

# Gezagsverhouding: partijbedoeling en feitelijke uitvoering bij de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep; tijd voor harmonisatie?

MR. E.S. DE JONG

De Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep hanteren verschillende benaderingen om te beoordelen of in de rechtsverhouding tussen partijen een privaatrechtelijke dienstbetrekking aanwezig is. Jurisprudentieonderzoek wijst uit dat dit kan leiden tot verschillende uitkomsten. Is dit wenselijk of is het tijd voor harmonisatie van de toetsingscriteria van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep?

## Inleiding

Sinds het gewezen arrest Groen/Schoevers<sup>1</sup> wordt het kwalificatievraagstuk over het soort overeenkomst van werk dat partijen hebben gesloten, beantwoord aan de hand van een vast patroon. De Centrale Raad van Beroep ('CRvB') heeft zijn eigen kwalificatiecriteria ontwikkeld om te beoordelen of een privaatrechtelijke dienstbetrekking aanwezig is. In 2005 heeft de CRvB expliciet geoordeeld geen rekening te houden met de partijbedoelingen.<sup>2</sup> Dit betekent echter niet dat aan de wijze waarop partijen zelf hun arbeidsverhouding hebben gekwalificeerd en wat zij daarbij hebben beoogd, in het geheel geen betekenis kan worden toegekend.<sup>3</sup> Voor deze bijdrage heb ik de door de Hoge Raad uiteengezette lijn en in het bijzonder de partijbedoeling versus de feitelijke uitvoering bestudeerd. Daarnaast heb ik gekeken naar de rechtspraak van de CRvB, indachtig de beleidsregels van de Belastingdienst en het UWV, waarin de gezagsverhouding per definitie centraal lijkt te staan en waarin de nadruk vooral ligt op de feitelijke omstandigheden van ieder geval. De verschillende benaderingen van de CRvB en de Hoge Raad kunnen als gevolg hebben dat ten aanzien

van hetzelfde feitencomplex de rechters tot verschillende kwalificaties komen. Dit wordt als onwenselijk ervaren. Van der Wiel-Rammeloo heeft daarom in haar dissertatie gepleit voor een verregaande harmonisatie. Daarbij zou de civielrechtelijke benadering doorslaggevend moeten zijn.<sup>4</sup> In deze bijdrage stel ik de vraag aan de orde welke verschillen er zijn tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en die van de CRvB op het vlak van de partijbedoeling versus de feitelijke uitvoering en of die verschillen terecht dan wel onterecht zijn.

## Groen/Schoevers en de ontwikkelingen daarna

De Hoge Raad heeft in het arrest Groen/Schoevers bepaald dat aan de hand van zowel de aanvankelijke partijbedoeling als aan de hand van de uitvoering (de ingekleurde partijbedoeling) moet worden bezien of sprake is van een overeenkomst van opdracht of van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet op alle relevante omstandigheden acht worden geslagen, waaronder de omstandigheid of sprake is van een gezagsverhouding.<sup>5</sup> De Hoge Raad hanteert in zijn redenering vier toetsmomenten die gezamenlijk en mogelijk in onderling verband bepalen of van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. Dit wordt ook wel aangeduid als de holistische weg van de omstandigheden.<sup>6</sup>

1 Hoge Raad 14 november 1997, «JAR» 1997/2f63. Zie in algemene zin over de definitie van de arbeidsovereenkomst in het algemeen en de gezagsverhouding in het bijzonder: Bouwens/Duk/Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer, p. 20-26; G.J.J. Heerma van Voss, Asser-serie, *Bijzondere overeenkomsten: Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, p. 15 e.v. en Bakels/Asscher-Vonk en Bouwens, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 57 e.v.

2 CRvB 17 november 2005, «USZ» 2006/17.

3 CRvB 21 februari 2008, LJN BC6040, CRvB 04/7299.

4 D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud*, Deventer: Kluwer 2008.

5 J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007-4, p. 5.

6 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 100 e.v.

Naar aanleiding van het arrest Groen/Schoevers hebben Loonstra en Zondag een vierstappenplan ontwikkeld. Allereerst dient bij het antwoord op de vraag welke overeenkomst tot het verrichten van werk tegen betaling is gesloten te gelden hetgeen partijen 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. Ten tweede dient te worden gekeken naar het formele gezagscriterium waarbij de nadruk ligt op de werkdiscipline. Gekeken dient te worden in hoeverre de arbeidsrelatie in de arbeidsorganisatie is ingebed. Het derde toetsmoment betreft het materiële gezagscriterium. Hier doelt de Hoge Raad op de vraag of – niet tegenstaande een ‘onjuiste arbeidsorganisatorische inbedding’ – de aard van de gezagsverhouding zodanig is dat er een instructierecht bestaat van de werkgever jegens de werknemer. Het vierde toetsmoment benadrukt het belang, om bij vaststelling van de aard van de werkverhouding, rekening te houden met de maatschappelijke positie van de betrokken werker.<sup>7</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst is het na Groen/Schoevers gewezen arrest ABN AMRO/Malhi<sup>8</sup> van belang. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechtszekerheid zich ertegen verzet dat een bepaalde overeenkomst gruisloos overgaat in een arbeidsovereenkomst.<sup>9</sup> Loonstra en Zondag stellen dat naar aanleiding van ABN AMRO/Malhi, ter beantwoording van de vraag of er van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken:

- eerst op grond van het Haviltex-criterium dient te worden beoordeeld of de betrokken partijen zich jegens elkaar hebben verbonden;
- indien het antwoord bevestigend luidt, vervolgens de vraag moet worden gesteld en beantwoord wat partijen zich voor ogen hebben gesteld bij het sluiten van de overeenkomst van werk (partijbedoeling);
- op basis van de vastgestelde partijbedoeling vervolgens dient te worden vastgesteld hoe partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven en of aan de hand daarvan kan worden geconcludeerd dat voldaan is aan de voorwaarden van art. 7:610 BW.<sup>10</sup>

In lijn met Groen/Schoevers kunnen de twee arresten

Van der Male/Den Hoedt uit 2003<sup>11</sup> en Diosynth/Groot<sup>12</sup> uit 2004 worden genoemd. In Van der Male/Den Hoedt heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij het vaststellen van de overeengekomen verplichtingen op alle omstandigheden van het geval moet worden gelet en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst, in het bijzonder de

### Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst is het na Groen/Schoevers gewezen arrest ABN AMRO/Malhi van belang

naam die partijen zelf aan de overeenkomst hebben gegeven. Hoewel partijen op papier een arbeidsovereenkomst waren overeengekomen, werd daar feitelijk geen uitvoering aan gegeven.

In het arrest Diosynth/Groot oordeelde de Hoge Raad dat de partijbedoeling eerst dient te worden vastgesteld voordat naar de feitelijke situatie wordt gekeken. Diosynth moest alsnog in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat ook Groot de bedoeling had een overeenkomst van opdracht te sluiten, hoewel door de rechtbank al was vastgesteld dat de feitelijke uitvoering op een arbeidsovereenkomst duidde. De Hoge Raad oordeelt dat: *‘De enkele betwisting door Groot dat zij heeft beoogd een overeenkomst van opdracht te sluiten niet meebrengt dat de partijbedoeling daarmee niet ter zake dienend is voor de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Die partijbedoeling dient derhalve te worden vastgesteld voordat de vraag kan worden beantwoord hoe partijen aan de overeenkomst feitelijk uitvoering gegeven hebben en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.’*

In het arrest Beurspromovendi<sup>13</sup> heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of een aantal promovendi bij de universiteit (UvA) werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft krachtens het rechtsvermoeden ex art. 7:610a BW geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst nu er sprake is van een gezagsverhouding. Daarmee heeft de Hoge Raad in het arrest Beurspromovendi geoordeeld dat de initiële partijbedoeling wijkt voor de (latere) wijze van uitvoering. Voorzichtig zou kunnen worden geconcludeerd dat de Hoge Raad meer gewicht is gaan toekennen aan de feitelijke uitvoering bij het vaststellen van de aard van de overeenkomst en dat daarmee de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering (en daarmee de gezagsverhouding) elkaar nadien min of meer in evenwicht houden.<sup>14</sup> In dit kader is van belang het arrest Van Houdts/BBO.<sup>15</sup> Van Houdts was tot 1995 in loondienst werkzaam als buschauffeur. Samen met drie andere chauffeurs en een BV heeft Van Houdts een vof opgericht.

7 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van het Vierstappenplan volgens Loonstra en Zondag: C.J. Loonstra, *Sdu commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 129 e.v.

8 Hoge Raad 5 april 2002, *NJ* 2003, 124.

9 Zie ook M.S.A. Vegter, *Sociaal Recht*, afl. 2005-3 en *SR* 2005, 19, Hoge Raad 10 december 2004, CO3/264HR (m.nt. M.S.A. Vegter) en E. Verhulp, *Sociaal Recht* afl. 2005-3 en *SR* 2005, 16. Een dergelijke contractsovergang is niet eenvoudig te construeren en de conclusie van Verhulp luidt dat de rechter de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst als van groot belang te waarden heeft bij de kwalificatie van de overeenkomst. Hierbij heeft te gelden dat de contractsvrijheid niet iedere ‘werker’ in gelijke mate toekomt en waarbij de zwakke contractspartij moet worden beschermd.

10 C.J. Loonstra, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 133 en 134 en C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 108 en 109.

11 Hoge Raad 10 oktober 2003, *«JAR»* 2003/263.

12 Hoge Raad 10 december 2004, *«JAR»* 2005/15.

13 Hoge Raad 14 april 2006, *«JAR»* 2006/19.

14 Zie ook *SR* 2007, 22. HR 15 december 2006, CO5/264HR (m.nt. O. van der Kind) en C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Art. 7:610 BW en de partijbedoeling*, *TAP* 2010, p. 4-10.

15 Hoge Raad 15 december 2006, *«JAR»* 2007/119.

De chauffeurs waren daarin de 'rijdende vennoten' en de BV moest voor de vergunningen zorgen. BBO was de voornaamste opdrachtgever van de vof en behoorde tot dezelfde organisatie als de BV. In 1997 is de vof beëindigd en Van Houdts stelt dat hij tussen 1995 en 1997 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was voor BBO en vordert nabetaling van loon. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien het hof van oordeel was dat het door Van Houdts in hoger beroep gedane aanbod bewijs te leveren van de feitelijke gang van zaken binnen de vof en van de afwezigheid van gelijkwaardigheid tussen de vennoten niet ter

### Voorzichtig zou kunnen worden geconcludeerd dat de Hoge Raad meer gewicht is gaan toekennen aan de feitelijke uitvoering bij het vaststellen van de aard van de overeenkomst en dat daarmee de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering elkaar nadien min of meer in evenwicht houden

zake dienend was, het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat deze factoren van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of Van Houdts geen vennoot was van de vof maar werknemer van BBO.

In de zaak Thuiszorg/PGGM<sup>16</sup> lijkt de Hoge Raad haar eerdere benadering in Diosynth, Beurspromovendi en Van Houdts/BBO, waarbij de partijbedoeling en de feitelijke situatie meer naast elkaar leken te staan, voort te zetten. Het Pensioenfonds PGGM vorderde op grond van de pensioenregeling die tussen PGGM en Thuiszorg Rotterdam gold betaling van pensioenpremies van Thuiszorg Rotterdam voor de bij haar werkzame directeur. Thuiszorg Rotterdam stelde zich op het standpunt dat de directeur niet voor haar werkte op basis van een arbeidsovereenkomst, maar op basis van een managementovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat de managementovereenkomst niet kon worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Derden kunnen geen beroep doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW volgens de kantonrechter. De positie van PGGM, nu sprake is van een voor de gehele bedrijfstak verplicht gestelde pensioenregeling, is vergelijkbaar met de fiscus en het UWV. Is sprake van een premieplichtige relatie, dan bestaat de verplichting tot premieafdracht. De fiscus en het UWV kennen in dat kader hun eigen begrip-apparaat. PGGM hanteerde echter geen andere norm dan het bestaan van een arbeidsovereenkomst naar civiel recht.<sup>17</sup> Het hof heeft de vordering van PGGM toegewezen en heeft hiertoe overwogen dat ook een derde – niet partij bij de overeenkomst – zich ten aanzien van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst kan beroepen op de criteria van het arrest Groen/Schoevers. De Hoge Raad volgt de herformulering van het hof van de standaardoverweging uit Groen/Schoevers: '(...) *niet alleen aankomt op de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst*

*maar tevens op de wijze waarop vervolgens aan die overeenkomst uitvoering is gegeven*'.<sup>18</sup> De criteria uit Groen/Schoevers gelden volgens de Hoge Raad zowel ingeval partijen erover twisten of tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten, als wanneer een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als een arbeidsovereenkomst heeft te gelden.<sup>19</sup>

In het arrest van 20 november 2009<sup>20</sup> is nogmaals het belang van de partijbedoeling benadrukt. De arbeidsovereenkomst tussen werknemer Beelen en werkgever Jongen BV werd middels een vaststellingsovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigd. Partijen zijn verder overeengekomen dat Beelen werkzaamheden zou gaan verrichten voor VSN op grond van een overeenkomst van opdracht. Beelen stelt in rechte dat er feitelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Beelen en VSN. De Hoge Raad heeft in lijn met Groen/Schoevers geoordeeld dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, nu partijen de bedoeling hebben gehad een overeenkomst van opdracht aan te gaan. Beelen heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die kunnen leiden tot de conclusie dat de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan hetgeen overeengekomen is, erop duidt dat partijen hebben bedoeld een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt aan de hand van het Groen/Schoevers-criterium beslist welke rechtsverhouding (arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht) tussen partijen bestaat. De conclusie lijkt hierbij gerechtvaardigd dat volgens de Hoge Raad de partijbedoeling en de feitelijke situatie nevenschikkend zijn. De criteria uit Groen/Schoevers gelden eveneens als een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden.

### Privaatrechtelijke dienstbetrekking in het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht

Op grond van het bepaalde in art. 3 van de sociale werknemerswetten (WW/ZW) respectievelijk art. 2, eerste lid, van de Wet LB 1964 wordt onder werknemer verstaan de natuurlijke persoon die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. Om te kunnen spreken van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in hiervoor bedoelde zin, zal volgens de CRvB aan de volgende voorwaarden van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610, eerste lid, van het BW moeten zijn voldaan:

- er moet een gezagsverhouding bestaan tussen degene die de arbeid opdraagt en degene die de arbeid verricht;

18 Zie ook de conclusie van A.G. Timmerman bij dit arrest waarin hij overweegt: 'De formele "bedoeling" – een opdracht aan de stamrecht-BV van Knipscheer – is nauwelijks relevant, nu die bedoeling niet strookt met hetgeen partijen werkelijk bedoelden af te spreken.'

19 G.C. Boot, 'Arbeidsovereenkomst ondanks management-BV', *ArbeidsRecht*, aflevering 2008, 1.

20 Hoge Raad 20 november 2009, «JAR» 2009/308.

16 Hoge Raad 13 juli 2007, «JAR» 2007/231.

17 A.G. van Marwijk Kooy, *ArbeidsRecht* 2008, 4.

- de werknemer is verplicht tot het persoonlijk verrichten van arbeid gedurende zekere tijd; en
- de werkgever heeft een verplichting tot het betalen van loon.

Dit betekent evenwel niet dat aan de wijze waarop partijen zelf hun arbeidsverhouding hebben gekwalificeerd en wat zij daarbij hebben beoogd, in het geheel geen betekenis kan worden toegekend.<sup>21</sup> Onder de ‘gezagsverhouding’ wordt volgens beleidsregel 4.4<sup>22</sup> verstaan dat: *‘een gezagsverhouding kan worden aangenomen indien de opdrachtgever met betrekking tot de werkzaamheden opdrachten en aanwijzingen kan geven die de opdrachtnemer dient op te volgen. In hoeverre opdrachten en aanwijzingen worden gegeven doet niet ter zake. Ook indien de opdrachtgever geen aanwijzingen kan geven met betrekking tot de uitvoering van het werk, omdat de opdrachtgever niet deskundig genoeg is [...] kan sprake zijn van gezag.’* Gezag kan zich ook uiten in het geven van opdrachten en aanwijzingen anders dan ten aanzien van de feitelijke werkzaamheden (werktijden, productie-eisen, representativiteit enz.) en het houden van toezicht en controle op het functioneren.

#### Jurisprudentie CRvB

De CRvB heeft bij de beantwoording van de vraag of er van een privaatrechtelijke dienstbetrekking gesproken kan worden, expliciet geoordeeld geen rekening te willen houden met hetgeen partijen met het sluiten van de overeenkomst hebben beoogd.<sup>23</sup> Zo heeft de CRvB in zijn uitspraak van 11 maart 2010<sup>24</sup> gesteld dat, in overeenstemming met vaste rechtspraak van de CRvB, de feiten en omstandigheden waaronder iemand werkt, bepalend zijn voor de vraag of aan alle vereisten voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking als bedoeld in art. 3 van de sociale werknemersverzekeringswetten is voldaan. De intentie van partijen speelt hier derhalve geen rol van betekenis. Niet altijd hecht de CRvB geen belang aan de partijbedoeling, maar dit is eerder uitzondering dan regel. In dat kader noem ik de volgende twee uitspraken. In de uitspraak van 21 februari 2008<sup>25</sup> ging het om een tolk die haar werkzaamheden voor de IND verrichtte op basis van een overeenkomst van opdracht. De CRvB oordeelde echter dat er sprake was van een gezagsverhouding en daarom van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Geoordeeld werd dat de feitelijke situatie van doorslaggevend belang was. De CRvB vervolgt dat dit evenwel niet betekent dat aan de wijze waarop partijen zelf een arbeidsverhouding hebben gekwalificeerd en wat zij daarbij hebben beoogd in het geheel geen betekenis kan worden toegekend. In zijn uitspraak van 11 december 2008<sup>26</sup> waar partijen werkzaam waren op basis van een agentuurovereenkomst, werd bij de beoordeling van de tus-

sen partijen bestaande rechtsverhouding dan ook van de agentuurovereenkomst uitgegaan.

De CRvB neemt in zijn algemeenheid vrij snel aan dat er voldaan is aan het criterium dat de arbeid persoonlijk wordt verricht, evenals de verplichting tot betaling van loon, waardoor het geschil zich toespitst op het bestaan van de gezagsverhouding. Bij de beantwoording van deze

### De CRvB neemt in zijn algemeenheid vrij snel aan dat er voldaan is aan het criterium dat de arbeid persoonlijk wordt verricht

vraag wordt niet eerst stilgestaan bij de partijbedoeling, maar wordt direct gekeken naar de feitelijke situatie. Aan de hand van concrete en objectieve gegevens wordt bepaald of aangenomen kan worden dat sprake is van een gezagsverhouding.<sup>27</sup> Dit betekent dat de tussen partijen bestaande stukken, zoals een overeenkomst, regelingen enzovoort, waarbij de derde (UWV) geen partij is, wel degelijk relevant zijn. Niet om de partijbedoeling te achterhalen, maar ter onderbouwing van de feitelijke situatie.

In een grote hoeveelheid aan zaken waar het ging om de verhouding tussen een exploitant van een relaxhuis en betrokken prostituees is geoordeeld dat sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.<sup>28</sup> De CRvB achtte het van belang dat het door de eigenaar van het relaxhuis gecreëerde organisatorisch kader erop was gericht de prostituee(s) in het relaxhuis te exploiteren. Hierbij was onmiskenbaar sprake van sturing en toezicht hetgeen tot uiting kwam in uitgesplitste algemene tariefstellingen voor de prostituees en de vooraf aan de klanten bekend gemaakte diensten. Bovendien werd er waarde gehecht aan het feit dat er sprake was van een regulering bij de indeling van de kamers, werkrooster en vaste openingstijden. Zo ook de uitspraak van 11 maart 2010<sup>29</sup> waarin appellante een rozenkwekerij exploiteert. De CRvB heeft geoordeeld dat er sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Hiertoe heeft de CRvB overwogen dat de werkzaamheden volledig waren ingebed in de bedrijfsvoering van de rozenkweker (zij vormden het sluitstuk van het productieproces). In dit kader is ook van belang een aantal uitspraken waarin de werker werkzaamheden verrichtte voor een administratiekantoor<sup>30</sup>, zelfstandig zijn rapporten diende op te stellen en er toch werd geoordeeld dat er sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De CRvB hechtte hierbij belang aan de omstandigheden dat de eindverantwoordelijke voor de onderneming de uiteindelijke beslissing nam, inhoudelijk sturing en aanwijzingen kon geven en de eindverantwoordelijkheid behield. Dat de werker daarbij vrijheid had wanneer en op welke wijze hij werkzaamheden uitvoerde deed daar niet aan af. Zo ook oordeelde de CRvB

21 CRvB 21 februari 2008, LJN BC6040.

22 Loonheffingen. Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking: *Staatscourant* 24 juli 2006, nr. 141, p. 10.

23 D.J. Buijs, ‘De ondernemende tennislerares II’, *Sociaal Recht* 2006-4, p. 129-131.

24 CRvB 11 maart 2010, LJN BL9457.

25 CRvB 21 februari 2008, LJN BC6040.

26 CRvB 11 december 2008, LJN BG8396.

27 CRvB 10 oktober 2007, LJN BB5485.

28 CRvB 16 april 2010, LJN BM3433; CRvB 24 januari 2008, LJN BC3878; CRvB 5 juni 2008, LJN BD3803; CRvB 5 juni 2008, LJN BD3779.

29 CRvB 11 maart 2010, LJN BL9457.

30 CRvB 10 september 2009, LJN BJ8342.

in de situatie waarin een bevoegd installateur als zelfstandig ondernemer werkzaamheden verrichtte voor een elektrowinkel, dat er sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.<sup>31</sup> De CRvB overwoog dat er sprake is van een gezagsverhouding indien door de vermeende werkgever aanwijzingen en instructies kunnen worden gegeven. Daarbij wordt extra waarde toegekend aan de omstandigheid dat de werkzaamheden zijn ingebed in de bedrijfsvoering en de CRvB oordeelde daarmee dat het ontbreken van

### Als uit de feiten en omstandigheden volgt dat niet aannemelijk is dat er geen sprake is van een gezagsverhouding neemt de CRvB die dienstbetrekking aan

werkgeversgezag ten aanzien van degene die deze werkzaamheden uitvoert niet aannemelijk is. Ook speelt een rol dat dezelfde werkzaamheden door werknemers worden uitgevoerd en er onvoldoende personeel in dienst is voor het aanwezige werk. De omstandigheid dat de betrokken zelfstandige loodgieter al jarenlange ervaring en bekwaamheden had deed het oordeel van de CRvB niet anders luiden. Nu de loodgieter dezelfde werkzaamheden verrichtte als de werknemers van het bedrijf, zich presenteerde als werknemer, gebruikmaakte van materialen en het bedrijf uiteindelijk verantwoordelijk was voor eventuele klachten, stelde de CRvB dat er sprake was van een gezagsverhouding.<sup>32</sup> In de uitspraak van 2 oktober 2008<sup>33</sup> overwoog de CRvB dat er sprake was van een gezagsverhouding tussen het museum en de daar werkzame rondleiders/gidsen. De CRvB achtte de contractuele afspraken en kaders ter waarborging van de kwaliteit een eerste aanknopingspunt voor het bestaan van de gezagsrelatie tussen het museum en de gidsen. Daarbij kwam dat de educatieve dienst van het museum beoordeelde wat bij een rondleiding minimaal aan de bezoekers moest worden overgebracht aan de hand van zogenaamde fact sheets en kon het museum aan de gidsen opdrachten en aanwijzingen geven, werden er evaluatiegesprekken gevoerd met de rondleiders en werden de rondleidingen geadverteerd/geëxploiteerd.

In situaties waarin de CRvB geen gezagsverhouding aanwezig achtte, was van doorslaggevende betekenis dat beide partijen een wederzijdse discretionaire opzeggingsbevoegdheid hadden, deelden in de winst, gezamenlijk de bedrijfsvoering hadden, beiden ondernemersrisico liepen en de betrokkenen bijdroegen in de kosten voor de bedrijfsvoering.<sup>34</sup>

Vermeldenswaardig is verder dat in het geval van een statutair bestuurder waarin de bevoegdheid bestaat bestuurders aanwijzingen te geven<sup>35</sup> en er daadwerkelijk toezicht wordt

uitgeoefend op het functioneren van de bestuursleden en het bestuurslid zich niet kan verzetten tegen zijn ontslag, al snel wordt aangenomen dat er sprake is van een gezagsverhouding.<sup>36</sup>

Voor het aannemen van werkgeversgezag is volgens de CRvB niet van belang dat de uitoefening van het werkgeversgezag in de praktijk zich niet of nauwelijks heeft voorgedaan of dat betrokkenen dat niet zo hebben ervaren. Daarnaast is van weinig belang dat de betrokkenen een zekere vrijheid hadden bij hun taakvervulling. De mate van zelfstandigheid doet namelijk geen afbreuk aan het feit dat er opdrachten en aanwijzingen gegeven kunnen worden. Nauwelijks wordt stilgestaan bij de partijbedoeling, ook niet in de situatie van gelijkwaardige/maatschappelijke posities; te denken valt aan de registeraccountant die werkzaamheden verrichtte voor een administratiekantoor ten behoeve van het opstellen van de jaarstukken.<sup>37</sup> Hoewel partijen werkzaam waren op basis van een overeenkomst van opdracht voor 2½ dag in de week, achtte de CRvB een gezagsverhouding aanwezig. Hiertoe overwoog de CRvB dat de registeraccountant werkzaamheden verrichtte die deel uitmaakten van de door het kantoor aangeboden dienstverlening en het kantoor instructies kon geven.

De CRvB komt al snel tot de conclusie dat er sprake is van een gezagsrelatie waarbij de feitelijke uitvoering doorslaggevend is. Dit is een wezenlijk verschil met de civiele benadering. Als er op enige wijze instructies kunnen worden gegeven, controle op het functioneren wordt uitgeoefend en er sprake is van beslissende invloed op het beleid wordt al snel geoordeeld dat het *niet aannemelijk* is dat er geen gezagsverhouding is. Ook van belang zijn de omstandigheden dat de eindverantwoordelijke van de onderneming de beslissingen neemt en de mogelijkheid tot feitelijk ingrijpen bestaat. Nog versterkende omstandigheden zijn wanneer de werker gelijke werkzaamheden verrichtte als de werknemers en onvoldoende personeel aanwezig was. Bovendien wordt groot belang gehecht aan de omstandigheid dat de werker is ingebed in de organisatorische eenheid van het bedrijf en geen ondernemersrisico loopt.<sup>38</sup> Eventueel voorhanden zijnde stukken die de rechtsverhouding tussen partijen regelen dienen voornamelijk ter ondersteuning van de feitelijke situatie.

### Harmonisatie van de toetsingscriteria van de Hoge Raad en de CRvB

In de civiele rechtspraak wordt aan de hand van het Groen/Schoevers-criterium beslist wat voor soort overeenkomst partijen hebben gesloten. Gekeken wordt naar de partijbedoeling in samenhang met de feiten en omstandigheden. Jansen en Loonstra merken terecht op dat de door de Hoge Raad gekozen benadering in Groen/Schoevers leidraad is gebleven voor de beantwoording van de vraag of een geslo-

31 CRvB 10 september 2009, LJN BJ8071.

32 CRvB 16 oktober 2008, LJN BG6149.

33 CRvB 2 oktober 2008, LJN BF7427.

34 CRvB 11 maart 2010, LJN BL7981, zie anders: CRvB 10 juli 2008, LJN BD6890.

35 Voldoende is de statutaire basis als bedoeld in art. 2:129/239 lid 4 BW.

36 CRvB 10 juli 2008, LJN BD4129, Rechtbank Arnhem 25 maart 2010, LJN BL8991.

37 CRvB 22 februari 2007, «USZ» 2007/103.

38 CRvB 22 januari 2009, LJN BH2060.

ten overeenkomst als een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht moet worden aangemerkt.<sup>39</sup> Met gebruikmaking van het formele en materiële gezagsbegrip – en daarmee de feitelijke situatie – lijken partijbedoeling en de feitelijke situatie gelijkwaardig van aard.

De CRvB zet zijn lijn voort dat de partijbedoeling geen rechtens relevant criterium is voor de aanduiding van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen partijen. De CRvB let op de feiten en omstandigheden in een concrete situatie. Als uit de feiten en omstandigheden volgt dat niet aannemelijk is dat er geen sprake is van een gezagsverhouding neemt de CRvB die dienstbetrekking aan. De criteria die de CRvB noodzakelijk acht voor het aanwezig zijn van een gezagsverhouding zijn in lijn met het in Groen/Schoevers geïntroduceerde onderscheid tussen formeel en materieel gezag.<sup>40</sup> Nu de Hoge Raad in tegenstelling tot de CRvB belang toekent aan de bedoeling van partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst kan dit leiden tot een verschillende invulling van het begrip dienstbetrekking. Zou een harmonisatie van het begrip dienstbetrekking uitkomst bieden?

Van der Wiel-Rammeloo stelt dat de definitie van art. 7:610 BW doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of een arbeidsrelatie kwalificeert als een dienstbetrekking of niet.<sup>41</sup> Het begrip dienstbetrekking zoals gehanteerd in de sociale werknemersverzekeringen sluit daarbij aan. Daarmee ligt volgens Van der Wiel-Rammeloo de samenhang vast waarbij het arbeidsovereenkomstenrecht leidend is. De jurisprudentie die is geweest, heeft ertoe geleid dat het begrip dienstbetrekking voor elk van deze rechtsgebieden een eigen invulling heeft gekregen en dan met name ten aanzien van het 3e deelcriterium: de aanwezigheid van gezag. Van der Wiel-Rammeloo vraagt zich af of de verschillende rechters die moeten oordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst/dienstbetrekking niet dezelfde criteria zouden moeten toepassen. Zij stelt dat het gaat om een en hetzelfde begrip (dienstbetrekking), dat zijn basis heeft in art. 7:610 BW. Volgens Van der Wiel-Rammeloo is het verschil in visie van de rechterlijke instanties te verklaren vanuit de oorsprong van invoering van het begrip dienstbetrekking, maar tegelijkertijd meent zij dat dit niet voldoende is om het verschil te handhaven. Zij voert hiertoe aan dat de verschillen in uitkomst niet onoverbrugbaar zijn en dat het bovendien de keuze van de wetgever is geweest om de arbeidsovereenkomst van art. 7:610 BW in te bedden in de sociale werknemersverzekeringen. Als argument voor de zienswijze van Van der Wiel-Rammeloo kan worden gewezen op art. 129d lid 1 WW, op grond waarvan tegen uitspraken van de CRvB cassatie kan worden ingesteld.<sup>42</sup> Dit

betekent dat de Hoge Raad een (eind)oordeel kan geven over de vraag of sprake is van een dienstbetrekking in de zin van de sociale werknemersverzekeringen.

Van der Wiel-Rammeloo gaat bij de door haar voorgestelde harmonisatie te gemakkelijk voorbij aan het fundamentele verschil tussen het civiele en het publieke recht. De CRvB is een bestuursrechter, die mede de 'algemene belangen' in ogenschouw dient te nemen. Het betreft immers de vraag of er verzekeringsrechtelijke arbeid is verricht. De Hoge Raad als civiele rechter oordeelt wat tussen twee particulieren van toepassing is. Dat de Hoge Raad de partijbedoeling mede in ogenschouw neemt, is veel meer te begrijpen dan wanneer de CRvB dit zou doen. Partijen zouden zich

### Van der Wiel-Rammeloo gaat bij de door haar voorgestelde harmonisatie te gemakkelijk voorbij aan het fundamentele verschil tussen het civiele en het publieke recht

dan immers door een beroep te doen op de partijbedoeling, al dan niet opzettelijk, kunnen onttrekken aan een publiekrechtelijk belang en daarmee het publiekrechtelijk systeem frustreren. Te denken valt aan de situatie dat partijen aanvankelijk een overeenkomst van opdracht hebben gesloten, maar er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking. Indien de CRvB meer waarde zou hechten aan de partijbedoeling, zou dit kunnen leiden tot uitsluiting van de sociale verzekeringen, hetgeen vanuit de beschermingsgedachte van de werknemer onwenselijk is.

Het is de vraag of de harmonisatie die Van der Wiel-Rammeloo voorstaat tot een verandering van de huidige benadering van de Hoge Raad zal leiden. In de rechtspraak van de CRvB is het in beginsel altijd het UWV (en dus een derde) die een beroep doet op de aanwezigheid van een privaatrechtelijke dienstbetrekking en speelt het algemeen publiekrechtelijk belang een rol. Gesteld zou kunnen worden dat nu een derde zich hierop beroept de partijbedoeling logischerwijs buiten beschouwing dient te worden gelaten. Naar aanleiding van het PGGM-arrest dient de vraag te worden gesteld of de Hoge Raad terecht een tussen partijen geldende bedoeling heeft aangetast. Temeer nu gesteld zou kunnen worden dat de derde (PGGM) een soort algemeen belang vertegenwoordigt als pensioenfonds en mede gelet op het geldende regime van verplichte deelname (bedrijfstakpensioenfondsen) op basis van het pensioenrecht. In die situaties waarin een derde – en zeker wanneer deze derde een algemeen maatschappelijk belang dient – betoogt, dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst, is terughoudendheid door de Hoge Raad geboden en verdient het de voorkeur dat de Hoge Raad kiest voor een meer feitelijke benadering, zoals de CRvB.<sup>43</sup> Dit is nu niet het geval.

39 C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *TAP* 2010, p. 4-10.

40 C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding en art. 7:610 BW', *SR* 2005, 17.

41 D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud*, Deventer: Kluwer 2008, p. 385 e.v.

42 Art. 129d lid 1 WW luidt: Tegen de CRvB kan ieder der partijen beroep in cassatie instellen ter zake van schending of verkeerde toepassing van de artikelen 2 tot en met 12 en 14, eerste lid, en de daarop berustende bepalingen.

43 Deze benadering is in het arbeidsrecht niet nieuw. Denk aan de cao-norm: HR 17 september 1993, «*JAR*» 1993/234; HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174; HR 14 februari 2003, «*JAR*» 2003/72; HR 11 april 2003, «*JAR*» 2003/108.

### Conclusie

Geconstateerd kan worden dat de Hoge Raad, veel meer dan de CRvB, belang hecht aan de partijbedoeling en dat de CRvB kijkt naar de feitelijke situatie van ieder concreet geval. Dit leidt in sommige gevallen tot een verschillende invulling van het begrip dienstbetrekking. Hoewel dit kan leiden tot verwarring, pleit ik niet voor een (volledige) harmonisatie van het begrip dienstbetrekking in het civiele en het publieke recht. Dit zou onvoldoende recht doen aan het algemeen publiekrechtelijk belang, waarmee de CRvB als bestuursrechter rekening dient te houden. Tot slot verdient aanbeveling dat de Hoge Raad in zaken waar derden een tussen partijen geldende bedoeling kunnen aantasten, en het dus niet gaat om een geschil tussen twee private partijen, meer aansluiting zoekt bij het begrippenapparaat van de CRvB, waarbij de partijbedoeling van ondergeschikt belang is en de feitelijke situatie prevaleert.



#### Over de auteur

Eva de Jong is advocaat bij Boontje Advocaten Arbeidsrecht te Amsterdam.