

Uitleg en kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst: 'als u begrijpt wat ik bedoel'

Prof. mr. dr. A.R. Houweling, prof. mr. C.J. Loonstra

Inleiding

Op 6 november 2020 wees de Hoge Raad arrest in de zaak *X/Gemeente Amsterdam*.¹ Centraal stond daarin de vraag of en op welke wijze de 'bedoeling van partijen' een rol speelt bij de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW. De Hoge Raad is hierover duidelijk: 'Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.' Die partijbedoeling is, aldus de Hoge Raad, wel relevant, namelijk voor de vaststelling welke rechten en plichten partijen precies zijn overeengekomen. Het Haviltex-criterium fungeert daarbij als leidend principe. In het licht van zijn in december 2019 gewezen *Inscharings*-arrest² is het oordeel van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam* op zichzelf geen verrassende overweging. Toch heeft het arrest de nodige pennen in beweging gebracht.³ Een belangrijke oorzaak van alle aandacht voor deze uitspraak is de op 17 juli 2020 gepubliceerde en zeer uitgebreide conclusie van A-G De Bock.⁴ De Bock pleitte in die conclusie voor (1) (meer) aansluiting bij het Europese werknemersbegrip, (2) een nieuw criterium voor de gezagsverhouding (te weten: 'inbedding in de organisatie'), (3) het loslaten van de 'persoonlijke verplichting' arbeid te verrichten (om zo met name platformwerkers en werkers in sectoren waar de persoon van de werker er niet toe doet meer te beschermen), (4) afscheid van de holistische weg en (5) een herijking (of beter een herwaardering) van het arrest *Groen/Schoevers* wat de partijbedoeling betreft. Hoewel de conclusie van de A-G uitnodigt tot allerlei bespiegelingen over 'hoe verder met artikel 7:610 BW', staan wij in dit artikel met name stil bij de volgende vragen:

1. Legt de Hoge Raad in zijn 610-rechtspraak een consistente 'partijbedoelingstoets' aan bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst?
2. Leidt de benadering van de Hoge Raad gelet op het arrest uit 2020 tot een wezenlijke koerswijziging ten aanzien van de kwalificatietoetsing?
3. Past Haviltex wel als maatstaf voor dynamische rechtsverhoudingen en is er nog ruimte voor een holistische weg van omstandigheden bij de kwalificatievraag?
4. Speelt de aard van de rechtsbetrekking in 610-oordelen (zoals vanaf 1997 in rechtspraak en literatuur aangenomen) na het arrest uit 2020 nog een rol van betekenis?

Om deze vragen te beantwoorden schetsen we eerst de feiten en het oordeel van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam* (par. 2). In par. 3 bespreken we het arrest *Groen/Schoevers* en analyseren de kwalificatiearresten van de Hoge Raad tussen 1997 en 2020. In par. 4 wordt de impact van het arrest op de kwalificatietoets geanalyseerd en een beschouwing gegeven over Haviltex en de holistische weg. In par. 5 staan we kort stil bij de 'aard van de rechtsbetrekking'. We sluiten het artikel af met een conclusie (par. 6).

> Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)

2021 / 5 (Oktober) 1

2009 werkloos en ontvangt vanaf 2012 een IOAW-uitkering. In april 2014 is zij via het Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren zogenoemde 'plaatsingswerkzaamheden' gaan verrichten voor de duur van zes maanden als servicedeskmedewerker bij de gemeente Amsterdam. De plaatsing is met nog eens zes maanden verlengd. Zij kreeg niet betaald voor de werkzaamheden, maar behield haar IOAW-uitkering. Daarnaast ontving zij een zogenoemde 'stimuleringspremie' omdat zij voldoende had meegewerkt aan het participatietraject (een bedrag van € 231,20 voor periode I en € 233,90 voor periode II). Volgens de uitkeringsgerechtigde is zij al die tijd werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst en heeft zij recht op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon met toebehoren als bedoeld in artikel 7:617 BW. De kantonrechter en het hof hebben de vorderingen afgewezen. Het hof heeft daarbij – onder meer – 'grote betekenis toegekend' aan de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de WWB en Participatiewet alsook de bedoeling van partijen om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. Bovendien ontbrak het element 'loon', nu de IOAW-uitkering inclusief de stimuleringspremie niet als tegenprestatie ter zake van de bedongen arbeid kon worden gezien.

X/Gemeente Amsterdam: oordeel Hoge Raad

In cassatie klaagt de uitkeringsgerechtigde over een flink aantal onderdelen van het arrest van het hof. Wij beperken ons tot de klacht die ziet op de partijbedoeling. De Hoge Raad oordeelt daarover als volgt.

'3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst 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. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie).

3.2.4 Uit het hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3 overwogene volgt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof voor de kwalificatie van de overeenkomst mede van belang heeft geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De klacht is in zoverre gegrond. Dit kan echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers ook beoordeeld of uit de door partijen overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen volgt dat de tussen

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

Kort en goed legt de Hoge Raad uit dat twee vragen moeten worden onderscheiden. Eerst moet op basis van het Haviltex-criterium worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen over en weer zijn aangegaan. Daarbij speelt de partijbedoeling vanzelfsprekend een (belangrijke) rol. Als eenmaal die rechten en verplichtingen zijn vastgesteld, dient de rechter te beoordelen of en zo ja aan welke (on)benoemde overeenkomst, deze rechten en plichten voldoen. Bij deze kwalificatiefase doet het oogmerk (de bedoeling) van partijen niet ter zake.⁵

Oftewel, de vraag 'hebben partijen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht beoogd?' is rechtens ter beantwoording van de kwalificatievraag niet relevant. De vraag of partijen beoogden een beloning overeen te komen voor de geleverde arbeid dan wel beoogden in volledige vrijheid of juist onder leiding en toezicht van de wederpartij arbeid te verrichten, is een rechtens relevante 'uitlegvraag'.⁶

We doen het al 23 jaar goed *fout*

Groen/Schoevers: waar ging het eigenlijk om?

Hoe verhoudt *X/Gemeente Amsterdam* zich tot *Groen/Schoevers*? Voor het antwoord op die vraag moeten we terug naar het vonnis in hoger beroep van de rechtbank Groningen dat ten grondslag lag aan het oordeel van de Hoge Raad in zijn arrest van 14 november 1997.⁷ De rechtbank overwoog in haar vonnis in r.o. 7:

'Vast staat dat tussen partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, zoals – gelijk Schoevers onweersproken heeft gesteld – gebruikelijk, is opgemaakt. Of niettemin sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin der wet zal daarom aan de hand van de gestelde en gebleken feiten en/of omstandigheden moeten worden beoordeeld. De rechtbank zal daarbij *doorslaggevende betekenis toekennen aan de vraag of partijen de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd.*' [cursivering ARH/CJL]

In cassatie klaagt Groen dat:

'de Rechtbank aldus ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst, een kwestie van uitleg waarbij de partijbedoeling een prominente rol speelt, en anderzijds de kwalificatie van het overeengekomene, waarbij de bedoeling van partijen geen, althans geen doorslaggevende, rol speelt.'⁸

De advocaat-generaal (C.L. de Vries Lentsch-Kostense) concludeerde dat het cassatieberoep faalde.

'Uit de bestreden overwegingen van de Rechtbank blijkt geenszins dat de Rechtbank niet ervan is uitgegaan dat aan de hand van objectieve criteria, waaronder met name het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding, moet worden beoordeeld of een tussen twee partijen gesloten overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Dat de Rechtbank in haar gewraakte rechtsoverweging 7 vooropstelt dat zij aan de partijbedoeling doorslaggevende betekenis zal toekennen, kan worden verklaard door de omstandigheid dat de rechtsstrijd in casu ook betrof de vraag tussen welke partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, tussen Schoevers en Groen dan wel tussen Schoevers en de vennootschap (vertegenwoordigd door

> Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)

2021 / 5 (Oktober) 1

betrekking toekeken aan de bedoeling van partijen gereduceerd aan de omstandigheden betaling vaststaande feiten.'

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat uit de bedoeling van partijen duidelijk bleek dat er een overeenkomst tussen Groen Belastingadviseurs C.V. (en niet Groen in persoon) en Schoevers B.V. tot stand was gekomen. In r.o. 9 besliste de rechtbank dat uit de vaststaande feiten blijkt dat geen sprake was van loon in de zin van een door Groen als werknemer uit hoofde van een tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst bedongen tegenprestatie en dat uit het handelen van partijen kan worden afgeleid dat zij een dergelijke beloning op grond van een arbeidsovereenkomst ook niet hebben beoogd. Die vaststaande feiten waren:

1. de vennootschap Groen Belastingadviseurs verstuurde maandelijks facturen met btw;
2. door Schoevers werden geen premies sociale zekerheid met betrekking tot Groen ingehouden;
3. Schoevers paste op Groen niet de Arbeidsvoorwaardenregeling van Schoevers toe;
4. Schoevers droeg ook jegens Groen, anders dan bij de reguliere werknemers, niet bij in de ziektekostenverzekering, pensioenregeling en aanvullende betalingen;
5. zij betaalde aan Groen evenmin vakantiebijslag en loon tijdens ziekte, terwijl
6. Groen nooit tegen deze gang van zaken heeft geprotesteerd.

De rechtbank voegt daaraan nog toe dat de overeengekomen wijze van betaling tot stand was gekomen op initiatief van Groen, terwijl – naar vaste jurisprudentie – een werkgever het recht ontbeert om achteraf niet ingehouden loonbelasting en socialeverzekeringspremies alsnog op de werknemer te verhalen.

Kortom, de rechtbank oordeelde dat op basis van hetgeen partijen waren overeengekomen (de Haviltex-fase), het element 'loon' ontbrak en er derhalve geen sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst (de kwalificatiefase). Het loon ontbrak omdat was afgesproken dat Schoevers aan de vennootschap van Groen betaalde en dat die betaling niet aan Groen in persoon werd gedaan. De omstandigheden zoals hierboven genoemd, bevestigden die afspraak.

Groen/Schoevers: oordeel Hoge Raad

Maar wat oordeelde de Hoge Raad ook alweer? R.o. 3.4 uit *Groen/Schoevers* luidt als volgt:

'De Rechtbank heeft blijkens rov. 6 van haar vonnis als de centrale vraag in deze zaak beschouwd of tussen partijen een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1637a (oud) BW heeft bestaan.

De Rechtbank heeft, nu – anders dan bij Schoevers bij het sluiten van arbeidsovereenkomsten gebruikelijk – geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is opgemaakt, deze vraag beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, *waarbij zij doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd*. Hiermee heeft de Rechtbank kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun 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.

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**
 2021 / 5 (Oktober) 1

Veel auteurs hebben uit deze rechtsoverweging afgeleid dat de partijen een zekere autonomie hebben om te kiezen voor een arbeidsovereenkomst of niet. Heerma van Voss sprak in zijn Asser-deel van 'wat partijen hebben beoogd bij de kwalificatievraag'.⁹ In gelijke zin Van der Grinten¹⁰ en Houweling c.s. in *Arbeidsrechtelijke themata*.¹¹ Verhulp plaatste *Groen/Schoevers* in de algemeen civielrechtelijke trend dat naarmate partijen minder bescherming behoeven er ook minder aanleiding is die bescherming (toch) op te leggen. Binnen de bandbreedte van de 'maatschappelijke positie en feitelijke uitvoering' kunnen partijen hun beschermingsarrangement kiezen.

'Om (te) kort te gaan: als de opdrachtgever geen arbeidsovereenkomst heeft willen sluiten, en de opdrachtnemer weet welke gevolgen dat heeft, kan dat, hoewel de wijze waarop aan de overeenkomst inhoud is gegeven ook voldoet aan de elementen van een arbeidsovereenkomst, tot de conclusie leiden dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is.', aldus Verhulp.¹²

Er was ook van meet af aan kritiek op deze 'vrijwilbenadering' van de Hoge Raad. Zou de centrale positie van de partijbedoeling bij nota bene de kwalificatievraag geen uitholling van de arbeidsrechtelijke bescherming opleveren?¹³ Verhulp heeft zich later bij dit kritische kamp aangesloten en in de zojuist geciteerde rechtsoverweging de juiste uitleg van de Hoge Raad gevonden. Het gaat er immers niet om welke kwalificatie partijen aan hun overeenkomst geven, maar hoe de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen moeten worden geduid.¹⁴ Ook in *Groen/Schoevers* treffen we de twee-fasen-leer aan (uitleg overeenkomst – kwalificatie overeenkomst): 'Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.' Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat mede vanwege de ongebruikelijke beloningsvorm (facturen + btw), het oordeel van de rechtbank dat geen loon in de zin van artikel 7:610 BW tot stand was gekomen niet onjuist is.¹⁵ Kennelijk hadden partijen gewoon niet beoogd af te spreken dat er tegenover de arbeidsprestatie van Groen een loonverplichting jegens Groen ontstond (maar wel jegens de vennootschap).

Analyse rechtspraak Hoge Raad tussen 1997-2020

In de uitspraak van 6 november 2020 overweegt de Hoge Raad: 'Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* *wel is afgeleid*, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.' [cursivering ARH/CJL] Deze overweging komt toch een beetje over als: 'U heeft eigenlijk al 23 jaar niet goed naar mij geluisterd. Ik leg het nog een keertje uit.'

Bij communicatie gaat het om zenden en ontvangen. De ontvanger kan de boodschap niet goed hebben verstaan, omdat hij niet goed luistert of omdat de boodschap 'slecht' is verzonden. Het is niet zo dat tussen 1997 en 2020 nooit meer een kwalificatievraag aan de Hoge Raad is voorgelegd. Integendeel, (de civiele kamer van) de Hoge Raad heeft in zeven verschillende arresten diverse malen gelegenheid gehad *Groen/Schoevers* te 'herijken'. Deze zeven uitspraken worden in arbeidsrechtelijke kringen vaak aangevuld met een tweetal arresten van de fiscale kamer van de Hoge Raad.¹⁶ Deze kamer is in hoogste instantie bevoegd over een aantal kwesties in het socialezekerheidsrecht te oordelen, waaronder het personele bereik: uitleg van de civielrechtelijke dienstbetrekking. Oftewel, de toetsing aan artikel 7:610 BW.¹⁷

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

arresten (72%) betrok de Hoge Raad de partijbedoeling in de kwalificatiefase. In een van de negen uitspraken (14%) werd *Groen/Schoevers* herhaald zonder nadere toelichting.²⁰ In een uitspraak (14%), *Van der Male/Den Hoedt*, werd – kennelijk zoals het hoort – de partijbedoeling uitdrukkelijk (en uitsluitend) betrokken in de uitlegfase.²¹ Uiteraard trekt de dominante groep van vijf arresten onze aandacht. Reden waarom we die hieronder nader toelichten.

Als eerste kan worden genoemd *Diosynth*.²² In de kern kwam die zaak neer op de vraag of de partijbedoeling relevant is als uit de feitelijke uitvoering blijkt dat (mogelijk) sprake is van een arbeidsovereenkomst. In r.o. 3.5 overweegt de Hoge Raad:

‘Indien de rechtbank met haar overweging dat “door [verweerster] (...) gemotiveerd (is) betwist dat zij heeft beoogd een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten” heeft bedoeld dat deze enkele betwisting meebrengt dat de partijbedoeling niet ter zake dienend is voor de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst, zodat het door Diosynth aangeboden bewijs niet tot beslissing van de zaak kan leiden, heeft zij van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. *Wanneer immers beide partijen, zoals Diosynth in hoger beroep gemotiveerd heeft gesteld, bij het aangaan van de tussen hen gesloten acquisitie-overeenkomst hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, is dat van belang – zij het niet zonder meer beslissend – voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.*’ [cursivering ARH/CJL]

Deze overweging is moeilijk anders uit te leggen dan dat de beoogde kwalificatie (overeenkomst van opdracht) van belang is bij de kwalificatievraag van de (arbeids)overeenkomst.

Als tweede arrest kan worden gewezen op *Beurspromovendi*.²³ De rechtbank overwoog (r.o. 7): ‘De rechtbank stelt, voordat zij voormelde vraag beantwoordt, nog voorop dat aan partijen een zekere vrijheid toekomt om hun rechtsverhouding in te richten en dat in die zin rekening moet worden gehouden met de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en met de bedoelingen van partijen (...).’ Bij de Hoge Raad wordt als volgt geklaagd:

‘4.3.2 De klachten van onderdeel 2 en 2.1 komen erop neer dat de rechtbank bij de beantwoording van voormelde vraag in weerwil van die vooropstelling ten onrechte geen rekening heeft gehouden met hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond *en met de kwalificatie die zij zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven.*’ [cursivering ARH/CJL]

De Hoge Raad oordeelt:

‘4.3.3 *Het bestreden vonnis bevat niets dat erop wijst dat de rechtbank, in weerwil van hetgeen zij in rov. 7 van haar vonnis heeft vooropgesteld, uit het oog zou hebben verloren dat bij de beantwoording van meergenoemde vraag betekenis toekomt aan hetgeen partijen bij het sluiten van hun overeenkomst voor ogen stond en aan de benaming die zij aan die overeenkomst hebben gegeven.* De onderdelen 2 en 2.1 treffen derhalve geen doel.’ [cursivering ARH/CJL]

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

‘(...) Overigens behoefde het hof zich niet van zijn oordeel dat tussen [betrokkene 1] en Thuiszorg Rotterdam een arbeidsovereenkomst bestond, te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat vaststaat dat [betrokkene 1] en Thuiszorg Rotterdam geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten, omdat zij de hiervoor in 3.1 onder (i) bedoelde verplichte deelneming van [betrokkene 1] in het PGGM-pensioenfonds niet wensten. Bij de beantwoording van de vraag *of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is immers niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.*’ [cursivering ARH/CJL]

Uit de woorden ‘niet alleen van belang wat partijen voor ogen stond, maar ook...’ wordt dit oordeel eveneens aan de kwalificatiefase van de ‘arbeidsovereenkomst’ gekoppeld.²⁵

In *B/Notarissen*²⁶ vangt de Hoge Raad aan met de *Groen/Schoevers*-formule (r.o. 3.3.3). In r.o. 3.4.3 vervolgt hij met:

‘Voor zover het middel betoogt dat de aard en de wettelijke regeling van het ambt van notaris geen andere conclusie toelaten dan dat de wil van partijen niet was gericht op het sluiten van arbeidsovereenkomsten, faalt het eveneens. Uit het hiervoor in 3.3.3 overwogene volgt *dat geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig ook die welke eerst blijken bij de uitvoering van de overeenkomst.*’ [cursivering ARH/CJL]

Het feit dat wordt gesproken van ‘geen doorslaggevende betekenis’ betekent dat kennelijk wel ‘enige betekenis’ aan de ‘wil van partijen’ bij de kwalificatie toekwam. Ten slotte kan worden gewezen op het *Logidex*-arrest uit 2015.²⁷ In die zaak ging het over de vraag of een stagiair werkzaam was op basis van een stageovereenkomst of een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad wijst erop dat het antwoord afhankelijk is van de bedoeling waarmee de arbeidsinspanning wordt verricht:

‘Bij de hiervoor in 3.3.2 bedoelde toetsing heeft als maatstaf te gelden of de werkzaamheden van de stagiair *naar de bedoeling van partijen* zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair, zulks mede met het oog op de voltooiing van zijn opleiding, dat van een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt voor de andere arbeid te verrichten niet kan worden gesproken.’ [cursivering ARH/CJL]

Het interessante aan met name dit arrest, is dat ‘de bedoeling van partijen’ direct het element arbeid kleurt. Oftewel, de uitleg en kwalificatie zijn hier onlosmakelijk met elkaar verbonden.²⁸

Vatten we de vijf arresten samen, dan kunnen we in ieder geval stellen dat de Hoge Raad zelf ook niet altijd een even scherp onderscheid in uitlegfase en kwalificatiefase hanteerde. Dus of de rechtspraak als ontvanger dit verkeerd heeft afgeleid uit *Groen/Schoevers* komt wellicht mede door wat ‘ruis’ op de lijn van de (af)zender.²⁹

Koerswijziging, semantiek of een olifant?

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**
 2021 / 5 (Oktober) 1

aldus de Hoge Raad in 2020. Betekent dit niet dat we voortaan nog meer aan voorheen de nadruk leggen op 'wat partijen beoogden overeen te komen aan rechten en verplichtingen' *opdat* in de kwalificatiefase er een bepaalde gewenste uitkomst ontstaat? En als het antwoord 'ja' luidt, dan is er in die zin toch niet veel nieuws onder de zon? Althans, de uitkomst is en blijft hetzelfde. In de zaak *X/Gemeente Amsterdam* zien we in r.o. 3.2.4 de zure pyrrusoverwinning van 'X', want hoewel de klacht slaagt, leidt dit niet tot cassatie. Waarom niet? Omdat uit de 'uitlegfase' blijkt dat partijen geen loon zijn overeengekomen (zie ook hierin de gelijkenis met *Groen/Schoevers* waar het eveneens stuk liep op het loon-element):

'De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet (de opvolger van de WWB). Uit de wetsgeschiedenis van de Participatiewet volgt dat de stimuleringspremie is bedoeld als beloning voor de inspanningen die uitkeringsgerechtigden plegen om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Die inspanningen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het volgen van scholing, leerwerktrajecten, taalcursussen, een sollicitatiecursus of het verrichten van arbeid op een participatieplaats. De stimuleringspremie is dus naar de bedoeling van de wetgever niet aan te merken als beloning voor verrichte arbeid. Gelet op het doel van de stimuleringspremie in het algemeen en bij gebreke van omstandigheden die erop wijzen dat in dit geval de stimuleringspremie aan [betrokkene] is betaald als beloning voor haar werkzaamheden, geeft het oordeel van het hof dat de stimuleringspremie die [betrokkene] heeft ontvangen, niet is te beschouwen als loon in de zin van art. 7:610 lid 1 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Wij kunnen ons zelfs voorstellen dat in een procedure als deze de gemeente Amsterdam zou kunnen poneren dat uit alles blijkt dat een uitkeringsgerechtigde geen arbeid verricht in de zin van artikel 7:610 BW. In navolging van het *Logidex*-arrest³⁰ (arbeidsovereenkomst of stageovereenkomst?) kan dan worden betoogd dat het doel van participatiewerk is gelegen in 're-integratie' en niet een bijdrage te leveren aan het primaire doel van de onderneming. Voor het antwoord op de vraag of de partijen arbeid zijn overeengekomen, is volgens de Hoge Raad van belang of de werkzaamheden van – in dat geval – de stagiair *naar de bedoeling van partijen* zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair, zulks mede met het oog op de voltooiing van zijn opleiding, dat van een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt voor de andere arbeid te verrichten niet kan worden gesproken. Daaruit volgt dat het erop aankomt of het verrichten van de werkzaamheden van de stagiair in overwegende mate in het belang is van de opleiding die deze volgt. Bij 'participanten' kan 'naar de bedoeling van partijen' het accent van de werkverrichting liggen op 're-integratie op de arbeidsmarkt' en niet 'bijdrage aan het primaire doel van de onderneming'.

Gaan we iets verder terug in de tijd dan is *Van de Male/Den Hoedt*³¹ een mooi voorbeeld. Hier hebben we toch de 'werkelijke partijbedoeling' nodig om door de arbeidsovereenkomst-alimentatieconstructie heen te prikken? Nee, ook *Van de Male/Den Hoedt* lossen we op in de 'uitlegfase'. De Hoge Raad overwoog immers in r.o. 3.4:

'In dit geval moet ervan worden uitgegaan, zoals het Hof ook heeft vastgesteld, dat partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven in die voege dat [verweerster] werkzaamheden zou gaan verrichten voor [eiseres] en staat eveneens vast dat [verweerster] nimmer

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

met de verpleening tot het vernemen van arbeid en benese zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd [*kwalificatiefase*].' [toevoeging gecursiveerde woorden ARH/CJL]

De uitspraken laten zien dat de partijbedoeling prima in de uitlegfase tot eenzelfde uitkomst kan leiden.

Volgens ons is daarmee eerder sprake van een nuance of noem het zelfs semantiek (bedoeling speelt nog steeds een rol, maar in de 'voorraagfase' (Haviltex)), dan van een wezenlijke koerswijziging.

Haviltex: context en dynamiek

Maar naast deze wellicht wat meer pragmatische analyse, willen we enkele fundamentele kanttekeningen plaatsen.

Twee-fasen-leer

De eerste kanttekening ziet op de 'twee-fasen-leer'. Zoals ook Van Boom opmerkt, is de strikte scheiding tussen uitleg en kwalificatie in de praktijk weerbarstiger en zullen de twee fasen op elkaar in- en doorwerken.³² Immers, ook de kwalificatiefase noopt tot uitleg, namelijk van de wettelijke omschrijving van de bijzondere overeenkomst (zoals de arbeidsovereenkomst). In die zin is de overweging van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam* dan ook wat ongelukkig door uitsluitend te verwijzen naar de toetsing aan de 'wettelijke omschrijving'. Een toetsing aan de 'wettelijke regeling' zou beter zijn geweest. Bij de uitleg van de regeling komt betekenis toe aan de ratio. Kortom, op basis van de ratio (of zoals Van Boom het noemt de 'strekingsregel') moet je de wettelijke omschrijving uitleggen en de geïdentificeerde rechten en plichten (uitlegfase) wegen en beoordelen (de kwalificatiefase).

Keren we terug naar *Groen/Schoevers* dan zou de uitkomst verklaard kunnen worden door mede rekening te houden met 'de persoon' en de 'ratio van de regeling'. Is artikel 7:610 BW niet bedoeld om de afhankelijke werker te beschermen tegen machtsuitoefening van de werkverschaffer? Kwalificeert Groen als een persoon die deze bescherming nodig heeft? Zie hier wellicht het gezichtspunt van de 'maatschappelijke positie van partijen'.

Verdedigbaar is ook dat de wetgever juist bij artikel 7:610 BW een dwingendrechtelijke regeling heeft voorgestaan waaraan een ieder is onderworpen die aan de voorwaarden van de definitie voldoet. Valk omschrijft dit in het preadvies als 'beperkte ruimte voor partijautonomie' bij stringent dwingende wetsbepalingen.³³ Voor de regeling van de arbeidsovereenkomst gaat het om de beschermende werking die het arbeidsrecht biedt.³⁴ Die ratio brengt dan met zich dat er weinig tot geen ruimte is voor nadere uitleg van die regeling. We moeten dan dicht bij de omschrijving blijven.³⁵ Hoewel dat een aantrekkelijke gedachte lijkt, brengt dat juist met zich dat in gevallen die velen als 'arbeidsovereenkomst' (wensen te) bestempelen, we niet tot die conclusie komen als we enkel de wettelijke 'omschrijving' leidend laten zijn. De recente *Deliveroo*-zaken zijn daar een mooi voorbeeld van. Hoewel er vrijheid bestaat wel of niet te komen werken (dus de wettelijke plicht ontbreekt) en de persoonlijke arbeidsverrichting is weggecontracteerd (dus niet voldaan aan arbeid in de zin van artikel 7:610 jo. artikel 7:659 BW) menen velen op basis van de 'ratio van artikel 7:610 BW' dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁶

Een stappenplan in twee fasen helpt, maar is niet zaligmakend. *X/Gemeente Amsterdam* (net als het *Inscharings*- arrest waarop *X/Gemeente Amsterdam* voortbordurt) maakt ons inziens vooral duidelijk dat met de partijbedoeling geen

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

wederzijdse rechten en plichten aangaande overeenkomsten verlenen met artikel 7:610 BW dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Haviltex: statische en dynamische uitleg

Als tweede kanttekening kan de vraag worden gesteld of Haviltex zich wel goed leent voor de uitleg van de rechtsverhouding tussen een werker en een werkverschaffer. In het eerdergenoemde preadvies stipt Valk dit punt aan als hij het 'peilmoment' aan de orde stelt.³⁷ Welk moment bepaalt (of bevriest) de uitlegfase? Haviltex had immers betrekking op de uitleg van een garantiebepaling in een koopovereenkomst. Het betreft dan een eenmalige rechtshandeling, waarover op een later tijdstip discussie ontstaat. Valk erkent ook dat vrijwel altijd de uitleg van slechts één rechtshandeling onderwerp van discussie is. Daarmee komt aan Haviltex een zekere 'statische' betekenis toe. Desondanks is – maar dat zijn, aldus Valk, eerder uitzonderingsgevallen – een dynamische uitleg eveneens denkbaar, zelfs in die zin dat een rechtsrelatie die bij aanvang als A moet worden geduid, bij het verstrijken van de tijd vanwege wederzijdse gedragingen door partijen, als B moet worden uitgelegd. Buiten het arbeidsrecht is het arrest *VDE c.s./Fuchs c.s.* over de vraag of sprake is van een opdrachtovereenkomst of maatschap tussen de verschillende dierenartspraktijken hiervan een voorbeeld.³⁸ Het mag niet verbazen dat Valk ook *Groen/Schoevers* aanhaalt als 'het voorbeeld' van een dynamische uitleg. Geldt niet juist bij een dynamische uitleg dat uitleg en (her)kwalificatie met elkaar interacteren en de weging van alle omstandigheden van aanvang tot moment van geschil van belang zijn om vast te stellen wat de rechtsverhouding precies is.

Holistisch toetsen

Dit brengt ons 'geruisloos' bij de derde kanttekening, de zogenoemde 'holistische weging'. Kunnen we uit *X/Gemeente Amsterdam* afleiden dat de holistische toets verloren is gegaan, omdat de Hoge Raad toch uitdrukkelijk verwijst naar enkel 'de wettelijke omschrijving van' artikel 7:610 BW? Oftewel, is de binaire benadering van de vier elementen doorslaggevend(er)? Wij lezen dat niet in het arrest van 6 november 2020. De vraag waarop antwoord is gegeven had louter betrekking op de rol van de partijbedoeling (zie r.o. 3.2.1). Toegegeven, de standaardoverweging van de Hoge Raad 'dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien', ontbreekt. Maar eigenlijk ontbreekt de gehele standaardoverweging 'hoe een overeenkomst te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst'. In het arrest *B/Notarissen* overwoog de Hoge Raad nog uitdrukkelijk dat van een gescheiden toetsing geen sprake kan en mag zijn.

'3.5.2. Voor de procedure na verwijzing verdient nog het volgende opmerking. Het Hof heeft weliswaar in onderdeel 4.4 van zijn uitspraak als vaststaand aangenomen dat is voldaan aan "twee van de drie voorwaarden voor het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking", maar een dergelijke gescheiden beoordeling van verschillende elementen van een begripsomschrijving verdraagt zich niet met de hiervoor in 3.3.3 gegeven maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst (vgl. HR 11 februari 2011, nr. 09/01062, LJN BO9673, RvdW 2011/249). Het verwijzingshof zal derhalve ook (de aard van) de dienstverrichting en de wijze waarop de beloning voor die dienstverrichting is vormgegeven (nader) in zijn oordeel dienen te betrekken.' (cursivering ARH/CJL)

> Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)

2021 / 5 (Oktober) 1

partijen die mede kijken uit de rechtelijke gedragingen over en weer in de uitvoering van de overeenkomst, mag identificeren welke afspraken partijen zijn overeengekomen. Die holistische weging van de afspraken moet vervolgens getoetst worden aan artikel 7:610 BW. En ja, artikel 7:610 BW is niet holistisch, maar de invulling van de elementen van artikel 7:610 BW wel.

De wijze waarop loon wordt betaald (gefactureerd door of vanuit een onderneming)³⁹ of juist niet betaald (bij ziekte)⁴⁰ geeft inkleuring van de elementen loon respectievelijk gezag. De enkele toetsing of er 'iets van beloning heeft plaatsgevonden' (dus loon) en of de werker zich aan 'een' voorschrift (dus gezag) moet houden, past niet binnen de totaalweging die de Hoge Raad voorstaat.

De Bock is uiterst kritisch over de holistische toetsing. Wij begrijpen haar ingeval de holistische toetsing aldus wordt uitgelegd dat het ontbreken van het element verplichting arbeid te verrichten, kan worden opgevangen door een sterke gezagsverhouding (werkinstructies), waardoor – hoewel niet aan alle elementen voldaan – toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Men zou dit uit *B/Notarissen* kunnen afleiden omdat de Hoge Raad daar spreekt van '*gescheiden beoordeling van verschillende elementen van een begripsomschrijving*', wat toch duidt op een beoordeling van het geheel als meer dan de som der delen. Bedacht moet evenwel worden dat in *B/Notarissen* de inspecteur had geoordeeld dat – nu arbeid en loon niet ter discussie stonden – het gezag volgde uit een ongelijke stemverhouding binnen de AvA. Zo'n geïsoleerde toetsing verhoudt zich niet tot de toetsing van artikel 7:610 BW omdat dit gezagsmoment in het licht van de afwijkende loonbetaling en arbeidsverrichting waarschijnlijk als een 'opdrachtaanwijzing' zou kwalificeren. Kan de holistische weging ook met zich brengen dat aan alle elementen van artikel 7:610 BW is voldaan maar desondanks er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst? Deze laatste consequentie is niet ondenkbaar en volgt uit het *Timeshare*-arrest.⁴¹ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat het mogelijk is dat weliswaar aan alle elementen van een huurovereenkomst is voldaan, maar dat die overeenkomst tóch niet kwalificeert als huurovereenkomst omdat de overeenkomst in zijn geheel bezien te weinig gelijkens met huur vertoont om toepasselijkheid van het wettelijke regiem te rechtvaardigen.⁴² In zekere zin valt deze benadering samen met de 'doel- en strekkingsregel' die, zoals hierboven aangegeven, onder meer door Van Boom is verdedigd.

Een geval dat sterk lijkt op het *Timeshare*-arrest is in het arbeidsrecht *Van Gorkum/LRV*.⁴³ In dat arrest was voldaan aan de elementen van artikel 7:610 BW, maar hadden partijen geen overeenstemming bereikt over het concurrentiebeding. Er werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen omdat partijen geen overeenstemming hadden bereikt over de essentialia. Oftewel, partijen hebben geen overeenkomst gesloten. Het interessante aan de casus was dat wel gedurende enige weken (tussen 8 maart en 15 april 2004) arbeid tegen betaling in een gezagsverhouding was verricht (de wettelijke omschrijving van artikel 7:610 BW). Toch werd hier geen arbeidsovereenkomst aangenomen, omdat de overeenkomst op essentiële onderdelen niet tot stand was gekomen. Daarmee is het – overigens op artikel 81 Wet RO afgedane – arrest vooral een variant op *ABN Amro/Malhi*⁴⁴ (is er wel een overeenkomst tot stand gekomen tussen partijen?) en wijkt het op dat punt af van het *Timeshare*-arrest.⁴⁵

In de arbeidsrechtelijke literatuur en rechtspraak is de holistische weging volgens ons zo uitgelegd en toegepast, dat de totaalweging van vastgestelde feiten kleur geeft aan de elementen van artikel 7:610 BW. Een 'partner' van een kantoor die deelt in de winst, zelf klanten moet werven, een eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering moet

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**
2021 / 5 (Oktober) 1

vrijheid, afwijkende beloningsvorm enz. waarschijnlijk niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Hier werken de feiten die wellicht onder verschillende elementen scharen (beloning en gezag) op elkaar in. Van Boom sprak van de 'duck-test' (If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck). Zondag had het over een Elephant-test (you know it's an elephant when you see one).⁴⁶ Uiteindelijk zullen alle elementen van artikel 7:610 BW aanwezig moeten zijn voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Het ontbreken van een element kan niet worden opgelost door de totaalindruk zwaarder te laten wegen, dan de som der delen.

In de recente *Deliveroo*-zaak (b)lijkt dit wel te zijn gebeurd.⁴⁷ In r.o. 3.7.8 overweegt het hof dat de grote mate van vrijheid wel of niet persoonlijk arbeid te verrichten kan duiden op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, maar dat dit niet van dien aard is dat daarmee de kwalificatie 'arbeidsovereenkomst' onverenigbaar is. Hoewel op zichzelf begrijpelijk (de werker met eenvoudig werk is gemakkelijk vervangbaar en zal vanwege zijn zwakke arbeidspositie geen onderhandelingspositie hebben) lijkt ons dit niet de juiste koers. Ofwel je stelt bij de feitelijke vaststelling (uitlegfase) onder verwijzing naar *Haviltex* dat de maatschappelijke positie van partijen met zich brengt dat dit onderdeel van de overeenkomst niet op deze wijze mag worden uitgelegd (dus er was wel een arbeidsplicht), ofwel je legt de nadruk op de feitelijke uitvoering van de overeenkomst (men deed veel werkzaamheden persoonlijk, ongeacht het ontbreken van de verplichting dit persoonlijk te doen),⁴⁸ ofwel, ten slotte, we nemen het standpunt in dat de wet niet alle gevallen die bescherming behoeven insluit en passen de wet om die reden aan. Onze voorkeur heeft natuurlijk zoveel mogelijk in de feitelijke vaststellingsfase dusdanig uit te leggen dat het gewenste resultaat wordt bereikt. Is dat niet mogelijk – zoals het geval lijkt (wij kennen immers het dossier niet) in de *Deliveroo*-zaak – dan blijft aanpassing van de wet (of bewust niet reguleren) als optie over. Wij hebben begrepen dat inmiddels cassatieberoep tegen het arrest van het hof Amsterdam is ingesteld. De Hoge Raad krijgt daarom binnen afzienbare tijd de kans de kwalificatievraag opnieuw te verduidelijken of bewust over te laten aan de politiek. Gezien het feit dat de commissie-Borstlap op dit onderdeel voorstellen heeft gedaan en platformarbeid vanuit Europa middels een richtlijn geadresseerd lijkt te worden, is het wellicht gepast eventuele oprekking van artikel 7:610 BW aan de wetgever over te laten.⁴⁹

Het *Timeshare*-arrest is interessant omdat daarmee bepaalde 'figuren' buiten de bescherming van artikel 7:610 BW gehouden kunnen worden vanwege het feit dat ze daar niets te zoeken hebben. 'De Groentjes van deze wereld', zouden we kunnen zeggen. Mensen die van twee walletjes proberen te eten en op een zelfbedachte constructie terugkomen omdat het ze beter uitkomt. Toch zijn wij geen voorstander van deze benadering. In veel gevallen is het niet nodig, omdat de uitlegfase in combinatie met de holistische toetsing zoveel ruimte biedt tot de juiste kwalificatie te komen, dat we deze zware correctie niet nodig hebben. Belangrijker nog: de arbeidsovereenkomst is meer dan enkel een benoemde overeenkomst met veel dwingend recht. Aan de arbeidsovereenkomst is een collectief stelsel van verzekeringen, premieafdracht, loonordening en collectief onderhandelen (cao's) gekoppeld, dat het hebben of niet hebben van een arbeidsovereenkomst niet een louter partijbelang is, maar ook een maatschappelijk belang dient. Als dan eenmaal tot een arbeidsovereenkomst wordt geconcludeerd, dan moet men zeker vanwege deze contract-overstijgende belangen voorzichtig zijn de rechtsgevolgen te ontzeggen die aan de kwalificatie zijn verbonden.⁵⁰

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**
 2021 / 5 (Oktober) 1

verhouding partijbedoeling en kwalificatiefase. We dreigen daarmee het object van de zaak in kwestie uit het oog te verliezen. Het ging om een IOAW-uitkeringsgenieter die 'plaatsingswerkzaamheden' ging verrichten. In de parlementaire geschiedenis is uitgemaakt dat dergelijke werkers – mits aan een aantal voorwaarden is voldaan – niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.⁵¹ Net als bij een stagiair het 'leerelement' vooropstaat, staat bij plaatsingswerkzaamheden 're-integratie' voorop. Wat we – als samenleving – niet willen is dat het arbeidsrecht dergelijke re-integratie onmogelijk maakt omdat een werkgever opeens wordt verrast met allerlei arbeidsrechtelijke claims terwijl hij denkt een 'bijstandsgerechtigde' te helpen re-integreren. Driessen is een van de weinigen die aan dit aspect aandacht besteedt.⁵² Zij wijst erop dat de Hoge Raad hier een kans laat liggen, invulling te geven aan de voorwaarden. Is bijvoorbeeld geen sprake van 'verdringing' indien het werk überhaupt niet bestaat of dat het om bovenformatief geplaatste werkers gaat (die reguliere arbeid verrichten).

In het *HTM*-arrest⁵³ stond de vraag centraal of het wegvallen van een loonsubsidie (na soms zeer lange tijd) een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde vormde in het arbeidsrecht. De Hoge Raad overwoog toen – na uitvoerige uiteenzetting wat de achtergrond van de ID-regeling was – als volgt:

'Indien een werkgever, daartoe in staat gesteld door de daaraan verbonden subsidie, meewerkt aan een regeling als deze – die als gezegd ten doel heeft langdurig werklozen (weer) te laten deelnemen aan het arbeidsproces door het scheppen van bijzondere, niet reguliere arbeidsplaatsen –, is het met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht verenigbaar dat hij zich op voorhand ervan verzekert dat de beëindiging van de regeling en van de daarmee verband houdende subsidieverlening voor hem geen nadelige gevolgen heeft. Het is dan immers op voorhand al redelijk dat in de verhouding tot de betrokken werknemer die omstandigheid niet voor rekening van de werkgever komt.'

De aard van de rechtsverhouding speelt derhalve mee bij de kwalificatie ervan. Wij sluiten niet uit dat indien het in de casus *X/Gemeente Amsterdam* niet om de Participatiewet ging maar om een door de gemeente zelf bedachte constructie om goedkope arbeidskrachten aan het werk te krijgen, de uitkomst een geheel andere had kunnen zijn.

Conclusie

De Hoge Raad heeft in *X/Gemeente Amsterdam* een aanscherping gegeven van zijn 'standaardarrest' *Groen/Schoevers*: de partijbedoeling mag een rol spelen bij de uitlegfase, maar niet bij de kwalificatiefase. Een analyse van 23 jaar rechtspraak van de Hoge Raad leert ons dat de Hoge Raad daarmee niet alleen de arbeidsrechtelijke praktijk, maar ook zichzelf in eerdere arresten corrigeert. De vraag of deze 'twee-fasen-leer' tot een koerswijziging leidt, beantwoorden wij ontkennend. In de uitlegfase is er alle ruimte de overeengekomen rechten en verplichtingen dusdanig vast te stellen, dat dit voor de uitkomst van de toets niet anders is dan wanneer de partijbedoeling in de kwalificatiefase zou zijn betrokken. Meer fundamentele kritiek is geuit op toepassing van de 'twee-fasen-leer' als zodanig bij een dynamische rechtsverhouding als de arbeidsovereenkomst, alsook de 'enge' formulering van toetsing aan de wettelijke omschrijving zonder rekenschap te geven van de ratio en context. Wij denken juist dat de sinds 1997 toegepaste holistische weging recht doet aan de veelkleurigheid van een arbeidsrelatie en artikel 7:610 BW bij de tijd houdt. Tot

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

het (maatschappelijk) nuttig en nodig effect van participatiewerk teniet zal worden gedaan. Als de aard van de rechtsverhouding erbij wordt betrokken, zullen veel 'Groentjes' ook na *X/Gemeente Amsterdam* nog steeds (en terecht) naast de arbeidsovereenkomst grijpen.

* Ruben Houweling en Cees Loonstra zijn beiden hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus School of Law (ESL).

1. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

2. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034.

3. Zie met verwijzing naar alle literatuur F.G. Laagland & S. Said, 'Rechtszekerheid en de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: twee stappen vooruit en een kleine stap terug', *ArA* 2021, afl. 2, p. 29-51.

4. Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698.

5. Vgl. ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, *JAR* 2020/52, m.nt. E. Verhulp.

6. Zie kritisch over het 'twee-stappen-plan' W.H. van Boom, 'Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?', *NTBR* 2021/5: 'Hoewel het stappenplan helpt, blijft kwalificatie een "interactie tussen feiten, strekking en wettelijke omschrijving in de kwalificatiefase".'

7. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

8. Het oordeel van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam* is identiek aan de cassatieklachtformulering van Groen 23 jaar eerder.

9. Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/27.

10. W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, Van der Grinten. *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 9.

11. A.R. Houweling (red.), Loonstra&Zondag. *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

12. E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *SR* 2005, afl. 3, p. 91. Zie hierover ook J.J.M. de Laat, 'Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie', *ArA* 2007, afl. 1, p. 47.

13. A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011, afl. 5, p. 172.

14. Zie E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', in: L. Holtus (red.), *Deining (Liber amicorum mr. dr. J.J.M. de Laat)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 256.

15. Aardig blijft dat in het arrest Huize Bethesda de Hoge Raad dit overwoog: 'Met betrekking tot onderdeel 5.6 verdient nog opmerking dat, anders dan het onderdeel aanneemt, er geen rechtsregel bestaat dat voor de vraag of sprake is van loon steeds dient te worden onderzocht of de wijze waarop partijen de tegenprestatie voor de arbeid in hun overeenkomst en feitelijk vorm hebben gegeven, strookt met hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is.' (HR 12 oktober 2001, *JAR* 2001/217 (Huize Bethesda/Van der Vlies)).

16. Te weten HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926 (Notarissen) en HR 25 maart 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BP3887. Overigens zijn er (veel) meer uitspraken van de fiscale kamer van de Hoge Raad, zoals bijvoorbeeld HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888. Omdat de twee genoemde arresten zo aanwezig zijn in de arbeidsrechtelijke literatuur hebben wij besloten ze toch in het onderzoek te betrekken, al is hier methodisch iets op af te dingen.

17. Zie uitvoerig C.J. Loonstra, 'De kwalificatievraag en bovenal: welke rechter is nu leidend? (HR 17 februari 2012, *LJN* BU8926)', *TAP* 2012, afl. 4, p. 152. Deze mogelijkheid staat sinds 2006 verankerd in artikel 75m ZW, artikel 129d WW, artikel 87f WAO en artikel 116 Wet WIA. Zie ook S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ArA* 2017, afl. 1, p. 69.

18. HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9396 werd afgedaan op artikel 81 Wet RO. Zie hierover uitvoerig J.J.M. de Laat, 'Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie', *ArA* 2007, afl. 1, p. 1 e.v. HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1487 had betrekking op een gepasseerd bewijsaanbod om aan de hand van de feitelijke uitvoering de veronderstelde gelijkwaardigheid (en dus afwezigheid van gezag) aan te tonen.

19. HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651; HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231; HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926; HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019.

20. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (Gouden Kooi). Hoewel in Gouden Kooi wordt verwezen naar PGGM, gaat de Hoge Raad in deze uitspraak niet nader in op de partijbedoeling in de kwalificatiefase, maar volstaat hij met een samenvatting van Groen/Schoevers.

21. HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, r.o. 3.4: 'In dit geval moet ervan worden uitgegaan, zoals het Hof ook heeft vastgesteld, dat partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven (...).' Om die reden werd niet voldaan aan het element 'arbeid' in de zin van artikel 7:610 BW.

22. HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, *JAR* 2005/15.

> **Rechtsgeleerd Magazijn Themis (RMThemis)**

2021 / 5 (Oktober) 1

27. [HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, r.o. 3.3.4.](#)
28. [Zie hierover ook J.J.M. de Laat in Prg. 2020/314.](#)
29. [Zie voor een mooie analyse van de partijbedoeling: P.J. Mauser, 'Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', ArbeidsRecht 2019/45.](#)
30. [HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, NJ 2016/276, m.nt. A.R. Houweling.](#)
31. [HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, JAR 2003/263.](#)
32. [W.H. van Boom, 'Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?', NTBR 2021/5.](#)
33. [H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 76-77.](#)
34. [Valk, preadvies, p. 77: 'Naast uitleg van de rechtsverhouding tussen partijen, komt het aan op uitleg van de wettelijke regel die wel of niet toepassing behoort te vinden. Beantwoording van de kwalificatievraag bepaalt het toepassingsbereik van de wettelijke regeling en dus behoren we acht te slaan op de ratio van de wettelijke regeling \(wat wilde de wetgever met die regeling bereiken en welke functie vervult de wettelijke regeling bij de huidige stand van het recht?\).'](#)
35. [Vgl. ook R.H. de Bock in ECLI:NL:PHR:2020:698, punt 5.54.](#)
36. [Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.](#)
37. [H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 28-32.](#)
38. [HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, NJ 2012/75, m.nt. P. van Schilfgaarde.](#)
39. [HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.](#)
40. [HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888.](#)
41. [HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, NJ 2012/73, m.nt. A.L.M. Keirse.](#)
42. [R.o. 4.4: 'Niet beslissend is immers of de Overeenkomsten elementen bevatten op grond waarvan op zichzelf aan de wettelijke omschrijving van huur is voldaan, maar of in de gegeven omstandigheden, gelet op hetgeen partijen ten tijde van het sluiten van de Overeenkomsten voor ogen stond, de inhoud en strekking van de Overeenkomsten van dien aard zijn dat deze in hun geheel beschouwd als huurovereenkomsten kunnen worden aangemerkt.'](#)
43. [HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8536, JAR 2011/14 \(Van Gorkum/LRV Holding B.V.\), Zie hierover ook E.S. de Jong, 'Wat zijn de essentialia voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', ArbeidsRecht 2011/33.](#)
44. [Zie hierover C.J.H. Jansen, 'Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede', ArA 2002, afl. 2, p. 38-49.](#)
45. [Volgens A-G Keus was in het geval van Van Gorkum/LRV sprake van een 'rompovereenkomst'. Waarom deze rompovereenkomst, die toch leek te voldoen aan de voorwaarden van artikel 7:610 BW, geen arbeidsovereenkomst opleverde blijft onduidelijk.](#)
46. [Geciteerd in J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', ArbeidsRecht, 2007, afl. 4, p. 26.](#)
47. [Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392. Zie J.H. Bennaars, 'De holistische weg in optima forma en de rol van ondernemerschap', AR Updates 2021-0171.](#)
48. [De geldende leer ten aanzien van de 'persoonlijke arbeidsverplichting' is dat het gaat om hetgeen is bedongen. Als niet-persoonlijke arbeid is bedongen, dan kan uit de enkele omstandigheid dat iemand al jaren het werk wel steeds persoonlijk heeft verricht niet een 'persoonlijke verplichting' worden aangenomen. Daartegen verzet zich de rechtszekerheid. Zie HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500, JAR 2012/17, m.nt. C.G.M. Fruytier.](#)
49. [In zekere zin doet de situatie denken aan het Care4Care-arrest, waarin de Hoge Raad toen overwoog dat de rechtsverhouding kwalificeerde als uitzending en als men dat om allerlei redenen geen goed idee vond \(vanwege nieuwe driehoeksverhoudingen als payroll\) dan was het aan de wetgever dit op te lossen. De wetgever heeft payrolling vervolgens gereguleerd in artikel 7:692 en 692a BW.](#)
50. [Vgl. E. Verhulp in NJ 2021/116.](#)
51. [Kamerstukken II 2005/06, 30650, nr. 3, p. 5; Kamerstukken II 2005/06, 30650, nr. 6, p. 6.](#)
52. [TRA 2021/21, m.nt. M.J.A.C. Driessen.](#)
53. [HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, AR Updates 2012-0966, m.nt. G.W. van der Voet.](#)

Indien u een los artikel wilt bestellen, stuur een e-mail naar info@uitgeverijparis.nl