

176/131.467

Mr. R.A.A. Duk

Position paper van Mr. R.A.A. Duk inzake gezagscriterium in art. 7:610 BW

(A)

1. Blijkens een mini-enquête kenbaar uit A.R. Houweling c.s., *Rechtspraak Arbeidsrecht Klassiekers Hoge Raad* (2015) wordt HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*) gezien als “de” klassieker van de rechtspraak op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht. Die keuze is niet onbegrijpelijk. Tot het arrest door de Hoge Raad gewezen werd, was het min of meer gebruikelijk bij de beantwoording van de vraag of in een bepaald geval al dan niet sprake was van een arbeidsovereenkomst, “af te vinken”: was er arbeid, was er loon, was er ondergeschiktheid (en wat betekende het criterium “gedurende zekere tijd” in de wettelijke definitie)? Met *Groen/Schoevers* werd die analytische benadering in de ban gedaan. In plaats daarvan werd de rechter genoopt het vraagstuk “holistisch” te benaderen: de verschillende elementen moesten in onderling verband en samenhang worden gezien, er kwam betekenis toe aan de bedoeling van partijen, maar ook aan hun maatschappelijke positie, en van belang was evenzeer hoe aan de overeenkomst in de praktijk uitvoering gegeven werd.
2. In het recht, en in het bijzonder in het arbeidsrecht, strijden de eisen van rechtszekerheid en die van rechtvaardigheid, om voorrang. De “afvinkmethode” past beter bij een benadering die de rechtszekerheid hoog in het vaandel draagt, de “holistische” methode bij een benadering vanuit de rechtvaardigheid. Die methode geeft in elk geval meer ruimte voor een rechtvaardig geachte oplossing, toegespitst op de bijzondere omstandigheden van ieder concreet geval.
3. Het is niet onbegrijpelijk dat het punt, zeker de laatste jaren, veel aandacht heeft gekregen. Aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn immers voor werkgevers tal van (financiële en andere) lasten verbonden. Bij de “opkomst” van de flexibele arbeid gaat het niet alleen om gebruik van mogelijkheden die het huidige arbeidsovereenkomstenrecht al biedt (nuluren- en min/max-contracten, overeenkomsten voor bepaalde tijd, uitleen- en payrollconstructie etc.), maar ook om het gebruik van rechtsfiguren buiten het arbeidsovereenkomstenrecht, zoals allerlei varianten van de overeenkomst van opdracht voor het benutten van “flexibele” arbeid.

4. De ten gevolge van een en ander bestaande onduidelijkheden kan de wetgever op verschillende manieren oplossen. Binnen het arbeidsovereenkomstenrecht kan in dat verband gedacht worden aan de inzet van wettelijke vermoedens, zoals met art. 7:610a BW (in de Wet flexibiliteit en zekerheid) is gedaan: ondergeschiktheid mag verondersteld worden als aan zekere kwantitatieve eisen is voldaan, welke regel succes voor beurspromovendi opleverde in HR 14 april 2017, JAR 2006/119. In de zogeheten sv-sector heeft de wetgever dat gedaan door voor de toepassing van die wetgeving, zoals de Werkloosheidswet, niet alleen de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst tot criterium te nemen, maar ook aan te haken bij andere contractsvormen ("rariteiten").
5. Partijen, en zeker 'werkverschaffenden' zullen er, begrijpelijkerwijs, vaak belang aan hechten *vooraf* zekerheid te hebben over de juridische aard van hun relaties. Het recente debacle van de Wet DBA is een voorbeeld van de problemen die kunnen voortvloeien uit pogingen van de wetgever (en, in dat geval, de Belastingdienst) om zekerheid vooraf te verschaffen. Dat heeft geleid tot een uitvoerig rapport van de Commissie- Boot van eind 2016, waarover S. Said, TRA 2017/37.
6. Met het bovenstaande wordt slechts een globaal beeld van het slagveld gegeven. Een uitgebreider beeld van de juridische perikelen rond de arbeidsovereenkomst in het algemeen en van het gezagscriterium in het bijzonder is te vinden in A.R. Houweling (red.) *Arbeidsrechtelijke Themata I* (zesde druk, 2018), met name Hoofdstukken 4 en 5 (over "De kwalificatie van de overeenkomst" resp. "Atypische arbeidsrelaties") en in W.H.A.C.M. Bouwens c.s., *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht* (26^e druk, 2018, verschijnt dezer dagen), Hoofdstuk 1, met name § 1.3 (Elementen arbeidsovereenkomst). In dit verband verdient zeker ook genoemd te worden de bijdrage van G.J.J. Heerma van Voss aan Bernd Waas and Guus Heerma van Voss (red.), *Restatement of Labour Law in Europe, Volume I, The Concept of Employee* (2017), p. 477/503. Dat werk geeft met een overzicht van maar liefst 36 Europese landen een goed beeld van de materie in andere jurisdicties dan de Nederlandse. Er zijn op dat slagveld welhaast van week tot week relevante ontwikkelingen in de rechtspraak; zie zeer recent b.v. Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, JAR 2018/189 (*maaltijdbezorger Deliveroo*) en Hof Amsterdam 10 juli 2018, JAR 2018/198 (*Persgroep*).

(B)

7. Tegen de onder 1. tot en met 6. geschetste achtergrond valt het volgende te zeggen over de huidige onduidelijkheden van het gezagscriterium van art. 7:610 BW.
8. De keuze voor een "holistische" benadering in *Groen/Schoevers* maakt duidelijk dat en waarom onduidelijkheden onvermijdelijk zijn. Er is geen "lakmoestest" mogelijk. De vraag of er ondergeschiktheid en, op grond daarvan, een arbeidsovereenkomst is, kan niet "binair" worden beantwoord, maar vraagt een waardering van de omstandigheden van het geval, een waardering ten aanzien waarvan redelijke mensen – dus ook rechters – van oordeel kunnen verschillen. Het probleem of al dan niet in een gegeven geval ondergeschiktheid aanwezig is, staat daarbij niet op zichzelf, omdat steeds ook moet worden bezien of sprake is van (persoonlijke) arbeid – niet het geval bij een onbeperkt recht op vervanging (zoals bij voorbeeld bij dagbladbezorgers) – en van loon (niet elke beloning is loon). Daarbij kan, (te) kort gezegd, een tekort op het punt van de ondergeschiktheid worden gecompenseerd door een surplus op andere elementen. De Hoge Raad kan daarbij niet of nauwelijks een uniformerende rol spelen, omdat de vraag of in een gegeven geval sprake is van een arbeidsovereenkomst, leidt tot een, in cassatietechnisch jargon, gemengde beslissing, die door de Hoge Raad slechts beperkt kan worden getoetst.
9. In de rechtspraak en in de (daarop voortbouwende) literatuur, zoals die bedoeld onder 6. aan het slot, worden onduidelijkheden juist op het punt van het vereiste gezag benoemd. In een aantal gevallen is die onduidelijkheid wel, zo al niet geheel dan toch in hoofdzaak, opgelost. Men denke in dat verband in de eerste plaats aan de statutair directeur van een naamloze of besloten vennootschap, van wie duidelijk is dat hem geen aanwijzingen of instructies (door aandeelhouders en/of commissarissen) mogen worden gegeven, maar die desalniettemin op arbeidsovereenkomst werkzaam pleegt te zijn. Ook bij 'professionals', zoals medici en advocaten, is de eis van aanwezigheid van gezag geen probleem, hoe zeer ook grote zelfstandigheid bestaat bij de uitoefening van het eigenlijke werk. Voldoende wordt dan geacht dat gezag bestaat ten aanzien van bijkomende zaken (zoals werktijden en vakanties).
10. Een probleem levert blijkens de rechtspraak wèl de positie van kerkelijke functionarissen (dominee, imam) op; zie bv. HR 17 juni 1994, JAR 1994/152 (*imam*). Soms zal de specifieke kerkelijke structuur – staat de dominee al dan niet onder het gezag van de

kerkelijke gemeente waarvoor hij werkt? – beslissend zijn (HR 14 juni 1991, NJ 1992/173, *Kruis I Gereformeerde Kerk*).

11. De onder 9. en 10. bedoelde problemen zijn naar mijn oordeel maatschappelijk van beperkt belang. Anders ligt dat met de vele vormen van min of meer flexibele relaties waarin de vraag is of de overeenkomst er één is van opdracht of dat sprake is van een dienstbetrekking. Een voorbeeld valt te ontlenen aan de bouwsector waarin (ook grotere) werkgevers werk dat op arbeidsovereenkomst placht (én pleegt) te worden verricht, deels via overeenkomsten van opdracht laten uitvoeren. Rechtspraak over die figuur is er, voor zover mij bekend, (nog) niet. Anders ligt dat met voor PostNL werkzame pakketbezorgers; zie daarvoor onder meer de in JAR 2016/191 en JAR 2018/64 gepubliceerde uitspraken van hoven. Het onderwerp is ook op Europees niveau aan de orde geweest waarbij de vraag was hoe met remplaçanten in orkesten moet worden omgegaan, met de uitkomst dat het erom gaat of zulke musici al dan niet “schijnzelfstandigen” zijn; vgl. HJEU 4 december 2014, JAR 2015/19. In al die gevallen moest de rechter oordelen aan de hand van grote varianten van relevante omstandigheden; zie voor dergelijke omstandigheden *Van der Grinten*, a.w. p. 11. Tegenover het nadeel van onzekerheid dat inherent is aan het vigerende “holistische” criterium staat een (groot) voordeel. Dat criterium geeft de rechter de mogelijkheid om een maatschappelijk verantwoorde beslissing te geven, lettend op de beschermende strekking van het arbeidsrecht. Dat vloeit met name voort uit het feit dat de rechter rekening mag houden met de maatschappelijke positie van partijen.

(C)

12. Uit het vorenstaande blijkt, deels impliciet, wat de moeilijkheden zijn met de toepassing van het gezagscriterium naar huidig Nederlands recht. Ik vat deze als volgt samen.
- (a) Onduidelijk is vaak welke *mate* van gezag precies vereist is. Hoe nauwkeuriger de te verrichten werkzaamheden zich op voorhand laten beschrijven, hoe minder de opdrachtgever er behoefte aan zal hebben zich de bevoegdheid voor te behouden aanwijzingen en instructies te geven.
 - (b) Sinds *Groen/Schoevers* staat het gezagscriterium niet op zichzelf, maar moet het – “holistisch” – worden gezien in samenhang met andere elementen (inclusief de bedoeling van partijen en de wijze van uitvoering).
 - (c) In veel gevallen heeft de opdrachtgever er (zijns inziens) belang bij dat de dwingende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht niet van toepassing

zijn (met name het ontslagrecht). Daarom zal een opdrachtgever kiezen voor modellen waarin toepasselijkheid van de definitie van arbeidsovereenkomst wordt vermeden. Zo kan in veel gevallen worden gekozen voor een opzet waarin de opdrachtnemer de overeengekomen werkzaamheden niet persoonlijk hoeft te verrichten. Alternatief daarvoor of in combinatie daarmee is de opzet waarin het werk op voorhand zo gedetailleerd wordt beschreven dat de voor een arbeidsovereenkomst wezenlijke instructiebevoegdheid kan worden uitgesloten of althans – vertaalwerk is een voorbeeld uit de rechtspraak – tot een minimum kan worden beperkt.

- (d) Weliswaar heeft de “werknemer” tal van mogelijkheden om een aldus gekozen constructie in een rechterlijke procedure “door te prikken”, maar hij moet daarvoor dan wel wat vaak een “uphill battle” is, voeren. De rechtspraak leert dat, bij voorbeeld, het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW slechts in een beperkt aantal gevallen uitkomst biedt.

* * *

13. Dit “position paper” beperkt zich tot een inventarisatie van de huidige onduidelijkheden bij de toepassing van het gezagscriterium van art. 7:610 BW. De vraagstelling is immers niet gericht op het aanwijzen van methodes om langs wetgevende en/of rechterlijke weg die problemen op te lossen of te verkleinen. Dat neemt niet weg dat kan worden geconstateerd dat veel van die problemen inherent zijn aan de sinds *Groen/Schoevers* volgens de Hoge Raad vereiste “holistische” benadering van de problematiek door de rechter.

Den Haag, 24 augustus 2018

R.A.A. Duk