

Werken voor aanvang van het dienstverband – de precontractuele fase

ArbeidsRecht 2021/43

Sporadisch komen uitspraken voor over het verichten van werkzaamheden in de precontractuele fase. Toch is dit een veel voorkomend fenomeen, bijvoorbeeld in de horeca. Op 22 januari 2021 heeft de Hoge Raad een beschikking gewezen over een dergelijke zaak. De zaak werd weliswaar afgedaan op grond van art. 81 RO, maar gaf toch stof tot nadenken. Want, anders dan de vaste lijn in de jurisprudentie tot nu toe, waren zowel de kantonrechter als het hof van mening dat er sprake was van een ‘separate voorovereenkomst’ gedurende de inwerkperiode voorafgaand aan de start van het dienstverband.

1. Inleiding

Het werken voor aanvang van het dienstverband is veelvuldig aan de orde: aspirant werknemers ‘draaien een paar dagen mee’ voor aanvang van het dienstverband, om te kijken of ze geschikt zijn voor het werk en passen binnen het team. De vraag is dan wanneer de arbeidsovereenkomst aanvangt. Op basis van een recente uitspraak in vergelijking met daarvoor gepubliceerde rechtspraak op dit punt kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin er al een schriftelijke arbeidsovereenkomst (met een proeftijd) is, en de situatie waarin dat niet het geval is. Ook lijkt een belangrijke factor te zijn of duidelijke separate afspraken zijn gemaakt over deze ‘meedraaidagen’, of dat hierover geen afspraken zijn gemaakt. Het is de vraag hoe zich dit verhoudt tot de rechtszekerheid en de basisgedachte van het arbeidsrecht, de bescherming van de werknemer.

Onder 2 bespreek ik een recente zaak, die tot aan de Hoge Raad gekomen is, waarin geoordeeld werd dat sprake was van een separate ‘voorovereenkomst’ ten aanzien van gewerkte meedraaidagen voor aanvang van het dienstverband. Onder 3 wordt deze uitspraak vergeleken met de andere gepubliceerde rechtspraak op dit punt, waarin een (redelijk) vaste lijn te ontdekken was als het gaat om het aanvangen met de werkzaamheden voor de oorspronkelijke startdatum van de arbeidsovereenkomst waarin een proeftijd bedongen is. Onder 4 worden de verschillen en overeenkomsten tussen deze twee situaties uitgewerkt. Vervolgens wordt geprobeerd tot een algemene conclusie over dit onderwerp te komen.

2. Werken in de precontractuele fase

Aan de kantonrechter te Rotterdam werd in 2019 de vraag voorgelegd of een werknemer in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen vanaf zijn eerste ‘meedraaidag’, in de precontractuele fase.²

2.1 Feiten en omstandigheden

De werknemer solliciteerde naar aanleiding van een vacature naar de functie van Floormanagement bij een poppodium. Na het sollicitatiegesprek heeft een mailwisseling tussen partijen plaatsgevonden, waarin de werknemer vragen stelde over onder meer het type arbeidsovereenkomst dat hij zal krijgen, de meedraaidagen, de startdatum van zijn arbeidsovereenkomst, zijn uurloon en de reiskostenvergoeding. Letterlijk geciteerd waren de – voor deze casus relevante – vragen van werknemer: ‘*Start ik officieel 1 januari 2019? Of hoe heb jij dat voor ogen? Of start ik bij aanvang van mijn eerste meedraai dag? Wat mij betreft sta ik er ook voor open om voor die dagen een “onkostenvergoeding” te krijgen i.p.v. het juridische loon.*’ De werkgever antwoordde daarop dat de werknemer op 14 december 2018 ‘zijn eerste werkdag’ zal hebben tegen een vrijwilligersvergoeding van € 10 per uur, waarna hij per 1 januari 2019 ingeschreven zou worden bij payrollbedrijf HSU in functieschaal 6, ervaringsjaren 9 en vanaf die datum zelfstandig aan de slag kan.

Partijen spraken af dat de werknemer op 14, 15, 22 en 28 december 2018 zou meedraaien. Na drie dagen (op 14, 15 en 19 december 2018) heeft de werkgever aan de werknemer laten weten dat hij niet terug hoefde te komen omdat er – kort gezegd – geen match was. De werknemer wendde zich tot de kantonrechter. Hij stelde zich op het standpunt dat een arbeidsovereenkomst is ontstaan, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst in strijd met de wet heeft opgezegd en dat werkgever om die reden onder meer een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is.

2.2 De beoordeling

In eerste aanleg legde de kantonrechter de beoordeling langs de lat van de wilsvertrouwensleer (artikelen 3:33 en 3:35 BW) en aanbod en aanvaarding (art. 7:217 BW).³ Vervolgens stelde de kantonrechter de inhoud van de overeenkomst vast aan de hand van wat partijen over en weer redelijkerwijs uit elkaars verklaringen of gedragingen mochten afleiden (Haviltex). Tot slot moest volgens de kantonrechter worden beoordeeld of wat partijen feitelijk

¹ Mevr. mr. M.P. Bökkerink-de Koning is advocaat bij Antonia Advocatuur te Deventer.

² Ktr. Rotterdam, 17 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4982.

³ Zie ook Prof. mr. dr. A.R. Houweling (red.), hoofdstuk 3 De precontractuele fase, *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom Juridisch, p. 121 e.v.

zijn overeengekomen, een arbeidsovereenkomst is als bedoeld in art. 7:610 BW.

De kantonrechter oordeelde dat niet reeds op zoveel punten overeenstemming was dat partijen niet meer van het aangaan van de arbeidsovereenkomst konden afzien. De kantonrechter overwoog dat dat er een ‘voorovereenkomst’ tot stand is gekomen voor de meedraaidagen in december: *‘Deze overeenkomst is door partijen klaarblijkelijk aangegaan met het vooruitzicht dat partijen per 1 januari 2021 een arbeidsovereenkomst zouden aangaan’*. De kantonrechter bestempelde deze overeenkomst als arbeidsovereenkomst, waarbij hij expliciet aangaf: *‘Partijen hebben de periode voorts bedoeld, zo blijkt uit de emailberichten, als proefperiode en om werknemer in te werken voor zijn functie’*. Dat leidde volgens de kantonrechter tot de conclusie dat de werkgever de werknemer niet heeft ontslagen, maar dat *‘zij ervoor heeft gekozen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan per 1 januari 2019’*. In het hoger beroep bekrachtigt het hof de beschikking van de kantonrechter, *‘voor zover aan het oordeel van het Hof onderworpen’*: de werknemer heeft er in de gegeven omstandigheden niet op mogen vertrouwen dat hij met de werkgever per 14 december 2018 een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een jaar dan wel onbepaalde tijd. Hij had uit de door de werkgever verstrekte informatie over de aangeboden overeenkomst, hoewel deze niet uitblonk door duidelijkheid, kunnen en moeten begrijpen dat deze pas op 1 januari 2019 in zou gaan. De periode daarvóór is dan als een proefperiode te duiden. Dat partijen niet (expliciet) een proeftijdbeding zijn overeengekomen maakt dit niet anders, aldus het hof.⁴

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep op grond van art. 81 lid 1 RO.⁵ A-G mr. R.H. de Bock concludeert dat het hof uitsluitend heeft beoordeeld of – zoals door werknemer aan zijn hoger beroep ten grondslag gelegd – werknemer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs erop heeft mogen vertrouwen dat hij met werkgever per 14 december 2018 een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd van een jaar dan wel voor onbepaalde tijd. De werknemer heeft niet, zo vervolgt de A-G, de vraag aan het hof voorgelegd of partijen met betrekking tot de (proef)periode in december 2018 een (separate) (arbeids)overeenkomst zijn aangegaan die niet kon worden opgezegd.

2.3 Status ‘voorovereenkomst’: verkapte proefperiode?

Naar mijn mening heeft de kantonrechter een verkeerd oordeel gegeven. De kantonrechter is van mening dat er sprake is van een ‘voorovereenkomst’, die moet worden aangemerkt als een separate arbeidsovereenkomst. Het hof laat in het midden op basis van welke rechtsverhouding de meedraaidagen in december zijn verricht, echter uitsluitend

omdat die vraag niet aan het hof is voorgelegd.⁶ Ik deel de mening van de kantonrechter dat vanaf 14 december 2018 sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat er is voldaan aan de elementen van art. 7:610 BW: de werknemer verrichtte werkzaamheden, gedurende een zekere tijd, tegen een vergoeding en er is sprake van een gezagsverhouding.

Anders dan de kantonrechter ben ik echter van mening dat de werknemer er wél gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zijn arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar dan wel onbepaalde tijd was aangegaan op 14 december 2018, doordat hij de bedongen werkzaamheden verrichtte in de precontractuele fase. Naar mijn mening is er vanaf 14 december 2018 simpelweg sprake een verkapte proeftijd, zij het met wat meer waarborgen dan in het geval van een daadwerkelijke proeftijd (de kantonrechter oordeelde dat het salaris over de overeengekomen dagen moest worden doorbetaald, ondanks dat de werknemer de laatste twee dagen niet meer gewerkt had). Om mijn standpunt duidelijk te maken, bespreek ik hieronder de lijn in de jurisprudentie met betrekking tot werken voor aanvang van de proeftijd.

3. Werken voor aanvang van de proeftijd

In de gepubliceerde rechtspraak waarin met de werkzaamheden werd aangegaan voor de startdatum van een arbeidsovereenkomst waarin een proeftijd bedongen was, wordt vrijwel standaard geoordeeld dat de proeftijd (en daarmee de arbeidsovereenkomst) is aangegaan op de eerste dag dat de bedongen werkzaamheden werden verricht. Een relevante factor is over het algemeen wel of over die dagen (een vergelijkbaar) salaris is betaald.⁷ Naar mijn mening is dit de enige juiste conclusie die in het geval van werken voorafgaand aan de start van het dienstverband kan worden getrokken. Als deze stabiele rechtsontwikkeling wordt vergeleken met de hierboven besproken uitspraak, begint de verwarring toe te slaan.

4. Verschillen en overeenkomsten

4.1 Rechtsonzekerheid

De verwarring, of misschien beter gezegd: de rechtsonzekerheid, ziet op het volgende: wat maakt nu dat in de feiten en omstandigheden van de hierboven beschreven casus een ‘separate voorovereenkomst’ wordt gezien door de kantonrechter en het hof, terwijl feitelijk dezelfde situatie aan de orde is als wanneer al gestart wordt met de werkzaamheden voor aanvang van de proeftijd? Dat zou immers

⁴ Hof’s-Gravenhage, 14 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:141.

⁵ ECLI:NL:HR:2021:101.

⁶ In de wenk bij de uitspraak van het Hof, RAR 2020/67, wordt aldus ten onrechte opgemerkt dat door hof noch kantonrechter een arbeidsovereenkomst aanwezig wordt geacht.

⁷ Een relevante factor is over het algemeen wel of over die dagen (een vergelijkbaar) salaris is betaald. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21-02-2017, ECLI:NL:GHAMS:528. Dat vind ik overigens een onwenselijke rechtsontwikkeling, omdat daarmee de bescherming van de werknemer nog meer uitgehold wordt. Recent oordeelde de Kantonrechter Rotterdam gelukkig anders, naar de mening van de kantonrechter in die zaak deed niet ter zake dat er geen loon was betaald, het ging erom dat begonnen was met de bedongen arbeid (ECLI:NL:RBROT:2020:9039).

betekenen dat een werkgever een proeftijd kan afspreken, in de vorm van een ‘voorovereenkomst’, ook als hij dat op grond van de wet niet mag, bijvoorbeeld in het geval van een contract voor bepaalde tijd van zes maanden. Dat lokt mijns inziens regie uit. Om de verwarring compleet te maken, kan men zich nog afvragen of de werkgever de arbeidsovereenkomst die 1 januari 2019 aanving wel – vroegtijdig – heeft opgezegd, of alleen de ‘voorovereenkomst’?

4.2 *Verschillen*

Naar mijn mening zijn er enkele verschillen te ontdekken in de uitspraak over enerzijds de ‘voorovereenkomst’ en anderzijds de jurisprudentie waarin een proeftijd is bedongen en eerder met de werkzaamheden wordt aangevangen.

Ten eerste lijkt er op het eerste gezicht een verschil in het niveau van de bescherming van de werknemer te zijn. Deze is meer in het gedrang in het geval van een proeftijdbeding, dan in het geval van ‘een separate voorovereenkomst’. In het eerste geval kan een werkgever de arbeidsovereenkomst per direct opzeggen, zonder geldige reden. De doorbetaling van het salaris stopt dan ook per direct. Vanuit die grote onzekerheid voor de werknemer is het goed te verklaren dat men wil voorkomen dat een dergelijke ‘vogelvrije’ periode aan de voorkant verlengd kan worden. De leer van het ‘ijzeren proeftijdbeding’ is er niet voor niets.⁸ In het geval van de voorovereenkomst oordeelde de kantonrechter dat het loon ook doorbetaald moest worden over de dagen die de werknemer niet meer gewerkt had.

Een tweede verschil is dat in het geval van de ‘voorovereenkomst’ expliciete afspraken zijn gemaakt over die inwerkdagen. In de uitspraken over het eerder starten met de werkzaamheden dan per de startdatum van de proeftijd lagen er geen expliciete, en afwijkende, afspraken onder deze werkzaamheden.

Een derde verschil is dat in het geval van de casus met de ‘voorovereenkomst’ er nog geen arbeidsovereenkomst lag voor de daaropvolgende periode vanaf 1 januari 2019. Daar lijkt de kantonrechter in ieder geval veel waarde aan te hechten. Omdat er nog geen duidelijke afspraken waren over de basiselementen van art. 7:610 BW, was de kantonrechter van mening dat deze werkgever nog kon afzien van het aanbieden van een arbeidsovereenkomst per 1 januari 2019.

Het vierde verschil is gekoppeld aan het feit dat er nog geen schriftelijke arbeidsovereenkomst aangegaan was: er was geen proeftijd bedongen.

Naar mijn mening zijn genoemde verschillen niet zo wezenlijk dat ze gerechtvaardigd tot een significant andere uitkomst kunnen leiden. Zoals hierboven al betoogd, ben ik van mening dat de werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zijn arbeidsovereenkomst voor een jaar of

onbepaalde tijd aangevangen was op 14 december 2018. Hij verrichtte de bedongen arbeid, tegen een salaris, gedurende zekere tijd, onder gezagsverhouding, direct voorafgaand aan de aanvangsdatum van zijn arbeidsovereenkomst. En er ligt dan weliswaar geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, maar uit de feiten en omstandigheden wordt naar mijn mening wel duidelijk dat er (mondeling) overeenstemming is over de basiselementen van art. 7:610 BW. Wat dan nog niet duidelijk is, zou voor risico moeten komen voor werkgever. Uit de verschillende mails van werkgever blijkt duidelijk dat het geen enkele twijfel lijdt dat werknemer per 1 januari 2019 in dienst komt van werkgever (dan wel het payroll-bedrijf HSU) in de functie van Floormanagement en tegen welk salaris. Sterker, partijen spreken expliciet niet van een proeftijdperiode, maar van een ‘inwerkperiode’, waarna werknemer ‘zelfstandig aan de slag gaat als Floormanagement’. Bovendien blijkt ook uit andere mails dat de indiensttreding per 1 januari 2019 niet ter discussie staat, zie bijvoorbeeld enkele passages uit de mail van 6 december 2018 van werkgever aan werknemer:

‘Zoals zojuist met allebei besproken bevestig ik hierbij onze vergadering op 14 december om 17.30.

Deze vergadering zal dienen ter kennisneming en afstemming van het rooster voor januari. Aansluitend wordt [werknemer] vanaf 18:30 ingewerkt als Floormanagement.

Het idee is dat [werknemer] gedurende december 4 avonden (extra) meedraait en in januari zelfstandig avonden werkt.’

Gezien de inhoud van de mails van de werkgever, is *de facto* geen sprake van een proefperiode. De werkgever maakt immers geen voorbehoud voor het al of niet functioneren van deze werknemer in de proefperiode, waarna er wel of niet wordt besloten tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst per 1 januari 2019. Feitelijk zegt de werkgever hier dat partijen overeenstemming hebben over het feit dat een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan per 1 januari 2019, en wordt geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van functioneren of een match of anderszins een reden om niet met elkaar verder te gaan.

Kortom: het ontbreken van een schriftelijke arbeidsovereenkomst, die niet door de werkgever is aangeboden, mag mijns inziens niet tot de conclusie leiden dat de arbeidsovereenkomst niet is gestart op de eerste ‘meedraaidag’.

4.3 *Ongewenst effect, het draaien aan knoppen*

Uit het oogpunt van rechtszekerheid leidt de uitspraak over de ‘voorovereenkomst’ naar mijn mening tot een onwenselijke situatie. Een werkgever kan regie voeren in een periode die voor de werknemer al erg onzeker is. Ter illustratie drie kleine wijzigingen in de feiten en omstandigheden ná of buiten de inwerkperiode (de feiten en omstandigheden in de inwerkperiode blijven hetzelfde).

1. De werknemer heeft gewerkt op de inwerkdagen in december. Nu gaan partijen wel met elkaar in zee per

⁸ Zie in dit verband R.F. Kötter, ‘De proeftijd: past, present, future’, *Arbeids-Recht* 2019/16, p. 3-7

1 januari 2019, met een contract voor bepaalde tijd voor de duur van 7 maanden, met een proeftijd van een maand. Op 22 januari 2019 geeft werkgever aan werknemer aan dat er toch geen match is, en dat hij de arbeidsovereenkomst opzegt tijdens de proeftijd. Waarop werknemer het standpunt inneemt dat de proeftijd al gestart is op 14 december 2018 (de eerste inwerkdag) en de proeftijd daardoor op 14 januari 2020 verstreken was, zodat het ontslag daarmee buiten de proeftijd is gegeven. Dan is het standpunt dat de arbeidsovereenkomst/proeftijd al begonnen is op 14 december 2019 goed verdedigbaar, als gekeken wordt naar de hierboven besproken jurisprudentie op dit punt.

2. Een ander scenario is dat werknemer, in afwijking van de afspraken die zijn gemaakt over op welke dagen het inwerken plaatsvindt, in aansluiting op de afgesproken inwerkdagen onafgebroken aan het werk was gegaan. Is dan nog steeds het standpunt dat er sprake is van twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die elkaar naadloos opvolgen (wat van belang is voor bijvoorbeeld de ketenregeling)? Of is de arbeidsovereenkomst dan wel aangevangen op 14 december 2018?
3. Nog weer anders was het geweest als er wél een door partijen overeengekomen schriftelijke arbeidsovereenkomst lag, waarin een proeftijd was bedongen. Dan had voor mijn gevoel de kantonrechter, bij dezelfde overige feiten en omstandigheden, op grond van het Havilt-excriterium geoordeeld dat de proeftijd was aangevangen op het moment dat met de werkzaamheden was gestart op 14 december 2018.

Door deze 'tweaks' maak ik duidelijk dat er nagenoeg geen verschil is in de beschreven situaties, althans geen verschil dat gerechtvaardigd tot nadeel van de werknemer zou mogen strekken.

5. Conclusie – “Confused, but on a higher level”⁹

Ik kom tot de conclusie dat er in een voor een werknemer zeer onzekere periode, te weten de beginfase van een arbeidsverhouding, waarin de werknemer zich met weinig waarborgen weet omkleed, onnodig veel rechtsonzekerheid ontstaat door de uitspraak van Kantonrechter Rotterdam, bekrachtigd door Hof Den Haag.

Naar mijn mening beoordeelt zowel de kantonrechter als het hof de casus in beginsel op de juiste wijze, door te kijken naar de wilsvertrouwensleer, aanbod en aanvaarding en ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst, het Havilt-excriterium en de kernelementen van art. 7:610 BW. Door deze wijze van toetsen kunnen alle relevante feiten en omstandigheden goed op waarde worden geschat.

⁹ Quote van Enrico Fermi, natuurkundige.

Ik kan echter geen rechtvaardiging ontdekken om in de gegeven omstandigheden te oordelen dat er sprake is van een 'separate voorovereenkomst', in plaats van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar dan wel onbepaalde tijd, op basis van een gerechtvaardigd vertrouwen van de werknemer. Bovendien vind ik het onwenselijk dat een werkgever regie kan voeren in deze voor werknemer onzekere beginfase. Het niet aanbieden van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor de periode volgend op de inwerkperiode door de werkgever, mag geen bepalende factor zijn in de beoordeling of er – reeds – sprake is van een arbeidsovereenkomst.