

# Vereniging voor Arbeidsrecht



**7 maart 2013**

**Prof. dr. R.M. Beltzer**

# Een uitstervend ras?



# Te behandelen

1. Het probleem: de krimpende markt en concurrentie
2. Iedereen een arbeidsovereenkomst?

## De elementen van art. 7:610 BW

1. Arbeid, loon, (gedurende zekere tijd), de ene partij in dienst van de andere.
2. Partijen dienen zich jegens elkaar verbonden te hebben.

Tot arrest Groen/Schoevers was de gedachte: staan 1. en 2. vast, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst, ongeacht de benaming die partijen aan de overeenkomst geven en ongeacht de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst.

## Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149)

De HR overweegt:

*“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 hen 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.”*

Partijbedoeling – wel of geen arbeidsovereenkomst - speelt dus wel degelijk een zelfstandige rol. Maar welke?

# Opdrachtnemers?

- Voorgaande overweging sloot aan bij de opkomst van aanbieders van arbeid op de arbeidsmarkt met een goede economische en maatschappelijke positie en die dermate bewust, en met begrijpelijke redenen, afzien van de bescherming die de arbeidsovereenkomst biedt, dat ze ook aan die keuze kunnen worden gehouden.
- Meestal zijn dergelijke personen niet “in dienst”, al is de begrenzing met de opdracht lastig, omdat ook daar een instructiebevoegdheid bestaat.
- Zouden we nu anders moeten oordelen vanwege een snelle toename van de ‘flexibele schil’, in het bijzonder de zzp’ers?

## Opdrachtnemers?

- Indien werkgevers minder bereid zijn mensen in (vaste) dienst te nemen, gaat de redenering van de Hoge Raad in Groen/Schoevers minder op.
- Hetzelfde geldt voor de situatie dat de werknemer eerst als werknemer werkte en vervolgens 'zelfstandige' werd.
- Wat indien de werknemer zich meldt als zelfstandige en na verloop van tijd een arbeidsovereenkomst wordt gesloten terwijl aan de feitelijke situatie niets verandert? Moet men dan oordelen dat het eerste contract tevens een arbeidsovereenkomst was? Gevolgen vergoeding, 668a?

## Holistische weging?

- A-G Verkade in het beurspromovendi-arrest (*NJ* 2007, 447): het duiden van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst vergt een “holistische” weging van de omstandigheden. De bedoeling van partijen is daarbij een sterke indicatie, maar niet doorslaggevend.
- Bij Groen/Schoevers lijkt van belang te zijn geweest dat geen verplichting tot “loonbetaling” tegenover de arbeid bestond, nu Schoevers het overeengekomen honorarium betaalde aan de v.o.f. van Groen. Was niet de maatschappelijke positie van Groen minstens zo belangrijk?



## Partijbedoeling versus uitvoering

- Van Houdts/BBO (HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 448): partijbedoeling was geen arbeidsovereenkomst te sluiten, maar hof had bewijsaanbod ten aanzien van de feitelijke gang van zaken binnen de v.o.f. en de ongelijkwaardigheid tussen de vennoten - waaruit volgens “werknemer” het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan worden afgeleid – niet mogen passeren. Zie ook Hof Leeuwarden 6 september 2011, *JAR* 2011/258: geen vennoot, maar werknemer (bedoeling onduidelijk).
- Van der Male/Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, *NJ* 2007, 446): nu partijen geen arbeidsovereenkomst beoogden te sluiten en deze ook nooit verwezenlijkt hebben, omdat Den Hoedt nooit arbeid heeft verricht, is geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Hier niet voldaan aan elementen van art. 7:610 BW. Zo ook: Ktr. Dordrecht 21 juli 2011, *JAR* 2011/248.

## Partijbedoeling versus uitvoering

- Ook deelnemer televisieprogramma Gouden Kooi kan arbeidsovereenkomst hebben (HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109). Ander “maatschappelijk cachet” dan bij Groen/Schoevers?
- Zelfde geldt voor ingehuurde tennisleraar, “eigen rijders” in beroepsgoederenvervoer en religieuze functionarissen.
- Partijbedoeling was in casu *overduidelijk* geen arbeidsovereenkomst te sluiten.

## Definitie art. 7:610 BW vs. sociaalzekerheidsrecht/fiscaal recht

- Definitie arbeidsverhouding/dienstbetrekking in fiscaal recht en sociaalzekerheidsrecht kende altijd andere accenten: partijbedoeling was irrelevant, gaat om voor derden waarneembare omstandigheden.
- A-G verzocht in Gouden Kooi-zaak belastingkamer van de HR voor uitleg dienstbetrekking in WW zelfde criteria als *in civilibus* te hanteren: HR oordeelt zo.
- CRvB was – conform eigen rechtspraak - niet ingegaan op partijbedoeling.
- Dus: onderscheid tussen eisen art. 7:610 BW enerzijds en fiscaal recht/sociaalzekerheidsrecht neemt af.

## Partijen versus derden

- Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM (*NJ* 2007, 449): HR verwerpt stelling dat criteria van art. 7:610 BW alleen ter discussie staan indien partijen daarover twisten.
- Deze verwerping is verdedigbaar. Arbeidsovereenkomst heeft immers veel “derdenwerking”: denk aan fiscus, UWV, re-integrerende derde-werkgever, cao-fondsen.
- Hier kroop het civiele begrip dus al aan tegen de uitleg die de CRvB hanteert: gaat om voor derden kenbare omstandigheden.
- Is hiermee de partijbedoeling niet in feite afgeschaft als relevante factor?

## Kortom:

De aard van de overeenkomst wordt niet bepaald door de naam die partijen aan de overeenkomst geven, maar door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen staat, dus hoe ze denken aan die overeenkomst uitvoering te gaan geven, en ze dat ook feitelijk doen (is voldaan aan de elementen van art. 7:610 BW?).

Uitvoering lijkt (mij) belangrijker dan partijbedoeling, al hangt de toetsing steeds af van de specifieke casus. Verkade lijkt met zijn “holistische weging” gelijk te hebben. Maatschappelijke positie werkende is belangrijk.

## **Resterend probleem: de zich wijzigende verhouding**

- HR is zeer terughoudend ten aanzien van het aannemen van een geruisloze contractsovergang. Zie HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321 (Heger/Geïllustreerde Pers en 28 juni 1996, *NJ* 1996, 771 (Van Zuijlen-Verhoef).
- Zie ook ABN Amro/Malhi: HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100.
- Malhi werkte al jaren bij ABN Amro, werd op enig moment conform de daar geldende cao betaald. Zijn werkzaamheden werden anders.
- Situatie op dag één (Malhi maakte schoon) was duidelijk anders dan na zeven jaar ("manusje van alles").

## Nogmaals: stichting Thuiszorg-arrest

- Knipscheer was *ab initio* werkzaam op basis van een verhouding die voldeed aan de elementen van art. 7:610 BW.
- De bedoeling van partijen bleek o.a. uit de statuten van de BV (uitzending was geen doel, maar pensioenvoorziening) en het feit dat de statuten van de stichting bepaalden dat een natuurlijk persoon directeur moest zijn. Ook hier een “holistische” wegging.
- Het gebruiken van een eigen management-BV is een riskante manier om de arbeidsovereenkomst te ontduiken.

## Gevolgen gebruik management-BV

- Indien partijen zich vanaf dag één gedragen als ware er een arbeidsovereenkomst, dan is dat een belangrijke aanwijzing voor het bestaan ervan.
- Het feit dat er een BV of andere rechtsvorm tussen zit, is op zichzelf niet doorslaggevend. Let op bij payrolling.
- Omstandigheden die het bestaan van een arbeidsovereenkomst in twijfel trekken:
  - Betaling met BTW aan de BV (Groen/Schoevers).
  - Statuten van de BV (uitzending).
  - Mogelijkheid van vervanging.
  - Typisch arbeidsrechtelijke bepalingen ontbreken in contract (concurrentiebeding, doorbetaling bij ziekte).