



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-04-05

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Annotation: Hoge Raad 2002-04-05. *Nederlandse Jurisprudentie*, 854-867. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14869>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14869>

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

Nr. 124

HOGE RAAD

5 april 2002, nr. C00/334HR

(Mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, A.G. Pos, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein; A-G Huydecoper; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss)

RvdW 2002, 67

JOL 2002, 216

Arbeidsovereenkomst. Is „ingeleende werknemer” een (eigen) werknemer geworden?: criterium: „feitelijke uitvoering arbeidsverhouding”?; rechtszekerheid; Haviltex-criterium totstandkoming overeenkomst.

Het door de Rechtbank toegepaste criterium „hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding” is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst krachtens welke de ene partij werkzaamheden verricht voor de andere moet worden gekwalificeerd. Uitgangspunt is hier dat M. zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met DG. en de door de Rechtbank als inleenovereenkomst aangemerkte overeenkomst tussen deze en de bank. Niet is gebleken dat de inleenovereenkomst of de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd en evenmin dat M. (voor de aankondiging van het einde van zijn werkzaamheden bij de bank) aan de bank kenbaar heeft gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde; tegen deze achtergrond verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze overgang van de tussen M. en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, is afhankelijk van hetgeen zij over een weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden.

Op 31 januari 1990 is M. in dienst getreden van schoonmaakbedrijf DG. en tewerkgesteld als schoonmaker in kantoren van een bank. In de loop van de jaren is zijn functie op verzoek van de bank gewijzigd: in 1990 chauffeur met als taak het uitleveren van pc's, later dat jaar ook het installeren van pc's op diverse kantoren van de bank in Nederland, in 1992 op de afdeling kantoormachines met als taak het beheren van het meldpunt en het verhelpen van kleine storingen. In 1993 is op voorstel van de bank aan M. een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf, ten gevolge waarvan hij een salaris ontving op gelijk niveau met medewerkers van de bank die dezelfde werkzaamheden verrichtten (exclusief secundaire arbeidsvoorwaarden) en hoger dan de

hoogste schaal van de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf. Zolang hij bij de bank werkte, heeft M. steeds wekelijks werkbriefjes bij DG. ingeleverd en heeft dit hem loon betaald. Bij afwezigheid wegens vakantie en/of ziekte werd M. niet vervangen door een werknemer van DG. In november 1994 heeft de bank DG. en later ook M. meegedeeld dat de werkzaamheden van M. met ingang van 1 juli 1995 zouden vervallen. Met ingang van die datum heeft M. zijn werk voor de bank moeten staken en heeft hij werkzaamheden als schoonmaker voor het schoonmaakbedrijf verricht. M. heeft jegens de bank onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat er tussen hem en de bank een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Beslissend is of de bank en M. zich jegens elkaar verbonden hebben. Het door de Rechtbank toegepaste criterium – hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding – is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst krachtens welke een van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd. Het gaat in deze zaak echter niet om die vraag of de daarmee verwante vraag of, en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten. Uitgangspunt is hier dat M. met zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met DG. en de door de Rechtbank als inleenovereenkomst aangemerkte overeenkomst tussen DG. en de bank met betrekking tot M.

Niet is gebleken dat die laatste overeenkomst of de arbeidsovereenkomst tussen M. en DG. zou zijn beëindigd, noch dat DG. zou hebben ingestemd met een overname van haar rechtsverhouding tot M. door de bank. Evenmin blijkt dat M. vóór de aankondiging van het einde van M.'s werkzaamheden bij de bank, aan de bank kenbaar heeft gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde. Integendeel, M. is zich met zijn werkbriefjes en voor de betaling van loon tot DG. blijven wenden en deze betaalde hem ook het loon, waarvoor zij bij de bank declaraties – met winstopslag – indiende en betaald kreeg. Tegen die achtergrond kan hetgeen de Rechtbank heeft overwogen over de gezagsverhouding en instructiebevoegdheid van de bank jegens M., niet bijdragen tot het oordeel dat een arbeidsovereenkomst tussen de bank en M. is totstandgekomen. De omstandigheden die de Rechtbank in dat verband vermeldt, zijn immers evenzeer verenigbaar met het voortduren van de bestaande inleenverhouding. In een dergelijke situatie verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de tussen M. en de bank bestaande verhouding van inleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de par-

tijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Ook de andere door de Rechtbank vermelde omstandigheden – dat M.'s werk andersoortig was dan het schoonmaakwerk waarvoor de bank gewoonlijk werknemers van DG. inleende, dat de bank hem bij afwezigheid niet liet vervangen door een (andere) werknemer van DG. en dat de hoogte van zijn loon overeenkwam met de CAO voor het bankbedrijf – rechtvaardigen niet het oordeel dat M. en de bank zich jegens elkaar verbonden hebben, de laatste omstandigheid te minder nu die overeenstemming alleen het loon, niet de secundaire arbeidsvoorwaarden gold.

Het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar verbonden hebben, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden.*

(BW art. 6:217, 7:610)

ABN AMRO BANK N.V., te Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv. mr. E. Grabandt, tegen

Jagdevsingh Malhi, te Duiwendrecht, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Rechtbank:

Gronden van de beslissing

1. De grieven luiden:

I. Ten onrechte heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 4 van het vonnis van 15 oktober 1996 overwogen dat

- het enkele feit dat tussen Malhi en De Gast is overeengekomen dat Malhi op uitleenbasis voor de bank werkzaam zal zijn, niet aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen Malhi en de bank in de weg staat, althans niet op voorhand uitsluit dat een zodanige rechtsverhouding tussen de bank en Malhi is ontstaan dat de ontslagrechtelijke bepalingen daarop dienen te worden toegepast;

- het enkele feit dat Malhi zich weer tot De Gast heeft gewend om per 1 juli 1995 in zijn levensonderhoud te voorzien niet in de weg kan staan aan de toewijzing van het gevorderde, nu Malhi de bank tijdig heeft laten weten zich beschikbaar te houden en niet is gesteld of gebleken dat er bij de bank hierover enig misverstand heeft kunnen ontstaan;

- niet is gesteld of gebleken dat Malhi op onmiskenbare wijze de volgens hem en de bank bestaande arbeidsovereenkomst heeft beëindigd of willen beëindigen.

II. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 3 februari 1998 in rechtsoverweging 2b vastgesteld dat het in rechtsoverweging 2a bedoelde gesprek op initiatief van de bank is overeengekomen tussen de bank en De

* Zie ook *NJB* 2002, p. 859; *ArbeidsRecht* 2002, p. 29 (mr. R. Olde); *red.*

Gast dat het tarief dat De Gast voor Malhi in rekening bracht sterker verhoogd werd dan gold voor de overige (schoonmaak)medewerkers van De Gast, werkzaam bij de bank.

III. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 3 februari 1998 in rechtsoverweging 2f vastgesteld dat De Gast tenminste eenmaal een dag waarop de bank gesloten was (Goede Vrijdag) bij de bank in rekening heeft gebracht, terwijl op die dag door Malhi geen werkzaamheden zijn verricht.

IV. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 3 februari 1998 in rechtsoverweging 2k vastgesteld dat Malhi afwezigheid wegens vakantie en/of ziekte eerst met de bank besprak en dit vervolgens meldde bij De Gast.

V. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 3 februari 1998 in rechtsoverweging 2l vastgesteld dat de feitelijke rol van De Gast bij de arbeidsovereenkomst bij Malhi uitsluitend een administratieve was.

VI. Ten onrechte is de kantonrechter in rechtsoverweging 3 van het vonnis van 3 februari 1998 van oordeel dat de in de vonnissen van 15 oktober 1996 en 3 februari 1998 vastgestelde feiten leiden tot het oordeel dat de juridische relatie tussen Malhi en de bank gelijk gesteld dient te worden aan een arbeidsovereenkomst. Ten onrechte heeft de kantonrechter bij vonnis van 13 oktober 1998 verklaard voor recht dat tussen partijen ingaande 1 november 1993 een arbeidsovereenkomst is ontstaan, alsmede dat het Malhi ingaande 1 juli 1995 gegeven ontslag nietig is, alsmede dat op de arbeidsovereenkomst tussen partijen vanaf 1 november 1993 de CAO voor het bankbedrijf van toepassing is. De kantonrechter heeft hiertoe ten onrechte overwogen als vermeld in de rechtsoverwegingen 3, 4 en 6 van het vonnis van 3 februari 1998.

VII. Ten onrechte heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 7 van het vonnis van 3 februari 1998 geoordeeld dat het verweer van de bank dat zij niet de bedoeling heeft gehad om een arbeidsovereenkomst met Malhi te laten ontstaan, moet worden gepasseerd nu geoordeeld dient te worden op basis van de vaststaande objectieve feiten.

VIII. Ten onrechte heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 8 van het vonnis van 3 februari 1998 geoordeeld dat geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aan het feit dat Malhi, nadat hij de bank op basis van de door hem gestelde arbeidsovereenkomst met de bank had aangesproken en de bank het bestaan van die arbeidsovereenkomst dan wel andere verplichtingen jegens Malhi had betwist, feitelijk schoonmaakwerkzaamheden voor de Gast is gaan verrichten.

IX. Ten onrechte heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 9 van het vonnis van 3 februari 1998 geoordeeld dat het verweer van de bank dat zij en Malhi zich nimmer uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden, moet worden verworpen.

X. Ten onrechte heeft de kantonrechter in

rechtsoverweging 10 van het vonnis van 3 februari 1998 geoordeeld dat met de vaststelling van de hoogte van het salaris van Malhi per 1 november 1993 het zwaartepunt binnen de arbeidsverhouding van Malhi zo zeer naar de bank is verschoven dat de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op die datum gesteld behoort te worden.

XI. Ten onrechte heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 11 van het vonnis van 3 februari 1998 geoordeeld dat de mededeling van de bank aan Malhi dat de arbeidsverhouding per 1 juli 1995 zal eindigen, beschouwd moet worden als een opzegging van de arbeidsovereenkomst, althans de arbeidsverhouding, zodat deze nietig is nu Malhi de nietigheid daarvan heeft ingeroepen op grond van het ontbreken van de voor die opzegging vereiste toestemming van de RDA.

XII. Ten onrechte heeft de kantonrechter geoordeeld dat de door de bank en De Gast gekozen constructie naar objectieve maatstaven geacht moet worden de kennelijke strekking te hebben gehad om de dwingendrechtelijke ontslagrechtelijke bepalingen, welke de positie van werknemers als Malhi beogen te beschermen, te ontgaan.

2. Als feiten die de kantonrechter tot uitgangspunt dienden zonder dat die in hoger beroep werden bestreden, dan wel als gesteld en erkend of niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet weersproken inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat in deze procedure het volgende vast:

a. Malhi is per 31 januari 1990 voor 40 uren per week in loondienst getreden van De Gast Schoonmaakbedrijven B.V. te Amsterdam (hierna: De Gast) en met ingang van dezelfde datum tewerkgesteld als schoonmaker in de kantoren van de bank aan de Vijzelstraat en -gracht te Amsterdam. Op deze tussen Malhi en De Gast gesloten arbeidsovereenkomst was de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwasserbedrijf van toepassing.

b. Medio 1990 heeft de bank – via De Gast – aan Malhi gevraagd om te gaan werken als chauffeur met als taak het uitleveren van p.c.'s, op welk verzoek Malhi is ingegaan. Nadien is op verzoek van de bank het takenpakket van Malhi uitgebreid met de installatie van pc's op diverse kantoren van de bank in Nederland.

c. Begin 1992 is Malhi door de bank tewerkgesteld op de afdeling Kantoormachines met als taak het beheren van het meldpunt en het verhelpen van kleine storingen. De bank heeft Malhi hiervoor een werkinstructie gegeven.

d. Op voorstel van de bank is aan Malhi ingaande november 1993 een salarisverhoging toegekend conform loongroep 4 van de Bank CAO. Zodoende werd Malhi voor zijn werk bij de bank op gelijk niveau betaald als medewerkers van de bank die dezelfde werkzaamheden verrichten, exclusief de secundaire arbeidsvoorwaarden. Dit betekende dat Malhi een hoger salaris ontving dan schoonmaakwerkers

van De Gast werkzaam bij de bank. Zijn salaris was hoger dan de hoogste CAO-schaal in de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwasserbedrijf.

e. Begin november 1994 heeft de bank aan Malhi medegedeeld dat de afdeling Kantoor-machines zou worden overgeheveld naar de afdeling Bedrijfstelefonie, waar ook Malhi zou gaan werken na de overheveling.

f. De bank heeft vervolgens in november 1994 De Gast ingelicht dat de werkzaamheden van Malhi met ingang van 1 juli 1995 zouden vervallen.

g. In december 1994 heeft het hoofd van de Afdeling Bedrijfstelefonie aan Malhi medegedeeld dat de samenwerking op een termijn van ongeveer zes maanden zou worden afgebouwd omdat als gevolg van een interne reorganisatie binnen de bank voldoende eigen kandidaten beschikbaar zouden komen om de door Malhi uitgeoefende functie te vervullen.

h. Bij brieven van 22 maart 1995 en 6 juni 1995 heeft de advocaat van Malhi, mr Van Santen, de bank bericht dat er naar zijn mening een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan tussen Malhi en de bank en hij heeft de bank verzocht Malhi in zijn toenmalige functie te handhaven, in ieder geval totdat de kantonrechter zou hebben geoordeeld over de vraag of er een arbeidsovereenkomst was ontstaan.

i. Bij brieven van 17 mei 1995 en 29 juni 1995 heeft de bank zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi en dat zij niet zullen ingaan op het verzoek van Malhi om hem voor de duur van de bodemprocedure tewerk te stellen, en dat er per 1 juli geen werk meer voorhanden is voor Malhi.

j. Malhi heeft zijn werk bij de bank met ingang van 1 juli 1995 moeten staken.

k. Malhi heeft de gehele tijd dat hij bij de bank werkte steeds wekelijks werkbriefjes bij De Gast ingediend. De Gast heeft al die tijd loon aan Malhi betaald.

l. De functiewisselingen van Malhi bij de bank zijn noch door de bank noch door De Gast schriftelijk vastgelegd.

m. Malhi werd bij afwezigheid wegens vakantie en/of ziekte niet vervangen door een werknemer van De Gast.

n. Malhi heeft met ingang van 1 juli 1995 werkzaamheden voor De Gast verricht in de functie van schoonmaker.

3. In hoger beroep vordert de bank de vonnissen van de kantonrechter te Amsterdam van 15 oktober 1996, 3 februari 1998 en 13 oktober 1998 te vernietigen en opnieuw rechtdoende bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van Malhi alsnog af te wijzen, alsmede Malhi te veroordelen tot terugbetaling aan de Bank van al hetgeen zij op grond van genoemde vonnissen aan Malhi heeft betaald of ten behoeve van hem heeft afgedragen terzake van belasting en sociale premies, alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag

der betaling door de bank tot aan de dag der terugbetaling, met veroordeling van Malhi in de kosten van beide instanties.

4. Malhi heeft vooreerst aangevoerd dat het appel is beperkt tot de twee vonnissen uit 1998 omdat de bank heeft verzuimd bij dagvaarding hoger beroep in te stellen tegen het tussenvonnis van 15 oktober 1996, zodat de inhoud van dit vonnis tussen partijen onherroepelijk is geworden.

5. De rechtbank zal voorbijgaan aan dit verweer nu eerst bij memorie van grieven duidelijk hoeft te worden van welke vonnissen men precies appelleert en met welke bezwaren.

6. Uit de toelichting bij de grieven blijkt dat alle grieven betrekking hebben op het oordeel van de kantonrechter dat er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen tussen de bank en Malhi. De grieven lenen zich in zoverre derhalve voor gezamenlijke behandeling.

7. De bank stelt zich kort gezegd op het standpunt dat Malhi steeds in dienst is gebleven van De Gast en dat er nooit een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen tussen haarzelf en Malhi.

8. Volgens Malhi heeft de bank hem vanaf 1 januari 1991 als een eigen werknemer behandeld en bejegend en heeft hij vanaf die tijd geen enkel contact meer gehad met de medewerkers of de directie van De Gast. Het indienen van de werkbriefjes was louter een formaliteit. Na verloop van tijd is er tussen de bank en hemzelf een arbeidsovereenkomst ontstaan, aldus Malhi.

9. Vaststaat dat er met betrekking tot de functiewisselingen schriftelijk niets is vastgelegd tussen De Gast en Malhi, noch tussen de bank en Malhi. Nu er onduidelijkheid bestaat omtrent de bedoelingen van de bank en Malhi op dit punt, zal aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden moeten worden uitgemaakt of er een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht tot stand is gekomen. Hierbij merkt de rechtbank op dat de aanvankelijk overeengekomen voorwaarden waaronder Malhi bij de bank is komen te werken, niet doorslaggevend zijn bij de beoordeling van het bovenstaande. Mede komt betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven.

10. De Kantonrechter heeft in dit kader terecht overwogen dat de omstandigheid dat tussen de bank en De Gast is overeengekomen dat Malhi op uitleenbasis bij de bank werkzaam is, op zichzelf niet aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen Malhi en de bank in de weg staat. Ook indien de bank en De Gast een bepaalde arbeidsverhouding anders benoemen, maar deze verhouding in de praktijk voldoet aan de eisen voor een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi, dan wordt deze als zodanig beschouwd. De eerste grief faalt dan ook op dit punt, evenals grief IX.

11. Uit het voorgaande volgt tevens dat grief VII geen doel treft. Het enkele feit dat de bank

niet de bedoeling had een arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen, hoeft aan de feitelijke totstandkoming hiervan niet in de weg te staan. In tegenstelling tot hetgeen de bank aanvoert, gaat het hier overigens niet alleen om de vraag wat de bedoeling was van de bank en De Gast, maar ook om de bedoeling van de bank en Malhi.

12. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht indien arbeid wordt verricht in dienst van een ander (gezagsverhouding) tegen loon. Vooreerst zal de rechtbank zich aan de hand van concrete feiten en omstandigheden buigen over de vraag of er een gezagsverhouding bestond tussen de bank en Malhi.

13. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit de reeds hierboven weergegeven feiten en omstandigheden dat er een gezagsverhouding tussen de bank en Malhi is ontstaan. Hierbij neemt de rechtbank met name in aanmerking dat Malhi vanaf medio 1990 ongeveer vijf jaren geheel andersoortig werk is gaan verrichten voor de bank dan het (schoonmaak-)werk dat de bank normaliter van De Gast inleende, dat De Gast een schoonmaakbedrijf is en derhalve niet geacht kan worden leiding te geven aan het soort werkzaamheden dat Malhi voor de bank moest verrichten, dat de aard van deze werkzaamheden dus meebracht dat met name de bank hiervoor instructies en aanwijzingen kon geven en ook daadwerkelijk gaf aan Malhi, dat de bank bepaalde welke werkzaamheden Malhi tot zijn takenpakket mocht rekenen, dat de bank met Malhi sprak als het ging om een verandering van dat takenpakket of beëindiging van zijn werkzaamheden bij de bank, en dat Malhi tijdens afwezigheid wegens vakanties of ziekte niet werd vervangen door een werknemer van De Gast.

14. Grief IV, gericht tegen de overweging van de kantonrechter dat Malhi afwezigheid wegens vakantie en/of ziekte eerst met de bank besprak en vervolgens meldde bij De Gast, zal de rechtbank passeren als zijnde onvoldoende onderbouwd. Naar de stellingen van de bank had zij met De Gast afgesproken dat deze laatste een beslissende stem had met betrekking tot de door Malhi op te nemen vakantie. De enkele omstandigheid dat de bank deze afspraak had gemaakt met De Gast, maakt nog niet dat De Gast ook daadwerkelijk besliste over de door Malhi op te nemen vakantie. Hiervan is ook niet gebleken. Overigens valt ook niet in te zien welk belang De Gast had bij inspraak in Malhi's vakantieplannen aangezien Malhi nog uitsluitend voor de bank werkte en geen schoonmaakwerkzaamheden meer voor de Gast verrichtte en Malhi gedurende afwezigheid bij de bank evenmin werd vervangen door een werknemer van De Gast. Dat de bank daarentegen wel belang had bij inspraak volgt uit het voorgaande.

15. In de toelichting op haar grieven erkent de bank dat zij instructies heeft gegeven aan Malhi, maar volgens haar is De Gast bevoegd het geven van instructies aan Malhi te delegeren

aan de bank. De bank heeft slechts gebruik gemaakt van deze door De Gast aan haar gedelegeerde bevoegdheid, hetgeen nog geen gezagsverhouding met zich meebrengt, aldus de bank. Naar de stellingen van de bank maakte zij gebruik van de diensten van Malhi op basis van een zuivere inleenconstructie tussen De Gast en haarzelf.

16. Naar het oordeel van de rechtbank heeft in dit geval de zuivere inleenconstructie met het verstrijken van de tijd aan betekenis ingeboet, naarmate er daadwerkelijk een gezagsverhouding tussen de bank en Malhi is ontstaan en die tussen De Gast en Malhi op de achtergrond is geraakt.

17. De stelling dat er slechts sprake is van een door De Gast aan de bank gedelegeerde bevoegdheid tot het geven van instructies doet aan het voorgaande niet af. Niet valt in te zien waarom deze feitelijk inhoudsloos geworden delegatie onder de onderhavige omstandigheden in de weg zou staan aan het ontstaan van een gezagsverhouding tussen Malhi en de bank.

18. Vervolgens dient te worden beoordeeld of de bank voor de door Malhi verrichte arbeid ook loon verschuldigd was.

19. De bank betwist dat zij loon heeft betaald aan Malhi en heeft hiertoe aangevoerd dat zij slechts een vergoeding betaalde aan De Gast voor het uitlenen van Malhi, dat Malhi niet bekend was in haar salarisadministratie en dat zij ook geen loonbelasting en sociale premies voor Malhi inhield.

20. De rechtbank stelt bij de behandeling van dit punt van geschil voorop dat het loon weliswaar door De Gast aan Malhi werd uitbetaald, maar dat de hoogte van dit loon per november 1993 niet meer conform de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf werd vastgesteld, maar op voorstel van de bank conform de Bank CAO (exclusief de secundaire arbeidsvoorwaarden). In haar toelichting heeft de bank deze loonsverhoging conform de Bank CAO aldus gemotiveerd dat deze ten opzichte van de schoonmaakmedewerkers gerechtvaardigd was teneinde Malhi's positie ten opzichte van de bankmedewerkers die dezelfde werkzaamheden verrichtten meer in evenwicht te brengen. Gezien deze toelichting zal de rechtbank grief II als niet ter zake dienend passeren.

21. De bank heeft voorts nog aangegeven dat door de verhoging van het uurloon van Malhi ook de declaratie van De Gast aan de bank steeg.

22. In aanmerking genomen dat er tussen Malhi en de bank een gezagsverhouding bestond, Malhi op voorstel van de bank per 1 november 1993 net als zijn directe collega's bij de bank werd beloond conform de Bank CAO (exclusief de secundaire arbeidsvoorwaarden) en de salarisverhoging middels een verhoogde declaratie van De Gast ook feitelijk voor rekening van de bank kwam, is de rechtbank met de kantonrechter van oordeel dat De Gast in de onderhavige constructie niet meer dan een admini-

stratieve functie vervulde. Grief V treft derhalve geen doel. De rechtbank is onder deze omstandigheden van oordeel dat het feit dat de salarisbetaling via De Gast is blijven lopen, niet aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi in de weg staat.

23. Ook indien ervan wordt uitgegaan dat De Gast geen enkele Goede Vrijdag bij de bank in rekening heeft gebracht, hetgeen Malhi betwist, dan staat dit in het onderhavige geval de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst niet in de weg. Grief III zal daarom worden gepasseerd.

24. Nu als onomstreden vaststaat dat Malhi arbeid verrichtte ten behoeve van de bank, is de rechtbank in het licht van het voorgaande van oordeel dat tussen Malhi en de bank aan alle elementen is voldaan om een arbeidsovereenkomst te doen ontstaan. De rechtbank is verder met de kantonrechter van oordeel dat de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst onder de gegeven omstandigheden op 1 november 1993 moet worden gesteld, aangezien Malhi per die datum op voorstel van de bank conform de Bank CAO werd uitbetaald. Voor zover er nog betekenis toekwam aan de oorspronkelijk tussen Malhi en De Gast gesloten arbeidsovereenkomst, is deze per 1 november 1993 in elk geval van ondergeschikt belang geworden. Het deel van grief VI dat zich op dit aspect richt en grief X falen dan ook.

25. Aangezien op grond van hetgeen hiervoor is overwogen vaststaat dat er tussen de bank en Malhi een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, behoeft grief XII geen nadere bespreking.

26. Voor zover de bank met haar eerste grief heeft willen betogen dat de omstandigheid dat Malhi per 1 juli 1995 weer schoonmaakwerkzaamheden is gaan verrichten voor De Gast het aannemen van een arbeidsovereenkomst in de weg zou staan, verwerpt de rechtbank dit argument. Uit de bij de feiten onder rechtsoverweging 2.h. en i. genoemde correspondentie tussen de advocaat van Malhi en de bank blijkt dat Malhi wat de beëindiging van zijn werkzaamheden bij de bank betreft voor een voldongen feit is geplaatst, dat hij zich steeds beschikbaar heeft gehouden voor de bank en dat de bank van dat aanbod geen gebruik heeft willen maken.

27. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat alle grieven falen, zodat de beroepen vonnissen zullen worden bekrachtigd. Het bewijsaanbod van de bank wordt als niet ter zake dienend gepasseerd. De bank wordt als de in het ongelijk gestelde partij belast met de kosten van het geding in hoger beroep.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat de Rechtbank heeft overwogen en beslist als is vervat in het te dezen bestreden von-

nis, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, zo nodig in onderlinge samenhang te lezen redenen:

1.a. In het bestreden vonnis miskent de Rechtbank dat bij beantwoording van de vraag of tussen betrokkenen een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW tot stand is gekomen allereerst (en bovenal) de vraag beantwoord dient te worden of betrokkenen zich jegens elkaar hebben verbonden, en dat eerst na bevestigende beantwoording van die vraag de vraag naar de kwalificatie van de contractuele binding aan de orde komt. Indien de Rechtbank is uitgegaan van de opvatting dat een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi tot stand is gekomen zonder dat zij zich jegens elkaar hebben verbonden, dan is de beslissing van de Rechtbank rechtens onjuist. Indien de Rechtbank heeft aangenomen dat in het door de Rechtbank overwogene besloten ligt dat de Bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden, dan is de beslissing van de Rechtbank onbegrijpelijk en/of niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

b. In de r.o. 9 tot en met 11 miskent de Rechtbank het in subonderdeel 1a gestelde. Met het in die r.o. overwogene wordt uit het oog verloren dat het erom gaat of tussen de Bank en Malhi wilsovereenstemming tot stand is gekomen en of zij zich mitsdien jegens elkaar hebben verbonden tot hetgeen in art. 7:610 BW is aangeduid. Voor zover de Rechtbank in r.o. 9 met de passage dat „betekenis toe(komt) aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven” het vorenstaande uit het oog heeft verloren, is zulks onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Ook het gestelde in r.o. 10 en 11 leidt aan hetzelfde gebrek: daar waar de Rechtbank overweegt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi wanneer „deze verhouding in de praktijk voldoet aan de eisen voor een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi” (gedoeld wordt dus kennelijk op de arbeidsverhouding tussen de Bank en Malhi) miskent de Rechtbank, ook in het licht van hetgeen in de r.o. 12 tot en met 25 wordt overwogen, dat alvorens kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi tussen beiden meerge-noemde wilsovereenstemming tot stand moet zijn gekomen. De overwegingen van de Rechtbank laten de mogelijkheid open dat ook zonder die wilsovereenstemming, en zonder dat betrokkenen zich jegens elkander hebben verbonden, sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi (r.o. 9: „...betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoudt hebben gegeven”; r.o. 10: „...dat de omstandigheid dat tussen de Bank en De Gast is overeengekomen dat Malhi op uitleenbasis bij de Bank werkzaam is, op zichzelf niet aan de totstandkoming van een ar-

beidsovereenkomst tussen Malhi en de Bank in de weg staat." en „Ook indien de Bank en De Gast een bepaalde arbeidsverhouding anders benoemen, maar deze verhouding in de praktijk voldoet aan de eisen voor een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi, dan wordt deze als zodanig beschouwd.”; r.o. 11: „Het enkele feit dat de Bank niet de bedoeling had een arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen, hoeft aan de feitelijke totstandkoming hiervan niet in de weg te staan. In tegenstelling tot hetgeen de Bank aanvoert, gaat het hier overigens niet alleen om de vraag wat de bedoeling was van de Bank en De Gast, maar ook om de bedoeling van de Bank en Malhi.”). Een en ander is onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

2. Het in onderdeel 1 aangevoerde wordt ook in r.o. 12 door de Rechtbank uit het oog verloren. De door de Rechtbank in r.o. 12, eerste zin, geformuleerde regel geldt tussen bepaalde betrokkenen slechts dan indien *die* betrokkenen zich jegens elkaar hebben verbonden, en mitsdien wilsovereenstemming is bereikt omtrent een contractuele binding die (bij toepassing van art. 7:610 BW) als een arbeidsovereenkomst tussen de, omtrent de inhoud van die overeenkomst wilsovereenstemming bereikt hebbende, betrokkenen moet worden aangemerkt. Dit verliest de Rechtbank in r.o. 12 uit het oog, en – gezien de uitwerking van de aangeduide criteria in het vervolg van het vonnis – zulks raakt ook de r.o. 13 tot en met 25.

3. Het gestelde in de r.o. 13 tot en met 17 is rehtens onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Allereerst wordt in die r.o. (zie ook de eerdere (sub)onderdelen) uit het oog verloren dat het door de Rechtbank overwogene nog niet met zich brengt dat sprake is van het zich door de Bank en Malhi jegens elkaar verbinden in de zin van art. 7:610 BW waaruit het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan worden afgeleid. Daarnaast miskent de Rechtbank dat de omstandigheid dat de Bank instructies en aanwijzingen aan Malhi gaf terzake de uitvoering van de door hem voor de Bank te verrichten werkzaamheden nog niet met zich brengt dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de Bank en Malhi in die zin dat geconcludeerd kan en moet worden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Indien een ingeleende kracht als Malhi werkzaamheden verricht voor de inlener zullen deze werkzaamheden worden verricht met inachtneming van instructies en aanwijzingen van de inlener, en zal de inlener invloed (kunnen) uitoefenen terzake de vraag welke werkzaamheden de ingeleende kracht moet verrichten, hetgeen evenzeer het geval zal zijn als sprake is van een verandering van de taken. Een van de kenmerken van de positie van een ingeleende kracht is nu immers dat de werkzaamheden veelal worden verricht onder toezicht en leiding van de inlener. Een en ander wordt niet anders indien de ingeleende kracht omtrent kwesties

als vakanties, ziekte, e.d. in eerste instantie contact legt met de inlener, zijnde dat degene ten behoeve van wie de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd. Dit alles maakt onbegrijpelijk het in de r.o. 13 tot en met 17 overwogene, zulks ook en in het bijzonder inhoudende dat een gezagsverhouding zou zijn ontstaan tussen de Bank en Malhi in die zin dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen.

4.a. Het gestelde in de r.o. 18 tot en met 23 is rehtens onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Ook tegen het hier overwogene wordt allereerst aangevoerd hetgeen in de onderdelen 1 en 2 is aangevoerd, te weten dat het door de Rechtbank overwogene niet met zich brengt dat de Bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden en dat die contractuele relatie, alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, als een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Daarnaast valt niet in te zien dat het door de Rechtbank overwogene bijdraagt (althans zonder nadere motivering) aan het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de Bank en Malhi. Uitgangspunt dient te zijn dat de Bank een vergoeding betaalde aan De Gast voor het uitlenen van Malhi, dat Malhi niet bekend was in haar salarisadministratie en dat zij ook geen loonbelasting en sociale premies van Malhi inhield. De omstandigheid dat het salaris dat Malhi van De Gast ontving de Bank als bron had, draagt uiteraard niet bij aan het door de Rechtbank geformuleerde oordeel, omdat nu immers altijd de inlener de bron is van het door de ingeleende kracht van zijn werkgever ontvangen loon, althans de omstandigheid dat in casu de Bank de bron is van het door Malhi van De Gast ontvangen loon niet bijdraagt tot het oordeel dat een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de Bank en Malhi.

b. Daarenboven heeft te gelden dat de Rechtbank ten onrechte kennelijk (r.o. 20 en 22) van gewicht acht dat per 1 november 1993 Malhi een andere (hogere) beloning voor zijn werk kreeg dan daarvoor het geval was, nu de omstandigheid dat de ingeleende kracht een hoger loon kreeg dan daarvoor omdat (zie r.o. 20) Malhi's positie aldus ten opzichte van de bankmedewerkers die dezelfde werkzaamheden verrichtten meer in evenwicht werd gebracht, niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, met zich brengt dat de Bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden als bedoeld in art. 7:610 BW (vgl. bijvoorbeeld ook het thans vigerende art. 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs).

c. Het in het vorige subonderdeel gestelde raakt ook de beslissing van de Rechtbank in r.o. 24 inhoudende dat de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst op 1 november 1993 moet worden gesteld. Niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, valt in te zien dat de door de Rechtbank aangeduide loonsverhoging van Malhi per 1 november 1993, en ken-

nisnemend van de in r.o. 20 weergegeven toelichting van de Bank, die door de Rechtbank niet onjuist is bevonden, leidt tot de conclusie dat de Bank en Malhi zich per 1 november 1993 hebben verbonden jegens elkaar als bedoeld in art. 7:610 BW.

Conclusie A-G mr. Huydecoper:

Feiten en procesverloop

1) In het in cassatie bestreden vonnis zijn de feiten in rov. 2 overzichtelijk (en tamelijk gedetailleerd) weergegeven. Zij komen, in het kort, op het volgende neer:

- de verweerder in cassatie, Malhi, werkte sedert januari 1990 bij de eiseres tot cassatie, de Bank, als schoonmaker. Malhi werkte daar toen in dienst van De Gast B.V., onder vigeur van de CAO voor die bedrijfstak. Na enige maanden – medio 1990 – is Malhi op verzoek van de Bank ander werk gaan doen, nl. aanvankelijk werk als chauffeur om p.c.'s te bezorgen, en later ook de installatie van p.c.'s. Begin 1992 plaatste de Bank Malhi op de afdeling Kantoormachines, waar hij het meldpunt beheerde en kleine storingen verhielp.

- weer geruime tijd later, nl. in november 1993, kende men op voorstel van de Bank Malhi een salarisverhoging toe overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf, waardoor hij op dezelfde voet werd gehonoreerd als zijn collega's bij de Bank, en hoger dan de hoogste salarisschaal in de CAO voor het schoonmaakbedrijf.

- ongeveer een jaar later, beginnend november 1994, kondigde de Bank plannen aan die verandering, en later beëindiging van de werkzaamheden van Malhi per 1 juli 1995 inhielden. Malhi heeft zich toen op het standpunt gesteld dat hij (voor onbepaalde tijd) in dienst was van de Bank.

- gedurende de tijd dat Malhi bij de Bank werkte (nl. tot 1 juli 1995) is hij steeds wekelijks bij De Gast Schoonmaakbedrijven B.V. werkbriefjes blijven indienen, en is De Gast Schoonmaakbedrijven B.V. Malhi's salaris blijven betalen. Bij ziekte of afwezigheid werd Malhi niet vervangen door een (andere) medewerker van De Gast Schoonmaakbedrijven B.V.

2) Het laat zich raden waarover partijen, tegen deze feitelijke achtergrond, verdeeld zijn: Malhi houdt staande dat hij destijds bij de Bank in dienst was, en dat de Bank hem dienovereenkomstig behoort te honoreren. De Bank meent dat Malhi onverminderd als werknemer in dienst van De Gast Schoonmaakbedrijven B.V. is gebleven, en dat hij dus geen aanspraken t.o.v. de Bank geldend kan maken.

Zowel de kantonrechter als de rechtbank hebben het door Malhi verdedigde standpunt (voor het grootste deel) als juist aanvaard. Het cassatiemiddel bestrijdt de gronden waarop de rechtbank tot haar beslissing is gekomen met rechts- en motiveringsklachten. Malhi is in cassatie niet verschenen. De Bank heeft haar cassa-

tiemiddel schriftelijk toegelicht.

Bespreking van het cassatiemiddel

3) Centraal in de drie onderdelen van het cassatiemiddel staat de stelling dat de rechtbank van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door zich (slechts) te laten leiden door „de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven”,¹ zonder te onderzoeken of tussen Malhi en de Bank wils-overeenstemming tot stand is gekomen, waardoor zij zich (als werkgever en werknemer) jegens elkaar hebben gebonden.

Het middel zoekt daarbij aansluiting bij HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273 m.nt. PAS. In die zaak ging het om de vraag of tussen een werknemster die aanvankelijk als uitzendkracht werkzaam was geweest² en die vervolgens bij het bedrijf waar zij was „uitgezonden” voor bepaalde tijd in dienst was getreden, een „voortgezette” dienstbetrekking in de zin van (destijds) art. 7A:1639 f BW gold. Dat zou het geval zijn als de aanvankelijke relatie waarbij de werknemster als uitzendkracht werkzaam was, „eigenlijk” als dienstbetrekking tussen de werknemster en de inlenende partij die later haar werkgever werd, mocht worden gekwalificeerd. De Hoge Raad oordeelde toen dat de rechtbank op gronden die dat oordeel niet konden dragen, had beslist dat tussen de betreffende partijen een „voortgezette” dienstbetrekking had gegolden, mede omdat de rechtbank niet had vastgesteld (en de vastgestelde feiten ook niet meebrachten) dat de partijen zich voor de periode van werkzaamheden als uitzendkracht

1. Dit is een van de aan het vonnis van de rechtbank ontleende formuleringen waarop door het cassatiemiddel of in de schriftelijke toelichting in dit verband een beroep wordt gedaan, naast andere formuleringen van een vergelijkbare strekking.

2. Of Malhi tewerkstelling bij de Bank aanvankelijk op „uitlening” in de destijds courante betekenis beruiste, staat m.i. niet onomstotelijk vast (ofschoon de rechtbank wel tot uitgangspunt heeft genomen dat Malhi aanvankelijk „op uitleenbasis bij de Bank werkzaam” was; zie ook de stellingen van de Bank, bijv. in de Memorie van Griefen, nrs. 4 en 50). Schoonmaakmedewerkers worden wel „uitgeleend”; maar minstens even vaak is het zo dat schoonmaakwerk door middel van een overeenkomst (van opdracht) aan een schoonmaakbedrijf wordt „uitbesteed”. In dat geval zijn de werknemers van het schoonmaakbedrijf „gewoon” werkzaam voor, en in het bedrijf van, hun eigen werkgever, te weten: het schoonmaakbedrijf, en niet als „uitgeleende” kracht bij de opdrachtgever. Of in deze zaak aanvankelijk de ene of de andere constructie (of misschien nog een derde variant) van toepassing was, is overigens m.i. voor de beoordeling van het geschil van verwaarloosbaar belang.

ten opzichte van elkaar hadden verbonden.

4) Ik geef aan de steller van het middel toe dat de beslissing van de rechtbank in de onderhavige zaak niet zo duidelijk en zuiver geformuleerd is dat iedere twijfel daarover uitgesloten is; maar ik meen toch dat die beslissing voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt dat de rechtbank deze zaak aan de hand van een andere gedachtegang heeft beoordeeld dan die, die in HR 27 november 1992 als onvoldoende werd aangemerkt. Volgens mij heeft de rechtbank deze zaak beoordeeld aan de hand van de vraag of Malhi uit de wijze waarop de Bank zich jegens hem heeft gedragen en geuit, redelijkerwijs heeft mogen afleiden dat de Bank hem als werknemer accepteerde, en niet meer aanmerkte als de aan het bedrijf van De Gast Schoonmaakbedrijven B.V. verbonden schoonmaker die hij in de eerste maanden van zijn tewerkstelling bij de Bank geweest was. Die maatstaf lijkt mij ook de juiste. Bij de beoordeling of partijen zich jegens elkaar gebonden hebben gaat het (niet anders dan bij de vraag *waartoe* partijen bij een overeenkomst zich jegens elkaar gebonden hebben),³ om wat de partijen jegens elkaar hebben verklaard en/of door gedragingen tot uitdrukking hebben gebracht en om wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs daaruit mochten afleiden, alles: beoordeeld in de context van de verdere omstandigheden van het geval.⁴

5) Dat de rechtbank inderdaad aan de hand van dit (juiste) criterium heeft geoordeeld, maak ik o.a. op uit rov. 9 van het bestreden vonnis. Daar stelt de rechtbank eerst vast dat er omtrent de bedoelingen van de partijen onduidelijkheid bestaat. Wat dan volgt strekt er kennelijk toe, deze onduidelijkheid te ecarteren, en vast te stellen wat de (geobjectiveerde) bedoelingen van de partijen waren. Ik zie eens temeer reden om deze overwegingen van de rechtbank zo te begrijpen, omdat in die overwegingen kennelijk wordt gereageerd op het betoog uit de nrs. 36 en 37 van de Memorie van Grieven, waarin het thans in cassatie ter beoordeling staande argument eveneens – uitgebreid – wordt verdedigd.

6) Ik veroorloof mij in dit verband een zijspiong. In de feitelijke context van deze zaak ligt in uitgesproken mate besloten, dat aan de gesties die van de kant van de Bank hebben plaatsgehad geen welbepaalde „bedoeling” ten grondslag heeft gelegen. Bij grotere organisa-

ties – zoals die van de Bank er, naar ik algemeen bekend meen te mogen veronderstellen, een is -, met een organisatorische onderverdeling in afdelingen (bijvoorbeeld de afdeling Kantoor machines waar Malhi vanaf begin 1992 werkzaam was; maar de afdelingen die verantwoordelijk zijn voor personeelsaangelegenheden en voor salarisadministratie zullen vermoedelijk in deze zaak ook een rol hebben gespeeld), wordt het optreden van de organisatie meer dan eens bepaald door handelingen van een aantal verschillende actoren, die hun handelingen niet noodzakelijkerwijs op elkaar afstemmen, en die daarbij onderling aanmerkelijk verschillende bedoelingen (kunnen) hebben. Als men in een dergelijk geval over „de bedoeling” van de organisatie spreekt, kan men daarmee alleen bedoelen (om die term toch maar te gebruiken): de geobjectiveerde strekking die uit de gesties van de organisatie redelijkerwijs moeten worden afgeleid – en niet een werkelijk bij een of meer individuen bestaand oogmerk waarop de betreffende handelingen (gezamenlijk) gericht waren.

7) Volgens mij heeft de rechtbank, met inachtneming van de zojuist geopperde gedachten omtrent de wijze waarop een organisatie „beslist” en zijn besluiten tot uitdrukking brengt, onderzocht hoe de aan de Bank toe te rekenen bedoeling is geweest (daarbij vermoedelijk terecht rekening houdend met de mogelijkheid dat er wel eens niemand kan zijn geweest bij wie die bedoeling werkelijk bestond). Bij een onderzoek op die basis, vallen een aantal gegevens die in ander verband wel van elkaar plegen te worden onderscheiden, (vrijwel) geheel met elkaar samen: de geobjectiveerde wil van de betrokkene is in het geval van een rechtspersoon/organisatie vaak – en ook in een geval als het onderhavige – niet te onderscheiden van de „werkelijke” wil, die zo’n rechtspersoon/organisatie in veel gevallen nu eenmaal niet „werkelijk” heeft; en de geobjectiveerde bedoeling van de betrokkene is niet anders dan de strekking van de te onderzoeken handelingen, zoals de wederpartij die in de gegeven omstandigheden aanwezig mocht veronderstellen. De vraag of de Bank iets anders „bedoeld” kan hebben dan Malhi misschien mocht veronderstellen, kan dan niet zinvol worden onderzocht. Tegen die achtergrond moet m.i. worden begrepen dat de rechtbank haar onderzoek heeft toegespitst op de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven. In de gegeven context ligt het bepaald voor de hand om de geobjectiveerde bedoeling die uit het handelen van de Bank kan worden opgemaakt, aan de hand van die gegevens vast te stellen.

8) Als men de wijze waarop de rechtbank de zaak heeft beoordeeld zo opvat, falen zowel de rechtsklachten als de motiveringsklachten van het middel. Rechtens is het zo dat de rechtbank terecht heeft onderzocht welke geobjectiveerde bedoeling redelijkerwijs uit de gesties van de

3. Zie bijv. HR 26 oktober 2001, *RvdW* 2001, 165, (*NJ* 2002, 93; *red.*) rov. 4.2.3.; HR 21 december 2001, zaaknr. C00/087HR (*NJ* 2002, 60; *red.*), rov. 3.7, en Bloembergen c.s., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (2001), nr. 45.

4. Zie in dit verband ook, o.a., HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 494 m.nt. WMK, rov. 5.1.2. met verdere verwijzingen, ook in nr. 8 van de conclusie van A-G Hartkamp.

Bank mag worden afgeleid; en de gegevens die de rechtbank heeft vastgesteld zijn m.i. ruimschoots voldoende om de gevolgtrekking te dragen dat Malhi daaruit (redelijkerwijs) de bedoeling mocht destilleren om hem te accepteren, (niet langer als schoonmaker bij een externe schoonmaakorganisatie maar) als een eigen medewerker in een in de organisatie van de Bank geïntegreerde functie die ook een relevante mate van verantwoordelijkheid binnen die organisatie met zich meebracht.

9) Of Malhi inderdaad aan de houding van de Bank de indruk mocht ontleen dat de Bank hem als „eigen” employé in een tot de organisatie van de Bank behorende functie accepteerde, is een vraag die in overwegende mate aan de hand van feitelijke waardering van de omstandigheden moet worden beantwoord. Dat de rechtbank die vraag zo heeft beantwoord als in de vorige alinea's werd verondersteld, vind ik bepaald niet onbegrijpelijk. De middelonderdelen klagen er ook niet over dat de beslissing van de rechtbank, als men die zo opvat als hiervóór werd gedaan, onbegrijpelijk zou zijn. Daarop stuiten, naar mijn oordeel, alle klachten van het middel af:

- onderdelen 1 en 2 van het middel betreffen beide de vraag of de rechtbank heeft onderzocht of er tussen partijen rehtens „wilsovereenstemming” is bereikt. Dat heeft de rechtbank dus volgens mij op de in de vorige alinea's beschreven wijze wél onderzocht, en met een deugdelijke onderbouwing vastgesteld.

- onderdelen 3 en 4 falen, voorzover zij naar de onderdelen 1 en 2 terugverwijzen, om dezelfde redenen. Verder wordt in de hier bestreden overwegingen van de rechtbank onderzocht of binnen de rechtsverhouding tussen de Bank en Malhi zoals de rechtbank die inmiddels had vastgesteld, sprake was van de voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst vereiste elementen „gezagsverhouding” en „loon” (wat van de kant van de Bank betwist was). Eenmaal gegeven dat de Bank geacht moet worden Malhi rechtstreeks als medewerker (aldan-niet in dienstbetrekking) te hebben aanvaard – dat is de uitkomst van de hiervóór besproken beoordeling door de rechtbank – kon de rechtbank geredelijk vaststellen dat ook de elementen „gezagsverhouding” en „loon” aanwezig waren. (Ik denk dat eerder de beslissing dat die *niet* aanwezig waren, grond voor klachten in cassatie zou hebben kunnen opleveren). De tegenwerpingen die in de middelonderdelen 3 en 4 worden aangewezen, geven aan waarom men – desnoods – over deze elementen ook anders had kunnen oordelen; maar zij dwingen bepaald niet tot het andere oordeel, en brengen ook niet mee dat het oordeel van de rechtbank niet alleszins begrijpelijk is.

10) Toch veroorloof ik mij nog een tweede zijsprong. Daarbij haak ik aan aan het feit dat de rechtbank (in rov. 9) tot uitgangspunt heeft genomen dat er onduidelijkheid bestaat over de bedoelingen van de Bank en Malhi – een vast-

stelling die ik geneigd ben van harte te onderschrijven: de wijze waarop de Bank zich in haar relatie tot Malhi heeft opgesteld is haast een examenvoorbeeld van dubbelzinnigheid.

De rechtsleer die contractuele gebondenheid beoordeeld wil zien aan de hand van wat partijen en redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen opmaken, is niet optimaal toegesneden op het geval dat de verklaringen en gedragingen van partijen dubbelzinnig zijn geweest. Aan de dubbelzinnigheid van de door een partij ingenomen houding is immers meestal inherent dat men daaruit *niet* redelijkerwijs één van de verschillende denkbare betekenissen als „de ware” kan, en dus mag opmaken. Daarentegen zal de redelijkheid meestal meebrengen dat men met alle verschillende (redelijkerwijs denkbare) interpretaties van de betreffende houding rekening moet houden, en niet voor één „ware” uitleg mag opteren zonder nader bij de betrokkene te hebben nagevraagd wat zijn ware bedoeling is.

11) De rechtsleer pleegt die consequentie te aanvaarden, in die zin dat wordt aangenomen dat geen overeenkomst ontstaat waar partijen zich in voor misverstand vatbare bewoordingen hebben uitgedrukt die zij over en weer verschillend hebben begrepen (en redelijkerwijs verschillend konden begrijpen)⁵.

In de praktijk ziet men echter met regelmaat dat het bloed kruipt waar het niet gaan kan, en dat wél gebondenheid wordt aangenomen, (ook) waar moeilijk kan worden aangenomen dat de gesties van de partijen niet voor méér dan een uitleg – en dus voor misverstand – vatbaar waren. In de eerder al aangehaalde beslissing HR 28 juni 1997, *NJ* 1997, 494 m.nt. WMK, levert rov. 4.3 een beeldend voorbeeld op. Daar blijkt dat in de feitelijke instantie was aangenomen, dat uit het feit dat de eigenares van (in opdracht van een derde) opgeslagen goederen had geweigerd om zekerheid te stellen voor de vrijgave van die goederen (waarop door de opslagnemer retentierecht werd uitgeoefend), mocht „worden afgeleid dat zij ermee instemde dat de verdere bewaarneming voor haar rekening geschiedde”. Die gevolgtrekking kan men – misschien⁶ – aan de door deze eigenares ingenomen houding verbinden; maar wil men daarbij ook aannemen dat de wederpartij dit redelijkerwijs uit die houding mocht afleiden en géén rekening hoefde te houden met de toch waarlijk niet ondenkbare andere mogelijke duidingen van die houding, dan moet men de ruimte die hier voor feitelijke waardering bestaat, wel tot het uiterste benutten.

12) Ik vraag mij dan ook af of niet in sommige gevallen moet worden erkend dat er contractuele binding kan bestaan, niet (alleen) omdat de houding van de partijen (in redelijkheid) zo

5. Asser-Hartkamp 4 II (2001), nr. 121, met verdere verwijzingen.

6. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp, nr. 17, slot.

mocht worden uitgelegd dat zij die binding aanvaardden, maar ook omdat er omstandigheden van andere aard kunnen zijn die rechtvaardigen dat de onduidelijkheid van de gerezen situatie wordt toegerekend aan één van de betrokken partijen (men denkt natuurlijk al gauw aan de partij die die onduidelijkheid in de hand heeft gewerkt;⁷ maar het lijkt mij op z'n minst verdedigbaar dat het feit dat één van de partijen een sociaal-economisch zwakkere partij is die door dwingendrechtelijke wetgeving in bescherming wordt genomen, onder omstandigheden ook de doorslag zou kunnen geven). HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 m.nt. PAS en HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001, 635 laten voorbeelden zien van „dubbelzinnige” rechtsverhoudingen waarbinnen de uitleg ten nadele van één van de partijen misschien door de tweede zojuist geopenste gedachte had kunnen worden ondersteund.⁸

13) De zojuist terloops geopperde suggestie haakt o.a. aan aan de nog voortdurende discussie over de zgn. wils-/vertrouwenstheorie als (primaire) richtsnoer voor contractuele gebondenheid, en raakt daarmee aan een onderwerp waarover een breed en diepgaand debat mogelijk is (en in de doctrine ook daadwerkelijk wordt gevoerd⁹). Ik geloof niet dat het voor de beoordeling van deze zaak dienstig is, daar méér over te zeggen dan zojuist gezegd werd – en misschien had dat laatste ook niet gezegd hoeven te worden. In deze zaak heeft de rechtbank immers, in de door mij voorgestane lezing van het vonnis, binnen de (alleszins ruime) marge die daarvoor aan de feitelijke rechter wordt gelaten, beoordeeld welke de geobjectieeerde bedoeling is die aan de gesties van de Bank redelijkerwijs (door Malhi) mocht worden verbonden. Daarbij is de rechtbank tot een alleszins verdedigbare uitkomst gekomen. De zojuist gemaakte opmerkingen naar aanleiding van de vaststelling dat de houding van partijen niet een dadelijk duidelijk beeld oproept, doen daaraan niet af – wij moeten aannemen dat de rechtbank de aarzeling die hier tot uitdrukking komt bij haar nadere onderzoek heeft overwonnen. Het middel werpt bovendien geen klachten op die de zojuist onder nrs. 10-12 besproken vragen aan de orde stellen.¹⁰

7. Zie bijvoorbeeld Nieuwenhuis, diss. 1979, p. 85 e.v., of Van Schilfgaarde, *AAe* 1977, p. 659 e.v.

8. De conclusie van A-G Koopmans bij *NJ* 1994, 704, nrs. 5 t/m 8 geeft nadere aanknopingspunten voor het toekennen van gewicht aan de feitelijke omstandigheden, in weerwil van een mogelijk afwijkende partijbedoeling.

9. Voor een recent (maar misschien hier en daar enigszins gekleurd) overzicht verwijs ik naar Van Dunné, *Verbintenissenrecht* (2001), deel I p. 32 e.v. en deel II, p. 69 e.v.

10. Daarmee bedoel ik bepaald niet te suggereren dat klachten van deze strekking zinvol hadden kunnen worden geformuleerd. Ik wil alleen

Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerder in cassatie – verder te noemen:

Malhi – heeft bij exploit van 27 november 1995 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de bank – gedagvaard voor de Kantonrechter te Amsterdam en gevorderd:

1. te verklaren voor recht dat tussen partijen ingaande 1 januari 1991 een arbeidsovereenkomst is ontstaan, althans ingaande een zodanig datum als de Kantonrechter in goede justitie zal bepalen;

2. te verklaren voor recht dat het aan Malhi ingaande 1 juli 1995 gegeven ontslag nietig is;

3. te verklaren voor recht dat ingaande de datum van aanvang van de arbeidsovereenkomst hierop de Bank-CAO van toepassing is;

4. de bank te veroordelen tot betaling aan Malhi van al hetgeen de bank op grond van de toepasselijke Bank-CAO per heden aan Malhi verschuldigd mocht blijken te zijn.

De bank heeft de vorderingen bestreden.

Na een tussenvonnis van 15 oktober 1996 waarbij een comparitie van partijen is gelast, heeft de Kantonrechter bij tussenvonnis van 3 februari 1998 Malhi opgedragen zich nader uit te laten zoals vermeld in zijn vonnis. Vervolgens heeft Malhi ter rolle van 31 maart 1998 een akte tot vermeerdering van eis genomen. De bank heeft zich bij akte verzet tegen de vermeerdering van eis.

Bij vonnis van 13 oktober 1998 heeft de Kantonrechter de vordering tot vermeerdering van eis afgewezen. De Kantonrechter heeft voorts voor recht verklaard:

i. dat tussen partijen ingaande 1 november 1993 een arbeidsovereenkomst is ontstaan, alsmede

ii. dat het Malhi ingaande 1 juli 1995 gegeven ontslag nietig is, alsmede

iii. dat op de arbeidsovereenkomst tussen partijen vanaf 1 november 1993 de CAO voor het Bankbedrijf van toepassing is en de bank veroordeeld om aan Malhi te voldoen de som van f 8726,26 bruto.

Het meer of anders gevorderde heeft de Kantonrechter afgewezen.

Tegen de vonnissen van de Kantonrechter van 3 februari 1998 en 13 oktober 1998 heeft de bank hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Amsterdam.

Bij vonnis van 23 augustus 2000 heeft de Rechtbank de vonnissen van de Kantonrechter van 15 oktober 1996, 3 februari 1998 en 13 oktober 1998 bekrachtigd.

(...)

maar buiten twijfel stellen dat het punt in cassatie niet ter beoordeling staat.

2. *Het geding in cassatie* (...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

Op 31 januari 1990 is Malhi in dienst getreden van De Gast B.V. (hierna: De Gast) en tewerkgesteld als schoonmaker in kantoren van de bank. Op deze arbeidsovereenkomst was de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf van toepassing. In de loop van de jaren is de functie van Malhi op verzoek van de bank gewijzigd: in 1990 chauffeur met als taak het uitleveren van pc's, later dat jaar ook het installeren van pc's op diverse kantoren van de bank in Nederland, in 1992 op de afdeling kantoor-machines met als taak het beheren van het meldpunt en het verhelpen van kleine storingen. De functiewisselingen zijn niet schriftelijk vastgelegd. Met ingang van november 1993 is op voorstel van de bank aan Malhi een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf, ten gevolge waarvan hij een salaris ontving op gelijk niveau met medewerkers van de bank die dezelfde werkzaamheden verrichtten (exclusief secundaire arbeidsvoorwaarden) en hoger dan de hoogste schaal van de CAO voor het schoonmaak- en glazenwasserbedrijf. Zolang hij bij de bank werkte, heeft Malhi steeds wekelijks werkbrieftjes bij De Gast ingeleverd en heeft De Gast hem loon betaald. Bij afwezigheid wegens vakantie en/of ziekte werd Malhi niet vervangen door een werknemer van De Gast.

In november 1994 heeft de bank De Gast en later ook Malhi meegedeeld dat de werkzaamheden van Malhi met ingang van 1 juli 1995 zouden vervallen. Met ingang van die datum heeft Malhi zijn werk voor de bank moeten staken en heeft hij werkzaamheden als schoonmaker voor De Gast verricht.

3.2 De vorderingen van Malhi strekken, kort samengevat, tot verklaring voor recht dat tussen partijen ingaande 1 januari 1991, althans een door de rechter te bepalen datum, een arbeidsovereenkomst is ontstaan en tot betaling van het bijbehorende loon. De Kantonrechter en de Rechtbank hebben die vorderingen grotendeels toegewezen met als ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst 1 november 1993.

3.3 De redengeving van de Rechtbank voor haar beslissing kan als volgt worden samengevat.

Over de functiewisseling van Malhi is niets schriftelijk vastgelegd en er bestaat onduidelijkheid over de bedoelingen van de bank en Malhi op dit punt. Voor de beantwoording van de vraag of een arbeidsovereenkomst tussen hen is totstandgekomen, zijn dan niet de aanvankelijk overeengekomen voorwaarden waaronder Malhi bij de bank is komen te werken

doorslaggevend, maar komt mede betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering en inhoud hebben gegeven (rov. 9). Uit de vaststaande feiten volgt dat een gezagsverhouding tussen Malhi en de bank is ontstaan: vanaf medio 1990 is Malhi ongeveer 5 jaar lang geheel andersoortig werk voor de bank gaan verrichten dan het schoonmaakwerk dat de bank gewoonlijk van De Gast inleende en de aard van die werkzaamheden bracht mee dat De Gast, een schoonmaakbedrijf, daaraan geen leiding kon geven, terwijl de bank dat wel kon en ook daadwerkelijk deed. De bank bepaalde ook – en besprak met Malhi – welke werkzaamheden tot zijn takenpakket behoorden, de wijzigingen daarin, de beëindiging van zijn werkzaamheden en het feit dat hij tijdens afwezigheid niet werd vervangen door een werknemer van De Gast (rov. 13). De zuivere inleenconstructie heeft met het verstrijken van de tijd aan betekenis ingeboet, naarmate er daadwerkelijk een gezagsverhouding tussen de bank en Malhi is ontstaan en die tussen De Gast en Malhi op de achtergrond is geraakt (rov. 16). Dat sprake is van een door De Gast aan de bank gedelegeerde instructiebevoegdheid, staat niet in de weg aan het aannemen van een gezagsverhouding tussen Malhi en de bank, nu die delegatie feitelijk inhoudsloos is geworden (rov. 17). Ook het feit dat de salarisbetaling via De Gast is blijven lopen, staat niet in de weg aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi. In de constructie waarin tussen Malhi en de bank een gezagsverhouding bestond, Malhi werd beloond conform de CAO voor het bankbedrijf en de salarisverhoging via een verhoogde declaratie van De Gast feitelijk voor rekening van de bank kwam, vervulde De Gast immers niet meer dan een administratieve functie (rov. 22). De ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst die aldus is ontstaan, moet op 1 november 1993 worden gesteld, aangezien Malhi met ingang van die datum conform de CAO voor het bankbedrijf werd uitbetaald (rov. 24).

3.4 Het uit vier onderdelen bestaande middel bestrijdt deze oordelen.

De onderdelen 1 en 2 gaan terecht ervan uit dat in deze zaak beslissend is of de bank en Malhi zich jegens elkaar verbonden hebben (HR 27 november 1992, nr. 14 777, *NJ* 1993, 273). Het door de Rechtbank toegepaste, aan het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, nr. 16 453, *NJ* 1998, 149, ontleende criterium – hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding – is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst krachtens welke een van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd. Het gaat in deze zaak echter niet om die vraag of de daarmee verwante vraag of, en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een ar-

beidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten. Uitgangspunt is hier dat Malhi met zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met De Gast en de door de Rechtbank als inleenovereenkomst aangemerkte overeenkomst tussen De Gast en de bank met betrekking tot Malhi.

Uit de stukken van het geding blijkt niet dat is aangevoerd dat die laatste overeenkomst of de arbeidsovereenkomst tussen Malhi en De Gast zou zijn beëindigd, noch dat De Gast zou hebben ingestemd met een overname van haar rechtsverhouding tot Malhi door de bank. Evenmin blijkt dat Malhi vóór de brief van zijn advocaat van 22 maart 1995, die is verstuurd na de aankondiging van het einde van Malhi werkzaamheden bij de bank, aan de bank kenbaar heeft gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde.

Integendeel, Malhi is zich met zijn werkbriefjes en voor de betaling van loon tot De Gast blijven wenden en deze betaalde hem ook het loon, waarvoor zij bij de bank declaraties – met winstopslag – indiende en betaald kreeg. Tegen die achtergrond kan hetgeen de Rechtbank in rov. 13 en 16, zoals hiervoor in 3.2 samengevat, heeft overwogen over de gezagsverhouding en instructiebevoegdheid van de bank jegens Malhi, niet bijdragen tot het oordeel dat een arbeidsovereenkomst tussen de bank en Malhi is tot stand gekomen. De omstandigheden die de Rechtbank in dat verband vermeldt, zijn immers evenzeer verenigbaar met het voortduren van de bestaande inleenverhouding. In een dergelijke situatie verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Ook de andere door de Rechtbank vermelde omstandigheden – dat Malhi's werk andersoortig was dan het schoonmaakwerk waarvoor de bank gewoonlijk werknemers van De Gast inleende, dat de bank hem bij afwezigheid niet liet vervangen door een (andere) werknemer van De Gast en dat de hoogte van zijn loon overeenkwam met de CAO voor het bankbedrijf – rechtvaardigen niet het oordeel dat Malhi en de bank zich jegens elkaar verbonden hebben, de laatste omstandigheid te minder nu die overeenstemming alleen het loon, niet de secundaire arbeidsvoorwaarden gold.

3.5 Het hiervoor in 3.4 als eerste genoemde criterium houdt niet in dat, om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar moeten hebben verbonden. Het antwoord op de vraag of zij zich jegens elkaar verbonden hebben, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mocht-

ten afleiden. Uit het geen in 3.4 is overwogen vloeit echter voort dat de Rechtbank hetzij dit criterium heeft miskend, hetzij, als zij van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, haar oordeel niet toereikend heeft gemotiveerd. De hierop gerichte klachten van het middel zijn gegrond. Voor het overige behoeft het geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 23 augustus 2000;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te Amsterdam;

veroordeelt Malhi in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de bank begroot op € 343,91 aan verschotten en € 1590 voor salaris.

Noot:

1. Dit arrest illustreert hoe moeilijk het kan zijn om bij flexibele arbeidsverhoudingen de rechtsverhouding vast te stellen. Malhi was in 1990 begonnen als schoonmaker in dienst van Schoonmaakbedrijf De Gast, maar op basis van een inleenovereenkomst werkzaam bij ABN AMRO. Nadien had hij diverse andere functies voor de bank verricht, die niets meer met schoonmaken te maken hadden. Op zeker moment had hij op voorstel van de bank zelfs een salarisverhoging gekregen conform de Bankcao, maar de betaling was steeds via De Gast blijven lopen. In 1995 werd de arbeidsverhouding beëindigd. Kantonrechter, rechtbank en Advocaat-Generaal concludeerden dat de arbeidsverhouding van Malhi gelijk moest worden gesteld met een arbeidsverhouding van een werknemer bij de bank. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat dit niet het geval was.

2. In de befaamde Agfa-zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat onder omstandigheden „de aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet doorslaggevend zijn, maar mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsovereenkomst uitvoering geven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.” (HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, Agfa/Schoolderman). In deze zaak ging het om de vraag wat de inhoud van de overeenkomst was. Hier werd de arbeidsverhouding van een tijdelijke kracht na jaren gelijk gesteld met die van het vaste personeel. In de zaak-Groen ging het om de vraag welke overeenkomst tot stand was gekomen: arbeidsovereenkomst of opdracht. Hier overwoog de Hoge Raad „dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aan-

merking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.” De rechter mag volgens dit arrest mede rekening houden met de maatschappelijke positie van een partij en met name in aanmerking nemen dat de wijze van betaling van de tegenprestatie op zijn initiatief is tot stand gekomen, om tot de slotsom te komen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan (HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149, *JAR* 1997/263, Groen/Schoevers). Werd in de Agfa-zaak met name een werknemer met een zwakkere positie beschermd, in de Groen-zaak werd een werknemer met een sterkere positie aan zijn eigen keuze gehouden. Deze twee uitspraken vormen de opmaat voor dit Malhi-arrest.

3. In dit arrest ging het om werknemer Malhi die stelde dat een overeenkomst met de bank tot stand was gekomen, hoewel de arbeidsverhouding tussen beiden een feitelijke betrof. Hierin ziet de Hoge Raad het kenmerkende verschil met de eerdere uitspraken. In deze zaak is beslissend of de bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden. De Hoge Raad geeft daarbij expliciet aan dat het aan het Groen-criterium (eerder al bij Agfa gebruikt) hoe partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding op zijn plaats is in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst moet worden gekwalificeerd. Evenmin gaat het hier om de daaraan verwante vraag of en zo ja, wanneer moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het verschil met die situaties is hier dat de aanvankelijke basis een arbeidsovereenkomst was tussen Malhi en De Gast en een inleenovereenkomst tussen De Gast en de bank. Die beide overeenkomsten zijn niet beëindigd, noch is ingestemd door De Gast met een overname van haar rechtsverhouding tot Malhi door de bank. Malhi bleef loon ontvangen van De Gast. Het enkele uitoefenen van gezag door de bank levert dan niet voldoende basis op voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen bank en Malhi, want dat kan ook bij een inleenverhouding. De Hoge Raad wijst er ook nog op dat wel het loon was aangepast aan de Bank-cao, maar dat niet de secundaire arbeidsvoorwaarden uit deze cao werden toegepast.

4. Voor het hier aangelegde criterium sluit de Hoge Raad niet zonder enige creativiteit aan bij het arrest van 27 november 1992, *NJ* 1993, 273, *JAR* 1992/148 (Volvo/Braam). Dit arrest handelde eigenlijk over een thans niet meer bestaand juridisch vraagstuk, namelijk de vraag of er sprake was van een voortgezette dienstbetrekking met de werkgever (in de zin van het vroegere art. 7A:1639f lid 3 BW) indien een werknemer die eerst via een uitzendbureau had gewerkt, daarna een arbeidsovereenkomst sloot met de aanvankelijke inlener. In dat kader werd doorslaggevend geacht de vraag of Volvo en Braam ten tijde van de uitzending door Start

zich reeds jegens elkaar hadden verbonden. Dit „zich jegens elkaar verbonden hebben”, komt nu als doorslaggevend criterium terug in deze zaak die op zichzelf op een andere rechtsvraag betrekking heeft, namelijk of er ooit een arbeidsovereenkomst tussen inlener en ingeleende werknemer is ontstaan. Wel is er uiteraard enige verwantschap in de materie, te weten de kwalificatie van de relatie tussen inlener en ingeleende werknemer, zodat de parallelle ook wel begrijpelijk is.

5. Als ratio achter deze uitspraak kan ik mij voorstellen dat voorkomen wordt dat een inlener zich onbewust tot werkgever maakt. De wens geen werkgever te zijn vormt immers een belangrijk motief om juist voor de figuur van inlening te kiezen. Ook de belangen van de onderneming die als werkgever in de inleenrelatie optreedt, worden door de uitspraak beschermd. Deze zou plotseling buitenspel kunnen komen te staan. Een derde reden kan liggen in de rechtszekerheid: ook in verband met de verantwoordelijkheid voor betaling van premies en inhouding van loonbelasting kan het van belang zijn dat de onderlinge verhoudingen duidelijk blijven. Komt dan het belang van bescherming van de werknemer niet te zeer in het gedrang? De Advocaat-Generaal had geconcludeerd dat bij de twijfel die mogelijk was, op grond van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht het voordeel moest toevallen aan de werknemer. Men kan zich indenken dat een arbeidsovereenkomst met een bank aantrekkelijker arbeidsvoorwaarden biedt dan één met een schoonmaakbedrijf. Maar de directe bescherming van de werknemer tegen ontslag is op zichzelf niet in het geding. Hierbij verdient aantekening dat de rechtspositie van flexibele arbeidskrachten, met name van uitzendkrachten, tegenover hun eigen werkgever door de Wet flexibiliteit en zekerheid is versterkt. Een consequentie daarvan zou kunnen zijn dat men dan ook op deze rechtspositie in beginsel is aangewezen en dat deze voldoende moet worden geacht.

6. In r.o. 3.5 stipuleert de Hoge Raad voor alle duidelijkheid nog eens dat het criterium „zich jegens elkaar hebben verbonden” niet inhoudt dat dit uitdrukkelijk moet zijn gebeurd. Bepalend is wat partijen over en weer hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden. Zulke verklaringen en gedragingen moeten er dan echter wel zijn en waren in het onderhavige geval kennelijk onvoldoende vastgesteld.

7. Zie over het arrest, dat ook is gepubliceerd in *JAR* 2002/100 ook C.J.H. Jansen in *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002/2, p. 38-48.

G.J.J. Heerma van Voss