

De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan Tilburg University
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.B.H.J. van de Donk, in
het openbaar te verdedigen ten overstaan van een door het college voor
promoties aangewezen commissie in de Aula van de Universiteit op

vrijdag 21 januari 2022 om 13.30 uur

door

Samiha Said

geboren te Den Haag

DANKWOORD

Op de dag van mijn verdediging is het – op een ruime week na – zes jaar geleden dat ik aan de Universiteit van Tilburg startte als docent en promovenda. Hoewel ik lang naar de eindstreep heb uitgekeken, voelt het tegelijkertijd vreemd dat het promotietraject nu ‘ineens’ voorbij is. Het boek is af, en daarvoor ben ik aan velen dank verschuldigd.

Mijn dank gaat allereerst uit naar mijn promotoren. Mijke en Willem, jullie vulden elkaar perfect aan en vonden steeds de juiste balans tussen ‘aanduwen’ waar mogelijk en ‘afremmen’ waar nodig. Mijke, met jouw scherpe en kritische blik, oog voor detail en – *‘meer concreet’* – jouw uitstekende gevoel voor taal, heb je mij steeds weten uit te dagen om meer uit het proefschrift en uit mezelf te halen. Daar ben ik enorm van gegroeid en daar ben ik je zeer dankbaar voor. Willem, jij was naast promotor ook mentor. Ik kijk terug op een hoop mooie gesprekken, waarin we veel meer bespraken dan alleen het proefschrift. Ik hoop dat we dat behouden. *‘Wat daarvan ook zij’*: voor nu dank ik je voor de goede zorgen, die niet alleen mij persoonlijk, maar ook het proefschrift zeer ten goede zijn gekomen.

Een groot woord van dank richt ik voorts aan de leden van de promotiecommissie, voor de bereidheid om in de commissie zitting te nemen en mijn manuscript te beoordelen. Ik dank jullie voor de tijd die jullie daar – nota bene aan de start van het academisch jaar! – in hebben gestoken. Dat waardeer ik enorm.

Lieve collega's in Tilburg, wat heb ik genoten van mijn tijd met jullie. Ik dank jullie voor alle gezelligheid, steun, betrokkenheid, wijze woorden en soms ook de prettige afleiding van het ‘p-woord’. In de laatste fase van het promotietraject had ik het genoeg terug te keren naar Nijmegen. Ook mijn lieve Nijmeegse collega's dank ik heel hartelijk voor alle gezelligheid, betrokkenheid en steun. In het bijzonder dank ik Femke en Leonard, voor de ruimte die jullie mij hebben gegeven voor het afronden van mijn proefschrift, en de mooie gesprekken die we over dit onderwerp hebben gevoerd en die mijn denken hierover verder hebben gebracht.

Lieve familie en vrienden, dat jullie het zes jaar lang hebben opgebracht te luisteren naar mijn – vaak toch wat abstracte – updates over mijn onderzoek, verdient een groot compliment. Bedankt voor jullie onuitputbare interesse, eindeloze geduld en begrip op de momenten waarop ik het proefschrift voorrang heb moeten geven. Bovenal dank ik jullie voor alle steun, vriendschap en liefde. Een woord van dank gaat in het bijzonder uit naar mijn lieve vriendinnen en paranimfen, Fleur en Maïke. Ik bof maar dat ik jullie – letterlijk en figuurlijk – aan mijn zijde mag hebben tijdens deze bijzondere gebeurtenis. Tot slot bedank ik mijn moeder, die zichzelf minder eer geeft dan haar toekomst. Gracias por todo lo que me enseñaste, por tu fuerza y tu amor.

INHOUDSOPGAVE

Dankwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 De regulering van werk en de bescherming van werkenden / 1
- 1.2 Een onderzoek naar de betekenis van partijautonomie en ongelijkheidscompensatie bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie / 3
- 1.3 Onderzoeksvragen / 4
- 1.4 Afbakening van het onderzoek / 6
- 1.5 Onderzoeksmethode / 8
- 1.6 (Verdere) beperkingen van het onderzoek / 9

HOOFDSTUK 2

Partijautonomie en ongelijkheidscompensatie / 11

- 2.1 Inleiding / 11
- 2.2 Contractsvrijheid en partijautonomie / 12
 - 2.2.1 De betekenis van de beginselen contractsvrijheid en partijautonomie / 13
 - 2.2.2 De verhouding tussen de beginselen contractsvrijheid en partijautonomie / 16
- 2.3 Bescherming en ongelijkheidscompensatie / 17
 - 2.3.1 De betekenis van de beginselen bescherming en ongelijkheidscompensatie / 17
 - 2.3.2 De verhouding tussen de beginselen bescherming en ongelijkheidscompensatie / 21
- 2.4 Contractsvrijheid en partijautonomie versus bescherming en ongelijkheidscompensatie in het kader van de kwalificatievraag / 22
- 2.5 Partijautonomie en ongelijkheidscompensatie: beschouwing / 26

HOOFDSTUK 3

De ontwikkeling van het wettelijk kader / 29

- 3.1 Inleiding / 29
- 3.2 Het eerste Burgerlijk Wetboek / 29
- 3.3 De Wet op de Arbeidsovereenkomst / 31
 - 3.3.1 De Wet op de Arbeidsovereenkomst: bescherming van de werknemer als 'economisch zwakkere' contractspartij / 32

- 3.3.2 De arbeidsovereenkomst, overeenkomst van aanneming van werk, en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten / 37
 - 3.3.2.1 De arbeidsovereenkomst (artikel 7A:1637a BW) / 38
 - 3.3.2.2 De overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7A:1637b BW) / 40
 - 3.3.2.3 De overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten (artikel 7A:1637) / 41
 - 3.3.2.4 Overige bepalingen rondom de kwalificatievraag / 42
- 3.4 Het Nieuwe Burgerlijk Wetboek / 42
 - 3.4.1 De ontwikkeling van het wettelijk kader inzake de kwalificatievraag in het NBW / 42
 - 3.4.2 De arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk, en de overeenkomst van opdracht / 43
 - 3.4.2.1 De arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) / 45
 - 3.4.2.2 De overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW) / 46
 - 3.4.2.3 De overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) / 48
 - 3.4.2.4 Overige bepalingen rondom de kwalificatievraag / 52
- 3.5 De ontwikkeling van het wettelijk kader inzake de kwalificatie van de arbeidsrelatie: beschouwing / 53

HOOFDSTUK 4

Het wettelijk kader ontleed / 59

- 4.1 Inleiding / 59
- 4.2 De arbeidsovereenkomst / 59
 - 4.2.1 Arbeid / 60
 - 4.2.1.1 Productieve arbeidsprestatie / 60
 - 4.2.1.2 Het persoonlijk verrichten van arbeid / 63
 - 4.2.2 Loon / 67
 - 4.2.3 Gezag / 69
 - 4.2.4 Het element 'gedurende een zekere tijd' / 75
- 4.3 De overeenkomst van aanneming van werk / 76
 - 4.3.1 Werk van stoffelijke aard / 76
 - 4.3.2 Prijs in geld / 77
 - 4.3.3 Geen gezag / 77
- 4.4 De overeenkomst van opdracht / 78
 - 4.4.1 Werkzaamheden / 78
 - 4.4.2 Loon / 80
 - 4.4.3 Geen gezag / 80
- 4.5 De arbeidsovereenkomst, overeenkomst van aanneming van werk en overeenkomst van opdracht: beschouwing / 82

HOOFDSTUK 5

De kwalificatie van de arbeidsrelatie in de rechtspraak van de Hoge Raad / 87

- 5.1 Inleiding / 87
- 5.2 Groen/Schoevers (1997) en X/Gemeente Amsterdam (2020) / 88
- 5.3 De 'tweefasentoets' / 92

- 5.4 Een zoektocht naar de werkelijke partijbedoeling / 94
- 5.4.1 De partijbedoeling en de feitelijke uitvoering tot X/Gemeente Amsterdam / 95
- 5.4.2 De partijbedoeling en de feitelijke uitvoering na X/Gemeente Amsterdam / 100
- 5.4.2.1 De rol van de op de kwalificatie gerichte partijbedoeling / 101
- 5.4.2.2 De rol van de partijbedoeling in brede zin / 106
- 5.5 De maatschappelijke positie van partijen / 109
- 5.5.1 De maatschappelijke positie van partijen tot X/Gemeente Amsterdam / 109
- 5.5.2 De maatschappelijke positie van partijen na X/Gemeente Amsterdam / 111
- 5.6 De 'holistische benadering' / 113
- 5.6.1 De ontwikkeling van het begrip 'holistische benadering' / 113
- 5.6.2 De 'holistische benadering' na X/Gemeente Amsterdam / 116
- 5.7 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in de rechtspraak van de Hoge Raad: beschouwing / 118

HOOFDSTUK 6

De kwalificatie van de arbeidsrelatie in de lagere rechtspraak / 121

- 6.1 Inleiding / 121
- 6.2 Methode / 122
- 6.3 Overzicht kwantitatieve gegevens / 124
- 6.4 Kwalitatieve analyse / 125
- 6.4.1 Partijautonomie / 126
- 6.4.2 Ongelijkheidscompensatie / 132
- 6.4.3 De rol van de op de kwalificatie gerichte partijbedoeling / 144
- 6.5 'The proof is in the pudding' / 151
- 6.5.1 De tweefasentoets / 151
- 6.5.2 De Haviltex-maatstaf / 153
- 6.5.3 De rol van de (resterende) partijbedoeling / 154
- 6.5.4 Resumé / 157
- 6.6 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in de lagere rechtspraak: beschouwing / 157

HOOFDSTUK 7

De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het socialezekerheidsrecht, fiscaal recht en EU-recht / 161

- 7.1 Inleiding / 161
- 7.2 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het socialezekerheidsrecht en fiscaal recht / 162
- 7.2.1 De privaatrechtelijke dienstbetrekking / 163
- 7.2.1.1 Procedurele en materiële verschillen / 163
- 7.2.1.2 Het begrip 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' nader toegelicht / 167
- 7.2.1.3 Zekerheid vooraf over de kwalificatie van de arbeidsrelatie / 173
- 7.2.2 Uitbreidingen en beperkingen van de personele werkingssfeer / 178
- 7.2.3 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het socialezekerheidsrecht en fiscaal recht: beschouwing / 182
- 7.3 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het EU-recht / 185

- 7.3.1 Het Unierechtelijke werknemersbegrip in het VWEU / 186
- 7.3.1.1 Intermezzo: het Unierechtelijke werknemersbegrip in het licht van het mededingingsrecht / 188
- 7.3.2 Het Unierechtelijke werknemersbegrip in het licht van enkele richtlijnen / 190
- 7.3.3 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het EU-recht: beschouwing / 194
- 7.4 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in het socialezekerheidsrecht, fiscaal recht, en EU-recht: beschouwing / 195

HOOFDSTUK 8

Slotbeschouwing / 197

- 8.1 Inleiding / 197
- 8.2 De beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie / 197
- 8.3 De totstandkoming van het wettelijk kader: welke werkenden zijn ongelijk? / 198
- 8.4 De kwalificatie van de arbeidsrelatie in de rechtspraak / 199
- 8.5 Het toetsingskader in beweging / 200
- 8.6 De beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie bij de kwalificatie van arbeidsrelaties / 203
- 8.7 Een blik vooruit / 204
- 8.8 Tot slot / 209

Samenvatting / 211

Summary / 219

Literatuur / 225

Rechtspraak / 253

HOOFDSTUK 1

Inleiding

‘Er is geen enkele overeenkomst, die zoo diep ingrijpt in den geheelen maatschappelijken toestand van degenen, die de handeling aangaat, als juist de arbeidsovereenkomst, geene enkele, die zoo den ganschen mensch aanpakt en zijn lot bepaalt.’¹

1.1 De regulering van werk en de bescherming van werkenden

De arbeidsovereenkomst wordt in artikel 7:610 BW gedefinieerd als *‘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’*. Deze definitie is sinds de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1909 nagenoeg gelijk gebleven. Hoewel de definitie van de arbeidsovereenkomst zich hiermee houdbaar heeft getoond, is de regulering van arbeid geen rustig bezit. In de afgelopen decennia is meermaals discussie gerezen over de wijze waarop arbeidsrelaties worden gekwalificeerd en de vraag of die wijze van kwalificatie nog wel tot een adequate toedeling van sociaalrechtelijke bescherming leidt. De arbeidsmarkt van nu is immers een andere dan aan het begin van de 20^e eeuw. Het ‘klassieke’ beeld van de afhankelijke werknemer en de onafhankelijke zelfstandige, gaat niet meer altijd op. Aan het begin van deze eeuw stonden Van der Heijden en Noordam in het preadvies *‘De waarde(n) van het sociaal recht’* stil bij een veelvoud aan maatschappelijke ontwikkelingen die aan deze verschuiving hebben bijgedragen, waaronder individualisering, flexibilisering en globalisering.² Stond Nederland destijds nog aan de vooravond van de daadwerkelijke impact van deze trends, zo staan twintig jaar later de negatieve kanten hiervan volop in de schijnwerpers. Flexibele arbeid is naar haar aard onzekerder dan ‘standaard’ arbeid, zodat flexwerkers de kwaliteit van het werk veelal als lager ervaren dan werkenden die ‘standaard’ arbeid verrichten.³ Dit geldt te meer voor de meest recente flexontwikkeling: de platformisering van arbeid en de daarmee gepaard gaande ‘opknipping’ van taken. Platformarbeid kan op papier relatief eenvoudig buiten de kaders van artikel 7:610 BW worden gehouden, nu platformwerkers veelal over een grote mate van vrijheid (lijken te)

1 Bles 1907, Deel I p. 6 (Memorie van Toelichting).

2 Van der Heijden & Noordam 2001. Van der Heijden en Noordam wijzen in het preadvies in totaal op 17 ‘-eringen’: individualisering, flexibilisering, decentralisering, horizontalisering en informalisering, informatisering en computerisering, internationalisering en Europeanisering en globalisering, privatisering en decollectivisering, privétisering, economisering en activering, deregulering en intensivering.

3 WRR 2020 p. 26-27; OESO 2019.

beschikken bij het indelen en uitvoeren van hun werkzaamheden, zodat met name het aantonen van een gezagsverhouding lastig kan zijn.⁴

Een andere flexontwikkeling die zich in (grofweg) de afgelopen twintig jaar heeft voorgedaan, is de toename van het aantal zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp'ers): dit aantal liep op van ca. 634.000 in 2003 tot ruim 1,2 miljoen in 2021.⁵ De lagere regel-, belasting- en premiedruk maken het niet alleen voor werkverschaffers, maar ook voor werkenden aantrekkelijk om buiten de kaders van het sociaal recht te blijven.⁶ Zo genieten partijen meer flexibiliteit, doordat zij nauwelijks belemmerd worden door regelgeving op het gebied van bijvoorbeeld werktijden. Nu de werkverschaffer geen loonheffingen en premies werknemersverzekeringen hoeft in te houden en af te dragen en de zzp'er op zijn beurt fiscale voordelen geniet, is deze zelfstandige werkvorm voor beide partijen ook financieel aantrekkelijk. De keerzijde is dat zzp'ers buiten het regime van artikel 7:610 BW vallen en dus geen aanspraak maken op de sociaalrechtelijke bescherming die werknemers wel genieten. Hoewel dit op zichzelf niet problematisch hoeft te zijn, ligt dit anders wanneer het om zogenoemde 'schijnzelfstandigen' gaat. Ten aanzien van deze groep – die zich overigens moeilijk laat omlijnen – wordt het gebrek aan sociaalrechtelijke bescherming wel degelijk problematisch bevonden. De sociaalrechtelijke bescherming die werknemers genieten is namelijk niet gering: denk aan ontslagbescherming, loondoorbetaling bij ziekte en een minimumaantal betaalde vakantiedagen. Voorts kunnen werknemers aanvullende aanspraken ontlenen aan cao's en pensioenregelingen, en worden zij via de werknemersverzekeringen beschermd tegen de risico's van ziekte en werkloosheid.

Schijnzelfstandigheid is niet alleen op individueel niveau problematisch, maar ook op macroniveau. De inzet van schijnzelfstandigen levert namelijk niet alleen een oneerlijk concurrentievoordeel voor werkverschaffers op, maar heeft ook een drukkende werking op het socialezekerheidsstelsel. De macro-effecten van schijnzelfstandigheid kwamen onder meer aan het licht toen veel ondernemers (en overigens ook werknemers) als gevolg van de coronacrisis hun inkomsten uit arbeid (deels) in rook zagen opgaan. Ter ondersteuning van deze noodlijdende ondernemers zijn er vanaf de aanvang van de coronacrisis verschillende voorzieningen opgetuigd, waaronder de Tijdelijke Overbruggingsregeling Zelfstandig Ondernemers (TOZO), de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) en de Tijdelijke Ondersteuning

4 Eindrapport Commissie Regulering van Werk 2020, p. 24. De positie van platformwerkers kwam ook aan bod in het rapport '*Het betere werk*' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR 2020), waarin onder meer werd gewezen op de onzekerheid die met platformwerk gepaard gaat. Overigens is platformarbeid in de rechtspraak inmiddels meerdere keren gekwalificeerd als arbeid in de zin van art. 7:610 BW. Zo werd na afronding van dit onderzoek geoordeeld dat Uber-chauffeurs als werknemers en Helpling-schoonmakers als uitzendwerknemers hebben te gelden. Zie: Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*) en hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741 (*Helpling*).

5 <https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-arbeidsmarkt/werkenden/flexwerk>. Zie tevens: <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-flexwerk/hoofdcategorieen/ontwikkelingen-flexwerk>. Zzp'ers in beeld (SER, 2010).

6 Zie hierover onder meer: IBO Zelfstandigen zonder personeel 2015, p. 32 e.v.

Noodzakelijke Kosten (TONK).⁷ De kosten voor deze en andere steunmaatregelen lopen inmiddels in de tientallen miljarden euro's.⁸

De hiervoor geschetste problematiek is reeds in diverse onderzoeken aan bod gekomen. Zo werd in het *'Eindrapport IBO Zelfstandigen zonder personeel'* (2015) gesignaleerd dat het huidige toetsingskader niet altijd tot de gewenste bescherming voor werkenden leidt. In het rapport is onder meer geopperd dat de 'afhankelijke zelfstandige' meer bescherming zou behoeven, terwijl de 'onafhankelijke werknemer' juist gebaat zou zijn bij meer keuzevrijheid.⁹ Ook in het rapport van de Commissie Regulering van Werk ('Commissie Borstlap'), *'In wat voor land willen wij werken?'* (2020), is uitvoerig stilgestaan bij de problematiek rondom de afbakening tussen zelfstandig en onzelfstandig werk. De Commissie pleit in dit rapport onder meer voor een overzichtelijk stelsel van contractvormen en een hanteerbare en eigentijdse afbakening tussen werknemers en zelfstandigen.¹⁰ De regulering van arbeid vormt eveneens een belangrijk thema in het in juni 2021 verschenen advies van de Sociaal-Economische Raad ('SER'), getiteld *'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving'*.¹¹ De SER zet in op het (weer) centraal stellen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor structureel werk en het reguleren van flexibel werk. Ook wil de SER het gebruik van schijnconstructies tegengaan en de positie van de echte zelfstandige verbeteren. Daartoe stelt de SER onder meer voor om de fiscale faciliteiten voor zelfstandigen af te bouwen, en zelfstandigen te verplichten een arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten.¹²

1.2 Een onderzoek naar de betekenis van partijautonomie en ongelijkheidscompensatie bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie

Anno 2021 laat de arbeidsmarkt zich kenschetsen als een rijkgeschakeerd palet van werk en werkenden, waarbij labels als 'afhankelijk' en 'onafhankelijk' niet zonder meer gekoppeld zijn aan de kwalificaties 'werknemer' en 'zelfstandige'. De wijze waarop arbeidsrelaties juridisch worden gekwalificeerd is mede daarom al jaren onderwerp van het politieke en wetenschappelijke debat. Terugkerende thema's in dat debat zijn onder meer de invulling van het gezagscriterium uit artikel 7:610 BW en het voor artikel 7:610 BW geldende toetsingskader dat in het arrest *Groen/Schoevers* uit 1997 werd geïntroduceerd.¹³

Eind 2020 kreeg dit debat een nieuwe impuls: in het arrest *X/Gemeente Amsterdam* heeft de Hoge Raad voor het eerst zijn licht laten schijnen op de wijze waarop de kwalificatieformule

7 Voor ondernemers *met* personeel is voorts de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) in het leven geroepen. Zie voor een volledig overzicht van de coronagerelateerde voorzieningen voor ondernemers: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiële-regelingen/overzicht-financiële-regelingen>.

8 Zie voor de aan de steunmaatregelen gerelateerde kosten: <https://www.rekenkamer.nl/onderwerpen/corona/coronarekening>.

9 IBO Zelfstandigen zonder personeel 2015, p. 72.

10 Eindrapport Commissie Regulering van Werk 2020, p. 39 e.v.

11 Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (SER 2021).

12 Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (SER 2021), p. 11-12, zie tevens Stichting van de Arbeid 2020 en het op 31 mei 2021 verschenen 'Sociaal Akkoord 2021', ondertekend door AWV, ONL en VZN.

13 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, tevens NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

uit *Groen/Schoevers* moet worden toegepast.¹⁴ De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat de *kwalificatie* van de overeenkomst moet worden onderscheiden van de (voorafgaande) *uitleg* daarvan, waarbij aan de hand van het *Haviltex*-arrest moet worden bepaald welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Voorts maakte de Hoge Raad duidelijk dat de vraag of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten, geen gewicht in de schaal legt bij de beantwoording van de kwalificatievraag. In feite onderstreept de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam* het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst. Hoewel de arbeidsovereenkomst wetssystematisch tot het privaatrechtelijke domein behoort, dat in beginsel uitgaat van contractsvrijheid en partijautonomie, is het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet afhankelijk van de wil van partijen.¹⁵ In het arbeidsrecht wordt de contractsvrijheid langs verschillende wegen ingeperkt, hetgeen voor een belangrijk deel wordt gerechtvaardigd met een beroep op het beginsel ongelijkheidscompensatie, een van de breedst gedragen grondslagen in het arbeidsrecht. Dit beginsel is gestoeld op de gedachte dat de zwakkere contractspartij moet worden gecompenseerd voor de ongelijke positie die hij ten opzichte van de sterkere contractspartij inneemt. Hierin ligt ook de rechtvaardiging voor het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht: de mogelijkheid om sociaalrechtelijke bescherming (al dan niet onder druk) te kunnen 'wegcontracteren', zou die bescherming immers te zeer uithollen.

Dit onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke en het wetenschappelijke debat omtrent de kwalificatievraag, door in kaart te brengen op welke wijze de beginselen 'partijautonomie' en 'ongelijkheidscompensatie' bij de beantwoording van de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW tot uitdrukking komen. Meer concreet wordt onderzocht wanneer een inbreuk op de partijautonomie met een beroep op het beginsel ongelijkheidscompensatie gerechtvaardigd wordt geacht.

1.3 Onderzoeksvragen

Het onderzoek is vormgegeven aan de hand van een centrale onderzoeksvraag en een zestal deelvragen. De centrale vraag in dit onderzoek luidt:

Op welke wijze komen de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie tot uiting bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het (arbeids)overeenkomstenrecht?

Deze onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

Deelvraag 1 Op welke wijze worden de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie in de literatuur uitgelegd, en welke betekenis wordt in de literatuur aan deze beginselen toegekend bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie?

¹⁴ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*).

¹⁵ In dit verband wordt ook wel gesproken van de 'gerechtigdheidsgedachte', waaruit voortvloeit dat het privaatrecht er ook toe strekt de belangen van de zwakkere contractspartij te beschermen. Zie o.a. Langemeijer 1976, p. 84 e.v. Zie verder: paragraaf 2.2.

- Deelvraag 2* Op welke wijze heeft het wettelijk kader inzake de kwalificatie van de arbeidsrelatie zich ontwikkeld sinds de inwerkingtreding van het eerste Burgerlijk Wetboek uit 1838, en op welke wijze komen de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie daarin tot uitdrukking?
- Deelvraag 3* Op welke wijze wordt het wettelijk kader inzake de kwalificatievraag thans uitgelegd, en op welke wijze komen de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie daarin tot uitdrukking?
- Deelvraag 4* Op welke wijze dient de kwalificatievraag volgens de Hoge Raad te worden beantwoord, en op welke wijze komen de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie daarin tot uitdrukking?
- Deelvraag 5* Op welke wijze wordt de kwalificatievraag in de lagere rechtspraak beantwoord, en op welke wijze komen de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie daarin tot uitdrukking?
- Deelvraag 6* Op welke wijze wordt de kwalificatievraag beantwoord in het sociaalezekerheidsrecht, fiscaal recht en EU-recht, en hoe verhouden die benaderingen zich tot de kwalificatiewijze in het Nederlandse arbeidsrecht?

Langs de lijnen van deze hoofd- en deelvragen krijgt het onderzoek de volgende opbouw. In hoofdstuk 2 wordt eerst uiteengezet op welke wijze de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie in de literatuur worden uitgelegd en welke rol deze beginselen in sociaalrechtelijke context spelen. In de daaropvolgende hoofdstukken wordt onderzocht op welke wijze deze beginselen tot uiting komen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. In hoofdstuk 3 komt eerst de totstandkoming van het wettelijk kader inzake de kwalificatievraag aan bod, waarbij de inwerkingtreding van het eerste Burgerlijk Wetboek uit 1838 als startpunt wordt genomen. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens het huidige wettelijk kader uiteengezet, gevolgd door een uiteenzetting en beschouwing van het in de rechtspraak ontwikkelde toetsingskader in hoofdstuk 5. Mede aan de hand van de bevindingen uit de hoofdstukken 2 tot en met 5, wordt in hoofdstuk 6 onderzocht hoe de kwalificatievraag in de feitenrechtspraak wordt beantwoord. Meer concreet wordt daarbij in kaart gebracht in hoeverre en op welke wijze de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie in de rechtspraak tot uitdrukking komen. In hoofdstuk 7 wordt de materie in breder perspectief geplaatst, door stil te staan bij de beantwoording van de kwalificatievraag in het sociaalezekerheidsrecht, fiscaal recht en EU-recht. In hoofdstuk 8 volgt een slotbeschouwing, waarin aan de hand van de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken een antwoord op de centrale onderzoeksvraag wordt geformuleerd.

1.4 Afbakening van het onderzoek

Omwille van de uitvoerbaarheid is dit onderzoek op diverse manieren afgebakend. De in dat verband gemaakte keuzes worden hieronder per onderwerp nader toegelicht en verantwoord.

De arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk

Hoewel de kwalificatie van arbeidsrelaties in dit onderzoek centraal staat, wordt dit thema niet in volle omvang behandeld. Dit onderzoek beperkt zich tot een analyse van de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk. Met deze afbakening wordt aangesloten bij de structuur en systematiek van de eerste wettelijke regeling rondom de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek van 1909. Daarin werden de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en de (voorloper van de) opdrachtovereenkomst tezamen genoemd in artikel 7A:1637 BW (oud), zodat deze overeenkomsten oorspronkelijk hetzelfde 'moederartikel' kenden. Andere overeenkomsten op basis waarvan arbeid kan worden verricht, waaronder de species van de aannemingsovereenkomst¹⁶ en van de opdrachtovereenkomst¹⁷ blijven derhalve buiten beschouwing.

Partijautonomie en ongelijkheidscompensatie

De kwalificatievraag wordt in dit onderzoek beschouwd in het licht van de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie. Daarmee stelt dit onderzoek twee fundamentele beginselen uit het privaatrecht en het arbeidsrecht centraal. De arbeidsovereenkomst behoort tot het privaatrechtelijke domein, waar in beginsel wordt uitgegaan van de autonomie van partijen. De partijautonomie wordt in arbeidsrechtelijke context sterk ingeperkt, door allerlei regelingen van dwingend recht. Die beperking van de partijautonomie wordt voor een belangrijk deel gerechtvaardigd met een beroep op het beginsel ongelijkheidscompensatie, dat ook wel wordt geduid als het grondbeginsel van het arbeidsrecht. De beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie kennen daarmee beide een fundamenteel karakter, die bovendien beide zien op *partijen*: de autonomie van en de ongelijkheid tussen partijen.¹⁸

De beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie vertonen overigens nauwe verwantschap met de beginselen contractsvrijheid en bescherming, waarmee eveneens wordt uitgedrukt dat partijen in beginsel vrij zijn (al dan niet) met elkaar te contracteren, en dat die vrijheid begrensd kan worden wanneer een van de contractspartijen (veelal: de zwakkere) bescherming behoeft. Toch zijn voornoemde beginselen niet als elkaars

16 Afdeling 2 van Titel 7.12 BW over de overeenkomst van aanneming van werk voorziet in bijzondere regels ten aanzien van de bouw van woningen in opdracht van natuurlijke personen. In dit onderzoek blijft deze bijzondere regeling buiten beschouwing en ligt de focus aldus op de algemene afdeling uit Afdeling 1 van Titel 7.12 BW.

17 De lastgeving (art. 7:414 BW t/m art. 7:424 BW), de bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425 BW t/m art. 7:427 BW), de agentuurovereenkomst (art. 7:428 BW t/m art. 7:445 BW), de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling (art. 7:428 BW t/m art. 7:445 BW) en de reisovereenkomst (Boek 7A BW).

18 Dit ligt bijvoorbeeld anders voor andere doelen en functies die aan het arbeidsrecht worden toegeschreven, zoals ordening en redistributie. Zie verder: paragraaf 2.1.

synoniemen te duiden. In hoofdstuk 2 wordt stilgestaan bij de verschillen en de onderlinge verhouding tussen voornoemde beginselen, en wordt toegelicht waarom is gekozen voor een focus op de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie.

Arbeidsrechtelijk perspectief

Dit onderzoek richt zich hoofdzakelijk op de kwalificatievraag in arbeidsrechtelijke context: dit is immers waar de arbeidsovereenkomst in het wettelijke stelsel is verankerd. Hoewel het arbeidsrechtelijke kader dus zonder meer de kern van dit onderzoek vormt, wordt in dit onderzoek (in hoofdstuk 7) eveneens stilgestaan bij de kwalificatievraag in het socialezekerheidsrecht, fiscaal recht en EU-recht.

Een bevestigend antwoord op de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW leidt immers niet alleen tot insluiting in het arbeidsrechtelijke regime, maar brengt ook socialezekerheids- en fiscaalrechtelijke gevolgen met zich. Zo dicteert het antwoord op de kwalificatievraag in belangrijke mate of werkenden aanspraak kunnen maken op uitkeringen uit hoofde van de werknemersverzekeringen, en of werkverschaffers gehouden zijn loonheffingen in te houden en af te dragen. Hoewel in de hiergenoemde context de arbeidsrechtelijke toetsingswijze in beginsel leidend is, zijn er ook verschillen. Zo kennen het socialezekerheidsrecht en fiscaal recht op dit vlak aanvullende regelingen, die ertoe strekken duidelijkheid en (tot op zekere hoogte) zekerheid te verschaffen over het antwoord op de kwalificatievraag. Nu artikel 7:610 BW daarbij het uitgangspunt blijft, geldt dat de bevindingen ten aanzien van het arbeidsrechtelijke kader tevens implicaties zullen hebben voor de beantwoording van de kwalificatievraag in het socialezekerheidsrecht en fiscaal recht. Voorts wordt zoals gezegd eveneens stilgestaan bij de beantwoording van de kwalificatievraag in het EU-recht. Hoewel het EU-recht niet direct dicteert hoe lidstaten arbeidsrelaties dienen te kwalificeren, is het daar wel degelijk op van invloed. Zo mogen EU-lidstaten onder meer geen belemmeringen opwerpen voor de in het EU-recht verankerde verkeersvrijheden, zodat de regulering van arbeid op nationaal niveau zich met het EU-recht moet verdragen.

De bespreking van de kwalificatievraag in voornoemde contexten strekt ertoe te onderzoeken hoe de bevindingen ten aanzien van het arbeidsrechtelijke kader zich tot deze aanpalende rechtsgebieden verhouden. Gezien de fundamenteel andere uitgangspunten die in het socialezekerheidsrecht, fiscaal recht en EU-recht gelden, vindt de behandeling van deze onderdelen niet plaats aan de hand van de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie. De bespreking van de kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst in de genoemde rechtsgebieden heeft immers enkel tot doel het onderzoek in context en perspectief te plaatsen, en zal derhalve niet verder strekken dan voor dat doel noodzakelijk is.

Temporele afbakening

Dit onderzoek kent voorts een aantal temporele afbakeningen. In het derde hoofdstuk van dit onderzoek wordt in kaart gebracht op welke wijze het wettelijk kader inzake de kwalificatievraag tot ontwikkeling is gekomen. Daarbij wordt het eerste Burgerlijk Wetboek van 1838 als startpunt genomen, zodat de regulering van arbeid in de periode daarvoor niet aan bod zal komen. De bespreking van de kwalificatievraag in de rechtspraak van de Hoge Raad in hoofdstuk 5 en de feitenrechtspraak in hoofdstuk 6, beperkt zich tot de periode

na 1997, het jaar waarin het arrest *Groen/Schoevers* werd gewezen.¹⁹ Hoewel voor het resterende deel van het onderzoek geen strikte temporele afbakening wordt gehandhaafd, geldt ook daar dat de focus veelal op de periode na 1997 ligt.

1.5 Onderzoeksmethode

De onder 1.3 geformuleerde hoofd- en deelvragen worden grotendeels beantwoord aan de hand van literatuur en de wet(s)geschiedenis, zodat dit onderzoek hoofdzakelijk juridisch-dogmatisch van aard is. De vijfde en zesde deelvraag worden (mede) beantwoord aan de hand van jurisprudentieonderzoek, zodat dit onderzoek tevens een empirisch element kent. Hierna volgt een toelichting op de gebruikte bronnen en de eventuele daaraan verbonden beperkingen.

Literatuur

Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van literatuur in de breedste zin des woords, zodat niet alleen gebruik is gemaakt van wetenschappelijke literatuur, maar ook van onderzoeken van beleidsmatige aard ('grijze literatuur'). Publicaties waarin de kwalificatievraag centraal stond zijn voor dit onderzoek van bijzonder belang, nu dit onderzoek voor een belangrijk deel op die publicaties voortbouwt. Ten eerste de dissertatie van Koopmans uit 1962 (*'De begrippen werkmán, arbeider en werknemer'*), waarin Koopmans uitvoerig stilstaat bij *'de begripsomschrijvingen waaraan de toepasselijkheid van het arbeidsrecht naar de kant van de arbeidende mens is vastgeknoopt'*.²⁰ Een andere relevante publicatie is de dissertatie van Boot uit 2004 (*'Arbeidsrechtelijke bescherming'*), waarin onder meer (de totstandkomings)geschiedenis van de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, en de materieelrechtelijke positie van werkenden wordt behandeld.²¹ Voorts is ook de dissertatie van Aerts uit 2007 voor dit onderzoek van belang (*'De zelfstandige in het sociaal recht: de verhouding tussen juridische status en sociaal-economische positie'*).²² In deze dissertatie wordt de materie niet alleen dogmatisch behandeld, maar wordt de problematiek aan de hand van diepte-interviews tevens vanuit een sociologische invalshoek beschouwd. Een andere dissertatie die voor dit onderzoek in het bijzonder van belang is, is de dissertatie van Van der Wiel-Rammeloo uit 2008 (*'De dienstbetrekking in drievoud'*), waarin zij de beantwoording van de kwalificatievraag in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht behandelt.²³ Tot slot wordt gewezen op de dissertatie van Coehorst uit 1977 (*'De opdracht (overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en lastgeving)'*)²⁴ en de dissertatie van Bruggeman uit 2010, (*'De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief'*).²⁵ De genoemde onderzoeken bieden ieder op eigen wijze relevante inzichten voor dit onderzoek. Dit onderzoek vormt een actualisatie van en een aanvulling op de hiervoor geschetste *existing body of knowledge*.

¹⁹ Zie voor een bespreking van de kwalificatierechtspraak tot 1997: Jansen & Loonstra 1997.

²⁰ Koopmans 1962.

²¹ Boot 2004.

²² Aerts 2007.

²³ Van der Wiel-Rammeloo 2008.

²⁴ Coehorst 1977.

²⁵ Bruggeman 2010.

Wetsgeschiedenis

Voor de beantwoording van de tweede deelvraag wordt aan de hand van parlementaire stukken in kaart gebracht vanuit welke achtergronden en bedoelingen het wettelijk kader tot ontwikkeling is gekomen. Daarbij wordt op voorhand opgemerkt dat deze wetshistorische interpretatiemethode een aantal belangrijke beperkingen kent. Zo bevatten parlementaire stukken de (veelal uiteenlopende) visies van verschillende politieke partijen, die niet zonder meer met elkaar overeenstemmen. In de literatuur is de wetsgeschiedenis daarom ook wel aangeduid als ‘*een grabbelton (...) die voor elk wat wils biedt*’.²⁶ Bij de interpretatie van de geraadpleegde parlementaire stukken zal dan ook de nodige terughoudendheid worden betracht.²⁷

Jurisprudentie

Hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 zijn beide gericht op de kwalificatievraag in de arbeidsrechtelijke rechtspraak. In hoofdstuk 5 wordt stilgestaan bij de wijze waarop het toetsingskader in de rechtspraak van de Hoge Raad tot ontwikkeling is gekomen. Daarbij wordt uitsluitend stilgestaan bij arresten waarin de Hoge Raad zich inhoudelijk heeft uitgelaten over de te hanteren *toetsingswijze* bij de beantwoording van de kwalificatievraag. Uitspraken waarin enkel werd stilgestaan bij de uitleg van een (of meerdere) van de elementen van artikel 7:610 BW, blijven in dat hoofdstuk derhalve buiten beschouwing.²⁸ In hoofdstuk 6 wordt vervolgens in kaart gebracht op welke wijze de kwalificatievraag in de feitenrechtspraak wordt beantwoord en hoe de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie in die beantwoording terugkomen. Een en ander is onderzocht aan de hand van 242 uitspraken van rechters in eerste en tweede aanleg waarin de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW centraal stond. Het gaat daarbij om uitspraken gewezen na het arrest *Groen/Schoevers* uit 1997 en tot het arrest *X/Gemeente Amsterdam* in 2020. Tevens wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de na *X/Gemeente Amsterdam* gepubliceerde kwalificatierechtspraak (op het moment van afronden van dit onderzoek: 26 uitspraken). Voor een nadere toelichting op de daartoe gehanteerde verzamel- en onderzoeksmethode en de daaraan verbonden beperkingen, wordt verwezen naar hoofdstuk 6. Waar voor het overige – dus: buiten hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 – in dit onderzoek naar rechtspraak is verwezen, geldt dat daar geen systematische verzamelwijze aan vooraf is gegaan. Deze verwijzingen zijn dan ook louter illustratief van aard.

1.6 (Verdere) beperkingen van het onderzoek

Dit onderzoek behandelt een fundamenteel thema, dat naast juridische aspecten onder meer ook economische, sociologische en politieke aspecten kent. Deze niet-juridische aspecten blijven in dit onderzoek buiten beschouwing. Voorts bevat dit onderzoek geen rechtsvergelijkende component. Tot slot wordt opgemerkt dat dit onderzoek in een (grotendeels) theoretische bespreking van een praktisch vraagstuk voorziet. Dat de praktijk weerbarstiger is, gaat niet aan mij voorbij. Hoewel dit onderzoek ook voor praktijk- en beleidsjuristen bruikbaar kan zijn, kan dit onderzoek niet voorzien in ‘de oplossing’ voor

²⁶ Fleuren 2009.

²⁷ Zie hierover (in sociaalrechtelijke context): Bennaars, Diepenbach & Jovović 2017, TvO 2017/3.

²⁸ Waar nodig wordt in hoofdstuk 4 – waarin het wettelijk kader uiteengezet wordt – wel stilgestaan bij arresten van de Hoge Raad die inzicht bieden in de uitleg van de criteria van art. 7:610 BW.

de problematiek die rondom de kwalificatie van arbeidsrelaties speelt.²⁹ Dit is ook niet het doel van dit onderzoek. Niettemin hoop ik met dit onderzoek een zinvolle bijdrage te kunnen leveren aan het debat over de kwalificatievraag, nu en in de toekomst. Mijn verwachting is dat dit debat nog wel even voortduurt.

Het onderzoek is afgesloten op **1 september 2021**. Rechtspraak en literatuur van na die datum is beperkt en enkel voor zover relevant verwerkt.

29 Dit onderzoek strekt er dan ook niet toe aanbevelingen te formuleren voor nieuwe criteria van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW. Hoewel dit zonder meer een belangwekkend onderzoeksdoel was geweest, gaat dit de perken van dit onderzoek te buiten. Het formuleren van nieuwe kwalificatiecriteria vereist breder en multidisciplinair onderzoek naar de vele aspecten die de kwalificatieproblematiek raken. Dit onderzoek beschouwt de problematiek uitsluitend vanuit juridisch perspectief, in het licht van de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie. Binnen deze afbakening zouden aanbevelingen ten aanzien van de kwalificatiecriteria onvoldoende gefundeerd zijn, zodat er bewust voor is gekozen om geen aanbevelingen van die strekking te formuleren.