



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2003-12-12

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2004). Annotation: Hoge Raad 2003-12-12. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1110-1124. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14581>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14581>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 139

HOGE RAAD

12 december 2003, nr. C02/226HR

(Mrs. P. Neleman, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, F.B. Bakels; A-G Timmerman; m.nt. GHvV)

RvdW 2003, 195

JOL 2003, 657

Beëindiging voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd; vereiste voorafgaande opzegging; oud recht; afwijking bij CAO; vereiste van toestemming RDA op straffe nietigheid opzegging. Instellen incidenteel beroep vereist?: door grieven in principaal beroep ontsloten gebied.

Ingevolge de in deze zaak toepasselijke artt. 7:667 en 7:668 BW zoals deze golden tot 1 januari 1999, geldt dat wanneer een voor een bepaalde tijd aangegane overeenkomst eenmaal is voortgezet, deze niet (meer) van rechtswege eindigt maar dat voor haar beëindiging steeds voorafgaande opzegging nodig is; van het opzeggingsvereiste kan ingevolge lid 5 van art. 7:668 BW slechts worden afgeweken bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan; daarvan is in casu geen sprake, zodat onder het regime van de onderhavige CAO geldt dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die nadien is voortgezet, steeds opzegging is vereist. O.g.v. het bepaalde in art. 6 en 9 BBA waarvan bij CAO niet kan worden afgeweken, is voor iedere opzegging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande toestemming van de RDA nodig, bij gebreke waarvan de nietigheid van die opzegging kan worden ingeroepen.

Nu de kantonrechter in zijn eindvonnis in het dictum het meer of anders gevorderde uitdrukkelijk had afgewezen en het door de werkgever ingestelde hoger beroep uitsluitend de toewijsbaarheid van de loonvordering aan de orde stelde, had de werknemer incidenteel hoger beroep moeten instellen indien hij de afwijzing van de wettelijke verhoging in het hoger beroep opnieuw aan de orde wenste te stellen.

Werkgever en werknemer hebben hun arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het verstrijken van

de bepaalde tijd voortgezet. De werknemer is arbeidsongeschikt geworden. De werkgever heeft, tijdens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, de arbeidsovereenkomst opgezegd. Aan deze opzegging heeft hij werkvermindering ten grondslag gelegd. Ingeval van werkvermindering gelden op grond van de toepasselijke CAO van de regels van het BW afwijkende regels voor wat betreft opzegging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tijdens arbeidsongeschiktheid. De werknemer roept de nietigheid van het ontslag in wegens het ontbreken van toestemming van de RDA en vordert doorbetaling van loon. De rechtbank heeft de gevorderde loonbetaling toegewezen tot de dag waarop volgens de rechtbank de arbeidsovereenkomst was geëindigd doordat de werknemer weer arbeidsgeschikt was verklaard, daartoe overwegende dat ten tijde van de opzegging sprake was van een na ommekeer van de eerste arbeidsovereenkomst telkens voor bepaalde tijd verlengde arbeidsovereenkomst, die in verband met het bepaalde in de CAO wegens het ontbreken van werk op het object waar de werknemer voor de aanvang van de arbeidsongeschiktheid werkzaam was, kon worden opgezegd. In cassatie betoogt de werknemer dat een bepaling van de CAO het dwingendrechtelijk karakter van art. 6 BBA niet kan opzietten, zodat ook in de door de rechtbank gevolgde benadering, die erop neerkomt dat sprake is van een (stilzwijgend) voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, op de voet van art. 6 BBA voorafgaande toestemming nodig was van de RDA. De rechtbank heeft geen wettelijke verhoging toegewezen omdat met betrekking tot de in eerste aanleg gevorderde en afgewezen wettelijke verhoging door de werknemer geen incidenteel hoger beroep is ingesteld. Ook hiertegen richt de werknemer in cassatie een klacht.

In deze zaak zijn toepasselijk de art. 7:667 en 7:668 BW, zoals deze golden tot 1 januari 1999. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (stilzwijgend) wordt voortgezet, wordt de voortgezette arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:668 lid 1 (oud) BW geacht te zijn aangegaan op dezelfde voorwaarden en voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar. Is een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst eenmaal voortgezet, dan geldt op grond van art. 7:668 lid 3 (oud) dat deze niet (meer) van rechtswege eindigt, maar dat voor haar beëindiging steeds voorafgaande opzegging nodig is. Met dit opzeggingsvereiste heeft de wetgever willen voorkomen dat door het aangaan en telkens verlengen van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde, korte tijdsduur, de bepalingen omtrent de opzegtermijnen bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden kunnen worden ontgaan. Van het opzeggingsvereiste van art. 668 lid 3 (oud) kan ingevolge lid 5 van dat artikel slechts bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiek-rechtelijk orgaan worden afgeweken. Van dit laatste is geen sprake en uit de onderhavige, algemeen verbindend verklaarde CAO blijkt dat daarin geen afwijking van het opzeggingsvereiste is opgenomen. Ook onder het regime van deze CAO geldt derhalve dat voor de beëindiging van een

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die nadien is voortgezet, opzegging is vereist. Daarbij doet niet terzake of het gaat om een voortzetting voor bepaalde tijd (hetzij stilzwijgend ingevolge art. 7:668 lid 1 (oud), hetzij uitdrukkelijk) dan wel om een voortzetting voor onbepaalde tijd. Ingevolge art. 7:669 (oud) BW is voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd steeds opzegging vereist. Op grond van het bepaalde in art. 6 en 9 BBA, waarvan bij CAO niet kan worden afgeweken, is voor iedere opzegging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande toestemming van de RDA nodig, bij gebreke waarvan de nietigheid van die opzegging kan worden ingeroepen.

Nu de kantonrechter in zijn eindvonnis, na te hebben overwogen dat de gevorderde wettelijke verhoging in verband met de bijzondere omstandigheden van deze zaak op nihil zal worden bepaald, in het dictum het meer of anders gevorderde uitdrukkelijk had afgewezen, en het door werkgever ingestelde hoger beroep uitsluitend de toewijsbaarheid van de loonvordering aan de orde stelde, had de werknemer incidenteel hoger beroep moeten instellen indien hij de afwijzing van de wettelijke verhoging in het hoger beroep opnieuw aan de orde wenste te stellen. De tussen de loonvordering en de wettelijke verhoging bestaande samenhang doet daaraan niet af, nu de wettelijke verhoging in eerste aanleg in het dictum geheel was afgewezen.

(BBA art. 6, 9; BW art. 7:667 (oud), 668 (oud))

E. E. van Duiven, te Almelo, eiser tot cassatie, adv. mr. A.J. Swelheim,
tegen
F. Boks, handelende onder de naam Voegersbedrijf Frits Boks, te Almelo, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Rechtbank:

Over het recht:

1. Voorzover van belang voor de berechting van dit geschil staat het navolgende tussen partijen vast.

Van Duiven is op 9 juni 1997 bij Boks in dienst getreden als leerling-voeger. Tussen partijen is terzake een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van twee maanden gesloten, waarop van toepassing is de algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Bouwbedrijf.

Het inkomen van Van Duiven bedroeg laatstelijk f 692,17 bruto per week.

Van Duiven heeft zich op 17 september 1997 ziek gemeld en sindsdien heeft hij feitelijk voor Boks geen werkzaamheden meer verricht. Hij is op 22 april 1998 hersteld verklaard, maar heeft eerst per 22 april 1999 ander werk gevonden.

2. Op of rond 5 december 1997 heeft Boks de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 19 december 1997. Terzake is door Boks een zogeheten

* Zie ook NJB 2004, p. 133; red.

formulier Werkloosheidswet Werkgeversverklaring opgemaakt en toegezonden aan de uitkerende instantie, het Sociaal Fonds Bouwnijverheid.

Aan de opzegging heeft Boks werkvermindering als reden ten grondslag gelegd.

De kantonprocedure

3. Door Van Duiven is tijdig de nietigheid van dit ontslag ingeroepen bij gebreke van – kortgezegd – instemming van hem met dat ontslag en omdat geen ontslagvergunning van de RDA is verzocht en gekregen. Van Duiven betwist voorts dat er in december 1997 sprake zou zijn geweest van werkvermindering bij Boks. Bovendien zou hij in strijd met de wettelijke bepalingen zijn ontslagen tijdens ziekte.

In de procedure vordert Van Duiven loon- doorbetaling vanaf 19 december 1997 met wettelijke verhoging, wettelijke rente en buitengerechtelijke incassokosten. Een vordering tot wedertewerkstelling is naderhand ingetrokken.

4. Naar het oordeel van de kantonrechter behoort volgens de toepasselijke CAO-bepaling een (nadere) overeenkomst voor bepaalde tijd schriftelijk te zijn vastgelegd en waar in casu vaststaat dat een dergelijke nadere overeenkomst niet schriftelijk is vastgelegd, en evenmin door Boks bewezen is dat een andere afspraak voor een project was gemaakt, is er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 9 augustus 1977.

Diensvolgens heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 28 juni 2001 Boks veroordeeld tot loon- doorbetaling cum annexis aan Van Duiven over de periode 19 december 1997 tot 22 april 1999, met ingang van welke datum Van Duiven weer ander werk heeft gevonden.

De grieven

5. De eerste twee grieven van Boks, die de rechtbank – voorzover deze al niet gelijkluidend zijn – gezamenlijk zal behandelen, richten zich tegen het oordeel van de kantonrechter, dat ook verlenging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten, ingevolge de CAO-bepaling schriftelijk dient te geschieden.

6. De letterlijke tekst van artikel 6 lid 2 CAO luidt:

‘Een arbeidsovereenkomst wordt geacht aange- gaan te zijn voor onbepaalde tijd tenzij deze schriftelijk is overeengekomen voor bepaalde tijd met gebruikmaking van een bij deze CAO behorend formulier.’

Met Boks is de rechtbank van oordeel dat deze bepaling en met name de daarin gestelde eis van geschrift, ziet op het sluiten van een overeen- komst voor bepaalde tijd, niet op een ingevolge wetsbepaling plaatsvindende stilzwijgende verlen- ging nadien.

In de CAO-bepaling zelf is geen uitsluiting van of verwijzing naar die in artikel 7:688 Burgerlijk Wetboek geregelde “automatische” stilzwijgende verlenging te lezen.

Bij gebreke van (meer) uitdrukkelijke uitslui-

ting van het wettelijk verlengings-automatisme acht de rechtbank dit in casu van toepassing met als gevolg dat ook na 9 augustus 1997 de arbeidsovereenkomst steeds voor de bepaalde tijd van twee maanden is voortgezet.

Mitsdien zijn de eerste twee grieven van Boks gegrond.

7. Zulks houdt in dat, toen Boks de arbeidsover- eenkomst op 5 december tegen 19 december 1997 opzegde, een verder verlengde arbeidsovereen- komst tot 9 februari 1998 aan de orde was.

Van Duiven heeft zich niet beroepen op het door Boks niet in acht nemen van de juiste termijn van opzegging, maar de nietigheid van die opzegging ingeroepen bij gebreke van ontslagver- gunning van de RDA, betwisting van de als ontslaggrond geformuleerde werkvermindering en ontslag tijdens ziekte.

8. Naar het oordeel van de rechtbank is voor beoordeling daarvan artikel 10 lid 7 sub a CAO van belang:

‘In afwijking van artikel 7:670 lid 3 BW (geen opzegging bij arbeidsongeschiktheid tenzij 2 jaar ongeschikt) kan de werkgever de dienst- betrekking wel opzeggen, met inachtneming van de krachtens dit artikel vigerende op- zegtermijnen, als er tijdens bedoelde onge- schiktheid geen werk voor betreffende werk- nemer meer voor handen is. Het betreft hier werk op het object waar de werknemer voor de aanvang van de arbeidsongeschiktheid werkzaamheden heeft verricht.

Een dienstbetrekking die aldus is opgezegd eindigt echter niet als de werknemer op de laatste dag van de opzegtermijn arbeidsonge- schikt is in de zin van artikel 7:670 lid 3 BW. In dat geval eindigt de dienstbetrekking als de werknemer arbeidsgeschikt is in de zin van artikel 7:670 lid 3 BW.

De dienstbetrekking eindigt in ieder geval wanneer de arbeidsongeschiktheid twee jaar heeft geduurd.

In het geval het hierbij gaat om opzegging van een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd is echter toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening vereist.’

9. Op het moment dat Van Duiven arbeidsonge- schikt in de zin van dit CAO-artikel werd – 17 september 1997 –, was hij werkzaam op het werk te Apeldoorn en tussen partijen staat vast, dat dit werk op 19 december 1997 was afgelopen.

Mitsdien eindigde de arbeidsovereenkomst op de laatste dag, waarop Van Duiven arbeidsonge- schikt was – 21 april 1998 –, waar Van Duiven ingaande 22 april 1998 weer arbeidsgeschikt is verklaard.

Tot diezelfde conclusie kwam de kantonrechter in overweging (7) van zijn vonnis van 7 december 2000, welke overweging in hoger beroep niet is bestreden en mitsdien tussen partijen vaststaat.

10. Dit houdt in dat de derde grief van Boks tegen de veroordeling tot loon- doorbetaling cum annexis deels gegrond is, met name voorzover betreffend de periode na 21 april 1998. De

veroordeling tot het doorbetalen van het loon vanaf 19 december 1997 tot en met 21 april 1998 blijft echter in stand.

11. Waar de grieven van Boks zich tot deze punten beperken en zijdens Van Duiven niet (incidenteel) is geappelleerd tegen de door de kantonrechter uitgesproken nihilstelling van de wettelijke verhoging en afwijzing van de gevorderde buitengerechtigde incassokosten, volstaat de rechtbank met vernietiging van de beroepen vonnissen en toewijzing van het loon over laatstgenoemde periode met wettelijke rente.

12. Nu partijen beiden gedeeltelijk in het (on)gelijk zijn gesteld, ziet de rechtbank aanleiding de proceskosten, zowel die van eerste aanleg als hoger beroep, te compenseren.
(enz.)

Cassatiemiddelen:

Schending van het recht dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in rov.'en 6., 9. en 11. van het vonnis waarvan beroep is weergegeven, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum van dat vonnis aangeduid; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Algemeen; inleiding

Van Duiven is op 9 juni 1997 voor de bepaalde tijd van twee maanden bij Boks in dienst getreden als leerling-voeger. Een afschrift van de arbeidsovereenkomst is aangehecht aan het procesverbaal van de inlichtingencomparitie die in eerste aanleg op 14 september 2000 heeft plaatsgevonden. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is op en na (de einddatum van) 9 augustus 1997 voortgezet. Boks heeft de arbeidsovereenkomst op of rond 5 december 1997 opgezegd tegen 19 december 1997. Ten tijde van de opzegging was Van Duiven (sinds 17 september 1997) ziek; hij is dat tot 22 april 1998 gebleven.

Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Bouwbedrijf 1997/1998 ("de CAO") van toepassing. Bepalingen van de CAO zijn onder meer in de periode van 10 april tot en met 31 december 1998 algemeen verbindend verklaard geweest. Deze vormen derhalve recht in de zin van art. 79 R.O.

Tussen Van Duiven en Boks is in cassatie in de kern in geschil (1) of de voortzetting van de arbeidsovereenkomst op en na 9 augustus 1997 er één, zoals Boks heeft gesteld, voor bepaalde of, zoals Van Duiven heeft gesteld, voor onbepaalde tijd is geweest en, in samenhang daarmee, (2) of de arbeidsovereenkomst tussen partijen, gelet op het bepaalde in art. 10, lid 7 onder a van de CAO, op (de datum van herstel van Van Duiven op) 22 april 1998 rechtsgeldig is geëindigd, hoewel voor de opzegging toestemming van (wat toen heette)

de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening ontbrak.

In zijn eindvonnis van 28 juni 2001 heeft de Kantonrechter te Almelo die eerste vraag in die laatste zin – de voortzetting was er één voor onbepaalde tijd – beantwoord en die tweede ontkennend. Hij heeft de door Van Duiven ingestelde loonvordering toegewezen tot 22 april 1999, de dag waarop Van Duiven naar eigen zeggen weer werk had gevonden.

In het vonnis waarvan beroep heeft de Rechtbank, op het door Boks tegen (onder meer) het eindvonnis van de Kantonrechter ingestelde hoger beroep, die eerste vraag in die eerste zin – de voortzetting was er één voor bepaalde tijd – beantwoord en die tweede bevestigend. Daartoe heeft zij – samengevat en voor zover in cassatie van belang – het volgende overwogen.

(a) De in art. 6, lid 2 van de CAO genoemde schriftelijkheidseis ziet uitsluitend op het sluiten van een overeenkomst voor bepaalde tijd, niet op de stilzwijgende verlenging(en) van die overeenkomst. Dergelijke verlengingen zijn in de CAO niet uitgesloten, reden waarom de arbeidsovereenkomst op en na 9 augustus 1997 geacht moet worden steeds voor de bepaalde tijd van twee maanden te zijn voortgezet (rov. 6).

(b) Nu het werk te Apeldoorn op 19 december 1997 was afgelopen, eindigde de arbeidsovereenkomst tussen partijen, op de voet van het bepaalde in art. 10, lid 7 onder a van de CAO, op 21 april 1998, de laatste dag waarop Van Duiven arbeidsongeschikt was (rov. 9).

(c) Tot diezelfde conclusie kwam de Kantonrechter in rov. 7. van zijn tussenvonnis van 7 december 2000, welke rechtsoverweging in hoger beroep niet is bestreden en daarom tussen partijen vaststaat (rov. 9).

(d) Nu zijdens Van Duiven niet (incidenteel) is geappelleerd tegen de door de Kantonrechter uitgesproken nihilstelling van de wettelijke verhoging, wordt volstaan met vernietiging van de beroepen vonnissen en toewijzing van het loon over de periode van 19 december 1997 tot en met 21 april 1998 met wettelijke rente (rov. 11).

Middel I

Onderdeel 1

Primair geldt dat de Rechtbank blijkens haar met (a) en (b) aangeduide beslissingen heeft miskend dat de bewoordingen van artt. 6 en 10 van de CAO, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO, duidelijk maken dat de CAO slechts één (eerste) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toestaat en dat een voortzetting van een dergelijke overeenkomst er derhalve steeds één voor onbepaalde tijd is. Het met (a) aangeduide oordeel van de Rechtbank dat de op en na 9 augustus 1997 voortgezette arbeidsovereenkomst er één voor bepaalde tijd was, is dan ook rechtens onjuist. Eveneens is (reeds om die reden) rechtens onjuist het met (b) aangeduide, impliciete oordeel van de Rechtbank dat voor de opzegging van de

voortgezette arbeidsovereenkomst geen toestemming van de RDA vereist was.

Zou het voorgaande al anders zijn, dan geldt subsidiair dat de met (a) aangeduide beslissing van de Rechtbank rechtens onjuist is, nu, blijkens de bewoordingen van die bepaling, ook voor voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd de schriftelijkheidseis van art. 6, lid 2 van de CAO geldt en tussen partijen vaststaat dat zij de voortgezette arbeidsovereenkomst niet schriftelijk hebben vastgelegd.

Onderdeel 2

Zouden de primaire en de subsidiaire klacht van onderdeel 1 ongegrond worden bevonden, dan is de met (b) aangeduide beslissing van de Rechtbank ook daarom rechtens onjuist, omdat de Rechtbank heeft miskend dat een bepaling als art. 10, lid 7 onder a van de CAO – zoals Van Duiven op p. 6 van de memorie van antwoord heeft aangegeven – het dwingend-rechtelijke art. 6 BBA 1945 niet kan opzijzetten, zodat ook voor de opzegging van de (in die benadering) voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de voorafgaande toestemming van de RDA vereist was. Het, met (b) aangeduide, impliciet oordeel van de Rechtbank dat dat anders was en dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigde op de laatste dag waarop Van Duiven arbeidsongeschikt was, is dan ook rechtens onjuist.

Onderdeel 3

De met (c) aangeduide beslissing van de Rechtbank is rechtens onjuist voor zover daarin tot uitgangspunt wordt genomen dat Van Duiven incidenteel had moeten appelleren om zijn bezwaren tegen het door de Kantonrechter in rov. 7 van zijn tussenvonnissen van 7 december 2000 overwogene onder de aandacht van de Rechtbank te brengen. Nu de Kantonrechter de door Van Duiven ingestelde loonvordering heeft toegewezen tot 22 april 1999, en niet slechts tot 22 april 1998, behoeft Van Duiven zijn bezwaren tegen het door de Kantonrechter in rov. 7 van zijn bedoelde tussenvonnissen overwogene – aan welke overweging de Kantonrechter overigens niet is toegekomen, nu Boks niet was geslaagd in het leveren van het aan hem opgedragen bewijs – niet in de vorm van een incidenteel appèl te gieten.

Zou de Rechtbank het voorgaande niet hebben miskend, dan is haar met (c) aangeduide beslissing onbegrijpelijk. Van Duiven heeft immers bij memorie van antwoord op p. 2, onder 3., 3^e alinea, p. 3 onder 5., p. 4 onder 6., 2^e en 3^e alinea en p. 6, 2^e alinea gedetailleerd aangegeven dat ook indien op en na 9 augustus 1997 sprake zou zijn geweest van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze arbeidsovereenkomst niet op 22 april 1998 is geëindigd, omdat – bij gebreke van toestemming van de RDA – geen geldige opzegging had plaatsgevonden.

Middel II

De met (d) aangeduide beslissing van de Rechtbank is rechtens onjuist, nu zij heeft miskend dat zij, toen zij tot een andere beslissing kwam dan de Kantonrechter met betrekking tot de omvang van de toewijsbare loonvordering, tevens opnieuw diende te beslissen over (al dan niet matiging van) de daarover verschuldigde wettelijke verhoging; de Rechtbank heeft de samenhang tussen die beide beslissingen miskend.

Aangezien de door de Rechtbank in rov. en 7., 10., en 12. en in het dictum van het vonnis waarvan beroep gegeven beslissingen voortbouwen op haar hiervoor aangeduide beslissingen, volgt uit het voorgaande tevens waarom die rechtsoverwegingen bij gegrondbevinding van één of meer van de hiervoor geformuleerde klachten evenmin in stand kunnen blijven.

Conclusie A-G mr. Timmerman:

Inleiding

Eiser tot cassatie (Van Duiven) is bij verweerder in cassatie (Boks) in dienst getreden voor bepaalde tijd. Na het verstrijken hiervan is het dienstverband voortgezet. Onduidelijk is echter hoe: stilzwijgend voor dezelfde duur, voor de duur van een project of voor onbepaalde tijd. Op enig moment heeft Boks – tijdens ziekte van Van Duiven – de voortgezette arbeidsovereenkomst opgezegd. Inzet van de onderhavige procedure is de vraag of de arbeidsovereenkomst daarmee rechtsgeldig is beëindigd of dat deze heeft voortgeduurd tot 22 april 1999, de dag waarop Van Duiven elders in dienst is getreden. Partijen doen daarbij een beroep op een tweetal bepalingen in de toepasselijke CAO. Na uitlegging van deze bepalingen heeft de rechtbank deze vraag in het voordeel van Boks beantwoord. Tegen dit oordeel richten zich de middelen.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende:

(a) Van Duiven is op 9 juni 1997 voor de duur van twee maanden bij Boks in dienst getreden als leerling-voeger, tegen een salaris van – laatstelijk – f 692,17 bruto per week. Partijen hebben deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd schriftelijk vastgelegd.¹

(b) Op deze arbeidsovereenkomst is de algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Bouwbedrijf (verder te noemen de CAO) van toepassing. De artikelen 6 en 10 van de CAO bepalen onder meer het volgende² :

'Artikel 6. Algemene verplichtingen van de werkgevers en van de werknemers
[...]

1 De schriftelijke arbeidsovereenkomst is aangehecht aan het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 14 september 2000.

2 De advocaat van Van Duiven heeft in cassatie een exemplaar van deze CAO in het geding gebracht.

2. Een arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd tenzij deze schriftelijk is overeengekomen voor bepaalde tijd met gebruikmaking van een bij deze CAO behorend formulier.³

[...]

Artikel 10. Einde der arbeidsverhouding

1. Ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsverhouding zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing met inachtneming van het hetgeen in de navolgende leden van dit artikel is bepaald.

[...]

7.a. In afwijking van artikel 7:670 lid 3 BW, kan de werkgever de dienstbetrekking wel opzeggen, met inachtneming van de krachtens dit artikel vigerende opzegtermijnen, als er tijdens de bedoelde ongeschiktheid geen werk voor de betreffende werknemer meer voorhanden is. Het betreft hier werk op het object waar de werknemer voor de aanvang van de arbeidsongeschiktheid werkzaamheden heeft verricht.

Een dienstbetrekking die aldus is opgezegd, eindigt echter niet als de werknemer op de laatste dag van de opzegtermijn arbeidsongeschikt is in de zin van art. 7:670 lid 3 BW. In dat geval eindigt de dienstbetrekking als de werknemer arbeidsgeschikt is in de zin van art. 6:670 lid 3 BW. De dienstbetrekking eindigt in ieder geval wanneer de arbeidsongeschiktheid 2 jaar heeft geduurd.

In het geval het hierbij gaat om opzegging van een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd is echter toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening vereist.

b. [...]

[...]

(c) Na het verstrijken van de bepaalde tijd op 9 augustus 1997 hebben partijen de arbeidsovereenkomst voortgezet. Omtrent deze voortzetting hebben zij niets schriftelijk vastgelegd.

(d) Op of rond 5 december 1997 heeft Boks de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 19 december 1997. Aan deze opzegging heeft Boks werkvermindering ten grondslag gelegd. In verband hiermee heeft Boks een zogeheten formulier Werkloosheidswet Werkgeversverklaring ingevuld en toegezonden aan de uitvoerende instantie, het Sociaal Fonds Bouwnijverheid (SFB).⁴ Genoemd formulier vermeldt als reden voor het ontslag "totale werkinkrimping".

(e) Op het moment van de opzegging was Van Duiven – sinds 17 september 1997 – arbeidsgeschikt. Op 22 april 1998 is hij hersteld verklaard. Vanaf zijn ziekmelding op 17 september 1997 heeft Van Duiven feitelijk geen werkzaamheden meer voor Boks verricht. Op 22 april 1999 heeft Van Duiven ander werk gevonden.

(f) (De gemachtigde van) Van Duiven heeft bij brief van 13 januari 1998 geprotesteerd tegen de door Boks gebezigde opzeggingsgrond en daarnaast gewezen op het feit dat Boks heeft opgezegd tijdens ziekte. Voorts is in deze brief

tijdig de nietigheid van het ontslag ingeroepen wegens het ontbreken van toestemming van de RDA.⁵

1.2. Tegen deze achtergrond heeft Van Duiven Boks op 22 december 1998⁶ gedagvaard voor de kantonrechter te Almelo. Zakelijk weergegeven heeft hij na vermindering van eis gevorderd:

(1) een verklaring voor recht dat het hem gegeven ontslag nietig is;

(2) veroordeling van Boks tot:

* betaling van loon c.a. vanaf 19 december 1997 tot 22 december 1999, de datum waarop hij een nieuwe betrekking heeft aanvaard;

* betaling van de wettelijke verhoging van 50% ex art. 7:625 BW over dit loon wegens de niet-tijdige betaling daarvan;

* vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten en

* vergoeding van de wettelijke rente over de diverse bedragen.

1.3. Boks heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zoals in de inleiding al werd vermeld, heeft het daaropvolgende partijdebat in eerste aanleg zich vervolgens toegespitst op twee geschilpunten:

(1) In de eerste plaats is tussen partijen in geschil of de voortzetting van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na 9 augustus 1997 er één voor onbepaalde tijd is geweest of één voor bepaalde tijd.

Volgens Van Duiven was sprake van een voortzetting voor onbepaalde tijd. Boks bestrijdt dit en stelt dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst op en na 9 augustus voor bepaalde tijd is voortgezet. Over de aard van deze voortzetting is hij in eerste aanleg overigens niet helemaal duidelijk geweest. Enerzijds heeft hij aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst een aantal maal stilzwijgend voor dezelfde duur – twee maanden – is verlengd.⁷ Anderzijds heeft hij echter gesteld dat hij vaak projectmatig werk verricht waarvoor hij dan extra personeel nodig heeft. In hetgeen Boks hieromtrent naar voren heeft gebracht, ligt besloten dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst met Van Duiven is verlengd voor de duur van het "project Apeldoorn", welk project in december 1997 is geëindigd.⁸ In zijn hierna te bespreken tussenvonnissen van 7 december 2000 heeft de kantonrechter de stellingen van Boks kennelijk in deze zin opgevat (vgl. rov. 4 en 7).

(2) Het tweede geschilpunt betreft de vraag of, en zo ja, op welk tijdstip de (verlengde) arbeids-

3 Bijlage F bij de CAO.

4 Dit formulier is eveneens gehecht aan het proces-verbaal van de comparitie van 14 september 2000.

5 Prod. 1 bij de cvr.

6 In het dossier bevindt zich geen afschrift van de betekende dagvaarding of een kopie daarvan. Uit de stukken valt echter af te leiden dat de dagvaarding op deze dag is uitgebracht; zie mvg nr. 1).

7 Vgl. cva nrs. 3 en 14; cvd nr. 8. In deze benadering is de arbeidsverhouding voorafgaand aan de beëindiging op 19 december 1997 driemaal stilzwijgend verlengd: eerst van 9 augustus tot 9 oktober, vervolgens van 9 oktober tot 9 december en tot slot van 9 december tot 9 februari 1998

8 Vgl. cva nr. 6 en cvd nrs. 2-4.

overeenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd.

Volgens Van Duiven had Boks voor de beëindiging wegens werkkrimping van het voortgezette dienstverband voor onbepaalde tijd een ontslagvergunning van de RDA nodig. Nu Boks niet over een dergelijke vergunning beschikte, is het gegeven ontslag nietig. De (verlengde) arbeidsovereenkomst is daarmee nimmer rechtsgeldig beëindigd, aldus Van Duiven.⁹

Boks meent daarentegen, voor zover nog van belang, dat het voortgezette dienstverband in elk geval rechtsgeldig is geëindigd op 22 april 1998, de dag waarop Van Duiven hersteld werd verklaard. Hij beroept zich daartoe op het bepaalde in art. 10 lid 7 onder a van de CAO. Op grond van deze bepaling kon de arbeidsovereenkomst met Van Duiven wegens het einde van het "project Apeldoorn" bij gebrek aan werk worden opgezegd, zij het dat de dienstbetrekking wegens diens arbeidsongeschiktheid nog doorliep tot de dag waarop Van Duiven hersteld werd verklaard. Omdat het hier ging om een voortgezet dienstverband voor bepaalde tijd, was voor de opzegging blijkens art. 10 lid 7 onder a van de CAO geen toestemming van de RDA vereist, aldus Boks.¹⁰

1.4. In zijn (tweede) tussenvonnissen van 7 december 2000 heeft de kantonrechter Boks onder meer opgedragen te bewijzen dat partijen vanaf 9 augustus 1997 mondeling en stilzwijgend een voortzetting van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen voor de duur van het "project Apeldoorn".

Zakelijk weergegeven heeft de kantonrechter daartoe overwogen dat art. 6 van de CAO aldus moet worden uitgelegd dat iedere arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – dus ook een nadere overeenkomst voor bepaalde tijd – schriftelijk dient te zijn vastgelegd. In casu is de verlenging niet op schrift gesteld, zodat in beginsel moet worden uitgegaan van een (nadere) overeenkomst voor onbepaalde tijd. Nu Boks evenwel stelt dat niettemin sprake is geweest van een mondelinge, stilzwijgende verlenging voor de duur van het project Apeldoorn, zal hij die stelling moeten bewijzen (rov. 5).

Vooruitlopend op de bewijslevering heeft de kantonrechter vervolgens het volgende overwogen. Indien Boks niet in het bewijs slaagt, is vanaf 9 augustus 1997 sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dat geval moet het ontslag op de grond dat er geen werk meer voorhanden was, wegens het ontbreken van toestemming van de RDA als nietig worden aangemerkt (rov. 6). Slaagt Boks er daarentegen wel in te bewijzen dat sprake is geweest van een verlenging voor de duur van het project Apeldoorn, dan geldt dat het dienstverband (in verband met de ziekte van Van Duiven) per 22 april 1998 rechtsgeldig is geëindigd (rov. 7).

1.5. Na bewijslevering heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis van 28 juni 2001, zakelijk weergegeven, geoordeeld dat Boks niet is

geslaagd in het hem opgedragen bewijs (rov. 2 en 3), zodat ten aanzien van het eerste geschilpunt heeft te gelden dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 9 augustus 1997 voor onbepaalde tijd is verlengd. Dit betekent volgens de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst in stand is gebleven tot 22 april 1999, de dag waarop Van Duiven elders in dienst is getreden. Boks heeft in december 1997 immers opgezegd zonder de daarvoor vereiste toestemming van de RDA, zodat dit ontslag nietig was (rov. 4 en 7).

Op deze gronden heeft de kantonrechter vervolgens de vordering van Van Duiven in zoverre toegewezen dat hij (1) voor recht heeft verklaard dat het gegeven ontslag nietig is en (2) Boks heeft veroordeeld tot betaling van loon c.a. over de periode van 19 december 1997 tot 22 april 1999. Het anders of meer gevorderde, waaronder de eveneens gevorderde wettelijke verhoging en vergoeding van buitengerechtigde kosten, heeft de kantonrechter afgewezen¹¹, zulks in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval (vgl. rov. 9).

1.6. Boks is onder aanvoering van drie grieven van het tussenvonnis van 7 december 2000 en het eindvonnis van 28 juni 2001 in hoger beroep gekomen bij de rechtbank Alkmaar. In zijn memorie van grieven heeft hij wel een eenduidig standpunt ingenomen omtrent de aard van de verlenging op en na 9 augustus 1997: het dienstverband is vanaf die datum steeds stilzwijgend voor dezelfde duur voortgezet.¹²

1.7. Van Duiven heeft de grieven bestreden. Daarbij heeft hij in de eerste plaats aangevoerd dat het in wezen niet uitmaakt of sprake is geweest van een verlengd contract voor bepaalde tijd of van een contract voor onbepaalde tijd. In beide gevallen was voor opzegging voorafgaande toestemming van de RDA nodig en deze toestemming ontbreekt. Dit toestemmingsvereiste kan niet bij CAO worden uitgesloten.¹³

1.8. Na memoriëwisseling heeft de rechtbank bij vonnis van 1 mei 2002 de beide vonnissen vernietigd en, opnieuw rechtdoende, Boks veroordeeld tot betaling van loon c.a. over de periode van 19 december 1997 tot 22 april 1998, de dag waarop Van Duiven hersteld werd verklaard.

Zakelijk weergegeven en voor zover in cassatie nog van belang, heeft zij daartoe het volgende overwogen:

(i) Anders dan de kantonrechter is de rechtbank (met Boks) van oordeel dat de in art. 6 lid 2 van de CAO genoemde schriftelijkheidseis uitsluitend ziet op het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst voor bepaalde tijd, niet op een ingevolge art. 7:668 (oud) BW plaatsvindende

9 Vgl. inleidende dagvaarding nr. 5.

10 Vgl. cva nrs. 14-15 en cvd nrs. 6-7.

11 Opmerking verdient dat de kantonrechter de wettelijke verhoging in rov. 9 op nihil heeft gesteld. In het dictum keert dit echter niet terug: het anders of meer gevorderde wordt daarin afgewezen.

12 Vgl. mvg nr. 7.

13 Vgl. mva nrs. 2 en 6, i.h.b. blz. 5-6.

stilzwijgende verlenging nadien. Bij gebreke van een verwijzing of uitsluiting in de CAO van dit artikel zijn dergelijke verlengingen niet uitgesloten. De rechtbank acht art. 7:668 in casu van toepassing en is dan ook van oordeel dat de arbeidsovereenkomst vanaf 9 augustus 1997 steeds voor twee maanden is voortgezet (rov. 6). Op het moment van opzegging was sprake van een verder verlengde arbeidsovereenkomst tot 9 februari 1998 (rov. 7);

(ii) Op het moment dat Boks arbeidsongeschikt werd, was hij werkzaam op het "project Apeldoorn". Nu dit project op 19 december 1997 was afgelopen, eindigde de arbeidsovereenkomst ingevolge het bepaalde in art. 10 lid 7 onder a van de CAO eerst op de laatste dag waarop Van Duiven arbeidsongeschikt was. Ten aanzien van het tweede geschilpunt heeft naar het oordeel van de rechtbank daarom te gelden dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 22 april 1998 rechtsgeldig is geëindigd (rov. 9);

(iii) Tot diezelfde conclusie kwam de kantonrechter in rov. 7 van zijn tussenvonnissen van 7 december 2000. Deze rechtsoverweging is in hoger beroep niet bestreden en staat daarmee tussen partijen vast (rov. 9);

(iv) Van Duiven heeft niet incidenteel geappelleerd tegen de afwijzing (nihilstelling¹⁴) door de kantonrechter van de gevorderde wettelijke verhoging en tegen de afwijzing van de gevorderde buitengerechtigde kosten. De rechtbank volstaat daarom met vernietiging van de bestreden vonnissen en toewijzing van het loon c.a. over de periode tot 22 april 1998 (rov. 12).

1.9. Van Duiven heeft tijdig¹⁵ beroep in cassatie ingesteld onder aanvoering van twee cassatiemiddelen. Boks is in cassatie niet verschenen, waarna tegen hem verstek is verleend. Van Duiven heeft zijn beroep vervolgens nog schriftelijk toegelicht.

2. Bespreking van de middelen

Middel I

2.1. Middel I is opgebouwd uit drie onderdelen. De onderdelen 1 en 2 komen op tegen hetgeen de rechtbank heeft overwogen in de rov. 6 en 9. Ik zou deze onderdelen als volgt willen benaderen.

2.2. Het gaat in deze zaak om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die is aangegaan op 9 juni 1997 en die na het verstrijken van de bepaalde tijd op 9 augustus 1997 is voortgezet. Opzegging heeft plaatsgevonden op 5 december 1997. Daarmee wordt het wettelijk kader in deze zaak gevormd door de artikelen 7:667 en 7:668 (oud) BW, zoals deze artikelen hebben gegolden tot 1 januari 1999.¹⁶

2.3. Uitgangspunt van de regeling van de art. 7:667 en 7:668 (oud) is dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege eindigt bij het verstrijken van de overeengekomen duur. Partijen kunnen haar echter voortzetten. Deze voortzetting kan in de eerste plaats uitdrukkelijk worden overeengeko-

men, waarbij partijen (nieuwe) afspraken kunnen maken omtrent de duur van de verlenging en de arbeidsvoorwaarden. Voortzetting kan ook stilzwijgend ("zonder tegenspraak") plaatsvinden. In dat geval wordt de voortgezette arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:668 lid 1 (oud) BW geacht te zijn aangegaan op dezelfde voorwaarden en voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar.¹⁷

2.4. Is een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst eenmaal voortgezet, dan geldt op grond van art. 7:668 lid 3 (oud) dat deze niet (meer) van rechtswege eindigt maar dat voor haar beëindiging steeds voorafgaande opzegging nodig is. Daarbij doet in beginsel niet terzake of de voortzetting stilzwijgend heeft plaatsgevonden dan wel dat de dienstbetrekking uitdrukkelijk, al dan niet op dezelfde voorwaarden, is voortgezet.¹⁸

Ratio achter dit opzeggingsvereiste is dat de wetgever heeft willen voorkomen dat door het aangaan en telkens verlengen van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde, korte tijdsduur, de bepalingen omtrent de opzegtermijnen bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden kunnen worden ontduken.¹⁹

2.5. Het opzeggingsvereiste van art. 668 lid 3 (oud) is ingevolge lid 5 van datzelfde artikel van "driekwart dwingend recht", d.w.z. dat daarvan slechts bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan worden afgeweken. Uit het door Van Duiven in cassatie overgelegde exemplaar van de CAO blijkt dat dit in casu niet het geval is. Ook onder het regime van deze CAO geldt derhalve dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die nadien is voortgezet, opzegging is vereist. Daarbij doet niet terzake of het gaat om een voortzetting voor bepaalde tijd (hetzij stilzwijgend ex art. 7:668 lid 1 (oud), hetzij uitdrukkelijk) dan wel om een voortzetting voor onbepaalde tijd. Ingevolge art. 7:669 (oud) BW

¹⁴ Zie noot 11.

¹⁵ De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 25 juli 2002.

¹⁶ Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 (Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300) zijn de artikelen 7:667 en 7:668 voor een deel ingrijpend gewijzigd. Op grond van het bepaalde in art. XVIII en XIX van deze wet spelen deze wijzigingen in deze zaak m.i. geen rol.

¹⁷ Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 1994, blz. 36-36. Besproken wordt aldaar de regeling van de tot 1 april 1997 geldende artikelen 7A:1639e en 1639f BW(oud). Deze artikelen bevatten echter - afgezien van enige tekstuele aanpassingen - dezelfde regeling als die van art. 7:667 en 668(oud) BW. Zie over het vereiste "zonder tegenspraak" ook de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 654, nrs. 3.2-3.3.

¹⁸ Vgl. HR 25 maart 1977, *NJ* 1977, 433 (PZ) en HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 654.

¹⁹ *Kamerstukken* 1947-1948, 881, blz. 5-6. Het betreft hier de MvT op art. 1639k BW(oud). Dit artikel is bij nota van wijzigingen (*Kamerstukken* 1951-1952, 881, nr. 8) verplaatst naar het vijfde lid van art. 1639f BW(oud), welk artikel vervolgens is ingevoerd bij wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619. Art. 1639f is per 1 april 1997 vervangen door het hier toepasselijke art. 7:668 (oud) BW.

dient een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd immers steeds te worden opgezegd.

2.6. Wat betreft de opzegging geldt het volgende. Uitgangspunt van het BW is dat een arbeidsovereenkomst te allen tijde door opzegging kan worden beëindigd. Niet terzake doet of de mogelijkheid van opzegging is bedongen, terwijl de geldigheid van een opzegging evenmin afhankelijk is van de inachtneming van een opzeggingstermijn. Deze omstandigheden kunnen hooguit meebrengen dat het gegeven ontslag onregelmatig is, hetgeen de opzeggende partij verbindt tot schadevergoeding of schadeloosstelling. Het ontslag als zodanig blijft in stand. Op dit uitgangspunt bestaat echter een aantal uitzonderingen in de vorm van ontslagverboden. Opzegging in strijd met deze verboden maakt het ontslag – als in strijd met de wet – nietig.

2.7. In deze zaak spelen twee van deze ontslagverboden een rol. Allereerst is van belang art.7:670 lid 3 (oud) BW, dat bepaalt dat opzegging door de werkgever niet mogelijk is gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij deze ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd. Ingevolge lid 6 van dit artikel geldt dit opzegverbod niet voor een opzegging die nodig is krachtens art.7:668 lid 3 (oud). Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die nadien stilzwijgend of uitdrukkelijk voor (al dan niet dezelfde) bepaalde tijd is voortgezet, kan daarmee ook tijdens ziekte van de werknemer worden opgezegd.

2.8. Blijkens het bepaalde in art.7:670 lid 7 (oud) BW is ook het bepaalde over het ontslagverbod tijdens ziekte in art.7:670 lid 3 (oud) van "driekwart dwingend recht". Zodat ook hier afwijking bij CAO of publiekrechtelijke regeling mogelijk is.

Artikel 10, lid 7, onder a CAO lijkt een dergelijke afwijking in te houden. Waar op grond van het bepaalde in art.7:668 lid 3 j° 7:670 lid 6 (oud) het hierbedoelde opzegverbod tijdens ziekte sowieso niet geldt voor een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zou deze afwijking van art.7:670 lid 3 echter hooguit kunnen zien op (1) de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien daarbij een beding van voorafgaande opzegging is overeengekomen (vgl. art.7:677 lid 2) en (2) de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Aangezien in art.10, lid 7, onder a van de CAO tevens wordt gesproken over de situatie waarin voor de betrokken werknemer geen werk meer voorhanden is op het object waar hij voor zijn ziekmelding werkzaamheden heeft verricht, lijkt het mij daarom logischer deze bepaling aldus te verstaan dat daarin de mogelijkheid van tussentijdse opzegging is gecreëerd in het geval dat een bepaald project is geëindigd en er geen werk meer voorhanden is.²⁰ Dit betekent dat in het geval een (voortgezette) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op die grond tussentijds

wordt opgezegd, het opzegverbod van art.7:670 lid 3 (oud) niet van toepassing is. Volledigheids-halve verdient daarbij opmerking dat een opzegging in overeenstemming met art.10, lid 7, onder a CAO pas beëindiging van de arbeidsovereenkomst meebrengt op het moment waarop de werknemer weer arbeidsgeschikt is geworden (zie de derde zinsnede van art.10, lid 7 onder a CAO). 2.9. Het tweede – fundamentele – ontslagverbod dat in deze zaak van belang is, is het verbod van art.6 en 9 BBA. Op grond van deze bepalingen is voor iedere opzegging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande toestemming van de RDA nodig, bij gebreke waarvan de nietigheid van die opzegging kan worden ingeroepen.

In dit licht is de slotzin van art.10, lid 7 onder a niet goed te plaatsen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat die toestemming voor tussentijdse opzegging van een (voortgezette) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet nodig is. Indien dit is bedoeld, is dit in strijd met de wet. Art.6 BBA is van openbare orde en kan mitsdien niet worden weggecontracteerd, ook niet bij CAO.

2.10. Tegen de achtergrond van het voorgaande komt het mij voor dat een uitleg van art.6 en art.10 CAO in deze zaak verder achterwege kan blijven, nu de rechtbank in rov.9 dit laatste heeft miskend. Zoals ook door Van Duiven in hoger beroep is betoogd (mva onder 2, 5 en 6), maakt het voor de beoordeling van het onderhavige geschil niet uit op welke voet de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst op en na 9 augustus 1997 is voortgezet, aangezien Boks voor een opzegging hoe dan ook toestemming aan de RDA diende te vragen. Vaststaat dat Boks dit niet heeft gedaan. Waar voorts vaststaat dat Van Duiven (mede) op deze grond tijdig de nietigheid van het ontslag heeft ingeroepen, kan de conclusie dan ook geen andere zijn dat het op 5 december 1997 (tussentijds) gegeven ontslag wegens gebrek aan werk nietig is, zodat de arbeidsverhouding ook na 19 december 1997 heeft voortgeduurd. Onderdeel 2, dat een klacht van deze strekking bevat, treft dan ook doel.²¹

2.11. Met het voorgaande behoeft onderdeel 1, dat opkomt tegen de uitleg die de rechtbank aan art.6, lid 2 en art.10, lid 7, onder a CAO heeft gegeven, bij gebrek aan belang geen bespreking. Ik maak hierover niettemin enige opmerkingen.

2.12. Zoals ook de rechtbank in rov.1 van haar vonnis heeft aangenomen, zijn de bepalingen van de CAO voor het Bouwbedrijf algemeen verbindend verklaard. Dat is onder meer gebeurd voor de periode van 10 april 1997 tot en met 31 december 1998.²² Het is vaste rechtspraak dat

20 Zie hierover D. de Wolff, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, 1999, blz.147-151.

21 Dat deze klacht als meer subsidiair is voorgedragen, doet daaraan niet af. De rechter is immers niet gebonden aan de volgorde waarin partijen hun grondslagen en verweren presenteren. Het staat hem vrij de zaak af te doen op het meest verstrekkende verweer.

22 *Stcr.* 1998, 72, 91 en 247.

bepalingen in een dergelijke CAO recht zijn in de zin van (thans) art. 79 RO, ook wanneer de algemeen verbindendverklaring slechts een deel van de CAO-duur betreft.²³ De uitleg van de betrokken bepalingen is daarmee een rechtsvraag die in cassatie integraal kan worden getoetst.

2.14. Bij de uitleg van CAO-bepalingen geldt niet het Haviltex-criterium. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad behoren in beginsel doorslaggevend te zijn de bewoordingen van de betrokken bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO. Achtergrond van deze uitlegregel is dat individuele werkgevers en werknemers doorgaans niet bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest, zodat bij het bepalen van de inhoud en strekking van een CAO aan hen geen andere gegevens ter beschikking staan dan de tekst en de eventueel daaraan toegevoegde toelichting.²⁴

2.15. In de literatuur is deze uitlegmethode wel gekarakteriseerd als "grammaticale uitleg". Voor zover daarbij werd aangenomen dat voor CAO's aldus een strikt grammaticale uitleg geldt, is deze opvatting onjuist gebleken. In zijn arresten van 31 mei 2002, NJ 2003, 110 en 28 juni 2002, NJ 2003, 111 heeft de Hoge Raad zijn vaste rechtspraak aldus verduidelijkt dat het hier gaat om wat wel wordt aangeduid als "objectieve uitleg": voor zover de bedoelingen van de betrokken CAO-partijen niet kenbaar zijn uit de CAO en de toelichting daarop, komt het bij de uitleg van een CAO-bepaling uitsluitend aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.²⁵ Uit dit laatste volgt dat bij de uitleg van een CAO-bepaling ook kan worden betrokken in hoeverre een bepaalde interpretatie van de tekst zich laat inpassen in de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.

2.16. Hoe art. 10, lid 7, onder a van de CAO in dit licht moet worden verstaan, gaf ik hiervoor in 2.8 aan. Ten aanzien van art. 6, lid 2 oordeel ik als volgt.

Art. 6, lid 2 schrijft het gebruik voor van de in aanhangsel F opgenomen model voor het afsluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dit model is in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet voorzien in de mogelijkheid van een beding van voorafgaande opzegging (vgl. art. 7:667 lid 2 (oud) BW). Uitgangspunt van de CAO is daarmee dat een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het verstrijken daarvan van rechtswege eindigt.²⁶ Daarmee geldt dat in het geval van voortzetting – stilzwijgend of uitdrukkelijk overeengekomen – sprake is van het aangaan van een nieuwe overeenkomst.²⁷ Waar art. 6, lid 2 zonder enig voorbehoud spreekt van het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dient

iedere overeenkomst voor bepaalde tijd, derhalve ook een verlenging, schriftelijk te zijn vastgelegd. De stilzwijgende of mondelinge verlenging is daarmee door de CAO in de ban gedaan, hetgeen mij ook logisch voorkomt.²⁸ De onderhavige zaak is een goed voorbeeld tot welke onduidelijkheden en bewijsproblemen een andere uitleg leidt.

Hiervan uitgaande is de *subsidiäre klacht van onderdeel 1* gegrond. Deze klacht komt erop neer dat de rechtbank heeft miskend dat, nu de kantonrechter feitelijk heeft vastgesteld dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet schriftelijk is vastgelegd, er op grond van art. 6, lid 2 CAO van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sprake moet zijn.

Ook de *primaire klacht van onderdeel 1* acht ik gegrond. Ook hier geldt dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat uit art. 6, lid 2 van de CAO dient te worden afgeleid dat een verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd neerkomt op het afsluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst en dat het afsluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op schrift dient te geschieden. Nu vaststaat dat de nieuwe arbeidsovereenkomst niet op schrift is vastgelegd, kan daarmee geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

2.17. *Onderdeel 3* van middel I is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 9 dat Van Duiven in hoger beroep niet is opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 7 van zijn tussenvonnis van 7 december 2000, zodat dit tussen partijen vaststaat. Het onderdeel bestrijdt

23 HR 27 september 1991, NJ 1991, 788; HR 12 november 1993, NJ 1994, 120; HR 19 april 1996, NJ 1996, 500; zie ook Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie, 1989, nr. 76.

24 HR 17 november 1993, NJ 1994, 173; HR 24 september 1993, NJ 1994, 174; HR 12 november 1993, NJ 1994, 120; HR 3 mei 1996, NJ 1996, 523; HR 19 december 1997, NJ 1998, 300; HR 3 september 1999, NJ 1999, 734; HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473; HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110 (Heerma van Voss); HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111 (Heerma van Voss).

25 Zie hierover: de noot van Heerma van Voss onder de beide arresten; E. Verhulp, De uitleg van CAO-bepalingen, Arbeidsrechtelijke annotaties 2003/1, blz. 4 e.v.; C.J. Loonstra, Uitleg van CAO-bepalingen: naar een objectieve redelijkheidstoets?, Arbeidsrechtelijke annotaties 2003/2, blz. 82 e.v. De hierbedoelde verduidelijking is voor het eerst bepleit door (toen nog) A-G Bakels in diens conclusie voor HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473. Zij is recent nog eens herhaald in HR 11 april 2003, JAR 2003, 108.

26 Vgl. in dit verband D. de Wolff, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, 1999, blz. 170. Uit de lijst op blz. 401 blijkt dat de onderhavige CAO behoort tot de in het onderzoek betrokken CAO's.

27 In de literatuur worden hiertegen in het geval van stilzwijgende voortzetting overigens bezwaren geuit: in wezen is er immers sprake van dezelfde overeenkomst (identiteit) en bij het aannemen van een nieuwe, afzonderlijke overeenkomst rijzen vragen ten aanzien van de opbouw van rechten van de werknemer, zoals de duur van de opzegtermijn. Deze bezwaren laten m.i. echter onverlet dat dogmatisch gezien zonder meer kan worden gesproken van een nieuwe overeenkomst. Vgl. Van der Grinten, a.w., blz. 37; D. de Wolff, a.w., 1999, blz. 177.

28 Vgl. in dit verband nogmaals D. Wolff, a.w., blz. 64.

dit oordeel met een rechtsklacht en een motiveringsklacht.

2.18. Ook deze klachten behoeven met het slagen van onderdeel 2 n.m.m. geen bespreking meer. Los daarvan missen de klachten belang omdat het hier m.i. gaat om een ten overvloede gegeven overweging.

2.19. Niettemin merk ik volledigheidshalve op dat de klachten inhoudelijk gegrond zijn. Ik licht dit als volgt toe.

Het door de rechtbank bedoelde oordeel van de kantonrechter betreft diens overweging dat het dienstverband op grond van artikel 7:670 lid 3 (oud) BW is geëindigd per 22 april 1998, indien Boks erin slaagt te bewijzen dat partijen op 9 augustus 1997 mondeling een nadere overeenkomst voor de duur van het "project Apeldoorn" zijn overeengekomen. Hoewel het hier onmiskenbaar gaat om een eindbeslissing, was er voor Van Duiven geen enkele aanleiding hiertegen op te komen, nu de kantonrechter in zijn eindvonnis (1) heeft geoordeeld dat Boks niet in genoemd bewijs is geslaagd, (2) Van Duiven heeft gevolgd in zijn stellingname dat de arbeidsovereenkomst heeft voortgeduurd tot 22 april 1999 en (3) in het dictum van dit eindvonnis de loonvordering tot die datum heeft toegewezen. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is incidenteel appel alleen geboden, indien en voor zover ook de geïntimeerde wijziging van het dictum wenst. Dit was ten aanzien van de periode waarover Boks tot betaling van loon is veroordeeld vanzelfsprekend niet aan de orde.²⁹

2. Middel II

2.20. *Middel II* is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 11 dat kan worden volstaan met vernietiging van de beroepen vonnissen en toewijzing van loon tot 22 april 1998 nu Van Duiven niet (incidenteel) heeft geappelleerd tegen – onder meer – de door de kantonrechter uitgesproken nihilstelling van de gevorderde wettelijke verhoging.

2.21. Volgens het middel is dit oordeel rechtens onjuist. Betoogd wordt dat toen de rechtbank met betrekking tot de omvang van de toewijsbare loonvordering tot een ander oordeel kwam dan de kantonrechter, de samenhang tussen de verschillende vorderingen meebracht dat de rechtbank ook opnieuw diende te beslissen over (al dan niet matiging van) de wettelijke verhoging.

2.22. Deze klacht faalt. Van Duiven heeft de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW gevorderd als afzonderlijk post. In zijn eindvonnis heeft de kantonrechter deze post in rov. 11 wegens de bijzondere omstandigheden van het geval op nihil gesteld en vervolgens in het dictum – onder de noemer "het meer of anders gevorderde" – uitdrukkelijk afgewezen. Waar het appel van Boks vervolgens uitsluitend de toewijsbaarheid van de loonvordering aan de orde stelde, had het hier juist wél op de weg van Van Duiven gelegen om op dit punt incidenteel appel in te stellen.³⁰

2.23. Ik merk hierbij nog het volgende op.

Art. 7:625 geeft de werknemer van rechtswege een aanspraak op verhoging van zijn in geld vastgestelde loon, indien de werkgever dat niet op tijd voldoet. Daarmee is op zichzelf weliswaar juist dat een loonvordering en een vordering ex art. 7:625 BW sterk met elkaar samenhangen, maar dat wil niet zeggen dat deze vorderingen, zoals het middel betoogt, steeds onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Dit geldt in elk geval in het onderhavige geval, waarin de kantonrechter gebruik heeft gemaakt van de aan het slot van art. 7:625 lid 1 opgenomen matigingsbevoegdheid en de wettelijke verhoging wegens de bijzondere omstandigheden van het geval op nihil heeft gesteld. Deze omstandigheden kunnen ook gelden als de arbeidsovereenkomst heeft voortgeduurd tot 22 april 1998.

2.24. Met het slagen van onderdeel 2 van middel I en het falen van middel II kan de Hoge Raad de zaak m.i. zelf afdoen. Nu gesteld noch gebleken is dat Boks na de nietige opzegging van 5 december 1997 alsnog rechtsgeldig heeft opgezegd, heeft het dienstverband voortgeduurd tot 22 april 1999. Daarmee dienen de vonnissen van de kantonrechter te worden bekrachtigd.

Conclusie

Deze strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot bekrachtiging van de vonnissen van de kantonrechter.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eiser tot cassatie – verder te noemen: Van Duiven – heeft bij exploit van 22 december 1998 verweerder in cassatie – verder te noemen: Boks – gedagvaard voor de kantonrechter te Almelo en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht te verklaren, dat het door Boks gegeven ontslag nietig is. Voorts heeft Van Duiven gevorderd Boks te veroordelen tot:

- tewerkstelling van Van Duiven binnen twee dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis;
- betaling van een bedrag van f 31 032 bruto, te vermeerderen met vakantierechten en overige emolumenten, verschuldigd als achterstallig salaris over de periode vanaf 19 december 1997 tot 1 november 1998;
- betaling van een bedrag van f 692,17 bruto per maand vanaf 1 november 1998, verschuldigd als salaris te vermeerderen met vakantierechten en de tussentijdse verhogingen waarop Van Duiven op grond van zijn arbeidsovereenkomst en/of de van

²⁹ Zie hierover Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep*, 2001, blz. 68-77, met veel verwijzingen naar jurisprudentie.

³⁰ Vgl. Ras/Hammerstein, a.w., blz. 68-77; Zie voorts: H.J. in zijn noot onder HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298; HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612 (PAS).

toepassing zijnde wettelijke maatregelen recht verkrijgt;

- betaling van de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW ad 50% over de hiervoor gevorderde en vermelde bedragen wegens een niet tijdige betaling daarvan;
 - de buitengerechtelijke incassokosten ad 15% over het bedrag van f 31 032 bruto;
 - de wettelijke rente ex art. 6:119 BW over alle voornoemde bedragen, te rekenen vanaf 21 april 1998 tot de dag der algehele voldoening.
- Boks heeft de vorderingen bestreden.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 16 maart 2000 een comparitie van partijen gelast en bij tussenvonnis van 7 december 2000 Boks tot bewijslevering toegelaten. Na enquête en contra-enquête heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 28 juni 2001 voor recht verklaard dat het door Boks aan Van Duiven gegeven ontslag nietig is, Boks veroordeeld aan Van Duiven te betalen ter fine van achterstallig overeengekomen salaris een bedrag van f 692,17 per week vanaf 19 december 1997 tot aan 22 april 1999, vermeerderd met de vakantierechtwaarden over dat salaris terzake die periode, zomede met overige emolumenten en tussentijdse verhogingen waarop Van Duiven op grond van de arbeidsovereenkomst en/of de van toepassing zijnde wettelijke maatregelen recht mocht hebben verkregen, en voorts vermeerderd met de wettelijke rente over die bedragen vanaf 21 april 1998 tot aan de dag der algehele voldoening, Boks veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Van Duiven zoals in het vonnis is vermeld, dit vonnis terzake voormelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en hetgeen meer of anders is gevorderd, afgewezen.

Tegen de vonnissen van 7 december 2000 en 28 juni 2001 heeft Boks hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Almelo.

Bij vonnis van 1 mei 2002 heeft de rechtbank de twee bestreden vonnissen van de kantonrechter vernietigd. Opnieuw rechtdoende heeft de rechtbank Boks veroordeeld om aan Van Duiven te betalen ter fine van achterstallig overeengekomen salaris een bedrag van € 314,09 (f 692,17) per week vanaf 19 december 1997 tot aan 22 april 1998, vermeerderd met de vakantierechtwaarden over dat salaris ter zake van die periode, zomede met overige emolumenten en tussentijdse verhogingen waarop Van Duiven op grond van de arbeidsovereenkomst en/of de van toepassing zijnde wettelijke maatregelen recht mocht hebben verkregen en voorts met de wettelijke rente over die bedragen vanaf 21 april 1998 tot aan de dag der algehele voldoening, de proceskosten – zowel die van de eerste aanleg als die van het hoger beroep – gecompenseerd, en dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging van het

bestreden vonnis en tot bekrachtiging van de vonnissen van de kantonrechter.

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Van Duiven is op 9 juni 1997 voor de duur van twee maanden bij Boks in dienst getreden als leerling-voeger, tegen een salaris van – laatstelijk – f 692,17 bruto per week. Partijen hebben deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd schriftelijk vastgelegd.

(ii) Op deze arbeidsovereenkomst is de algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Bouwbedrijf (verder te noemen de CAO) van toepassing. De artikelen 6 en 10 van de CAO bepalen onder meer het volgende:

'Artikel 6. Algemene verplichtingen van de werkgevers en van de werknemers

(...)

2. Een arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd tenzij deze schriftelijk is overeengekomen voor bepaalde tijd met gebruikmaking van een bij deze CAO behorend formulier.

(...)

Artikel 10. Einde der arbeidsverhouding

1. Ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsverhouding zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing met inachtneming van hetgeen in de navolgende leden van dit artikel is bepaald. (...)

7.a. In afwijking van artikel 7:670 lid 3 BW, kan de werkgever de dienstbetrekking wel opzeggen, met inachtneming van de krachtens dit artikel vigerende opzegtermijnen, als er tijdens de bedoelde ongeschiktheid geen werk voor betreffende werknemer meer voorhanden is. Het betreft hier werk op het object waar de werknemer voor de aanvang van de arbeidsongeschiktheid werkzaamheden heeft verricht.

Een dienstbetrekking die aldus is opgezegd, eindigt echter niet als de werknemer op de laatste dag van de opzegtermijn arbeidsongeschikt is in de zin van art. 7:670 lid 3 BW. In dat geval eindigt de dienstbetrekking als de werknemer arbeidsgeschikt is in de zin van art. 7:670 lid 3 BW. De dienstbetrekking eindigt in ieder geval wanneer de arbeidsongeschiktheid 2 jaar heeft geduurd.

In het geval het hierbij gaat om opzegging van een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd is echter toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening vereist.

b. (...)

(...)

(iii) Na het verstrijken van de bepaalde tijd op 9 augustus 1997 hebben partijen de arbeidsovereenkomst voortgezet. Omtrent deze voortzetting hebben zij niets schriftelijk vastgelegd.

(iv) Op of rond 5 december 1997 heeft Boks de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 19 december 1997. Aan deze opzegging heeft Boks werkvermindering ten grondslag gelegd. In ver-

band hiermee heeft Boks een zogeheten formulier Werkloosheidswet Werkgeversverklaring ingevuld en toegezonden aan de uitvoerende instantie, het Sociaal Fonds Bouwnijverheid (SFB). Genoemd formulier vermeldt als reden voor het ontslag "totale werkinkrimping".

(v) Op het moment van de opzegging was Van Duiven – sinds 17 september 1997 – arbeidsongeschikt. Op 22 april 1998 is hij hersteld verklaard. Vanaf zijn ziekmelding op 17 september 1997 heeft Van Duiven feitelijk geen werkzaamheden meer voor Boks verricht. Op 22 april 1999 heeft Van Duiven ander werk gevonden.

(vi) (De gemachtigde van) Van Duiven heeft bij brief van 13 januari 1998 geprotesteerd tegen de door Boks gebezigde opzeggingsgrond en daarnaast gewezen op het feit dat Boks heeft opgezegd tijdens ziekte. Voorts is in deze brief tijdig de nietigheid van het ontslag ingeroepen wegens het ontbreken van toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA).

3.2. De kantonrechter heeft in het eindvonnis van 28 juni 2001 de hiervóór onder 1 vermelde vordering tot doorbetaling van loon, die onder meer gegrond was op de nietigheid van het ontslag wegens het ontbreken van de ingevolge art. 6 BBA voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst vereiste toestemming van de RDA, toegewezen. De kantonrechter verklaarde voor recht dat het aan Van Duiven gegeven ontslag nietig was, veroordeelde Boks tot, kort gezegd, doorbetaling van loon tot 22 april 1999, de dag waarop Van Duiven weer werk heeft gevonden, maar wees de gevorderde wettelijke verhoging af in verband met de bijzondere omstandigheden van de zaak. De rechtbank heeft met vernietiging van de door Boks in hoger beroep bestreden vonnissen van de kantonrechter van 7 december 2000 en 28 juni 2001 de gevorderde loonbetaling toegewezen tot 22 april 1998, de dag waarop volgens de rechtbank de arbeidsovereenkomst was geëindigd doordat Van Duiven weer arbeidsgeschikt was verklaard. De rechtbank heeft daarmee volstaan, daartoe overwegende dat met betrekking tot de in eerste aanleg gevorderde wettelijke verhoging door Van Duiven geen incidenteel hoger beroep is ingesteld.

3.3. Middel I keert zich tegen de beslissing van de rechtbank de doorbetaling van loon slechts toe te wijzen tot 22 april 1998. Anders dan de kantonrechter, die van oordeel was dat de arbeidsovereenkomst van Van Duiven met ingang van 9 augustus 1997 voor onbepaalde tijd was verlengd en wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de RDA niet rechtsgeldig was opgezegd, was de rechtbank van oordeel dat ten tijde van de opzegging sprake was van een na 9 augustus 1997 telkens voor bepaalde tijd verlengde arbeidsovereenkomst, die in verband met het bepaalde in art. 10 lid 7, onder a, van de CAO wegens het ontbreken van werk op het object te Apeldoorn waar Van Duiven voor de aanvang van de arbeidsongeschiktheid werkzaam

was, kon worden opgezegd. Naar het kennelijke oordeel van de rechtbank was voor deze opzegging niet de voorafgaande toestemming van de RDA vereist.

3.4. De Hoge Raad zal onderdeel 2, hoewel het subsidiair is voorgesteld, als eerste behandelen omdat dit van de verste strekking is. Het onderdeel betoogt dat, zoals Van Duiven ook in hoger beroep heeft aangevoerd, een bepaling als art. 10 lid 7, onder a, van de CAO het dwingend-rechtelijk karakter van art. 6 BBA niet kan opzijzetten, zodat ook in de door de rechtbank gevolgde benadering, die erop neerkomt dat sprake is van een (stilzwijgend) voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, op de voet van art. 6 BBA voorafgaande toestemming nodig was van de RDA. Dit betoog is juist. Daartoe wordt het volgende overwogen.

3.5. In deze zaak zijn toepasselijk de art. 7:667 en 7:668 BW, zoals deze golden tot 1 januari 1999. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (stilzwijgend) wordt voortgezet, wordt de voortgezette arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:668 lid 1 (oud) BW geacht te zijn aangegaan op dezelfde voorwaarden en voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar. Is een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst eenmaal voortgezet, dan geldt op grond van art. 7:668 lid 3 (oud) dat deze niet (meer) van rechtswege eindigt, maar dat voor haar beëindiging steeds voorafgaande opzegging nodig is. Met dit opzeggingsvereiste heeft de wetgever willen voorkomen dat door het aangaan en telkens verlengen van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde, korte tijdsduur, de bepalingen omtrent de opzegtermijnen bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden kunnen worden ontgaan. Van het opzeggingsvereiste van art. 668 lid 3 (oud) kan ingevolge lid 5 van dat artikel slechts bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan worden afgeweken. Van dit laatste is geen sprake en uit de onderhavige, algemeen verbindend verklaarde CAO blijkt dat daarin geen afwijking van het opzeggingsvereiste is opgenomen. Ook onder het regime van deze CAO geldt derhalve dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die nadien is voortgezet, opzegging is vereist. Daarbij doet niet terzake of het gaat om een voortzetting voor bepaalde tijd (hetzij stilzwijgend ingevolge art. 7:668 lid 1 (oud), hetzij uitdrukkelijk) dan wel om een voortzetting voor onbepaalde tijd. Ingevolge art. 7:669 (oud) BW is voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd steeds opzegging vereist. Op grond van het bepaalde in art. 6 en 9 BBA, waarvan bij CAO niet kan worden afgeweken, is voor iedere opzegging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande toestemming van de RDA nodig, bij gebreke waarvan de nietigheid van die opzegging kan worden ingeroepen.

3.6. De rechtbank heeft het voorgaande miskend door te oordelen dat voor de opzegging van de in

haar visie voor bepaalde tijd verlengde arbeidsovereenkomst geen voorafgaande toestemming van de RDA nodig was. Onderdeel 2 van middel I is derhalve gegrond. De overige onderdelen behoeven geen behandeling. Nu vaststaat dat Boks niet de voorafgaande toestemming van de RDA voor de opzegging heeft gevraagd en Van Duiven zich op het ontbreken daarvan en op de nietigheid van het ontslag heeft beroepen, heeft de kantonrechter terecht geoordeeld dat het op 5 december 1997 aan Van Duiven gegeven ontslag nietig is, zodat de arbeidsverhouding ook na 19 december 1997 heeft voortgeduurd.

3.7. Middel II keert zich met een rechtsklacht tegen de hiervóór aan het slot van 3.2 weergegeven beslissing van de rechtbank. Het middel wordt tevergeefs voorgesteld. Nu de kantonrechter in zijn eindvonnis, na te hebben overwogen dat de gevorderde wettelijke verhoging in verband met de bijzondere omstandigheden van deze zaak op nihil zal worden bepaald, in het dictum het meer of anders gevorderde uitdrukkelijk had afgewezen, en het door Boks ingestelde hoger beroep uitsluitend de toewijsbaarheid van de loonvordering aan de orde stelde, had Van Duiven incidenteel hoger beroep moeten instellen indien hij de afwijzing van de wettelijke verhoging in het hoger beroep opnieuw aan de orde wenste te stellen. De tussen de loonvordering en de wettelijke verhoging bestaande samenhang doet daaraan niet af, nu de wettelijke verhoging in eerste aanleg in het dictum geheel was afgewezen.

3.8. De Hoge Raad kan de zaak afdoen. Gelet op hetgeen is overwogen in 3.6 en 3.7 dienen met vernietiging van het vonnis van de rechtbank de vonnissen van de kantonrechter te worden bekrachtigd.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de rechtbank te Almelo van 1 mei 2002;

bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter te Almelo van 7 december 2000 en 28 juni 2001;

veroordeelt Boks in de kosten van de procedure in hoger beroep en in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Van Duiven begroot:

- in hoger beroep op €2156 (€750 aan griffierecht en €1406 aan salaris);
- in cassatie op €240,74 aan verschotten en €1590 voor salaris.

NOOT:

1. In het arbeidsrecht bestaat de figuur van het driekwartdwingend recht, die het mogelijk maakt om bij cao dwingende bepalingen terzijde te stellen. Dat kan wel problemen opleveren, al was het maar omdat cao-bepalingen niet altijd even duidelijk zijn geredigeerd.

2. In casu waren twee zulke bepalingen aan de orde. In de eerste plaats artikel 7:668 lid 3 BW,

zoals dit tot 1999 bepaalde dat een arbeidsovereenkomst die werd voortgezet opzegging behoefde. En daarnaast artikel 7:670 lid 3 BW, dat het opzegverbod bij ziekte regelt.

3. Na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor twee maanden was werknemer Van Duiven blijven doorwerken voor Voegersbedrijf Boks, zonder dat daarover duidelijke afspraken waren gemaakt. In het geval van een stilzwijgende verlenging stelt de wet, dat deze geacht wordt te zijn geschied op dezelfde voorwaarden (art. 7:668, lid 1 BW). De toepasselijke bouwcao eist voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd de schriftelijke vorm. In eerste instantie had de kantonrechter aangenomen dat er onder deze omstandigheden sprake was van een voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Mij lijkt dit een juistere interpretatie dan die van de rechtbank, die voortzetting had aangenomen voor bepaalde tijd en wel weer voor twee maanden. De bepaling in de bouwcao zie ik als een vormvereiste dat is toegevoegd voor overeenkomsten voor bepaalde tijd, teneinde twijfel over de aard en duur daarvan weg te nemen. Het ligt dan voor de hand om aan te nemen dat dit ook van toepassing is op verlengde overeenkomsten. Ik zie niet in waarom dit anders zou liggen in gevallen van stilzwijgende voortzetting. De Hoge Raad laat deze kwestie in het midden, kennelijk omdat dit voor het eindresultaat geen verschil zou maken.

4. Het opzegverbod bij ziekte was niet van toepassing in geval van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (art. 7:670 lid 6 BW - oud). De vraag is dus al om deze reden of de discussie over dit opzegverbod van belang was. De in de cao geregelde afwijking van het opzegverbod hield in dat bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer in afwijking van het wettelijke opzegverbod opzegging met inachtneming van de opzegtermijn mogelijk was, indien voor hem op het werk waar hij bij het intreden van zijn ziekte werkzaam was, geen werk meer beschikbaar was. Was de werknemer aan het eind van de opzegtermijn nog steeds arbeidsongeschikt, dan eindigde de arbeidsovereenkomst echter pas op de eerste dag na zijn herstel (en uiterlijk na twee jaar arbeidsongeschiktheid). Werknemer Van Duiven werd ontslagen tijdens zijn arbeidsongeschiktheid op de genoemde grond. Hij was echter aan het einde van de opzegtermijn nog steeds arbeidsongeschikt. Om die reden zou het opzegverbod in dit geval niet door de cao terzijde zijn gesteld. Over deze discussie behoefde de Hoge Raad zich echter ook daarom niet uit te laten, omdat ook niet aan de eisen van artikel 6 BBA was voldaan.

5. De cao week niet af van de bepaling van artikel 7:668, lid 3 BW (oud). Derhalve was voor een voortgezette arbeidsovereenkomst opzegging nodig, ongeacht of het betrof een voortzetting voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd. Derhalve was in beginsel toestemming voor de opzegging nodig op grond van artikel 6 BBA 1945,

op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging. De rechtbank had – in afwijking van de kantonrechter – geoordeeld dat de toestemming op grond van het BBA niet vereist was, omdat de cao (in de hierboven samengevatte bepaling over het opzegverbod bij ziekte) bepaalde dat die alleen was vereist bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De Hoge Raad oordeelt terecht dat dit onjuist was. Artikel 6 BBA is niet van driekwartdwingend recht en kan dus niet bij cao terzijde worden gesteld.

6. De merkwaardige weigering van de verhoging van de loonvordering op grond van artikel 7:625 BW door de kantonrechter kon niet worden gecorrigeerd, nu hiertegen geen incidenteel appel was ingesteld.

GHvV
