecarteren? Het is niet eenvoudig op deze vragen een pasklaar antwoord te geven. Bovendien kan worden gewezen op een ander algemeen privaatrechtelijk leerstuk dat wordt toegepast op het afbreken van onderhandelingen van een nog te sluiten (arbeids)overeenkomst, namelijk de Plas/Valburg-jurisprudentie (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723). Denkbaar is dat het afbreken van onderhandelingen tot een schadevergoedingsactie van de werknemer leidt (of een gebod tot verder onderhandelen). Van het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen is sprake als dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is (zie voor het onaanvaardbaarheids criterium HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (Bouwtoezicht/JPO Projecten)). Dat deze toetsingsnorm in

de (arbeidsrechtelijke) jurisprudentie terughoudend wordt toegepast, kan volgens Zondag worden gebillijkt. Naar zijn mening dient de precontractuele toetsing niet zwaarder uit te vallen dan de toetsing van een eventueel ontslag in de proeftijd. Als een werknemer tijdens de proeftijd rechtsgeldig kan worden ontslagen, kan de werkgever op grond van dezelfde reden (bijvoorbeeld, omdat de werknemer bij nader inzien niet goed in de bedrijfscultuur van hard werken en niet zeuren past) ook de in een vergevorderd stadium zijnde onderhandelingen afbreken (noot W.A. Zondag bij Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, *JIN* 2007/2).

Interessant is te vermelden dat eiser in het hier geannoteerde arrest blijkbaar niet tevreden was met de veroordeling van verweerster van € 75.000 schadevergoeding. Het brutomaandsalaris bij zijn vorige dienstbetrekking bedroeg € 5445. In de concept-arbeidsovereenkomst tussen partijen was een proeftijdbeding opgenomen van twee maanden. Over de toepasselijkheid van het beding hebben partijen bij mijn weten niet gediscussieerd. Voortbouwend op de vergelijking van Zondag met de toetsing van een proeftijdontslag, lijkt eiser er in het onderhavige geval niet bekaaid van af te zijn gekomen. De conclusie dat verweerster zich (mogelijk) veel kosten had kunnen besparen als zij de aanwezigheid van een (romp-)arbeidsovereenkomst niet had betwist en deze tijdig had opgezegd met een beroep op het proeftijdbeding is, in verband met de eis van schriftelijkheid van het beding, echter (waarschijnlijk) te voorbarig.

## **6. Tot slot**

Concluderend levert het aannemen van de figuur van de romp-arbeidsovereenkomst enkele lastig te beantwoorden vragen op. Nu de vraag wat een wezenlijk onderdeel van de arbeidsovereenkomst is grotendeels afhangt van (de bedoelingen, verklaringen en gedragingen van) partijen zelf, zal een dergelijke overeenkomst bij het afbreken van onderhandelingen over een bepaald onderwerp (voor de beoogde inwerkingtreding van die overeenkomst) echter niet snel kunnen worden aanvaard.