

Voortzetting van tijdelijke arbeidsovereenkomsten onder tegenspraak

55

Art. 7:668 lid 1 BW regelt de situatie waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 'zonder tegenspraak' (of: stilzwijgend) wordt voortgezet, maar laat ongeregeld de situatie waarin partijen het niet eens zijn geworden over de voortzetting (van een stilzwijgende voortzetting derhalve geen sprake is) en de arbeidsrelatie niettemin feitelijk voortzetten. Sommige schrijvers menen dat de arbeidsovereenkomst (ook) in dat geval geacht moet worden wederom te zijn aangegaan voor de oorspronkelijke periode, doch voor maximaal een jaar. Andere menen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. In onderstaande bijdrage verdedigt de auteur een afwijkend standpunt.

1 Inleiding

Toepassing van art. 7:668 lid 1 BW maakt dat ondanks dat partijen hebben afgesproken dat de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de overeengekomen duur eindigt, deze *niet* ten einde komt maar geacht wordt wederom (stilzwijgend) op dezelfde voorwaarden te zijn aangegaan. Dit is bijzonder, omdat volgens de hoofdregel van algemeen verbintenissenrecht partijen slechts contractueel gebonden kunnen worden op basis van een uitdrukkelijke daartoe strekkende wilsverklaring. Op deze hoofdregel bestaan niettemin al uitzonderingen in het algemeen verbintenissenrecht. Zo kan een enkel doen of nalaten als een wilsverklaring gelden, en een overeenkomst tot stand doen brengen, indien daardoor op grond van de omstandigheden bij de wederpartij het vertrouwen werd gewekt dat de wil op het sluiten van de overeenkomst was gericht (art. 3:35 BW en art. 3:37 lid 1 BW).² Art. 7:668 BW bevestigt deze mogelijkheid voor de situatie waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tegenspraak wordt voortgezet. Van een stilzwijgende voortzetting in de zin van art. 7:668 BW is geen sprake in situaties waarin partijen het niet eens kunnen worden over de toe te passen arbeidsvoorwaarden, maar zij de arbeidsrelatie niettemin voortzetten. De vraag rijst hoe de rechtsverhouding tussen partijen dan gewaardeerd moet worden. Ontstaat een arbeidsovereenkomst? En zo ja, is dit er een voor onbepaalde of bepaalde tijd? Na eerst te hebben stilgestaan bij de betekenis van het begrip 'tegenspraak' ga ik hieronder op deze vragen in.

1. Mr. R.L. van Heusden is advocaat te Rotterdam.

2. Zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene Leer der Overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 97 en 139.

2 Tegenspraak of geen tegenspraak?

2.1 Uitdrukkelijk kenbaar maken

De in art. 7:668 lid 1 BW neergelegde regel gaat terug tot art. 1639f BW (oud), dat in 1907 in de wet werd opgenomen. Uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat de wetgever beoogd heeft de rechtszekerheid van de werknemer te vergroten.³ De werkgever zal, indien hij in het geheel niet verder met de werknemer wil, of wel verder wil maar op andere voorwaarden, dit in de optiek van de wetgever uitdrukkelijk dienen te melden, wil hij bij voortzetting van de arbeidsrelatie niet met ongewenste verplichtingen geconfronteerd worden. De opmerking 'ik weet nog niet of ik wel met je verder wil' zal in dat verband onvoldoende zijn. De mededeling 'ik wil met je verder, maar voor een kortere duur en tegen een lager salaris' zal in beginsel wél als tegenspraak gelden. Dit laatste wordt onder meer bevestigd in HR 19 oktober 2007 (*Emergis*).⁴

In de kwestie die aan dit arrest ten grondslag lag, had de werkgever aan de werknemster geruime tijd voor het einde van de looptijd van de arbeidsovereenkomst kenbaar gemaakt alleen met haar door te willen voor de duur van twee maanden. Vervolgens had hij dit nog eens bevestigd door haar twee weken voor de einddatum een nieuwe arbeidsovereenkomst toe te sturen. De werknemster ondertekende deze arbeidsovereenkomst niet, maar zette haar werkzaamheden wel voort. Vervolgens stelde zij zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst stilzwijgend met een jaar was verlengd. De Hoge Raad verwierp dit standpunt. Volgens de Hoge Raad was van een stilzwijgende verlenging geen sprake nu de werkgever er geen onzekerheid over had laten bestaan de arbeidsovereenkomst slechts voor de duur van twee maanden te willen voortzetten.

De werkgever zal uiteraard wel moeten kunnen bewijzen dat hij bij de werknemer geen onzekerheid heeft laten bestaan over zijn intenties. Dat kon de werkgever niet in de kwestie die ten grondslag lag aan Hof 's-Gravenhage 20 oktober 2006.⁵ In deze zaak had de werknemer op 3 april 2003 een brief ontvangen waarin de werkgever met verwijzing naar een eerder gesprek meldde dat zijn contract, dat liep tot 1 april 2003, voor (slechts) de duur van een project zou worden voortgezet. De werknemer ontkende dat eerder met hem gesproken was en beriep zich

3. Zie A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Deel 4, 's-Gravenhage: Belinfante 1909*, p. 6.

4. HR 19 oktober 2007, *JAR 2007/284*, *NJ 2007, 564 (Emergis)*.

5. Hof 's-Gravenhage 20 oktober 2006, *LJN AZ4152*.

op art. 7:668 BW. Het hof oordeelde dat het aan de werkgever was om te bewijzen dat met de werknemer al was besproken dat de verlenging slechts tijdelijk zou zijn en dat hij daaruit moest begrijpen dat de werkgever geen ongewijzigde voortzetting wenste.

2.2 *Tijdig kenbaar maken*

Een werkgever die geen prijs stelt op een voortzetting van de samenwerking, doet er goed aan de werknemer na het verstrijken van de overeengekomen duur direct de toegang tot de werkplek te ontzeggen. Doet hij dat niet, dan wekt hij daarmee de schijn met de voortzetting van de arbeidsovereenkomst in te stemmen. De Hoge Raad maakte niettemin in 1939 reeds duidelijk dat de werkgever zijn protest ook nog enige tijd ná het moment waarop de werknemer zijn werkzaamheden feitelijk heeft voortgezet, kan laten blijken.⁶ In casu had de werkgever eerst aan het einde van de eerste werkdag te kennen gegeven dat hij de arbeidsrelatie niet wilde bestendigen. Ook Kantonrechter Delft was van mening dat de arbeidsovereenkomst *niet* stilzwijgend verlengd was in de situatie waarin de werkgever de werknemer aan het eind van de eerste werkdag had bericht dat de arbeidsovereenkomst geëindigd was.⁷

De vraag is tot hoe lang na de einddatum de werkgever nog 'aan de bel kan trekken'. Drie dagen was volgens Hof 's-Gravenhage in zijn in par. 2.1 genoemde arrest te lang.⁸ Te lang had ook de werkgever naar het oordeel van Rb. Amsterdam gewacht door op 11 mei 1989 de werknemer te melden dat het op 1 mei 1988 gesloten jaarcontract niet zou worden verlengd.⁹ Eveneens gebonden achtte Kantonrechter Rotterdam de werkgever die een werknemer, die twee 'lange' dagen had doorgewerkt na het aflopen van zijn contract en vervolgens ziek was uitgevallen, eerst na achttien dagen had gemeld dat het dienstverband niet verlengd zou worden.¹⁰

Aangenomen mag worden dat de werkgever redelijkerwijs zo snel mogelijk nadat hem bekend is, of bekend had behoren te zijn, dat de werknemer zijn werk heeft voortgezet, zijn protest kenbaar dient te maken. Dit moment kan afhankelijk van de situatie verschillen. Kan de werkgever al direct bij binnenkomst van de werknemer opmerken dat deze het werk voortzet, dan zal hij hem naar ik meen uiterlijk aan het einde van die eerste dag moeten berichten dat de arbeidsovereenkomst geëindigd is. Werkt de werknemer thuis, of verricht hij zijn werk in grote zelfstandigheid, dan kan het moment waarop de werkgever zijn bezwaar uiterlijk kenbaar moet maken later liggen.¹¹

6. HR 29 december 1939, NJ 1940, 274.

7. Ktr. Delft 11 april 2004, JAR 2004/22.

8. Hof 's-Gravenhage 20 oktober 2006, LJN AZ4152.

9. Rb. Amsterdam 11 november 1992, JAR 1992/129.

10. Ktr. Rotterdam 15 april 1993, JAR 1993/142.

11. Vgl. Ktr. Gouda 4 april 1996, JAR 1996/106 en A.R. Houweling in zijn noot bij HR 19 oktober 2007 (*Emergis*) in JIN 2007/626.

3 **Voortzetting onder tegenspraak; wat is de rechtspositie van partijen?**

3.1 *De werkgever wil in het geheel niet verder*

We zagen hiervoor, dat indien de werkgever in het geheel niet met de werknemer verder wil, van tegenspraak in de zin van art. 7:668 BW ook sprake kan zijn indien de werkgever zijn protest eerst ná de feitelijke voortzetting laat blijken. Hoe moet de rechtspositie van partijen in die doorgaans (zeer) korte periode gedeut worden?

Indien de werknemer op de gebruikelijke wijze arbeid heeft verricht, onder (formeel) gezag van de werkgever, moet naar ik meen aangenomen worden dat de werknemer ook recht op loon heeft en is daarmee voldaan aan alle vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Slechts wanneer de werkgever niet op de hoogte was, of redelijkerwijs behoorde te zijn, van het feit dat de werknemer zijn werkzaamheden voortzette – omdat de werknemer bijvoorbeeld thuis of zeer zelfstandig werkte – kan de werknemer in mijn optiek niet stellen dat hem recht op salaris over de gewerkte uren toekomt. De werknemer mocht er immers in die situatie niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de werkgever ermee instemde dat hij zijn werkzaamheden voor de duur van de feitelijke voortzetting bleef verrichten.

Is aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst voldaan, dan rijst de vraag of deze gezien moet worden als een nieuw contract, of als een verlenging van het bestaande contract. Naar ik meen, is sprake van een nieuw contract voor bepaalde tijd voor de duur waarop de werknemer feitelijk heeft doorgewerkt – een situatie die enigszins vergelijkbaar is met de voor de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet) veel gehanteerde voorovereenkomsten, waarbij eerst bij aanvaarding van een oproep een arbeidsovereenkomst tot stand kwam voor de duur van de oproep (vergelijk in dit verband ook art. 7:628a BW, waarin bevestigd wordt dat ook indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd een arbeidsovereenkomst niettemin kan ontstaan).¹² Uitgaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst zou echter tot de consequentie leiden dat er een nieuwe schakel in de keten van art. 7:668a BW ontstaat en dat de werknemer niet langer gebonden is aan het concurrentiebeding (omdat dit niet schriftelijk werd overeengekomen). Een redelijke wetsuitleg verzet zich naar mijn mening tegen die consequenties.

3.2 *De werkgever wil door onder gewijzigde voorwaarden*

Uit de rechtspraak blijkt dat wanneer de werkgever de werknemer voorafgaande aan het aflopen van het contract een aanbod heeft gedaan om onder gewijzigde voorwaarden verder te gaan, dit gezien kan worden als tegen-

12. Zie hieromtrent G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V*: Bijzondere overeenkomsten; arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 30.

spraak. De werknemer kan in dat geval geen bescherming meer ontlenen aan art. 7:668 BW door het aanbod simpelweg te negeren. Gaat de werknemer na de einddatum weer aan het werk, en verzet de werkgever zich hier niet tegen, dan staat mijns inziens niettemin buiten kijf dat een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen is. Waar partijen de precontractuele fase nog niet verlaten hebben wanneer zij het op voor hen (kenbaar) essentieel zijnde punten van de arbeidsovereenkomst (zoals bijvoorbeeld het concurrentiebeding of de duur van de arbeid) nog niet eens zijn, kunnen zij het ontstaan van een arbeidsovereenkomst niet voorkomen wanneer zij aan een dergelijke overeenkomst feitelijk uitvoering geven.¹³ De vraag rest dan wat de inhoud van die overeenkomst is. Dit is een kwestie van uitleg (c.q. van aanvulling op de voet van art. 6:248 lid 1 BW), waarbij aan de hand van de omstandigheden van ieder concreet geval beoordeeld zal moeten worden welke betekenis gehecht dient te worden aan de verklaringen/gedragingen van partijen en welke rechtsgevolgen daardoor in het leven geroepen zijn. Deze uitleg geschiedt mede aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Oneens ben ik het dan ook met Naber en De Wolff, die van mening zijn dat in situaties waarin sprake is van tegenspraak, en de arbeidsovereenkomst niettemin wordt voortgezet, (altijd) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat¹⁵, en met Van der Horst en Kronenburg-Willems, die stellen dat de arbeidsovereenkomst (altijd) geacht moet worden voor bepaalde tijd, namelijk voor de oorspronkelijke periode, doch voor maximaal een jaar, te zijn voortgezet.¹⁶ Oneens ben ik het ook met Hof Amsterdam 27 september 2007.¹⁷ Volgens het hof was er in deze zaak geen arbeidsovereenkomst ontstaan, omdat partijen nog geen consensus hadden bereikt over de duur van de voortzetting. De wederzijdse verplichtingen waren volgens het hof op het moment van het definitief mislukken van de onderhandelingen geëindigd.¹⁸ Klaarblijkelijk oneens met genoemde schrijvers en met genoemd hof is ook P-G De Vries Lentsch-Kostense. Zij

schrijft in haar conclusie bij het *Emergis*-arrest het volgende:

In een zodanig geval kan – overeenkomstig de algemene regels voor de totstandkoming van een (voortgezette) arbeidsovereenkomst (...) – ook in de gedragingen van de werknemer na afloop van de overeenkomst voor bepaalde tijd, een aanvaarding van het bij de hier bedoelde tegenspraak gedane aanbod van de werkgever besloten liggen.

Volgens De Vries Lentsch-Kostense had de werknemster door het werk voort te zetten bij de werkgever dus het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat zij met diens voorstel had ingestemd. Ik kan mij hierin vinden indien de werknemster op geen enkele wijze haar bezwaren had laten blijken. Anders dan bijvoorbeeld geldt voor situaties waarin de werkgever de werknemer vraagt met een beëindigingsregeling akkoord te gaan, is het als het gaat om het aangaan van een nieuw contract. Dan is er geen duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer vereist en rust op de werkgever evenmin een verzwaarde onderzoeksplicht.¹⁹

De zaken kunnen naar ik meen echter anders komen te liggen wanneer een werknemer uitdrukkelijk heeft aangegeven op andere voorwaarden verder te willen. Niet helemaal duidelijk is of dat in *Emergis* aan de orde was. Door de werknemster werd gesteld dat zij wel degelijk de werkgever in eerdere gesprekken te kennen had gegeven voortzetting voor onbepaalde tijd te wensen. Ook stelde zij een mondeling voorstel van de werkgever tot verlenging voor twee maanden op die grond expliciet te hebben afgeslagen. Indien aangenomen zou moeten worden dat dit alles juist is, dan zou men in het feit dat de werknemster een later door de werkgever ter ondertekening toegezonden arbeidsovereenkomst niet ondertekende (juist) ook als een omstandigheid kunnen aanmerken die pleit tegen de stelling dat bij de werkgever het gerechtvaardigde vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst werd opgewekt. Dit vond ook het Hof Amsterdam in een geval waarin partijen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst afspraken hadden gemaakt over de duur van een eventuele eerste en tweede verlenging, de werkgever van die afspraken wilde afwijken en de werknemster een brief ter ondertekening had voorgelegd. Volgens het hof had het op de weg van de werkgever gelegen om, na de door werknemer geuite bezwaren, van haar een uitdrukkelijke schriftelijke bevestiging te verkrijgen dat zij met de gewijzigde verlengingstermijn akkoord was.²⁰

In dit arrest vielen partijen terug op de gemaakte afspraken over de duur van de verlenging. Maar wat als daarop niet teruggevallen kan worden?

13. Zie R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006, p. 57.

14. Zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene Leer der Overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 280.

15. H. Naber, 'Problemen rond de dienstbetrekking voor bepaalde tijd', Deventer: Kluwer 1983, p. 72 en D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1999, p. 173. Zie in dezelfde zin ook J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht (Deel 1)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 182.

16. C.G. van der Horst & E.J. Kronenburg-Willems, *Aspecten van flexibele arbeidsvormen*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 68.

17. Hof Amsterdam 27 september 2007, RAR 2008, 39.

18. Zie in kritische zin ook D.J.B. de Wolff, 'De bescherming van de werknemer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', SR 2008, 39.

19. Vgl. A.M. Luttmer-Kat, 'Art. 7:667, Aant. 18', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, Deventer: Kluwer.

20. Hof Amsterdam 26 juli 2007, RAR 2008, 16.

Met betrekking tot de werkgever kan gesteld worden dat nu hij tijdens de onderhandelingen heeft aangeboden de werknemer voor een zekere duur – laten we zeggen twee maanden – in dienst te houden, en hij de werknemer niet belet heeft om het werk voort te zetten, in elk geval uit het goed werkgeverschap (de contractuele redelijkheid en billijkheid), voortvloeit dat hij hierop niet terug komt. De werknemer mag er in die situatie met andere woorden op rekenen dat de werkgever hem voor ten minste twee maanden in dienst zal willen houden. Geldt dit ook andersom? Of moet geconcludeerd worden dat nu de werknemer (kenbaar) voor een langere duur wilde blijven, en hieromtrent van de werkgever geen toezegging kreeg, hij zonder verdere consequenties op elk gewenst moment ‘de stekker eruit kan trekken’? Dit lijkt mij een onaanvaardbare uitkomst. Nu de werknemer tóch is doorgegaan, ondanks dat de werkgever niet is ingegaan op zijn wens wat de duur van de arbeidsovereenkomst betreft, vloeit uit de redelijkheid en billijkheid mijns inziens voort dat de werknemer geacht moet worden zich voor ten minste de door de werkgever aangeboden twee maanden te hebben verbonden, en dat aldus een arbeidsovereenkomst voor de duur van twee maanden tot stand gekomen is. Ik zeg niet dat daarmee het voorstel van de werkgever geacht moet worden integraal te zijn overeengekomen. Een redelijke uitleg (c.q. aanvulling op de voet van art. 6:248 BW) kan op andere elementen, zoals het salaris, tot andere uitkomsten leiden, terwijl een concurrentiebeding met het oog op het schriftelijkheidsvereiste in beginsel geen gelding zal hebben. Voor wat betreft de duur van de overeenkomst zou de situatie overigens nog anders kunnen liggen indien de

werknemer bijvoorbeeld had gezegd: ‘Ik kom weliswaar werken, maar wil binnen een week de toezegging dat ik tien maanden kan blijven’, in welk geval partijen in mijn optiek bij voortzetting ten minste een week aan elkaar gebonden zouden zijn.

4 Conclusie

Art. 7:668 lid 1 BW regelt de situatie waarin de arbeidsovereenkomst *zonder* tegenspraak wordt voortgezet, maar zwijgt over hetgeen tussen partijen heeft te gelden wanneer sprake is van voortzetting *onder* tegenspraak.

In het bovenstaande heb ik verdedigd dat wanneer de werkgever in het geheel niet meer met de werknemer verder wil, en dit na de voortzetting nog tijdig genoeg aangeeft om van tegenspraak in de zin van art. 7:668 BW te kunnen spreken, weliswaar strikt genomen een nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat voor de duur van de voortzetting, doch een redelijke wetsuitleg met zich brengt dat deze overeenkomst niet geldt als een nieuwe schakel in de keten van art. 7:668a BW en dat de werknemer onverminderd aan een eventueel concurrentiebeding gebonden blijft.

Willen partijen wel met elkaar verder, maar verschillen zij (kenbaar) van mening over de voorwaarden waaronder, dan zal naar mijn mening bij voortzetting een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komen waarvan de inhoud door uitleg c.q. aanvulling bepaald zal moeten worden. Deze overeenkomst zal hebben te gelden als een nieuwe schakel in de keten in de zin van art. 7:668a BW, doch een eventueel concurrentiebeding zal van die arbeidsovereenkomst in beginsel geen onderdeel kunnen uitmaken.