

Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst

Zijn er onduidelijkheden rondom de beoordeling van gezag, en zo ja, waarom is dat zo en voor welke elementen van gezag geldt dat dan?

Position Paper op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
prof.mr. Gerrard Boot, 23 augustus 2018

De opbouw van deze paper is als volgt.

In paragraaf 1 worden enkele algemene opmerkingen gemaakt, die van belang zijn voor een goed begrip van paragraaf 2, waarin specifiek wordt ingegaan op het gezagscriterium en de problemen die dat criterium geeft. In paragraaf 3 tenslotte wordt ingegaan op het verzochte handelingsperspectief. Ik rond af met een samenvatting.

1.1 Contouren: meer dan gezag alleen

Zoals hieronder nader zal worden besproken, bestaan er onduidelijkheden rondom de beoordeling van het gezagscriterium. De onduidelijkheid die bestaat met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is echter niet beperkt tot het element gezag. Dat komt omdat de Hoge Raad in bestendige jurisprudentie heeft beslist dat voor die kwalificatie niet één enkel kenmerk beslissend is, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien. Juist in de meest pregnante zaken¹ komt de Hoge Raad tot het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst terwijl niet duidelijk is of dat komt vanwege het ontbreken van het gezag, of dat de feitelijke situatie als geheel maakt dat niet voldaan is aan de elementen van artikel 7:610 BW.

1.2 Verhouding ‘partijbedoeling’ en ‘de feiten’

De Hoge Raad is er niet duidelijk over welke rol de intentie van partijen bij het aangaan van de arbeidsrelatie speelt (verder ook: de partijbedoeling), in verhouding tot de feitelijke situatie. In Groen/Schoevers wordt geoordeeld “dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.” (onderstreping gb). Uit het woord ‘mede’ blijkt, dat dat wat partijen voor ogen stond (de partijbedoeling), voor de kwalificatie óók van belang is. Dat komt overeen met de bewoordingen in het Gouden Kooi-arrest² (“Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval (...) en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven”; onderstrepingen gb) en de vrijwel gelijklopende overwegingen in het genoemde Notarissen-arrest. Daar staat echter tegenover dat in genoemd Notarissen-arrest even verder op staat: “Uit het hiervoor (...) overwogene volgt dat geen doorslaggevende beslissing toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijke bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen beslissend zijn (...)” (onderstreping gb). Dus meermalen wordt overwogen dat de partijbedoeling ‘mede’ van belang is voor de duiding van het contract, maar in het zelfde

¹ Zoals in het Notarissen-arrest, 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.

² HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.

Notarissen-arrest wordt ook gesteld dat de feitelijke situatie ‘beslissend’ (dat wil zeggen: doorslaggevend) is, wat betekent dat iets anders dan die feitelijke situatie (dus: de enkele bedoeling) geen relevant gewicht in de schaal legt. Het onderscheid tussen de partijbedoeling en de feitelijke situatie is in zoverre ook lastig, doordat de partijbedoeling zich bijna altijd zal vertalen in een aantal feiten die daarmee overeenkomen. Wanneer partijen beogen een opdrachtovereenkomst te sluiten, en de opdrachtnemer om die reden maandelijks factureert voor de gewerkte uren, en geen aanspraak maakt op betaling tijdens niet-gewerkte uren (vakantie of ziekte), dan kun je die laatste omstandigheden als de feitelijke situatie beschouwen. Je kunt ook zeggen: de aard van de werkzaamheden is zodanig dat dat sterk lijkt op die van een arbeidsovereenkomst; de facturen en het niet betalen tijdens vakantie en ziekte doen daar niet aan af.

1.3 Verhouding civiele en fiscale toetsing

Duidelijke is wel dat de Hoge Raad van oordeel is dat de civiele toetsing of iets een arbeidsovereenkomst is (in de zin van art. 7:610 BW) en de fiscale/sociaalzekerheidsrechterlijke-toetsing (of sprake is van een dienstbetrekking in de zin van de Wet LB dan wel de werknemersverzekeringen) op een gelijke wijze dienen plaats te vinden, te weten op basis van alle omstandigheden van het geval en dus achteraf. De problemen die zich voordoen bij de civiele toetsing enerzijds en de fiscale/sz-toetsing anderzijds zijn echter wel van verschillende orde. Er wordt een relatief klein aantal zaken aan de civiele rechter voorgelegd met de vraag of de betreffende arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is of niet.³ De fiscale/sz-kwalificatie is echter voor alle gevallen van belang, omdat als sprake is van een dienstbetrekking, van meet af aan LB en sz-premies moeten worden ingehouden. Indien dat ten onrechte niet gebeurt, zal naheffing plaatsvinden en de dan te betalen LB en premies kunnen maar gedeeltelijk op de opdrachtnemer worden verhaald. Het probleem rondom de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in civiele dan wel fiscale/sz-zin mag in theorie daarmee gelijk zijn, vanwege de kwantiteit van potentiële conflicten is in werkelijkheid toch sprake van een verschillende situatie.

1.4 Arbeidsovereenkomst tegenover opdrachtovereenkomst, of werknemerschap tegenover ondernemerschap

Een ander probleem is de vraag wat nu de tegenstelling vormt. Is dat de arbeidsovereenkomst tegenover de opdrachtovereenkomst (of aanneming van werk of overeenkomst sui generis), of gaat het om de tegenstelling werknemer tegenover ondernemer? In Nederlandse civiele zaken gaat het vooral om de eerste vraag. In fiscale zaken is echter het ondernemerschap van belang (o.a. voor de fiscale vrijstellingen). Ook volgens het Hof van Justitie van de EU speelt het ondernemerschap een rol. Zo wordt in het arrest FNV Kiem/Nederlandse Staat⁴ de werknemer tegenover de ondernemer gezet, met daar tussen in de schijnzelfstandige (die voor het mededingingsrecht wordt behandeld als werknemer).

³ Indien, anders dan partijen blijkt de schriftelijk gesloten overeenkomst voor ogen stond, geoordeeld wordt dat wel sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan heeft dat wel ingrijpende gevolgen. Er bestaat dan onder andere aanspraak op ontslagbescherming, doorbetaling bij ziekte, vakantiedagen en vakantietoeslag, alsook andere vorm van bescherming zoals beperkte aansprakelijkheid voor de werknemer. Dit geldt te meer, wanneer de werknemer daarmee ook onder een verplichte pensioenverzekering valt.

⁴ HvJ EU 4 december 2014, JAR 2015/19.

2.1 Gezagscriterium - algemeen

Art. 7:610 BW kent als een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst de woorden ‘in dienst van’. Dit wordt algemeen opgevat als het gezagscriterium. De werknemer staat dus onder het gezag van de werkgever. Daarentegen is de opdrachtnemer (slechts) gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht (art. 7:402 BW). Wat is nu het onderscheid tussen dat ‘gezag’ en die ‘aanwijzingen’? Die vraag is des te lastig te beantwoorden omdat geen sprake hoeft te zijn van daadwerkelijk uitgeoefend gezag, maar is voldoende dat gezag kán worden uitgeoefend.⁵ Hoe moeilijk die afbakening is blijkt ook uit het Groen/Schoevers-arrest waarin de Hoge Raad zich afvraagt of sprake is van een ‘zodanige’ gezagsverhouding, dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dus het is ook niet een wel-of-niet gezagsverhouding. Kort samengevat was echter in Groen/Schoevers sprake van een gezagsverhouding, en werd ook reguliere arbeid als docent verricht, maar kwalificeerde de overeenkomst toch niet als arbeidsovereenkomst, omdat partijen dat niet wilden, dit op initiatief van Groen die een sterke maatschappelijke positie had. Dit oordeel komt overeen met een veelheid aan uitspraken van lagere civiele rechters in 2016, 2017 en 2018 in met Groen/Schoevers vergelijkbare situaties. Aldaar was, steeds mede in het (fiscaal) belang van de werkende, een opdrachtovereenkomst gesloten. De werkenden claimden na verloop van tijd toch dat het een arbeidsovereenkomst betrof. Die vorderingen werden allemaal⁶ afgewezen, zonder dat dat (steeds) gebaseerd werd op de afwezigheid van een gezagsrelatie. Daar staat tegenover dat in zaken op het gebied van post en distributie door rechters heel verschillend werd geoordeeld. Zo werd door sommige kantonrechters beslist dat pakketbezorgers van Post.nl werkten op basis van een arbeidsovereenkomst, terwijl door andere kantonrechters en gerechtshoven⁷ werd geoordeeld dat dit als opdrachtovereenkomst moest worden gekwalificeerd. Dienaangaande bestond dus rechtsonzekerheid.

2.2 Materieel en formeel gezagscriterium specifiek

Hierboven is het belang van het gezagscriterium daarmee gerelativeerd. Desalniettemin kan het voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst van belang kan zijn of en in welke mate de werkgever de werknemer aanwijzingen kan geven of meer dan dat. Niet zo zeer in de civiele maar wel in de (oudere) fiscale en sociaalzekerheidsrechtelijke jurisprudentie was daarbij ook relevant of de werknemer onderdeel uitmaakt van de organisatie van de werkgever. Het eerste aspect (aanwijzingen kunnen geven) wordt wel het materiële gezagscriterium genoemd, het tweede (onderdeel organisatie) het formeel gezagscriterium. Er wordt ook wel aangenomen dat bij de opdrachtovereenkomst de aanwijzingen beperkt (moeten) blijven tot het (resultaat van het) product, terwijl een gezagsverhouding een verdergaande strekking heeft, omdat binnen een arbeidsovereenkomst de werknemer – uiteraard binnen hetgeen is afgesproken ten aanzien van de door de werknemer te vervullen

⁵ HR 12 september 2014, JAR 2014/260.

⁶ Ktr Amsterdam, 11 mei 2017, AR Updates 0632; kantonrechter Zaanstad 25 april 2017, AR 0531; kantonrechter Zaanstad 16 februari 2017, AR 0187; kantonrechter Dordrecht 20 april 2016, ECLI 3340; kantonrechter Bergen op Zoom 16 maart 2016, ECLI 4843; gerechtshof Amsterdam 11 april 2017, ECLI 1275; Rechtbank Midden-Nederland 1 juni 2016, ECLI 2852; Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:318.

⁷ Arbeidsovereenkomst: kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:226 en 232; kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152. Opdrachtovereenkomst: kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:230, kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153, Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI 6621; kantonrechter Alkmaar 17 februari 2017, ECLI 882, kantonrechter Maastricht 1 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2029.

functie en met inachtneming van de normen van goed werkgeverschap – zijn tijd ter beschikking stelt aan de werkgever, en het de werkgever vrij staat daaraan invulling te geven zoals het deze goeddunkt. Ook dat onderscheid helpt niet altijd. Soms is de omschrijving van het te maken product duidelijk, bijvoorbeeld het opnieuw stofferen van een bepaalde stoel. Maar wanneer de opdracht aan de zzp'er onderdeel uitmaakt van een complex geheel (bijvoorbeeld het maken van ontwerptekeningen, in overleg met gebruikers) dan is niet zo duidelijk wat nu (aanwijzingen aangaande) 'het product' is/zijn.

Werkenden hebben sinds de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 een steeds hoger opleidingsniveau gekregen, en verrichten om die reden hun werk steeds zelfstandiger. Daarbij hoort dat zij zelf beslissingen nemen over hoe de aan hen opgedragen taak moet worden uitgevoerd. Dat geldt voor een opdrachtnemer die voor een incidentele, gespecialiseerde klus wordt ingehuurd, maar dat geldt ook voor een goed opgeleide werknemer die zodanig gespecialiseerd werk verricht, dat het lang niet altijd zo hoeft te zijn dat zijn leidinggevende op de inhoud specifieke sturing kan geven. Het materiële gezagscriterium (het geven van aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van het werk) is daarom lang niet altijd bruikbaar, en die bruikbaarheid zal gelet op een toenemend opleidingspeil eerder verder afnemen dan toenemen.

Of een 'werknemer' onderdeel uitmaakt van de organisatie van de werkgever is op zich zelf wel een vrij duidelijk criterium. Het deel uitmaken van de organisatie kan blijken uit uiterlijkheden (zoals het dragen van bedrijfskleding) of uit verplichtingen (bijvoorbeeld om bij sommige vergaderingen aanwezig te zijn). Die kenmerken zouden dus een onderscheidend criterium kunnen zijn. Het probleem ervan is echter dat zij in de praktijk soms als 'toevallig' worden ervaren. 'Wat maakt het nu uit of die pakketten door iemand met of zonder jasje van Post.nl worden bezorgd?' Ook in het Regeerakkoord wordt gesteld dat het enkel moeten bijwonen van een vergadering op zichzelf geen indicatie van gezag is, en zal de gezagsverhouding meer worden getoetst op basis van materiële in plaats van formele omstandigheden. Het 'onderdeel uitmaken van de organisatie' kan ook blijken uit het verrichten van reguliere bedrijfseigen werkzaamheden. Een bedrijf heeft (uiteeraard) verstand van die bedrijfseigen werkzaamheden, en zal daarom eerder in staat zijn werknemers dienaangaande vergaande instructies te geven. Ten aanzien van de niet-bedrijfseigen activiteiten heeft een werkgever die mogelijkheid veel minder.

2.3 Gezagscriterium en ondernemerschap

De keerzijde van gezag cq ondergeschiktheid is vrijheid. Nu is weliswaar een tendens zichtbaar dat aan werknemers tijdens het dienstverband en ook binnen werktijden een grotere vrijheid toekomt dan voorheen (de zogenoemde privétisering van de arbeidsrelatie, op grond waarvan het is toegestaan in beperkte mate tijdens werktijd belangrijke en urgente privé-zaken te regelen, zoals het maken van medische afspraken of het bellen naar de crèche), maar wel een bruikbaar en ook in de (internationale maar ook wel fiscale) jurisprudentie gangbaar criterium is of aan de werkende een grotere vrijheid (flexibiliteit ten aanzien van werkplaats en werktijden) toekomt dan voor een werknemer gebruikelijk is. Zo stelde het EU HvJ⁸ tegenover de werknemer (die gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning) de ondernemer, die als zelfstandige marktdeelnemer onafhankelijk is van de opdrachtgever en daarmee financiële en commerciële risico's draagt. Die ondernemer heeft volgens het Hof meer vrijheid dan de werknemer om zijn tijdschema en de plaats en inhoud van zijn werkzaamheden te kiezen en is niet opgenomen in de onderneming van de werkgever.

⁸ HvJ EU 4 december 2014, FNV Kiem/Nederlandse Staat.

3. Handelingsperspectief

Bij het afbakenen van de arbeids- en de opdrachtovereenkomst, en het eventueel aanpassen van (de invulling van) de definities daarvan, is van belang te kijken naar de doelstellingen daarbij en de gevolgen ervan. Hierboven merkte ik op dat het voor de invulling van het fiscale/sz-begrip nodig is dat een eenvoudig toe te passen criterium geldt. Voor het civiele criterium is een wat meer open norm niet erg. In de tweede plaats is van belang te kijken naar het doel van de aanpassing. Een grote groep zzp'ers is zzp'er uit vrije wil, en zij kiezen bewust voor het ondernemerschap en de afwezigheid van de arbeidsrechtelijke bescherming. Een andere groep zzp'ers is zelfstandige bij gebrek aan beter (de 'onderkant' van de zzp-markt). Vanuit de inlenerskant zijn er bedrijven die voor incidentele en specialistische klussen zelfstandigen inschakelen en te goeder trouw handelen. Zij willen slechts niet met niet-verhaalbare kosten achteraf worden geconfronteerd. Anderen laten, wellicht vanuit concurrentieoverwegingen, reguliere bedrijfsactiviteiten in plaats van door werknemers, door zzp'ers verrichten. Die laatste ontwikkeling zal naar verwachting doorgaan. Wanneer een belangrijk onderscheid tussen de werknemer en de opdrachtnemer zou zijn, dat de eerste bescherming geniet en de tweede ondernemersrisico's loopt, dan bestaat het risico dat bedrijven in plaats van werknemers, (afhankelijke) zzp'ers aannemen en met deze zzp'ers overeenkomen dat zij tal van ondernemersrisico's lopen (zoals niet betalen bij slecht werk). Deze afhankelijke werkende is daarmee dubbel slecht af: hij verliest zijn arbeidsrechtelijke bescherming, en krijgt er ook ondernemersrisico's bij. Om de afhankelijke werkende te behoeden voor een dergelijk nadeel, en te voorkomen dat bedrijven zich een (als) oneerlijk (ervaren) voordeel verschaffen door voor reguliere bedrijfsarbeid zzp'ers in te schakelen, is het van belang een 'positief' criterium te gebruiken, bijvoorbeeld in die zin dat wanneer, afgezien van kortdurende/incidentele arbeid, reguliere bedrijfsarbeid wordt verricht, dat in beginsel op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt, tenzij sprake is van een minimaal gebruikelijke beloning⁹ én de werkende meer vrijheid ten aanzien van (plaats, inhoud en tijden het) werk geniet dan een gewone werknemer.

Samengevat:

Het echte probleem is de rol van de partijbedoeling: in hoeverre staat het partijen vrij overeen te komen dat iets een opdrachtovereenkomst is, terwijl de feiten ook wijzen op een arbeidsovereenkomst? De Hoge Raad is onduidelijk in het benoemen van die rol. In de lagere civiele rechtspraak wordt er grote waarde aan toegekend, maar niet altijd en dat geeft rechtsonzekerheid. Dus de onduidelijkheid zit niet alleen in het gezagscriterium. Wanneer je toch iets aan het gezagscriterium wilt doen, dan heeft aanpassing van het materiële criterium weinig zin: het onderscheid tussen gezag en aanwijzingen blijft arbitrair. Het formele criterium is beter werkbaar (onderdeel organisatie of niet?), maar als dat formeel gezagscriterium wordt ingevuld aan de hand van toevallige uiterlijkheden, dan stuit dat op onbegrip. Meer bruikbaar is het criterium, of het wel of niet om reguliere bedrijfsactiviteiten gaat. Wanneer de opdrachtovereenkomst (zzp-schap) op negatieve wijze van het werknemerschap wordt onderscheiden, bestaat het risico dat de afhankelijke zzp'ers er dubbel slecht van worden (verlies bescherming én het gaan lopen van risico's). Beter is het zzp'schap zich op positieve manier te laten onderscheiden: wanneer uit de (gunstige) voorwaarden blijkt van een onafhankelijke positie (hoogte beloning, extra vrijheid), dan is ondernemerschap/opdrachtovereenkomst, in plaats van een arbeidsovereenkomst, mogelijk.

⁹ Wat van 1998-2000 ook een door het LISV gebruikt criterium was.