

ONDUIDELIJKHEDEN GEZAGSCRITERIUM BIJ KWALIFICATIE ARBEIDSOVEREENKOMST

Position paper op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Johan Zwemmer¹, 24 augustus 2018

1. De beoordeling van het gezagscriterium binnen de huidige wettelijke kaders

Aan het vereiste in artikel 7:610 lid 1 BW, dat de werknemer de arbeid *in dienst* van de werkgever verricht, ligt het uitgangspunt ten grondslag dat tussen de werkgever en de werknemer sprake is van een gezagsverhouding. Deze gezagsverhouding is sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909² het onderscheidende element³ geweest bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Als gevolg van economische en maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen eeuw zijn de rol en hoedanigheid van werkgever en werknemer binnen de arbeidsovereenkomst ingrijpend gewijzigd. Deze economische en maatschappelijke ontwikkelingen én wijzigingen in het arbeidsrecht zelf hebben ertoe geleid dat in toenemende mate onduidelijkheid bestaat bij de beoordeling van deze gezagsverhouding bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Onderwerp van deze position paper is een beschrijving van wat in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie onder een gezagsverhouding wordt verstaan, welke elementen kunnen worden onderscheiden bij de beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding, welke van deze elementen onduidelijkheden opleveren en hoe deze opgelost zouden kunnen worden (schetsen handelingsperspectief).

2. Uitleg gezagscriterium 1907 – 2018

Een relatie of rechtsverhouding kan, voorbijgaand aan de bedoelingen van partijen - de door partijen gemaakte contractuele afspraken - worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW is van dwingend recht omdat de wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht niet verenigbaar werden geacht met de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer tegenover de werkgever.⁴

In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907 wordt de gezagsverhouding gekoppeld aan het voor risico en rekening van de werkgever komen van het

¹ mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

² Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

³ E.M. Meijers, De arbeidsovereenkomst, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 31.

⁴ Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst lichtte de regering de noodzaak van het dwingendrechtelijke karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst toe aan de hand van het volgende citaat van De Courcy: *“gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve der arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend - en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking - dan blijft er van al hunne rechten niets over”*. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 212. Het betreft een citaat uit 'Le droit et les ouvriers' van Alfred de Courcy, Paris: F. Pichon 1886, p. 28.

economisch resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid.⁵ In dat geval is sprake van economisch onzelfstandige arbeid die op basis van een arbeidsovereenkomst dient te worden verricht. Het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economisch resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid bracht volgens de regering mee dat de werkgever "gezag, leiding en toezicht" diende te houden gedurende de arbeid.⁶ De gezagsverhouding kan daarmee worden aangemerkt als het tegenwicht van het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economisch resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid. De gezagsverhouding zou in het maatschappelijke verkeer niet voor moeilijkheden zorgen bij de duiding van de arbeidsovereenkomst aldus de regering in 1907. Hierover werd in de memorie van toelichting het volgende meegedeeld: "Waar in het dagelijks leven de uitdrukkingen "betrekking", "dienstbetrekking", "in dienst treden", "in fun[c]tie treden" en dergelijke worden gebezigd, vormen zij een onbedriegelijk kenteeken, dat eene arbeidsovereenkomst is gesloten. Berekening van het loon per dag, week of jaar geeft eene aanwijzing in dezelfde richting."⁷ Bij de manier waarop het gezagscriterium tot begin jaren zestig van de vorige eeuw in jurisprudentie en literatuur werd geïdentificeerd, werd met name gekeken naar het feitelijke gezag van de werkgever – het geven van werkinstructies - over de door de werknemer verrichte arbeid.⁸

In 1972 schrijft Van der Ven⁹ echter al dat "de maatschappelijke werkelijkheid steeds meer arbeidsovereenkomsten te zien [geeft], waarbij de werkgever zich praktisch niet bemoeit met de individuele arbeidsverrichting, omdat zij is opgenomen in een zo goed als automatisch verloopend proces dan wel aan de deskundigheid van de functionaris kan worden overgelaten. Daarom is het voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet strikt noodzakelijk dat de werkgever werkvoorschriften feitelijk heeft gegeven of het geven daarvan zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden. Dat hij de bevoegdheid er toe bezit kan voldoende blijken uit het feit dat hij bij het contract of in een reglement of instructie concrete ordevoorschriften heeft opgenomen." Vijfentwintig jaar later spreekt Van der Heijden¹⁰ in dit verband over de erosie van de gezagsverhouding als het onderscheidende element binnen de arbeidsovereenkomst.

In het Imam-arrest van 17 juni 1994¹¹ overwoog de Hoge Raad dat het feit dat de werkgever ten aanzien van de werkzaamheden zelf geen instructiebevoegdheid heeft niet uitsluit "dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding." Deze meer 'contractuele'

⁵ In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 deelde de regering mee, dat als gevolg van het feit dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid zelf, en niet het product van de arbeid het voorwerp van de overeenkomst is, het aan de arbeid verbonden economisch risico "steeds aan de zijde van hem is die de beloning uitbetaalt", zie A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 313.

⁶ "Dit oeconomisch verschil heeft ten gevolge, dat bij de arbeidsovereenkomst de werkgever gezag, leiding en toezicht moet houden gedurende den arbeid. Juridisch is dit element derhalve in de omschrijving onmisbaar, vandaar dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid **in dienst** van den werkgever moet zijn verricht." A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 314.

⁷ A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 320

⁸ Zie bijvoorbeeld HR 1 december 1961, NJ 1962, 79.

⁹ F.J.H.M. van der Ven, Over de aard der arbeidsovereenkomst in Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977. Samengesteld door H.L. Bakels, Deventer: Kluwer 1977, p. 253.

¹⁰ P.F. van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid: op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht, NJB 7 november 1997, nr. 40, p. 1837-1844.

¹¹ HR 17 juni 1994, NJ 1994/757, m.nt. Stein (Imam).

benadering van de gezagsverhouding door de Hoge Raad impliceerde niet dat bij de beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding, de al dan niet aanwezigheid van feitelijk gezag over de verrichte arbeid niet meer relevant was. In latere arresten oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van een gezagsverhouding op grond van het feitelijke gezag van de werkgever over verrichte arbeid terwijl een instructiebevoegdheid op organisatorisch gebied ontbrak (of slechts summier aanwezig was).¹² Als een dergelijk feitelijk gezag ontbreekt dan moet, zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 8 mei 1998,¹³ door de werkgever “*enigerlei zeggenschap*” zijn bedongen over de door de werknemer te verrichten arbeid, wil sprake zijn van een gezagsverhouding.

3. Invloed economische en maatschappelijke ontwikkelingen op uitleg gezagscriterium

Sinds het begin van de twintigste eeuw zijn de rollen van de werknemer en de werkgever binnen de arbeidsovereenkomst geleidelijk maar ingrijpend veranderd.¹⁴ Daardoor is de traditionele arbeidsverhouding, die in beginsel het gehele werkzame leven beslaat van een volwassen man die op fulltime basis tegen een gegarandeerd loon arbeid verricht en die het uitgangspunt vormde in de Wet op de arbeidsovereenkomst, van regel tot uitzondering geworden. In hun preadvies uit 2001¹⁵ hebben Van der Heijden en Noordam zeventien belangrijke maatschappelijke veranderingen beschreven die hebben geleid tot een verandering van de manier waarop de werknemer werkzaam is. Deze veranderingen hebben ertoe bijgedragen dat de economische onafhankelijkheid van werknemers toenam en zij in toenemende mate zelfstandig en ook meer flexibel werkzaam werden. Als gevolg van veranderingen in de wijze waarop ondernemingen worden geëxploiteerd, zijn ook de rol en de hoedanigheid van de werkgever als wederpartij van de werknemer bij de arbeidsovereenkomst veranderd. In het begin van de twintigste eeuw had de factor kapitaal nog een duidelijk, herkenbaar gezicht dat gemakkelijk geïdentificeerd kon worden met een persoon van vlees en bloed. De werkgever was – al dan niet als grootaandeelhouder - de persoonlijke eigenaar van de fabriek of de winkel waarin, of het land waarop, de werknemer de arbeid verrichtte. Deze persoon droeg het economisch risico van de door de werknemer verrichte arbeid en oefende daarom gezag uit over de door de werknemer verrichte arbeid. Dit veranderde echter als gevolg van ontwikkelingen als schaalvergroting en (internationale) concentratie van ondernemingen door bedrijfsovernames, maar ook van de introductie van de BV in 1971 waardoor werkgevers hun bedrijven en vermogen gingen onderbrengen in (verschillende) rechtspersonen. Als gevolg daarvan ging een steeds onpersoonlijkere grootheid als (juridische) werkgever fungeren. Veranderingen voltrekken zich in een steeds sneller tempo. De meest recente ontwikkeling op dit gebied is de opkomst van online platforms. Daarbij verdwijnt de (juridische) werkgever zelfs helemaal. Arbeid die voorheen binnen een arbeidsovereenkomst werd verricht, wordt hierbij opgeknipt in gedetailleerd afgebakende taken of klussen. Via een app of website koppelt het algoritme van het online platform degene die de taak of klus wil verrichten aan degene die deze taak of klus wil laten verrichten. Deze 'platformwerker' heeft de vrijheid om de taak of klus te accepteren via het online platform en wordt per taak of klus betaald. Deze ontwikkeling staat haaks op de uitgangspunten van het arbeidsrecht, dat redeneert vanuit de baan als een verzameling taken en klussen waarbij de werknemer een

¹² HR 16 september 1994, JAR 1994/214 en HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168.

¹³ HR 8 mei 1998, NJ 2000/81.

¹⁴ Zie hierover nader hoofdstuk 2 van mijn dissertatie: Pluraliteit van werkgeverschap (Deventer: Kluwer 2012) en de daar genoemde literatuur.

¹⁵ P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Preadvies NJV, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 1/2.

gegarandeerd naar tijdruimte bepaald loon ontvangt. Daarbij rust op de werknemer een inspanningsverplichting en heeft de werkgever de bevoegdheid werkinstructies te geven. Bij platformarbeid is sprake van een resultaatverplichting en is de aanwezigheid van de bevoegdheid werkinstructies te geven niet meer relevant omdat de taak of klus op gedetailleerde wijze is afgebakend.

4. Groen/Schoevers: het begin van de onduidelijkheid rondom de beoordeling van het gezagscriterium

De hiervoor beschreven breder uitlegbare gezagsverhouding en de gewijzigde rollen van de werknemer en de werkgever binnen de arbeidsovereenkomst hebben eraan bijgedragen dat het belang van de door partijen gemaakte contractuele afspraken is toegenomen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Sinds 1997 heeft de Hoge Raad in een reeks¹⁶ arresten beginnend met het arrest Groen/Schoevers bevestigd - en in verschillende situaties uitgewerkt - dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst niet alleen moet worden gekeken naar of voldaan is aan de elementen uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW, maar ook naar wat partijen beoogden bij het sluiten van de overeenkomst. De Hoge Raad oordeelde 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 aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.*"¹⁷ Dat betekent dat wanneer partijen een overeenkomst van opdracht overeenkwamen en niet een arbeidsovereenkomst, bij de kwalificatie van deze overeenkomst wordt aangesloten bij de door hen gemaakte afspraken mits die corresponderen met de manier waarop zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Daarbij kan naar het oordeel van de Hoge Raad ook rekening worden gehouden met de maatschappelijke positie van degene die de arbeid verricht. De Hoge Raad kiest hier vanaf 1997 voor een zogenoemde 'holistische' benadering door te overwegen dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst "*niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien.*"¹⁸ Dat ondanks de niet door partijen beoogde arbeidsovereenkomst toch sprake is van een bepaalde – als werkgeversgezag te kwalificeren - instructiebevoegdheid, is dan niet altijd meer doorslaggevend bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

5. De verschillende elementen binnen het gezagscriterium

Als hiervoor gesteld, vloeit het gezagscriterium voort uit het economisch risico van de werkgever voor het resultaat van de arbeid. Omdat de werkgever het resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid te gelde maakt en de rekening betaalt wanneer dit niet lukt – bijvoorbeeld omdat

¹⁶ Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), HR 14 april 2006, NJ 2007/447 (Beurspromovendi/UvA), HR 10 december 2004, NJ 2005/239 (Diosynth B.V./Groot-van Veen), HR 15 december 2006, NJ 2007/448 (Van Houdts/BBO International), HR 13 juli 2007, NJ 2007/449, m.nt. Verhulp (STR/PGGM), HR 25 maart 2011, NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra en AR Updates 2011-0232, m.nt. Zwemmer ('De Gouden Kooi') en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling en JAR 2015/277, m.nt. De Jong (Logidex).

¹⁷ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers) r.o. 3.4.

¹⁸ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers) r.o. 3.4.

het door hem aan de werknemer betaalde loon niet in verhouding staat tot de opbrengst van de arbeid - wordt hij geacht instructies te kunnen geven over de manier waarop de arbeid wordt verricht. Daarmee vormt het gezagscriterium binnen de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW dus eigenlijk niet meer dan een instrument waarmee economisch zelfstandige van economisch onzelfstandige arbeid wordt onderscheiden. Dit gezagscriterium kan worden verdeeld in de volgende onderdelen:

- instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkdiscipline (de bevoegdheid van de werkgever regels te stellen om de orde van de onderneming in stand te houden).
- instructiebevoegdheid ten aanzien van de organisatie van de arbeid (zoals de tijden waarop gewerkt moet worden, de plaats waar de arbeid moet worden verricht en de wijze van beloning).
- instructiebevoegdheid ten aanzien van de inhoud van het werk (de wijze waarop de arbeid wordt verricht).

6. Welke elementen binnen het gezagscriterium leveren onduidelijkheden op?

De drie hiervoor onderscheiden onderdelen van instructiebevoegdheid voldoen niet meer als graadmeter voor de aanwezigheid van het gezagscriterium. Allereerst is een duidelijke afbakening van de grens tussen door de opdrachtgever te geven "*aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht*" in de zin van artikel 7:402 BW en instructiebevoegdheid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW niet mogelijk als gevolg van de hiervoor beschreven economische en maatschappelijke ontwikkelingen. Een ander probleem van de instructiebevoegdheid in de drie hiervoor onderscheiden onderdelen als aanwijzing voor de aanwezigheid van gezag is dat in geval van simpel werk gedetailleerd kan worden vastgelegd en afgebakend op welke wijze het werk moet worden verricht. In een dergelijk geval zou sprake zijn van aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht en niet van instructiebevoegdheid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Zo overwoog het Hof Amsterdam op 30 januari 2018 in een procedure waarin een zelfstandige pakketbezorger bij PostNL zich beriep op een arbeidsovereenkomst met PostNL, dat de gedetailleerde werkinstructies waaraan de pakketbezorger zich op grond van de overeenkomst van opdracht met PostNL diende te houden geen werkgeversgezag impliceerden omdat "*deze regels en voorschriften veeleer gerelateerd zijn aan de aard van de service en niet zozeer betrekking hebben op de verhouding tussen werkgever en werknemer. Bovendien betreft het algemene aanwijzingen met een langere looptijd en geen concrete zaaks- of momentgebonden instructies.*"¹⁹ De Rechtbank Amsterdam herhaalde deze overweging in haar uitspraak van 23 juli 2018²⁰ in een procedure waarin een zelfstandige maaltijdbezorger bij Deliveroo zich beriep op een arbeidsovereenkomst met Deliveroo. Alleen bij meer gecompliceerd werk of een van tevoren niet goed te bepalen arbeidsprestatie zou de (al dan niet) aanwezigheid van een instructiebevoegdheid dan nog een objectieve graadmeter zijn voor het vaststellen van de aanwezigheid van werkgeversgezag.²¹

¹⁹ Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314 (r.o. 3.19).

²⁰ Rechtbank Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (r.o. 20).

²¹ Maar zelfs dat gaat niet altijd op, zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333 (r.o. 4.4).

7. Onduidelijkheden binnen het gezagscriterium: handelingsperspectief overheid

7.1 Andere elementen voor het onderscheiden van *in dienst* van de werkgever verrichte arbeid

Of sprake is van onzelfstandige arbeid die *in dienst* van de werkgever wordt verricht, kan ook worden beoordeeld aan de hand van andere elementen dan de hiervoor onderscheiden vormen van instructiebevoegdheid. Deze andere elementen liggen besloten in de hieronder opgenomen vragen waarmee antwoord wordt gegeven op de vraag of sprake is van economisch onzelfstandige arbeid die op basis van een arbeidsovereenkomst dient te worden verricht. Deze vragen spelen in sommige uitspraken van lagere rechters een (bij)rol bij de invulling van het gezagscriterium. In het fiscaal recht worden in deze vragen besloten liggende elementen frequenter getoetst bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst (privaatrechtelijke dienstbetrekking).

- Behoren de werkzaamheden tot de reguliere bedrijfsactiviteiten van de partij voor of bij wie de arbeid wordt verricht? - onderscheid tussen 'bedrijfseigen' en 'bedrijfsvreemde' arbeid.
- Is sprake van een economische afhankelijkheid van de partij voor of bij wie de arbeid wordt verricht? - de werknemer is aangewezen op de andere partij voor zijn inkomen uit arbeid.
- Is het verrichten van een inspanning voldoende voor het in aanmerking komen voor de tegenprestatie voor de verrichte arbeid en wie ontvangt het voordeel van of de winst op de verrichte arbeid? - inspanningsverplichting versus resultaatsverplichting.

Aan de hand van deze vragen kunnen elementen worden onderscheiden die betrekking hebben op de rol van de verrichte arbeid binnen de bedrijfsactiviteiten van degenen voor wie de arbeid wordt verricht, de economische zelfstandigheid (maatschappelijke positie) van de persoon die deze arbeid verricht en wie het (grootste) voordeel of de (meeste) winst genereert op de verrichte arbeid. Bij dit laatste element is gelet op de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht en het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW van belang dat het antwoord op de vraag over deze risicoverdeling niet mag afhangen van de door gemaakte contractuele afspraken. Bij de arbeidsrechtelijke kwalificatie moet dit worden geobjectiveerd en dus los worden gezien van hierover gemaakte contractuele afspraken.

7.2 Stop met de holistische benadering uit de Groen/Schoevers-jurisprudentie

Met de door de Hoge Raad in de Groen/Schoevers-jurisprudentie geïntroduceerde holistische benadering is het mogelijk dat ondanks de aanwezigheid van gezag toch geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit zal tot onduidelijkheid blijven leiden bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst omdat hierdoor een doorslaggevend criterium ontbreekt aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat sprake is van *in dienst* van de werkgever verrichte arbeid in de zin van artikel 7:610 BW.
