Actualiteit

Weg met het gezagscriterium, een pleidooi voor (on)afhankelijkheid

mr. S.J. Kremer[1]

1. Inleiding

Voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst is relevant (en dikwijls zelfs doorslaggevend) of er sprake is van een gezagsverhouding tussen de werkende en de partij waarvoor hij werkt. Het vereiste van een gezagsverhouding wordt afgeleid uit de tekst van art. 7:610 BW.[2] In de praktijk, en met name gezien de huidige stand van en ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, werkt het gezagscriterium echter niet. Het leidt tot veel onduidelijkheid, onzekerheid en discussie.[3]

In dit artikel zal eerst kort de context en de huidige situatie op de arbeidsmarkt besproken worden (paragraaf 2). Vervolgens wordt in paragraaf 3 uiteengezet wat verstaan wordt onder een gezagsverhouding. Daarna wordt aan de hand van recente jurisprudentie aangetoond dat het gezagscriterium niet (meer) werkt (paragraaf 4). In paragraaf 5 wordt een voorstel gedaan voor een alternatief: afhankelijkheid als criterium voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In paragraaf 6 volgt de conclusie.

2. Context – de huidige situatie

In het kader van de huidige flexibilisering van de arbeidsmarkt en de groeiende groep ZZP'ers, speelt dikwijls de vraag of een overeenkomst aangemerkt moet worden als een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht. Daarnaast zijn afwijkende vormen van arbeid in opkomst, zoals platformarbeid, waardoor het onderscheid nog meer vervaagt.

Bij de totstandkoming van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB) wordt veel aandacht besteed aan de balans tussen flex en vast, en de doelstelling om 'flex minder flex' te maken en 'vast minder vast'. Dit gaat echter alleen over de verhouding tussen bepaalde en onbepaalde tijd arbeidsovereenkomsten. De WAB bevat geen wijzigingen die zien op het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht, en de knelpunten die op dat vlak spelen (denk aan de onderzekerheid voor partijen onder de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) en de uitgestelde handhaving tot – ten minste – 1 januari 2020).

Art. 7:610 lid 1 BW luidt: '*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.*' De belangrijkste elementen die hieruit volgen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn (i) (persoonlijke) arbeid, (ii) loon en (iii) in dienst van. Dit laatste element is het meest onderscheidende criterium voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Algemeen wordt aangenomen dat dit element vereist dat sprake is van een gezagsverhouding.[4]

1. Sophie Kremer is advocaat bij Allen & Overy LLP.
2. Het werknemersbegrip vanuit Europees perspectief wijkt af van het Nederlandse werknemersbegrip. Zie hierover bijvoorbeeld de oratie van F.G. Laagland, 'Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip', waarin zij uitgebreid op het Europese werknemersbegrip ingaat. Een bewerking van de oratie is gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2018/130. Het Europese werknemersbegrip blijft in het kader van dit artikel buiten beschouwing.
3. In dat kader wordt bijvoorbeeld in het Handboek Loonheffingen 2019 van de Belastingdienst, in de Bijlage Beoordeling gezagsverhouding, uitgebreid ingegaan op alle mogelijke factoren die kunnen meespelen bij de beoordeling of sprake is van een gezagsverhouding. Zie ook de Kamerbrief voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' (https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-sociale-zaken-en-werkgelegenheid/documenten/kamerstukken/2018/11/26/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-werken-als-zelfstandige), waarin dit knelpunt wordt besproken.
4. Zie bijvoorbeeld HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4: '*Vervolgens heeft de Rechtbank [...] de vraag onder ogen gezien of sprake was van een zodanige gezagsverhouding – welk kenmerk sedert de inwerkingtreding van titel 10 van Boek 7 BW besloten ligt in de zinsnede "in dienst van de andere partij" in art. 7:610 BW – dat niettemin van een arbeidsovereenkomst moet worden gesproken, welke vraag de Rechtbank ontkennend heeft beantwoord.*'

De beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding lijkt echter in steeds meer gevallen lastig te worden. Dit heeft te maken met de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de grotere verscheidenheid aan vormen waarin arbeid verricht wordt. De jurisprudentie is erg casuïstisch en het wordt steeds lastiger om daar een algemene lijn en een algemeen beoordelingskader uit te destileren. Rechters komen op basis van de feiten van de zaak met allerlei 'relevante omstandigheden', die noodgedwongen worden ondergebracht bij het criterium 'gezagsverhouding', terwijl ze in feite niets te maken hebben met de vraag of sprake is van gezag (zie paragraaf 3). Dit zorgt voor onduidelijkheid en (rechts)onzekerheid. Dit komt mijns inziens doordat 'gezagsverhouding' niet het juiste, onderscheidende criterium is.

3. Gezagsverhouding

Gezag is in feite de bevoegdheid om iemand te kunnen vertellen wat hij moet doen, oftewel een instructiebevoegdheid.[5] Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dan ook dat voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding gekeken dient te worden naar factoren zoals de mate waarin de werkende zich dient te houden aan aanwijzingen en richtlijnen van de wederpartij, zowel ten aanzien van de inhoud van de arbeid als ter bevordering van de goede orde in de onderneming, of hij of zij op vastgestelde tijdstippen en plaatsen aanwezig moet zijn, vakantiedagen moet opnemen in overleg, etc.[6] Dit zijn criteria die daadwerkelijk zien op de vraag of sprake is van een gezagsverhouding.

Voor het bestaan van een gezagsverhouding is niet vereist dat de wederpartij instructies kan geven over de inhoud van het werk.[7] Anderzijds staat een zekere vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen niet aan een gezagsverhouding in de weg als feitelijk wel instructies worden gegeven over de inhoud van het werk.[8] Contractueel vastgelegde werktijden alleen zijn niet voldoende voor het bestaan van een gezagsverhouding; de wederpartij moet daarnaast enigerlei zeggenschap hebben bedongen over de wijze waarop de werkzaamheden op die overeengekomen tijden worden verricht.[9] Het is lastig in deze uitgangspunten een duidelijke lijn te ondekken, om te beoordelen wanneer wel of geen sprake is van een gezagsverhouding. Het zal afhangen van alle omstandigheden van het geval.

Een complicerende factor is dat in geval van een overeenkomst van opdracht een opdrachtgever op basis van art. 7:402 BW ook bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van de opdracht. Vastgestelde werktijden en richtlijnen kunnen ook vallen onder aanwijzingen in de zin van art. 7:402 BW en zijn onvoldoende voor het bestaan van een gezagsverhouding, aldus de Hoge Raad, mits de 'overige omstandigheden' voldoende lijken op een overeenkomst van opdracht.[10]

Wanneer partijen op papier een overeenkomst van opdracht hebben gesloten, moet uit deze 'overige omstandigheden' blijken wat de bedoeling van partijen was bij het sluiten van de overeenkomst, alsmede de wijze waarop zij daaraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven, om te beoordelen of sprake is van een 'echte' overeenkomst van opdracht, dan wel in feite sprake is van een arbeidsovereenkomst.[11] Hierbij spelen zaken mee als de maatschappelijke positie van partijen en of de uitvoering van de overeenkomst feitelijk 'lijkt' op een arbeidsovereenkomst (wordt doorbetaald tijdens vakantie en ziekte, gebruikt de werkende eigen bedrijfsmiddelen, etc.) Deze factoren moeten worden aangemerkt als uitingen van de gezagsverhouding, in de zin dat zij meegenomen moeten worden bij de vraag of partijen inderdaad de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst met bijbehorende gezagsverhouding overeen te komen en daar op die wijze ook feitelijk uitvoering aan gegeven hebben (aan de vereisten van arbeid en loon zal immers veelal zijn voldaan). Zij kunnen niet gezien worden als 'extra' vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, naast de vereisten van art. 7:610 lid 1 BW. Immers, als voldaan is aan de vereisten van art. 7:610 lid 1 BW, dan is de overeenkomst in ieder geval een arbeidsovereenkomst, ook als die tevens aangemerkt kan worden als een andere soort overeenkomst (aldus art. 7:610 lid 2 BW). Deze factoren zijn echter geen zaken die relevant zijn voor de vraag of sprake is van een 'gezagsverhouding' in de taalkundige zin van het woord.

Of sprake is van een gezagsverhouding moet vanuit civielrechtelijk en vanuit fiscaalrechtelijk perspectief in principe op dezelfde wijze beoordeeld worden.[12] Elementen die volgens de Belastingdienst meegenomen moeten worden bij het bepalen of sprake is van een gezagsverhouding,[13] zijn: leiding

5. Zie in dit kader ook HR 4 november 2016, *NJ* 2017, 370 (*StiPP / Care4Care*).
6. Zie HR 12 januari 1961, *NJ* 1962/79 (*Stripteasedanseres*), HR 17 juni 1994, *NJ* 1994/757 (*Imam*), HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*) en HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*).
7. Zie HR 1 december 1961, *NJ* 1962/79 (*Stripteasedanseres*) en HR 17 juni 1994, *NJ* 1994/757 (*Imam*).
8. HR 16 september 1994, *JAR* 1994/214.
9. HR 8 mei 1998, *NJ* 2000, 81, *JAR* 1998/168.
10. HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.
11. HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*), HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*), HR 14 april 2006, *NJ* 2007, 447 (*Beurspromovendi*), HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239 (*Diosynth/Groot-van Veen*), HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449 (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).
12. Zie bijvoorbeeld en HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594 (*Gouden Kooi*) en HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:343.
13. Zie de Bijlage Beoordeling gezagsverhouding bij het Handboek Loonheffingen 2019 van de Belasting-

en toezicht (dit omvat zaken zoals of de opdrachtgever aanwijzingen en instructies kan geven over de manier waarop de opdracht moet worden uitgevoerd, en niet alleen over het resultaat), vergelijkbaarheid met ander personeel (worden dezelfde werkzaamheden door werknemers verricht en is dat onder dezelfde (arbeids)voorwaarden), bepaalt de werkende zelf zijn werktijden en werklocatie, gebruikt hij eigen materialen, hulpmiddelen en gereedschappen, de manier waarop de werkende naar buiten treedt (is hij verplicht bedrijfskleding van de opdrachtgever te dragen of diens visitekaartjes te gebruiken) en overige relevante aspecten (wie is aansprakelijk voor schade en verantwoordelijk voor de kwaliteit van het resultaat, mag de werkende voor andere, ook concurrerende, opdrachtgevers werken, hoe wordt er betaald). Ook de Belastingdienst neemt in zijn beoordeling van de 'gezagsverhouding' veel elementen mee die niet vallen onder de betekenis van het woord gezag.

4. Recente jurisprudentie

Dat het gezagscriterium niet werkt, mede vanwege de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, blijkt uit een aantal recente voorbeelden uit de jurisprudentie. Voor partijen is, zo blijkt, vooraf niet duidelijk of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Uit de jurisprudentie blijkt dat ook rechters moeite hebben met deze kwestie. Rechters komen in vergelijkbare zaken tot volstrekt tegengestelde conclusies, en deels op basis van irrelevante criteria. Er zijn veel uitspraken die net zo goed anders hadden kunnen uitvallen en/of inconsistent lijken ten opzichte van andere uitspraken.

Er zijn bijvoorbeeld meerdere uitspraken van lagere rechters met betrekking tot PostNL waar de rechter tot het oordeel kwam dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen PostNL en haar pakketbezorgers.[14] Daar tegenover staat echter ook een aantal uitspraken waar de rechter oordeelde dat wel sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen PostNL en haar bezorgers.[15] Duidelijke verschillen in de feitelijke werkwijze zijn er veelal niet. Het gaat met name om nuances in de individuele situatie en een verschillende weging van (grotendeels) dezelfde feiten. Relevant zijn bijvoorbeeld of de pakketbezorger geheel vrijwillig gecontracteerd heeft als zelfstandig ondernemer, dan wel op verzoek van PostNL, of sprake was van gedetailleerde werkinstructies, dan wel slechts algemene aanwijzingen, en in hoeverre de pakketbezorger zich daadwerkelijk vrij kon laten vervangen door anderen en daar ook gebruik van maakte.

In de *PostNL*-uitspraak van 30 januari 2018[16] oordeelde het Hof Amsterdam dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen PostNL en een pakketbezorger. Relevante factoren daarbij waren dat de bezorger gebruikmaakte van zijn eigen bus, niet doorbetaald kreeg bij ziekte of verhinderingen en zich mocht laten vervangen (bovendien verdiende hij daaraan). Hij had een eigen onderneming opgericht en was zich ervan bewust dat hij als zelfstandig ondernemer voor PostNL zou gaan werken. Als werkinstructies werden slechts algemene aanwijzingen gegeven met een langere looptijd, en geen concrete zaaks- of momentgebonden instructies, aldus het Hof. Dat de te rijden route feitelijk door PostNL werd bepaald, deed daar niet aan af. De incidentele controles die PostNL uitvoerde bij haar bezorgers (ten hoogste twee keer per jaar) leidden niet tot een gezagsverhouding. Ook de andere omstandigheden die afweken van volledige vrijheid en ondernemerschap, zoals de wijze van factureren (PostNL stelde de factuur op), het overeengekomen relatiebeding en de beperkte onderhandelingsruimte van de bezorger bij het totstandkomen van de tarieven leidden volgens het Hof niet tot een arbeidsovereenkomst. Bovendien had de bezorger een VAR-verklaring (WUO) en was hij door de Belastingdienst als BTW-plichtige aangemerkt.

In een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 10 juli 2018[17] oordeelde het Hof dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen een onderwijsinstelling en een leraar. Dat de leraar zijn onderwijs moest inrichten op basis van gedetailleerde aanwijzingen van de onderwijsinstelling en binnen een door de onderwijsinstelling vastgesteld curriculum, en dat hij werkte in een team met een hoofddocent en twee teamleiders van wie hij opdrachten en aanwijzingen ontving, leidden niet tot een gezagsverhouding. Het Hof overwoog dat ook bij een overeenkomst van opdracht aanwijzingen gegeven kunnen worden. Doorslaggevend voor het Hof waren dat partijen hun overeenkomst uitdrukkelijk als een overeenkomst van opdracht hadden aangemerkt, dat de eenmanszaak van de leraar als opdrachtnemer was aangemerkt, dat de leraar factureerde op basis van afgesproken tarieven, dat hij zelf premies en belastingen afdroeg en dat hij herhaaldelijk had aangegeven dat hij de voorkeur gaf aan een freelance-overeenkomst boven een arbeidsovereenkomst. Tot slot was aannemelijk dat

dienst.

14. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153; Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85; Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81; en Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83.
15. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 18 december 2015, *RAR* 2016/46, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226; en Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.
16. Hof Amsterdam 30 januari 2018, *JAR* 2018/64 (*PostNL*).
17. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333.

de leraar zich in geval van ziekte door een andere freelancer mocht (en zelfs moest) laten vervangen. In de *PostNL*-uitspraak van het Hof Amsterdam is wel degelijk iets te zeggen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, hoewel in feite geen sprake is van gezag. In de uitspraak over de leraar, die grote gelijkenissen vertoont met de *Groen/Schroevers*-zaak, is wat mij betreft juist weer veel te zeggen voor een overeenkomst van opdracht, terwijl duidelijk sprake is van een instructiebevoegdheid. In twee recente *Deliveroo*-uitspraken kwam de Rechtbank Amsterdam op basis van exact dezelfde feiten tot een tegenovergestelde conclusie.

In de *Deliveroo*-uitspraak van 23 juli 2018[18] oordeelde de Rechtbank dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen Deliveroo en een maaltijdbezorger. De bezorger was eerst werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst. Vervolgens ging hij op initiatief van Deliveroo hetzelfde werk doen op basis van een overeenkomst van opdracht. Hij had daartoe een eenmanszaak ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en een btw-nummer aangevraagd. Als werknemer moest hij zich op ingeroosterde tijden beschikbaar te stellen en was hij verplicht gehoor te geven aan een oproep om te werken (drie keer geen gehoor geven aan een oproep, zou ingevolge de arbeidsovereenkomst ontslag op staande voet tot gevolg hebben). Vanaf het moment dat hij een opdrachtovereenkomst had, mocht hij zelf beslissen of hij zich aanmeldde voor werk (dit ging via een app), mocht hij een bestelling weigeren en had hij de vrijheid om toch niet te gaan werken als hij eerder een tijdvak had gereserveerd (hoewel niet geheel zonder consequenties aangezien bezorgers met een goede *track record* voorrang kregen bij het reserveren van werktijden op basis van een algoritme in de app). Hij kon zich ook op het laatste moment nog aanmelden voor werkzaamheden. Als werknemer moest hij tijdens zijn werkzaamheden Deliveroo-kleding dragen en de maaltijden vervoeren in een Deliveroo-thermobox. Op basis van de overeenkomst van opdracht mocht hij het werk doen in zijn eigen kleding en met een eigen thermobox, zolang deze voldeden aan bepaalde voorschriften. De Rechtbank overwoog dat de voorgeschreven (veiligheids)regels slechts algemene aanwijzingen met een langere looptijd waren en geen concrete zaaks- of momentgebonden instructies. De bezorger mocht ook opdrachten van een concurrerende onderneming uitvoeren en hij mocht zich laten vervangen. Deliveroo betaalde per voltooide bestelling. Zijn uiteindelijke uurtarief was hoger dan toen hij nog als werknemer in dienst was. Er werd geen vergoeding betaald als de bezorger niet kon werken vanwege ziekte of andere (persoonlijke) omstandigheden. Ten slotte waren de inkomsten van de bezorger beperkt, oftewel er was sprake van een bijverdienste. Op basis hiervan concludeerde de Rechtbank dat sprake was van een overeenkomst van opdracht.

Op 15 januari 2019 heeft de Rechtbank Amsterdam[19] in een door FNV aangespannen procedure geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers is aan te merken als een arbeidsovereenkomst. De rechter overweegt dat voor de bedoeling van partijen weinig belang gehecht kan worden aan de schriftelijke overeenkomst, nu sprake is van een standaardcontract dat volledig en eenzijdig door Deliveroo is opgesteld en niet onderhandelbaar is. Dit brengt ook mee dat weinig belang gehecht kan worden aan voorwaarden zoals inschrijving als zelfstandige in de Kamer van Koophandel en het aanschaffen van eigen materiaal. Het werk van de bezorgers behoort tot de kern van het bedrijf van Deliveroo. De rechter komt vervolgens op basis van dezelfde feiten als in de eerdere *Deliveroo*-zaak tot het oordeel dat *geen* sprake is van vrijheid om opdrachten al dan niet te aanvaarden en dat feitelijk ook geen sprake is van vrije vervanging. Dit komt omdat de rechter in deze zaak niet kijkt naar de doorlopende verhouding tussen partijen, maar naar de situatie per (aanvaarde) opdracht. De rechter oordeelt dat de schriftelijke overeenkomst slechts een raamcontract is, en dat pas een daadwerkelijke overeenkomst tussen partijen ontstaat op het moment dat een bestelling door de bezorger wordt geaccepteerd en door Deliveroo aan de bezorger wordt toegewezen. Van een algehele vrijheid om zich beschikbaar te stellen is dan geen sprake meer, met name niet als de bezorger (voldoende) inkomen wil genereren. Nu de prestaties van de individuele bezorger (kunnen) meewegen om voorrang te krijgen bij het reserveren van werktijden, wordt de bezorger geprikkeld zoveel mogelijk en goed te presteren. Ook kan Deliveroo het contract eenvoudig beëindigen, of geen bestellingen meer toewijzen tenzij er niemand anders beschikbaar is. Bovendien is geen sprake van vrije vervanging, ervan uitgaande dat pas een overeenkomst ontstaat op het moment dat een bestelling door de bezorger wordt geaccepteerd en door Deliveroo aan de bezorger wordt toegewezen, omdat de tijdsduur dan feitelijk vaak te kort is om een vervanger in te schakelen. Verder overweegt de rechter dat de behoefte aan vervanging alleen te verklaren is als het nadelig is voor de bezorger om zich af te melden, wat volgens de rechter weer wijst op een gezagsverhouding.

Hoewel zeker iets te zeggen is voor de uitkomst dat de Deliveroo-bezorgers een arbeidsovereenkomst zouden moeten hebben, is op de tweede *Deliveroo*-uitspraak vanuit juridisch oogpunt het nodige aan te merken. De rechter gaat er bijvoorbeeld vanuit dat het feit dat de prestaties van de bezorger een rol spelen bij het toekennen van werk, en dat

18. Rb. Amsterdam 23 juli 2018, *JAR* 2018/189 (*bezorger/Deliveroo*).

19. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*).

het inkomen van de bezorger afhankelijk is van het verkrijgen en accepteren van werk, wijzen op een gezagsverhouding. Dat is opmerkelijk. Juist bij een overeenkomst van opdracht, bij een zelfstandige, geldt dat deze actief zijn best zal moeten doen om nieuwe opdrachten en nieuw werk binnen te halen, en dat zijn inkomen daarvan afhangt. Dit wijst op ondernemerschap. Ook de constatering dat de behoefte om vervanging te regelen wijst op een gezagsverhouding is zeer opmerkelijk. De rechter lijkt in deze zaak vooral de uitkomst (een arbeidsovereenkomst) voor ogen gehad te hebben, en zijn onderbouwing en argumenten vervolgens zoveel mogelijk daar naartoe geschreven te hebben. Omdat de rechter zijn argumenten moest inpassen in het keurslijf van de gezagsverhouding, schuurt het op meerdere plaatsen.

5. Voorstel voor een alternatief

Uit de voorgaande voorbeelden blijkt dat het gezagscriterium niet werkt bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit komt mijns inziens voor een groot deel doordat het gezagscriterium fundamenteel gezien irrelevant is bij de beantwoording van de vraag of iemand werknemersbescherming nodig heeft. Ditzelfde geldt ten aanzien van een aantal van de omstandigheden die op basis van de jurisprudentie gebruikt worden om te beoordelen of sprake is van een gezagsverhouding, zoals vaste werktijden, werklocatie, bedrijfskleding, instructies ten aanzien van de werkzaamheden of de goede orde in de onderneming en eigen bedrijfsmiddelen. Relevant daartentegen is of sprake is van ongelijkheid, die gecompenseerd moet worden. Ongelijkheid wordt in arbeidsverhoudingen in belangrijke mate veroorzaakt door afhankelijkheid. Afhankelijkheid zou dan ook het onderscheidende criterium moeten zijn.

De wettekst biedt ruimte voor het hanteren van het afhankelijkheidscriterium. Het gezagscriterium wordt gezien als uitwerking van de woorden 'in dienst van', in art. 7:610 BW. Deze woorden kunnen echter evenzeer zien op het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie.[20]

Afhankelijkheid dient vervolgens nader uitgewerkt te worden aan de hand van daarbij behorende feiten en omstandigheden, zoals het wel of niet hebben van meerdere opdrachtgevers, het al dan niet voor langere tijd (exclusief) werkzaam zijn in dezelfde onderneming, bewust ondernemersrisico dragen, inclusief de daarbij behorende mogelijkheid om een hogere winst of een hoger rendement te realiseren, de maatschappelijke positie van de werkende, de onderhandelingspositie ten opzichte van de opdrachtgever, die bijvoorbeeld blijkt uit de vergoeding en overige voorwaarden die iemand kan bedingen, en het hebben van een eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering en pensioenvoorziening.

Een aantal van deze omstandigheden wordt nu ook al meegenomen bij de vraag of sprake is van 'gezag', op basis van de holistische 'Groen/Schroevers'-benadering. Veel van deze omstandigheden zijn echter feitelijk geen inkleuring van een gezagsverhouding (in de zin van een instructiebevoegdheid). Dit schept onduidelijkheid en leidt tot een verkeerd interpretatiekader. Door deze omstandigheden te beoordelen in het licht van het gezagscriterium, kunnen ze dan ook verkeerd beoordeeld worden. Denk aan het hebben van meerdere opdrachtgevers: dit wijst nu, kijkend naar de jurisprudentie en de door de Belastingdienst gehanteerde kaders,[21] op een overeenkomst van opdracht. Als dit iemand is die feitelijk meerdere slecht betaalde parttimebanen naast elkaar heeft om de eindjes aan elkaar te kunnen knopen, of iemand die steeds aangenomen wordt op basis van een kortdurend contract en die het niet lukt om een vast contract te krijgen, dan zou dit juist moeten wijzen op een arbeidsovereenkomst. Of als iemand door zijn slechte onderhandelingspositie tegen zijn wil in 'ondernemersrisico' draagt, doordat hij alleen betaald krijgt op basis van gewerkte uren en bijvoorbeeld niet doorbetaald krijgt tijdens ziekte, dan wijzen laatstgenoemde omstandigheden op basis van de huidige jurisprudentie op een overeenkomst van opdracht, terwijl deze omstandigheden, gezien de afhankelijkheidssituatie, juist zouden moeten wijzen op een arbeidsovereenkomst. In beide situaties hebben de betrokken personen, vanwege hun afhankelijkheid van de werkgever c.q. opdrachtgever, behoefte aan werknemersbescherming.

Andersom is er momenteel een grote groep werknemers waarbij veel van de omstandigheden die wijzen op een gezagsverhouding niet aanwezig zijn. Zij hebben een grote mate van eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de werkzaamheden, zij kunnen grotendeels hun eigen werktijden en werklocatie bepalen (flexibel werken, thuis werken, enz.) en zij worden met name aangesproken op het resultaat van hun werkzaamheden. Desondanks staat buiten twijfel dat zij een arbeidsovereenkomst hebben, omdat partijen dat zo afgesproken hebben. Dit ervaren we in Nederland in het algemeen als terecht. Mijns inziens zijn ook deze personen in zekere zin afhankelijk van hun werkgever, voor hun inkomen maar ook voor andere zaken zoals maatschappelijke positie, persoonlijke ontwikkeling en gevoel van eigenwaarde.[22] Die afhankelijkheid be-

20. Gezien de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 dient mijns inziens niet te strikt vastgehouden te worden aan hetgeen gezegd is over de gezagsverhouding ten tijde van de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst.

21. Bijlage Beoordeling gezagsverhouding bij het Handboek Loonheffingen 2019 van de Belastingdienst.

22. In bijvoorbeeld België bestaat er een andere visie ten

staat dan wellicht niet zozeer bij het aangaan van de relatie, door een lage maatschappelijke positie of slechte initiële onderhandelingspositie, maar ontstaat door bijvoorbeeld de lange duur van het dienstverband waarbij exclusief voor één werkgever gewerkt wordt, de daarin opgebouwde rechten en het feit dat deze werknemers erop rekenen, en er vanwege de bedoeling van partijen redelijkerwijs ook op mogen rekenen, dat zij arbeidsrechtelijke bescherming genieten. Daardoor heeft een beëindiging van de arbeidsrelatie (op initiatief van de werkgever) ook voor deze personen vaak een grote impact, zowel emotioneel als financieel. Ook deze personen zullen dikwijls niet in staat zijn op korte termijn een vergelijkbare nieuwe positie te vinden en zullen wellicht ook niet in staat zijn een (substantiële) inkomensachteruitgang voor langere tijd op te vangen. Ook zij bevinden zich daardoor in een positie waarbij zij in significante mate afhankelijk zijn van hun huidige werkgever.

Vanuit dat perspectief dient ook de (daadwerkelijke) bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst en de wijze waarop zij daaraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven, meegenomen te worden als omstandigheid voor de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht, dan wel een arbeidsovereenkomst. Dit komt neer op de vraag in hoeverre beide partijen welbewust en in vrijheid gecontracteerd hebben en in hoeverre de overeenkomst ook in de feitelijke uitvoering 'lijkt' op een overeenkomst van opdracht dan wel een arbeidsovereenkomst. Zaken als inschrijving in de KvK als zelfstandig ondernemer, of betaald wordt op basis van facturen, of BTW wordt berekend, of wordt doorbetaald tijdens vakantie en ziekte, en of sprake is van een concurrentiebeding, kunnen hierin worden meegenomen, maar bijvoorbeeld ook of iemand hetzelfde werk doet als werknemers binnen de organisatie. Dit soort zaken zou dan in het licht van het afhankelijkheidscriterium geïnterpreteerd moeten worden.

Dit werkt twee kanten op. Aan de ene kant is het feit dat iemand in vrijheid en welbewust een overeenkomst van opdracht is aangegaan, een indicatie voor een gelijkwaardige initiële onderhandelingspositie, en dus onafhankelijkheid. Als iemand echter gedwongen wordt bepaalde voorwaarden te accepteren, wijst dit op een ongelijke initiële onderhandelingspositie, en dus afhankelijkheid. Aan de andere kant dient, in het licht van het afhankelijkheidscriterium en de achterliggende ratio – of iemand al dan niet arbeidsrechtelijke bescherming nodig heeft – weinig waarde toegekend te worden aan omstandigheden en voorwaarden die iemand vanuit een afhankelijke positie feitelijk gedwongen wordt te accepteren, en dient uitsluitend gekeken te worden naar omstandigheden en voorwaarden die iemand welbewust en in vrijheid geaccepteerd heeft, of zelf voorgesteld of geïnitieerd heeft.

De (daadwerkelijke) bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst en de wijze waarop zij daaraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven, zijn van invloed op het antwoord op de vraag in hoeverre de opdrachtnemer redelijkerwijs mocht rekenen op arbeidsrechtelijke bescherming en de opdrachtgever redelijkerwijs rekening diende te houden met arbeidsrechtelijke bescherming. Als partijen welbewust en in vrijheid een overeenkomst van opdracht aangaan en daar ook feitelijk zo uitvoering aan geven, moeten zij er ook redelijkerwijs vanuit kunnen gaan dat de opdrachtnemer zelf de verantwoordelijkheid draagt voor bijvoorbeeld de situatie dat de opdracht stopt of hij ziek wordt. Hij dient er dan voor te zorgen dat hij de gevolgen van een beëindiging van de opdracht of ziekte kan opvangen (bijvoorbeeld door het aanhouden van een financiële buffer of het afsluiten van verzekeringen). Op die manier blijft hij onafhankelijk. Mocht hij dat nalaten, dan kan hij zich ten opzichte van de opdrachtgever in die omstandigheden redelijkerwijs niet beroepen op afhankelijkheid en dus een arbeidsovereenkomst.

De omstandigheden die daadwerkelijk zien op de vraag of sprake is van gezag, oftewel een instructiebevoegdheid, zoals vaste werktijden, vaste werklocatie, bedrijfskleding, inhoudelijke instructies ten aanzien van de werkzaamheden of de goede orde in de onderneming en eigen bedrijfsmiddelen, zouden – zoals gezegd – niet meegenomen moeten worden bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze zaken zijn irrelevant voor de vraag of iemand afhankelijk is en daarom arbeidsrechtelijke bescherming nodig heeft. Iemand kan zich immers volledig vrijwillig verbinden om inhoudelijke instructies ten aanzien van de werkzaamheden op te volgen, op een vaste locatie of vaste tijden te werken of bedrijfskleding te dragen, en daarbij toch onafhankelijk zijn van de opdrachtgever. Deze zaken zijn dan ook irrelevant voor de vraag of iemand behoefte heeft aan arbeidsrechtelijke bescherming.

Het zal ook bij afhankelijkheid als criterium weliswaar (nog steeds) niet mogelijk zijn om vooraf een duidelijke grens te bepalen voor de afbakening tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Ook bij dit criterium zal sprake moeten zijn van een afweging van alle relevante omstandigheden van het geval. Het zal dan echter wel gaan om omstandigheden die daadwerkelijk 'relevant' zijn, en irrelevante omstandigheden zullen de afweging niet meer beïnvloeden. Bovendien zal de onderliggende reden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst – de behoefte aan arbeidsrechtelijke bescherming – steeds meegenomen kunnen worden in de afweging. Doordat het afhankelijkheidscriterium aansluit bij deze onderliggende reden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zal naar verwachting minder

aanzien van vrije beroepsbeoefenaren, waar onder meer advocaten onder vallen.

onduidelijkheid bestaan over de vraag of in een concreet geval sprake is van een arbeidsovereenkomst, en zal de uitkomst naar verwachting eerlijker en voorspelbaarder worden.

Overigens zullen de andere criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst ook nog steeds in acht genomen moeten worden, dus of iemand zich heeft verbonden persoonlijk arbeid te verrichten (in welk kader regelmatig de vraag speelt of vrije vervanging mogelijk is) en of loon wordt betaald. Deze criteria zorgen voor het onderscheid tussen werknemers en andere 'afhankelijke' partijen.

6. Conclusie

In de praktijk, en met name gezien de huidige stand van en ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, werkt het gezagscriterium niet bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het leidt tot veel onduidelijkheid, onzekerheid en discussie. Dit komt mijns inziens grotendeels doordat het gezagscriterium op zich fundamenteel bezien irrelevant is voor de vraag of iemand arbeidsrechtelijke bescherming nodig heeft, en of een overeenkomst vanuit die optiek dus aangemerkt zou moeten worden als arbeidsovereenkomst.

De regelgeving inzake de arbeidsovereenkomst is in het leven geroepen vanuit de gedachte dat de werknemer de zwakkere partij is en daarvoor gecompenseerd moet worden door extra, dwingendrechtelijke, bescherming in de wet. De behoefte aan extra bescherming ontstaat niet vanwege het bestaan van een gezagsverhouding binnen de arbeidsrelatie, maar vanwege het feit dat werknemers (in de meeste gevallen) afhankelijk zijn van het bestaan van die arbeidsrelatie voor met name hun inkomen, maar ook voor andere zaken zoals maatschappelijke positie, persoonlijke ontwikkeling, dagbesteding, gevoel van eigenwaarde, etc. Juist die afhankelijkheidsrelatie creëert een ongelijke (onderhandelings)positie waardoor werknemers behoefte hebben aan ongelijkheidscompensatie.

De mate van afhankelijkheid zou mijns inziens dan ook beslissend moeten zijn voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, in plaats van de mate van gezag die de werkgever kan uitoefenen. Bij de beoordeling of sprake is van afhankelijkheid dienen alle omstandigheden meegenomen te worden die daarbij daadwerkelijk relevant zijn. Irrelevante omstandigheden (zoals vaste werktijden en werklocatie, bedrijfskleding en inhoudelijke en overige instructies) moeten buiten beschouwing gelaten worden. Nog steeds zal er een zekere mate van rechtsonzekerheid bestaan. Het zal ook bij afhankelijkheid als criterium niet mogelijk zijn om vooraf een duidelijke grens te bepalen voor de afbakening tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. De onderliggende reden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst – de behoefte aan arbeidsrechtelijke bescherming – zal echter steeds meegenomen kunnen en moeten worden in de afweging. Hierdoor zal de uitkomst in een concreet geval naar verwachting duidelijker, eerlijker en voorspelbaarder worden.