

Arbeidsrecht

Inlener of werkgever?

Wanneer hebben werkgever en werknemer zich jegens elkaar verbonden? Onlangs besliste de Hoge Raad dat de contractuele uitgangspunten niet zomaar opzij gezet kunnen worden en dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van een inleenverhouding door een arbeidsovereenkomst.

Johan Pel

advocaat te Amsterdam

Aan de inmiddels klassieke vraag wanneer er een arbeidsovereenkomst is (zie Groen/Schoevers, 14 november 1997, *NJ* 1998, 149) kan de vraag vooraf gaan of partijen zich wel jegens elkaar verbonden hebben. Die vraag stond centraal in het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2002 (*JAR* 2002, 100) in de zaak Malhi/ABN-AMRO.

Verdampt

Malhi was begin 1990 in dienst getreden bij een schoonmaakbedrijf (De Gast) en werd als schoonmaker te werk gesteld bij ABN-AMRO. Hij viel toen onder de Schoonmaak-CAO. Na ongeveer een halfjaar was Malhi op initiatief van de ABN-AMRO andere werkzaamheden gaan verrichten en uiteindelijk terechtgekomen op de afdeling kantoormachines met als taak het beheren van het meldpunt en het verhelpen van kleine storingen. Ook op initiatief van ABN-AMRO was zijn salaris (maar niet de secundaire arbeidsvoorwaarden) vanaf 1 november 1993 mede bepaald aan de hand van de Bank-CAO. Per 1 juli 1995 vervielen zijn werkzaamheden bij de bank. Tot dat moment leverde hij wekelijks zijn werkbriefjes in bij De Gast.

Malhi vorderde vervolgens een verklaring voor recht dat met ingang van 1 januari 1991, althans met ingang van enige latere datum, tussen hem en ABN-AMRO een arbeidsovereenkomst was ont-

staan. Kantonrechter en rechtbank honoreerden die vordering, en wel met ingang van 1 november 1993. De rechtbank onderzocht de vordering aan de hand van de klassieke criteria, arbeid, gezag en loon. Met betrekking tot de gezagsverhouding oordeelde de rechtbank dat de zuivere inleenconstructie aan betekenis had ingeboet 'naarmate er daadwerkelijk een gezagsverhouding tussen de bank en Malhi is ontstaan en die tussen De Gast en Malhi op de achtergrond is geraakt'.

Hoewel de betaling van het loon onverminderd via De Gast liep, zag de rechtbank in een aantal specifieke omstandigheden, met name dat Malhi vanaf 1 november 1993 deels overeenkomstig de Bank-CAO werd beloond, reden om te oordelen dat 'De Gast in de onderhavige constructie niet meer dan een administratieve functie vervulde'. Voor de ingangsdatum van de aldus vastgestelde arbeidsovereenkomst werd aangeknoopt bij de hiervoor genoemde datum van 1 november 1993. De oorspronkelijke arbeidsovereenkomst met De Gast was juridisch 'verdampt' ('van ondergeschikt belang geworden', aldus de rechtbank) en had plaats moeten maken voor een arbeidsovereenkomst tussen Malhi en ABN-AMRO, de oorspronkelijke inlener.

Geen geruisloze vervanging

In cassatie komt naar aanleiding van de cassatiemiddelen de vraag aan de orde of partijen zich wel jegens elkaar hebben verbonden. De Hoge Raad overweegt daaraan voorafgaand het volgende: 'Het door de rechtbank toegepaste, aan het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, nr. 16453, m *NJ* 1998, 149, ontleende criterium – hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding – is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst krachtens welke een van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd. Het gaat in deze zaak echter niet om die vraag of de daarmee verwante vraag, of en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten.'

De Hoge Raad onderscheidt uitdrukkelijk:

1. de kwalificatie van een op zichzelf vaststaande overeenkomst op grond waarvan de een voor de ander feitelijk werkzaamheden verricht,
2. de daarmee verwante vraag of, en zo ja wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer de een zonder duidelijke afspraken gaat werken voor de ander, en
3. de vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden.

Bij de hiervoor onder (1) en (2) bedoelde vragen is toepassing van het criterium uit het Groen/Schoevers-arrest op zijn plaats. Bij de beantwoording van de derde vraag is het Haviltex-criterium doorslaggevend. Of partijen zich hebben verbonden 'is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden'.

De Hoge Raad casseerde omdat de rechtbank dit criterium had miskend, dan wel haar oordeel niet toereikend had gemotiveerd. De Hoge Raad overwoog daarbij dat als uitgangspunt moest worden genomen dat Malhi in dienst van De Gast bij ABN-AMRO was begonnen, dat die uitzendovereenkomst nooit was geëindigd, terwijl De Gast evenmin had ingestemd met een overname van haar contractpositie door ABN-AMRO. Hetgeen de rechtbank had overwogen over de gezagsverhouding, was volgens de Hoge Raad net zo goed te verenigen met het voortduren van de inleenverhouding. Sterker nog, volgens de Hoge Raad verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de inleenverhouding door een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad houdt vast aan de contractuele uitgangspunten. Die kunnen niet zomaar opzij worden gezet. Nu de positie van de uitzendkracht wettelijk is verankerd en de CAO('s) voor uitzendkrachten aan langdurige uitzendkrachten in toenemende mate bescherming bieden, is er voor die uitzendkrachten wellicht minder reden hun toevlucht te zoeken tot de inlener, indien deze de uitzendkracht bedankt. In elk geval is het duidelijk dat vorderingen tegen de inlener niet snel gehonoreerd zullen worden.