



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

**NJ 2021/116**

Verhulp, E.

**Publication date**

2021

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Verhulp, E. (2021). NJ 2021/116. 116. Case note on: HR, 6/11/20, 19/03369, ECLI:NL:HR:2020:1746 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2021(15), 1984-2074.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

**Arbeidsrecht. Verrichten van werkzaamheden door uitkeringsgerechtigde op participatieplaats (Participatiewet); kwalificatie overeenkomst als arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW)?; maatstaf; bedoeling partijen irrelevant; onderscheid uitleg en kwalificatie.**

27.

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 (HR 14 november 1997, NJ 1998/149) wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De 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 Haviltex-maatstaf. 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); vgl. HR 20 december 2019, NJ 2020/43.

---

**NJ 2021/116**
**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

6 november 2020, nr. 19/03369  
 (Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze,  
 C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff;  
 A-G mr. R.H. de Bock)  
 m.nt. E. Verhulp

Art. 7:610 BW

RAR 2021/13  
 V-N 2020/59.8  
 BNB 2021/41  
 FED 2021/34  
 RvdW 2020/1176  
 NJB 2020/2735  
 TRA 2021/21  
 TRA 2021/17  
 JWWB 2020/260  
 V-N Vandaag 2020/2721  
 V-N 2020/41.3  
 RSV 2020/184  
 V-N Vandaag 2020/1855  
 RSV 2020/233  
 Prg. 2020/314  
 ECLI:NL:PHR:2020:698  
 ECLI:NL:HR:2020:1746

[betrokkene], eiseres tot cassatie, adv.: mr. H.J.W. Alt, tegen

Gemeente Amsterdam, te Amsterdam, verweerster in cassatie, hierna: de gemeente, adv.: mr. K. Teuben.

**Hof:****3. Beoordeling**

3.1. [betrokkene] heeft in eerste aanleg gevorderd, samengevat,

A) een verklaring voor recht dat [betrokkene] in de periode van 11 april 2014 tot 11 april 2015 bij de gemeente werkzaam is geweest krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht als bedoeld in artikel 7:610 BW en dat [betrokkene] uit dien hoofde aanspraak kan maken op betaling van salaris c.a. als bedoeld in artikel 7:617 BW;

B) de gemeente te veroordelen tot betaling van:

i) het achterstallige salaris en overige arbeidsvoorwaarden ad € 31.372,64 bruto, althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

ii) de netto reiskostenvergoeding ad € 38,52, deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW van 50% en de wettelijke rente;

C) de gemeente te veroordelen tot het verstrekken van een bruto/netto-specificatie, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;

D) de gemeente te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten ad € 1.210, een en ander met veroordeling van de gemeente in de proceskosten.

3.2. In het bestreden vonnis heeft de kantonrechter [betrokkene] ontvankelijk geacht in haar vordering en het beroep van de gemeente op de formele rechtskracht van de betreffende door het college van de gemeente genomen besluiten verworpen. De kantonrechter heeft verder geoordeeld dat tussen partijen geen sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW en dat het rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond [betrokkene] niet kan baten. Van gelijke gevallen is geen sprake geweest en bovendien bestond voor een uitzondering op genoemd beginsel een rechtvaardigingsgrond die geleend was in het doel van de plaatsing van [betrokkene], te weten haar arbeidsinschakeling ter vergroting van haar kansen op de arbeidsmarkt. De vorderingen van [betrokkene] zijn afgewezen en [betrokkene] is veroordeeld in de proceskosten, waaronder de nakosten. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [betrokkene] in principaal appel met vier grieven op.

In principaal appel

3.3. Met de grieven 1 en 2 heeft [betrokkene] betoogd dat wel degelijk sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. [betrokkene] heeft hiertoe het volgende aangevoerd. Naast de elementen arbeid, loon en gezag zijn volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de partijbedoeling, de feitelijke uitvoering, de maatschappelijke positie van partijen en alle overige omstandigheden van het geval van belang. Ten onrechte is in eerste aanleg vooral uitgegaan van de partijbedoeling, terwijl de feitelijke uitvoering van de overeenkomst hier relevant is. [betrokkene] was als bijstandsgerechtigde verplicht zich in te spannen voor het verkrijgen van arbeid en diende gebruik te maken van de door de gemeente aangeboden voorzieningen. Niet meewerken zou hebben geleid tot een sanctie van de gemeente. [betrokkene] had geen invloed op de inhoud van de plaatsingsovereenkomsten en de daarbij geldende voorwaarden. [betrokkene] bevond zich ten opzichte van de gemeente in een maatschappelijk zeer ongelijkwaardige positie. Van een gezamenlijke partijbedoeling is dus geen sprake geweest. [betrokkene] heeft in de functie van Medewerker Servicedesk dezelfde werkzaamheden verricht als haar betaalde collega's, onder dezelfde voorwaarden. Verder waren de door [betrokkene] verrichte werkzaamheden structureel van aard. Tijdens haar plaatsingsperiode zijn verschillende vacatures voor de functie van Medewerker Servicedesk opengesteld, welke vacatures zijn ingevuld met uitzendkrachten. Verdringing van de arbeidsmarkt

was dus wel degelijk aan de orde. De participatieplaats kan worden vergeleken met een stageovereenkomst. Het komt dan aan op de vraag of het verichten van de werkzaamheden van de arbeidsparticipant in overwegende mate in het belang is geweest van de arbeidsinschakeling. Tijdens het participatietraject heeft het zwaartepunt gelegen op het leveren van een productieve arbeidsprestatie. De arbeid werd de tegenprestatie voor de IOAW-uitkering. Deze uitkering had evident het karakter van een vergoeding voor de verrichte arbeid. Hetzelfde geldt voor de aan [betrokkene] toegekende premies. Daar komt bij dat de gemeente [betrokkene] geen enkele scholing en/of training gericht op arbeidsinschakeling heeft aangeboden en zich evenmin heeft ingespannen om [betrokkene] te bemiddelen naar regulier werk op de arbeidsmarkt. Hiermee is niet voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening, aldus nog steeds [betrokkene].

3.4. Bij de beantwoording van de vraag of tussen [betrokkene] en de gemeente een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, acht het hof van belang in welk kader [betrokkene] de werkzaamheden bij Stadsdeel Centrum heeft verricht. [betrokkene] was ten tijde van de plaatsing in 2014 al geruime tijd werkloos en zij ontving al sinds 1 december 2012 een IOAW-uitkering. Het college van de gemeente dient op grond van de hiervoor in r.o. 2.2 tot en met 2.5 weergegeven bepalingen van de IOAW dan wel de Participatiewet, voorheen de WWB, personen zoals [betrokkene] te ondersteunen bij de arbeidsinschakeling en daarbij zo nodig een voorziening, waaronder begrepen sociale activering, gericht op arbeidsinschakeling te bepalen en aan te bieden. Op grond van deze – publiekrechtelijke – taak (en bevoegdheid) heeft het college van de gemeente [betrokkene] geplaatst in het participatietraject.

3.5. In de door de gemeente aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis (Memorie van Toelichting tot wijziging van de Wet werk en bijstand, vergaderjaar 2005-2006, 30 650, nr. 3, pagina 1) staat dat de regering met het wetsvoorstel aangaande de WWB de mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat een arbeidsovereenkomst aan de orde is, wil wegnemen door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering, waarbij het uitgangspunt is dat recht wordt gedaan aan de beleidsvrijheid die gemeenten met de WWB hebben gekregen als het gaat om re-integratie wat concreet betekent dat de invulling van de doelgroep, de indicatiestelling en de inhoud en omvang van de werkzaamheden de verantwoordelijkheid van de gemeente is. Hieruit is naar het oordeel van het hof ondubbelzinnig af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Aan dit gegeven kent het hof grote waarde toe. Daarnaast is het hof van oordeel dat het plaatsingstraject van [betrokkene] conform de bedoeling

van de wetgever door de gemeente is vormgegeven. [betrokkene] heeft niet bestreden dat, zoals uit de reeds in eerste aanleg overgelegde verklaring van haar leidinggevenden blijkt, haar CV niet aansloot bij het profiel van Medewerker Servicedesk omdat de benodigde ICT-kennis niet aanwezig was, en dat zij – kennelijk omdat het een participatieplek betrof – niet alle taken behorend bij die functie heeft uitgevoerd. Daarmee is gegeven dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening. Dat sprake is geweest van voor de gemeentelijke productieve arbeid is voor de beoordeling van de in geschil zijnde vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan niet van doorslaggevende betekenis.

3.6. Niet kan worden geconcludeerd dat het ten tijde van de plaatsing van [betrokkene] in het participatietraject de bedoeling van partijen is geweest om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Zoals gezegd, vond het participatietraject zijn grondslag in de Participatiewet, voorheen de WWB, een publiekrechtelijke wet. Op grond daarvan hebben partijen, op initiatief van de gemeente, een tweetal plaatsingsovereenkomsten gesloten. In deze plaatsingsovereenkomsten is overeengekomen dat [betrokkene] tijdens de plaatsingsperiode bij het UWV Werkbedrijf als werkzoekende ingeschreven zou blijven en dat de overeenkomsten zouden worden beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk. Hiermee staat vast dat het in ieder geval niet de bedoeling van (het college van) de gemeente is geweest om met [betrokkene] een arbeidsovereenkomst aan te gaan. In dit verband stelt het hof vast dat gelet op de inhoud van de in r.o. 2.14, 2.17 en 2.18 aangehaalde en weergegeven e-mails van [betrokkene], aangenomen moet worden dat het [betrokkene] duidelijk was dat zij destijds niet op basis van een arbeidsovereenkomst met de gemeente werkzaam was. Ook als ervan wordt uitgegaan dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's heeft verricht – wat de gemeente gemotiveerd heeft betwist zoals hierna aan de orde zal komen – en dat tijdens haar plaatsingsperiode uitzendkrachten dezelfde functie als [betrokkene] hebben vervuld, maakt dat gelet op de hiervoor in r.o. 3.5 aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis nog niet zonder meer dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken. Daarnaast heeft te gelden dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van [betrokkene] en de aan [betrokkene] na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen, anders dan [betrokkene] heeft betoogd, niet als zodanig worden aangemerkt. De stelling van [betrokkene] dat tijdens de plaatsingsperiode een gezagsverhouding tussen de gemeente en [betrokkene] heeft bestaan, wat daarvan zij, is onvoldoende om een arbeidsovereenkomst aan te nemen te minder nu een gezagsverhouding ook in andersoortige

arbeidsverhoudingen aan de orde kan zijn. Verder gaat de vergelijking met de stageovereenkomst niet op. Allereerst heeft een stageovereenkomst een ander(e) doel en strekking dan een plaatsingsovereenkomst met betrekking tot een participatieplaats. Daarnaast miskent [betrokkene] met haar betoog dat met een participatieplaats de arbeidsinschakeling – al dan niet in productieve arbeid – ten behoeve van de uitkeringsgerechtigde geschiedt.

3.7. De slotsom is dat [betrokkene] haar werkzaamheden in de periode van 11 april 2014 tot 12 april 2015 niet in het kader van een arbeidsovereenkomst tussen partijen naar burgerlijk recht als bedoeld in artikel 7:610 BW heeft verricht. De grieven 1 en 2 treffen geen doel.

3.8. Met grief 3 heeft [betrokkene] betoogd dat het rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond wel degelijk is geschonden door de gemeente en dat het in ieder geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is [betrokkene] de loonvordering op de gemeente te ontzeggen.

3.9. De gemeente heeft een verklaring van de toenmalige leidinggevenden van [betrokkene] overgelegd (productie 3 bij conclusie van antwoord in eerste aanleg). Hierin staat welke bij de functie van Medewerker Servicedesk behorende taken [betrokkene] wel en niet heeft uitgevoerd. [betrokkene] heeft de juistheid van deze verklaring niet betwist. Het hof concludeert op basis hiervan dat [betrokkene] niet dezelfde werkzaamheden heeft verricht als een Medewerker Servicedesk in dienst van de gemeente zodat van gelijke arbeid geen sprake is geweest. Het beroep van [betrokkene] op het door haar aangehaalde rechtsbeginsel is onvoldoende concreet onderbouwd, zodat aan bewijsoverlevering niet wordt toegekomen. Op grond van het voorgaande, in het bijzonder het publiekrechtelijk kader van de plaatsing van [betrokkene] in het participatietraject die hiervoor onder 3.4 aan bod is gekomen, wordt het beroep van [betrokkene] op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gepasseerd. Dit brengt mee dat grief 3 eveneens faalt.

3.10. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, kan grief 4 waarmee [betrokkene] opkomt tegen de afwijzing van haar vorderingen en de in eerste aanleg ten laste van haar uitgesproken proceskostenveroordeling evenmin slagen.

#### In incidenteel appel

3.11. Nu het principale appel faalt, behoeft het incidentele appel niet beoordeeld te worden, aangezien dit appel voorwaardelijk is ingesteld.

3.12. De slotsom is dat het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [betrokkene] zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in principaal appel.

#### 4. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [betrokkene] in de kosten van het geding in het (principale) beroep, tot op heden aan de zijde van de gemeente begroot op € 1.978 aan verschotten en € 1.074 voor salaris en op € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploitatiegeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

### Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordat het Hof bij het te dezen bestreden arrest van het gerechtshof Amsterdam d.d. 16 april 2019, gewezen in hoger beroep onder zaaknummer 200.233.082/01 heeft overwogen en beslist gelijk in 's-hofs arrest vermeld – hier als herhaald en ingelast te beschouwen – ten onrechte om één of meer van de navolgende – zo nodig in onderling verband en samenhang te beschouwen – redenen.

#### 1 De kern van deze zaak

1.1 [betrokkene] is geboren op [geboortedatum] 1954. Zij was na een lang arbeidsverleden<sup>1</sup> in 2009 werkloos geraakt en ontving aanvankelijk een WW-uitkering. Vanaf 1 december 2012 verschaftte de gemeente Amsterdam, (hierna: de gemeente) een uitkering op bijstandsniveau ingevolge de Wet Inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW).

1.2 [betrokkene] was als (oudere) bijstandsgerechtigde verplicht zich in te spannen voor het verkrijgen van algemeen geaccepteerde arbeid en diende daarvoor gebruik te maken van de door de gemeente ter zake aangeboden voorzieningen. In het kader van de toenmalige Re-integratieverordening is bij besluit 31 januari 2014 (zie productie 6 bij de inleidende dagvaarding) door de gemeente beslist dat [betrokkene], ter verbetering van haar kansen op de arbeidsmarkt, zou moeten gaan deelnemen aan het traject 'Participatieplaatsen'.

1.3 De gemeente heeft de uitvoering van dit traject uitbesteed aan Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren, gevestigd aan de Teleportboulevard 120, 1043 EJ Amsterdam (hierna: RBA). RBA is een onderdeel van de Dienst Werk en Inkomens (hierna: DWI) van de gemeente.

1.4 Op of omstreeks 17 maart 2014 is [betrokkene] attent gemaakt op een daadwerkelijk bestaande vacature Servicedesk medewerker (zie productie 7 bij de inleidende dagvaarding) bij de

interne servicedesk van het Stadsdeel Centrum. [betrokkene] solliciteerde naar deze functie en werd op basis van een 'Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen' (hierna: de plaatsingsovereenkomst) via RBA voor een periode van zes maanden, voor 32 uur per week, door de gemeente aangenomen in de functie van Medewerker Servicedesk en geplaatst bij de directie Bedrijfsvoering, afdeling Servicedesk, (zie productie 8 bij de inleidende dagvaarding).

1.5 Na afloop van de plaatsingsperiode en in afwachting van de mogelijkheid van een betaalde dienstbetrekking heeft [betrokkene] – wederom door tussenkomst van RBA – onder gelijkblijvende voorwaarden een tweede plaatsingsovereenkomst (zie productie 14 bij de inleidende dagvaarding) met de gemeente gesloten.

1.6 [betrokkene] was gelet op haar verplichtingen en positie als bijstandsgerechtigde absoluut niet in de positie om met de gemeente, dan wel RBA te onderhandelen over de voorwaarden waartegen de plaatsingsovereenkomsten met haar zijn gesloten. Sterker nog: indien [betrokkene] hiermee niet had ingestemd, dan zou zijn gekort op haar bijstands-/IOAW-uitkering. [betrokkene] heeft overigens wel diverse pogingen ondernomen om de gemeente te bewegen tot een betaalde dienstbetrekking en haar gewezen op de mogelijkheden daartoe.<sup>2</sup>

1.7 [betrokkene] was van 11 april 2014 tot 11 april 2015 werkzaam in de functie van Medewerker Servicedesk bij de interne servicedesk van het Stadsdeelcentrum van de gemeente. De generieke functienaam is medewerker ondersteuning E, welke functie is gewaardeerd in schaal 8. Dit wordt ook niet betwist door de gemeente. De gemeente stelt hierover (zie randnummer 7.4. van de *conclusie van antwoord*): (..) *Niet betwist wordt dat de functie van Medewerker Servicedesk bij het stadsdeelcentrum – ten tijde hier in het geding – werd gewaardeerd in schaal 8.* Het loon en de overige arbeidsvoorwaarden, verbonden aan de functie van Medewerker Servicedesk, heeft [betrokkene] ten onrechte niet ontvangen en niet kunnen genieten. [betrokkene] was en is van mening dat er sprake was van verdringing nu de wijze waarop de gemeente aan de plaatsingsovereenkomsten invulling heeft gegeven sprake is van oneerlijke concurrentie op de arbeidsmarkt, omdat een betrokkene – i.c. mevrouw [betrokkene] – per saldo ver onder minimumloon werkzaam is (was) in een voor overige werknemers regulier betaalde functie.

1.8 [betrokkene] is van mening dat zij met de gemeente een dienstverband als bedoeld in artikel 7:610 BW heeft gehad en heeft op die grond na afloop daarvan de gemeente laten weten dat zij aanspraak heeft op het loon c.a. en de niet genoten arbeidsvoorwaarden behorende bij de functie van Medewerker Servicedesk, omdat (nader beschouwd) aan alle elementen (loon, gezag en het persoonlijk verrichten van arbeid is voldaan) van

<sup>1</sup> Zie productie 1 bij inleidende dagvaarding met aansluitende dienstverbanden vanaf 1981 tot 2009, waarbij zij in de hart van de economische crisis op 55 jarige leeftijd bij de Telegraaf Media ICT B.V. wordt weg gereorganiseerd. Uit dat CV blijkt ook overigens een proactieve houding.

<sup>2</sup> Zie hiervoor de onder 2 van de inleidende dagvaarding opgesomde de feiten en omstandigheden.

een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW is voldaan. De gemeente betwist dat, zodat, [betrokkene] zich genoodzaakt heeft gezien de gemeente ter zake in rechte betrekken.

1.9 De kantonrechter van de rechtbank Amsterdam heeft in het vonnis van 3 november 2017 geoordeeld dat uit de bedoeling van partijen en de wijze waarop zij aan de plaatsingsovereenkomsten uitvoering hebben gegeven, volgt dat – alle omstandigheden in aanmerking genomen – geen sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.

1.10 Het hof heeft het oordeel van de kantonrechter bekrachtigd.

1.11 [betrokkene] kan zich niet met dit oordeel verenigen en voert daartegen de navolgende klachten aan.

## 2 Klachten

### Samenvatting van de klachten

2.0 Onderhavige procedure heeft naast een financieel belang voor [betrokkene] ook een principiële karakter.<sup>3</sup> Daarbij stellen de middelonderdelen – die de volgorde van de rechtsoverwegingen van het hof aanhouden – onder meer aan de orde dat, (1) er niet wordt voldaan aan de eisen waaraan een IOAW-plaatsing dient te voldoen, (2) anders in het geval van het arrest *Schoen/Schoevers* er sprake is van een door de werkgever opgedrongen constructie die niet kon worden geweigerd, zodat er geen sprake is van een gezamenlijke partijbedoeling en wordt voldaan aan alle elementen van artikel 7:610 BW. Verder wordt geklaagd (3) dat, nu gedurende langere tijd (in casu in totaal een jaar) onder dreiging van korting van een bijstanduitkering van € 890,96 netto per maand<sup>4</sup> inhoudelijk hetzelfde werk is verricht als collega's en het volledig inzetten en inroosteren met niet meer dan een bonus van € 231,20<sup>5</sup> er gehandeld is in strijd is met het verbod op dwangarbeid, alsook (4) dat is miskend dat gelijk loon verricht onder gelijke omstandigheden gelijk moet worden gehonoreerd en wordt geklaagd over het passeren van het bewijsaanbod.

### Geen invulling gegeven aan de doelstelling van de participatieovereenkomst

2.1 Rechtens onjuist, althans zonder nadere toelichting is onbegrijpelijk het oordeel van het hof in rov. 3.4 t/m 3.7 welke hier als herhaald en ingelast worden beschouwd, waarin het hof oordeelt, kort gezegd, dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen, in het bijzonder waar het hof in rov. 3.5 oordeelt:

'3.5. In de door de gemeente aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis (Memorie van Toelichting tot wijziging van de Wet werk en bijstand, vergaderjaar 2005–2006, 30 650, nr. 3, pagina

staat dat de regering met het wetsvoorstel aangaande de WWB de mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat een arbeidsovereenkomst aan de orde is, wil wegnemen door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering, waarbij het uitgangspunt is dat recht wordt gedaan aan de beleidsvrijheid die gemeenten met de WWB hebben gekregen als het gaat om re-integratie wat concreet betekent dat de invulling van de doelgroep, de indicatiestelling en de inhoud en omvang van de werkzaamheden de verantwoordelijkheid van de gemeente is. Hieruit is mar het oordeel van het hof onduidelijk af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Aan dit gegeven kent het hof grote waarde toe. Daarnaast is het hof van oordeel dat het plaatsingstraject van [betrokkene] conform de bedoeling van de wetgever door de gemeente is vormgegeven. [betrokkene] heeft niet bestreden dat, zoals uit de reeds in eerste aanleg overgelegde verklaring van haar leidinggevenden blijkt, haar CV niet aansloot bij het profiel van Medewerker Servicedesk omdat de benodigde ICT-kennis niet aanwezig was, en dat zij – kennelijk omdat het een participatieplek betrof – niet alle taken behorend bij die functie heeft uitgevoerd. Daarmee is gegeven dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening. Dat sprake is geweest van voor de gemeente productieve arbeid is voor de beoordeling van de in geschil zijnde vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan niet van doorslaggevende betekenis.'

Dit om navolgende, ook in onderling verband te lezen redenen.

2.1.1 In dit onderdeel klaagt [betrokkene] over de onjuiste en rechtsopvatting en onbegrijpelijke overweging van het hof zoals die in het bijzonder in rov. 3.5 naar voren komt. Alvorens die klachten te formuleren hecht [betrokkene] er aan om kort en met letters aan te geven wat zij in het kader van haar appel heeft aangevoerd voor haar stelling dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, althans dat zij dienovereenkomstig dient te worden betaald.

2.1.2 In hoger beroep heeft [betrokkene] daartoe onder meer de navolgende stellingen aangevoerd:

a. [betrokkene] was als bijstandsgerechtigde *verplicht* mee te werken, op straffe van een sanctie van korting of intrekking van haar bijstandsuitkering – aan het traject 'participatieplaatsen'. [betrokkene] kon zich hieraan dus niet onttrekken. Korting of intrekking is voor een uitkeringsgerechtigde die op het bestaansminimum leeft desastreuus. [betrokkene] zou hierdoor aan de bedelstaf zijn geraakt.<sup>6</sup> Van

<sup>3</sup> Zie MvG punt 5.2.

<sup>4</sup> Productie 2 bij inleidende dagvaarding.

<sup>5</sup> Productie 13 bij inleidende dagvaarding.

<sup>6</sup> MvG punt 4.10.

vrijblijvendheid was geen sprake: zij kon zich niet laten vervangen en het stond [betrokkene] ook niet vrij om de toebedachte werkzaamheden niet te verrichten. Zij mocht ook niet naar eigen inzicht pauzeren, of thuis blijven als dit haar goeddunkte.<sup>7</sup> De plaatsingsovereenkomst(en) bij de gemeente vloeien voort uit en zijn een nadere uitwerking van, een eenzijdig door de gemeente genomen trajectbesluit. [betrokkene] had geen enkele invloed op de inhoud van de plaatsingsovereenkomst(en) en de daarbij geldende voorwaarden.<sup>8</sup>

b. [betrokkene] was in eerste instantie verheugd dat zij 'echt werk' – d.w.z. in een volwaardige functie – mocht doen op een voor haar passend niveau met collega's. Toen [betrokkene] bemerkte dat er vacatures gesteld werden door de gemeente, voor dezelfde functie als die waarin zij werkzaam was en zij geen reactie kreeg op haar verzoek om op eenzelfde wijze aangesteld te worden bij de gemeente, waarna de vacatures vervuld werden en zij dus nieuwe collega's kreeg die wel regulier beloond werden voor hetzelfde werk als zij voor de gemeente verrichtte, was voor [betrokkene] de maat vol.<sup>9</sup> [betrokkene] stelde dat zij ongelijk en zeer onrechtvaardig behandeld werd door de gemeente, te meer omdat de gemeente helemaal niets deed ten behoeve van haar arbeidsinschakeling en de verbetering van haar positie op de arbeidsmarkt.<sup>10</sup>

c. Het doel van een participatieplaats is dat de arbeidsmarktpositie van een arbeidsparticipant (deelnemer) wordt verbeterd. Dit betekent dat de organisatie (de gemeente) de deelnemer actief dient te begeleiden. De gemeente had [betrokkene] dus scholing en/of training moeten bieden, leerdoelen moeten formuleren en waar mogelijk [betrokkene] moeten bemiddelen naar een reguliere baan op de arbeidsmarkt. Met andere woorden; de gemeente heeft geen enkele doelstelling behorende bij de participatieplaats verwezenlijkt, maar [betrokkene] louter productieve arbeid laten verrichten.<sup>11</sup> Het moet gaan om *additionele werkzaamheden* en niet om reguliere werkzaamheden.<sup>12</sup>

d. De gemeente heeft 'de participatieplaats' van [betrokkene] echter gebruikt om haar op regulier werk in te zetten, waarbij weldegelijk sprake was van verdringing, terwijl er ten tijde van haar plaatsing sprake was van meerdere vacatures voor de functie Medewerker Servicedesk die tijdens de plaatsing van [betrokkene] ook daadwerkelijk met uitzendkrachten zijn ingevuld. Dat was voor [betrokkene] vervolgens reden om ook herhaaldelijk aan de bel te trekken bij de gemeente en te ijveren voor een betaalde baan.<sup>13</sup>

e. [betrokkene] zag dat de gemeente regulier betaalde uitzendkrachten inzette en vond (vindt) dit

onbegrijpelijk dat de gemeente niet bereid was met haar eenzelfde constructie aan te gaan, te meer omdat de gemeente belast is met de arbeidsinschakeling van [betrokkene] en er dus voor dient te ijveren dat zij uitstroomt naar regulier betaald werk. Er was dus weldegelijk sprake van verdringing. Immers door [betrokkene] de functie van Medewerker Servicedesk op basis van een 'participatieplaats' te laten verrichten, was er geen mogelijkheid om dit werk door een uitzendkracht te laten doen, terwijl daar wel behoefte aan was getuige de overgelegde vacaturestelling van de gemeente.<sup>14</sup>

f. De *uitvoering* van de participatieovereenkomsten was niet in overeenstemming met de eisen die aan werken met behoud van een IOAW-uitkering (bijstandsuitkering) worden gesteld: dat dient zo te zijn vormgegeven dat er geen situatie is die vergelijkbaar is met een reguliere arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat de activiteiten per definitie tijdelijk van aard moeten zijn en zich in verschillende opzichten onderscheiden van de werkzaamheden die bij dezelfde werkgever worden verricht in dienstbetrekking. Dit kan door zorg te dragen voor een forse component scholing of training, of door het formuleren van toetsbare leerdoelen aangevuld met specifieke afspraken over arbeidstijden, tussenstappen en bemiddelingsactiviteiten. Van dit alles is absoluut geen sprake geweest nu de gemeente, na een korte ook op regulier personeel van toepassing zijnde inwerkperiode, geen enkele scholing of training heeft gegeven, laat staan dat er op enige wijze aandacht is geweest voor bemiddeling op en naar de arbeidsmarkt.<sup>15</sup>

g. De werkzaamheden verschilden in niets van die van haar normaal betaalde collega's<sup>16</sup> van de helpdesk, terwijl aan [betrokkene] geen enkele scholing of training is aangeboden en evenmin heeft de gemeente zich ervoor ingespannen om [betrokkene] te bemiddelen naar ander regulier werk op de arbeidsmarkt. Van leerdoelen, laat staan tastbare leerdoelen was al evenmin sprake.<sup>17</sup>

h. De IOAW-uitkering had dus het karakter van een vergoeding voor de verrichte arbeid. Een omgekeerde benadering leidt niet tot een andere conclusie, maar rechtvaardigt wel een bijkomende conclusie namelijk dat er in wezen sprake is van een *vorm van dwangarbeid bij de gemeente*.<sup>18</sup>

i. Aan de plaatsingsovereenkomsten kan *geen gezamenlijke partijbedoeling* worden ontleend nu deze tot stand zijn gekomen op basis van eenzijdige besluitvorming van de gemeente waarop [betrokkene] geen invloed kon uitoefenen.<sup>19</sup> Tegelijkertijd was het [betrokkene] ook niet mogelijk om *geen* plaatsingsovereenkomst te sluiten met de gemeente, aangezien zij voor een bestaansminimum afhankelijk was

7 MvG punt 3.22.

8 MvG punt 4.11.

9 MvG punt 5.1.

10 MvG punt 5.2.

11 MvG punt 4.26.

12 MvG punt 3.25.

13 MvG punten 4.17 en 4.18.

14 MvG punt 4.18 tweede helft verwijzend naar productie 9 bij inleidende dagvaarding.

15 MvG punt 3.26.

16 Zie bijvoorbeeld MvG punt 3.31 sub 1 t/m 3.

17 MvG punt 4.16.

18 MvG punt 4.22.

19 MvG punten 4.12 t/m 4.14 mbt. de partijbedoeling.

van een uitkering van de gemeente, op welke uitkering zij zou zijn gekort als zij niet had ingestemd met de plaatsingsovereenkomst.<sup>20</sup> In het kader van het arrest *Groen/Schoevers* moet alsnog de (werkelijke) partijbedoeling van partijen worden vastgesteld, waarbij bij de kwalificatievraag niet één element doorslaggevend is maar datgene wat partijen bij het aangaan voor ogen heeft gestaan, kort gezegd de partijbedoeling, waarbij ook van belang is hoe partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven.<sup>21</sup>

j. [betrokkene] moest, om aanspraak te houden op een IOAW-uitkering deelnemen aan het participatietraject waarin zij bij besluit van de gemeente is geplaatst. Op het moment dat zij voor haar uitkering moest gaan werken bij de gemeente is haar arbeid de tegenprestatie geworden voor de IOAW-uitkering. De IOAW-uitkering had evident het karakter van een vergoeding voor de verrichte arbeid. De premies die zijn verstrekt aan [betrokkene] zijn onlosmakelijk verbonden aan de door [betrokkene] bij en voor de gemeente geleverde arbeid. Dat daar een ander etiket aan is gegeven doet niet ter zake.<sup>22</sup>

k. Nu er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen staat tegenover het verrichten van arbeid door [betrokkene] de verplichting van de gemeente tot betaling van het bij deze werkzaamheden passende loon, te weten het schaalloon behorende bij de functie van Medewerker Servicedesk inclusief looncomponenten en arbeidsvoorwaarden.<sup>23</sup> Het gaat om een productieve arbeidsprestatie van de werknemer en een economisch belang van de werkgever.<sup>24</sup> Daarnaast dienen de elementen van artikel 7:610 BW te worden gebruikt voor de kwalificatie.<sup>25</sup>

2.1.3 Het hof overweegt ten aanzien van de toepasselijke wetgeving en de aard van de participatieplaatsing:

'2.2. Ingevolge artikel 36 Lid 1 van de IOAW heeft een belanghebbende die een uitkering op grond van deze wet ontvangt, aanspraak op ondersteuning bij arbeidsinschakeling en op de naar het oordeel van het college van burgemeester en wethouders (verder: bet college) van de betreffende gemeente noodzakelijk geachte voorziening gericht op arbeidsinschakeling.

2.3. Ingevolge artikel 37 lid 1 aanhef en onder e van de IOAW is de belanghebbende die voor de zelfstandige voorziening in het bestaan is aangewezen op arbeid in dienstbetrekking vanaf de dag van melding, bedoeld in artikel 16a lid 2, verplicht gebruik te maken van een door het college aangeboden voorziening, waaronder begrepen sociale activering, gericht op arbeidsinschakeling, alsmede mee te werken aan een

onderzoek naar zijn mogelijkheden tot arbeidsinschakeling.

2.4. Ingevolge artikel 38a van de IOAW kan het college ter uitvoering van artikel 34, lid 1, onderdeel a degene die uitkering op grond van deze wet ontvangt en voor wie de kans op inschakeling in het arbeidsproces gering is en die daardoor vooralsnog niet bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, onbeloonde additionele werkzaamheden laten verrichten gedurende maximaal twee jaar. Artikel 10a, tweede tot en met zesde en achtste tot en met tiende lid, van de Participatiewet, voorheen artikel 10a van de Wet werk en bij stand (verder: WWB), is van overeenkomstige toepassing.

2.5. In artikel 10a van de Participatiewet wordt de participatieplaats omschreven. Het gaat daarbij om het verrichten van primair op de arbeidsinschakeling gerichte werkzaamheden die onder verantwoordelijkheid van het college in het kader van deze wet worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid, en die niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt. In lid 6 van dit artikel is bepaald dat het college aan de belanghebbende, telkens nadat hij gedurende zes maanden op grond van dit artikel additionele werkzaamheden heeft verricht, een premie verstrekt indien hij naar het oordeel van het college in die zes maanden voldoende heeft meegeewerkt aan het vergroten van zijn kans op inschakeling in het arbeidsproces.

(...)

2.8. In de considerans van de plaatsingsovereenkomst wordt overwogen dat als voorziening, bedoeld in artikel 7 lid 1 van de WWB (thans: de Participatiewet), aan de deelnemer een traject aangeboden dient te worden door het Re-integratiebedrijf ter verbetering van zijn/haar kansen op de arbeidsmarkt en verder dat de gemeente in de Re-integratieverordening regels heeft gesteld aangaande de ondersteuning bij arbeidsinschakeling, en het aanbieden van voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling.'

De participatieplaatsing heeft dus (ook) volgens het hof als doel *verbetering van zijn/haar kansen op de arbeidsmarkt* en dat het moet gaan om *additionele werkzaamheden* waarop, volgens het hof Artikel 10a, tweede tot en met zesde en achtste tot en met tiende lid, van de Participatiewet, voorheen artikel 10a van de Wet werk en bij stand (verder: WWB), van overeenkomstige toepassing is. Het gaat dus niet om een plaatsing die louter bedoeld is om de bijstandsgerechtigde iets terug te laten doen voor zijn uitkering, maar om een re-integratieplaatsing.<sup>26</sup>

20 MvG punt 4.12.

21 MvG punt 3.14.

22 MvG punt 4.23.

23 MvG punt 5.3.

24 MvG punt 3.10.

25 MvG punt 3.16, de elementen van artikel 7:610 BW worden onder meer behandeld in de punten 3.2, 3.10 t/m 3.12.

26 Vgl. *Kamerstukken II 2010/11, 32815, 3, p. 14-15* waar deze vorm van arbeid met behoud van uitkering wordt besproken, die evident een ander karakter heeft, maar waar het eveneens om additionele werkzaamheden gaat en waar het ook niet mag gaan om reguliere arbeid en geen verdringing mag plaatsvinden. Bij [betrokkene] gaat het echter om een re-integratieplaatsing.



## Klachten

2.1-I Rechtens onjuist, althans zonder nadere toelichting is onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd het oordeel van het hof in rov. 3.5, waarin het hof overweegt:

'In de door de gemeente aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis (Memorie van Toelichting tot wijziging van de Wet werk en bijstand, vergaderjaar 2005–2006, 30 650, nr. 3, pagina 1) staat dat de regering met het wetsvoorstel aangaande de WWB de mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat een arbeidsovereenkomst aan de orde is, wil wegnemen door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering, waarbij het uitgangspunt is dat recht wordt gedaan aan de beleidsvrijheid die gemeenten met de WWB hebben gekregen als het gaat om re-integratie wat concreet betekent dat de invulling van de doelgroep, de indicatiestelling en de inhoud en omvang van de werkzaamheden de verantwoordelijkheid van de gemeente is. Hieruit is mar het oordeel van het hof ondubbelzinnig af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Aan dit gegeven kent het hof grote waarde toe.'

In samenhang met rovv. 2.4 en 2.5, waarin het hof telkens refereert aan de Participatiewet. Dit om navolgende redenen.

Vooropgesteld zij dat de beide overeenkomsten zijn aangegaan *voordat* de Participatiewet op 1 januari 2015 is ingevoerd. De eerste overeenkomst dateert immers van april 2014<sup>27</sup> en de tweede van 17 oktober 2014.<sup>28</sup> Dat betekent dat de parlementaire geschiedenis van de Participatiewet voor onderhavige zaak niet van belang is en het hof ten onrechte in rovv. 2.4 en 2.5 refereert aan die Participatiewet en die kennelijk op de onderhavige zaak van toepassing acht. Indien en voor zover het hof de Participatiewet op onderhavige zaak van toepassing acht gaat het hof dus uit van een onjuiste rechtsopvatting. Dit vitiëert dan ook rovv. 3.4 t/m 3.7 die daarop voortbouwen en dient voor de beoordeling van deze zaak de parlementaire geschiedenis van de WWB te worden beschouwd.

Anders dan in rov. 3.5 wordt overwogen blijkt uit parlementaire geschiedenis van de WWB nu juist *niet*, althans niet zonder meer dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Weliswaar is juist dat op pagina 1 wordt gesteld:

'Met het thans voorliggende wetsvoorstel wil de regering mogelijke angst van gemeenten wegnemen dat de rechter zal oordelen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst door gemeen-

ten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering' maar vervolgens blijkt in die MvT dat de wetgever voor het *niet* aannemen van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW denkt aan *heel specifieke voorwaarden*, die haaks staan op de situatie zoals die in casu aan de orde is. Zie de bewuste parlementaire geschiedenis van de WWB *Kamerstukken II 2002/03, 28870, 3, p 39–40*. (gescursiveerd door mij-HJWA):

'Werken behoud van uitkering

Binnen de uitgangspunten van deze wet is het eveneens mogelijk dat werkzaamheden worden verricht met behoud van uitkering. Dat kan onder omstandigheden op eigen initiatief van de cliënt, maar ook als onderdeel van een reïntegratietraject of in het kader van activiteiten in de sfeer van sociale activering. In alle gevallen staat de positieve bijdrage aan de mogelijkheden voor arbeidsinschakeling centraal. *De programma's kunnen dus nooit louter dienen als een budgetvriendelijke oplossing voor het doen verrichten van maatschappelijk nuttige activiteiten waarvoor geen of onvoldoende publieke financiering voor handen is.'*

Kortom: het mag niet gaan om het voordelig laten uitvoeren van reguliere werkzaamheden, bijvoorbeeld omdat er budget te kort is of omdat er een vacaturestop is in de aanloop naar een reorganisatie.<sup>29</sup> De parlementaire geschiedenis gaat dan verder (gescursiveerd door mij-HJWA):

'Hieruit volgt dat de *plichting om mee te werken aan werken met behoud van uitkering alleen mag worden opgelegd indien de te verrichten werkzaamheden noodzakelijk zijn om uit te stromen naar regulier werk*.

Dit houdt in dat de gemeente heeft vastgesteld dat de cliënt baat heeft bij het opdoen van werkervaring dan wel enige tijd nodig heeft om te wennen aan aspecten die samenhangen met het verrichten van betaalde arbeid, zoals regelmaat, gezagsverhouding etc. *Daarmee is altijd sprake van een beperkte periode*. Gedacht kan worden aan het instrument proefplaatsing (thans voor arbeidsgehandicapten opgenomen in de Wet op de (re)integratie), *op grond waarvan cliënten maximaal 6 maanden met behoud van uitkering bij een (reguliere) werkgever mogen werken. Over het algemeen zullen de werkzaamheden gepaard moeten gaan met goede individuele begeleiding en afstemming op de capaciteiten van de cliënt.'*

Ook hier geldt weer dat het moet gaan om maatwerk met individuele begeleiding en afstemming en

<sup>29</sup> Hetgeen hier aan de hand was zie bijvoorbeeld de spreek aantekeningen in eerste aanleg namens [betrokkene], p 1 5e woordblok: (...). *De klantmanager van [betrokkene] vanuit het re-integratiebedrijf [klantmanager], heeft aan mevrouw [naam 1] gevraagd of zij [betrokkene] wilde aannemen (zij bedoelde een arbeidsovereenkomst aanbieden). [naam 1] antwoordde dat zij geen geld had. (...).*

<sup>27</sup> Rov. 2.7.

<sup>28</sup> Rov. 2.16.

niet het gewoon laten meedraaien met de reguliere werknemers. Anders dan in rov. 3.5 door het hof wordt aangenomen ziet de wetgever weldegeelijk dat er anders gewoon sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, nu deze vervolgt met (gecursiveerd door mij-HJWA):

*‘Daarnaast is het van belang dat de gemeente rekening houdt met de grenzen van het arbeidsrecht. Als de feitelijke situatie niet wezenlijk verschilt van een situatie waarbij sprake is van een dienstbetrekking, kan de betrokkene via de rechter loonbetaling afdwingen. Als gevolg van jurisprudentie worden de volgende maatstaven gehanteerd bij het vaststellen of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking: 1) er dient sprake te zijn van een persoonlijke verplichting om arbeid te verrichten, 2) die arbeid wordt verricht onder gezag van een ander (gezagsverhouding) 3) die ander betaalt voor de arbeid een zeker bedrag dat beschouwd kan worden als loon, en 4) aan deze maatstaven wordt gedurende een zekere tijd voldaan. Voor cliënten die weinig of geen perspectief hebben op uitstroom naar reguliere arbeid kan de gemeente ervoor kiezen om onbeloonde arbeid op eigen initiatief van de cliënt te honoreren, om zo maatschappelijk isolement te voorkomen of te doorbreken.’<sup>30</sup>*

Kortom: hier staat precies het omgekeerde als het hof in rov. 3.5 overweegt: het moet volgens de wetgever gaan om nuttige, aanvullende werkzaamheden en juist niet om reguliere arbeid omdat er in het geval van reguliere werkzaamheden dan wel rekening moet worden gehouden met het aannemen van een dienstbetrekking.

De duidelijkheid die de regering aldus met dit wetsontwerp schept is dat een gemeente dus niet exact dezelfde werkzaamheden mag laten verrichten als de regulier betaalde krachten, want dan is er ook in de visie van de wetgever al snel sprake van een arbeidsovereenkomst.

Datgene wat het hof dus in de parlementaire geschiedenis leest is dan ook rechtens onjuist en onbegrijpelijk, omdat bij *close reading* de wetgever nu juist wel wijst op het risico van een arbeidsovereenkomst, dit nog daargelaten dat een MvT of andere parlementaire geschiedenis niet, althans niet zonder meer de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7:610 BW buiten werking kan stellen. Daaruit kan ook worden opgemaakt dat een re-integratievoorziening zoals een ‘werkstage’ slechts ingezet mag worden op voorwaarde dat deze effectief is.<sup>31</sup> In dat kader is het van belang dat de verplichting om mee te werken aan werken met behoud van uitkering alleen mag worden opgelegd indien de te verrichten werkzaamheden

- noodzakelijk zijn om uit te stromen naar regulier werk,
- waarbij altijd sprake van een beperkte periode.

Gedacht kan worden aan het instrument proefplaatsing (thans voor arbeidsgehandicapten opgenomen in de Wet op de (re)integratie), op grond waarvan cliënten maximaal 6 maanden met behoud van uitkering bij een (reguliere) werkgever mogen werken. Over het algemeen zullen de werkzaamheden gepaard moeten gaan met goede individuele begeleiding en afstemming op de capaciteiten van de cliënt. Als de feitelijke situatie niet wezenlijk verschilt van een situatie waarbij sprake is van een dienstbetrekking, kan de betrokkene via de rechter loonbetaling afdwingen.<sup>32</sup>

Het hof heeft het voorgaande in rov. 3.5 hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.1-II In dat kader is dan ook eveneens rechtens onjuist, althans zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, dan wel onvoldoende gemotiveerd het oordeel dat daarop volgt in rov. 3.5 alwaar het hof overweegt:

*‘Daarnaast is het hof van oordeel dat het plaatsingstraject van [betrokkene] conform de bedoeling van de wetgever door de gemeente is vormgegeven. [betrokkene] heeft niet bestreden dat, zoals uit de reeds in eerste aanleg overgelegde verklaring van haar leidinggevers blijkt, haar CV niet aansloot bij het profiel van Medewerker Servicedesk omdat de benodigde ICT-kennis niet aanwezig was, en dat zij – kennelijk omdat het een participatieplek betrof – niet alle taken behorend bij die functie heeft uitgevoerd. Daarmee is gegeven dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening. Dat sprake is geweest van voor de gemeente productieve arbeid is voor de beoordeling van de in geschil zijnde vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan niet van doorslaggevende betekenis.’*

i. Het oordeel van het hof in rov. 3.5 dat de gemeente in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening miskent de aard en doelstelling van de te bieden voorziening. Dit blijkt uit bovengenoemde, in onderdeel 2.1-I geciteerde parlementaire geschiedenis van de WWB. Het is niet de bedoeling is dat de werker/werknemer wordt ingezet op een wijze die niet, althans niet wezenlijk verschilt van de reguliere werknemers. Aldus volgt uit onderdeel 2.1-I dat het dus niet de bedoeling van de wetgever is dat een werknemer op een participatieplaats reguliere werkzaamheden verricht, dat wil zeggen exact dezelfde werkzaamheden als zijn of haar collega’s, zoals [betrokkene] in casu heeft gesteld en te bewijzen aangeboden<sup>33</sup> en het hof in rov. 3.6 als hypothetisch feitelijke grondslag heeft aangenomen. Aldus getuigt ook het oordeel dat het plaatsingstraject van [be-

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28870, 3, p. 39–40.

<sup>31</sup> Zie ook A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, § 6.4.5, p. 106 onderaan en p. 107 eerste woordblok.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28870, 3, p. 39–40.

<sup>33</sup> Zie bewijsaanbod MvG p. 23–24 en onderdeel 2.4 dat over het passeren daarvan klaagt.

trockkene] conform de bedoeling van de wetgever door de gemeente is vormgegeven hetzij van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zonder nadere toelichting die ontbreekt onbegrijpelijk is, althans onvoldoende is gemotiveerd.

ii. Voor zover het hof oordeelt in rov. 3.5 dat [betrokkene] niet zou hebben bestreden dat haar CV niet aansluit bij het profiel van Medewerker Servicedesk, dat zij niet alle taken zou hebben uitgevoerd en dat *daarom* er sprake zou zijn van een participatieplaats die in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever, miskent het hof allereerst hetgeen [betrokkene] blijkens haar spreekkaantekeningen in eerste aanleg tegenover deze verklaring van haar leidinggevendens heeft gesteld. Zij heeft immers gemotiveerd aangegeven dat de betwisting van de gemeente inhield dat de functieomschrijving die [betrokkene] heeft overgelegd ging om een *andere functie* dan de functie van [betrokkene] (p. 1 onder het kopje 'functieomschrijving'<sup>34</sup>) en zij overigens drie van de vijf taken van de *door de gemeente genoemde* omschrijving heeft verricht, te weten baliewerkzaamheden, 1<sup>e</sup> achtervang van de telefoon en monitoring/bewaking van de calls en klant op de hoogte houden van de voortgang.<sup>35</sup>

Dat laat echter voor de beoordeling van de onderhavige zaak en in het bijzonder of de participatieplaatsing aan de daartoe door de wetgever gestelde eisen heeft voldaan onverlet, nu [betrokkene] met zoveel woorden heeft gesteld dat haar werkzaamheden in niets verschilden van haar 'flex' collega's die regulier werden betaald.<sup>36</sup> Zij draaide ook mee in het rooster.<sup>37</sup> Het hof laat deze stellingen die in hoger beroep zijn herhaald<sup>38</sup> in rov. 3.5 onbesproken, waarbij het bovendien in het midden laat in rov. 3.6 dat zij dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's verrichtte, zodat daarvan in cassatie als hypothetisch feitelijke grondslag dient te worden uitgegaan. Zij heeft verder aangegeven<sup>39</sup> dat het doel van een participatieplaats is dat de arbeidsmarktpositie van een arbeidsparticipant (deelnemer) wordt verbeterd en dat dit betekent dat de organisatie (de gemeente) de deelnemer actief dient te begeleiden. De gemeente had [betrokkene] dus scholing en/of training moeten bieden, leerdoelen

moeten formuleren en waar mogelijk [betrokkene] moeten bemiddelen naar een reguliere baan op de arbeidsmarkt. Met andere woorden; de gemeente heeft geen enkele doelstelling behorende bij de participatieplaats verwezenlijkt, *maar [betrokkene] louter productieve arbeid laten verrichten*.<sup>40</sup> Aldus heeft de gemeente niet gehandeld indachtig de bedoeling van de wetgever, en is er, ook in de ogen van de wetgever in een dergelijk geval eenvoudig sprake van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW.<sup>41</sup> Het hof heeft dit alles hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachting, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.1-III Het hof miskent ook overigens in rov. 3.5 bij zijn oordeel dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening en dat niet van doorslaggevende betekenis is voor de beoordeling van de in geschil zijnde vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan dat sprake is geweest van voor de gemeente productieve arbeid, dat het niet moet gaan om het opdragen van reguliere werkzaamheden maar dat het moet gaan om *additionele werkzaamheden*,<sup>42</sup> hetgeen het hof overigens in rov. 2.4 zelf overweegt, doch vervolgens verzuimt in rov. 3.4 t/m 3.7 te responderen op de stelling van [betrokkene], dat er in het geheel geen sprake was van additionele werkzaamheden maar van reguliere werkzaamheden, gelijk aan de op reguliere basis ingehuurd 'flex' collega's.<sup>43</sup> Ook overigens heeft zij de verklaring van de gemeente ook overigens inhoudelijk bestreden.<sup>44</sup>

Dat de gemeente niet heeft voldaan aan de doelstelling van de geboden voorziening door [betrokkene], reguliere, productieve arbeid te laten verrichten, volgt ook uit de parlementaire geschiedenis van artikel 10a, tweede tot en met zesde en achtste tot en met tiende lid,<sup>45</sup> van de Wet werk en bijstand daarover het volgende (gecursiveerd door mij HJWA), waarbij de parlementaire geschiedenis overigens spreekt van 'een terugkeerbaan':

*Kamerstukken II 2005/06, 30 650, nr. 3, p. 6 (MvT):*

'In artikel 10a, eerste lid, is geregeld dat alleen bijstandsgerechtigden met een kleine kans op inschakeling in het arbeidsproces en die daarvoor vooralsnog niet bemiddelbaar zijn op de arbeidsmarkt voor een terugkeerbaan in aan-

34 [betrokkene] stel aldaar; *de gemeente stelt dat de vacature tekst die [betrokkene] in haar dagvaarding noemt betrekking had op een andere functie dan de functie van [betrokkene] – medewerker servicedesk – ook al had deze dezelfde benaming (zie 3.5 en 3.6 eva). De gemeente laat echter na een – na haar mening – juiste vacaturetekst of functiebeschrijving over te leggen. Feit is dat [betrokkene], net als haar 'flex' collega's de taken van medewerker servicedesk heeft uitgevoerd (zie op de aanwezigheid van uitzendcollega's hieronder).*

35 Spreekkaantekeningen comparitie d.d. 3 oktober 2017 zijdens [betrokkene] p. 1–2. Naar deze spreekkaantekeningen p. 2 wordt in de MvG in punt 3.23 in dit verband ook met zoveel woorden verwezen.

36 Zie hierboven onderdeel 2.1.2 sub b (MvG punt 5.1) en g (MvG punt 4.16).

37 Spreekkaantekeningen comparitie d.d. 3 oktober 2017, p. 2.

38 Zie onderdeel 2.1.2 sub b, c, d, f, g en j.

39 Zie onderdeel 2.1.2 sub c (MvG punt 3.25), d (MvG punten 4.17 en 4.18) en f (MvG punt 3.26).

40 MvG punten 4.17 en 4.18, 4.26 en onderdeel 2.1.2 sub c t/m e.

41 Zie de in onderdeel 2.1-I aangehaalde parlementaire geschiedenis. Zie ook onderdeel 2.1.2 g t/m k.

42 Zie in dit verband MvG punt 3.25 en onderdeel 2.1.2 sub c en f.

43 Zie in dit verband onderdeel 2.1.2 sub b t/m g. Zie ook de spreekkaantekeningen zijdens [betrokkene] p. 3–4 vanaf het kopje 'de uitzendkrachten en hun werkzaamheden als medewerker Servicedesk'.

44 Zie p. 2 van de spreekkaantekeningen zijdens [betrokkene] van de comparitie van 3 oktober 2017 laatste woordblok en p. 3 eerste twee woordblokken. Naar deze spreekkaantekeningen p. 2 wordt in de MvG in punt 3.23 in dit verband ook met zoveel woorden verwezen.

45 Hetgeen ook het hof blijkens rov. 2.4 van toepassing is op onderhavige casus.

merking komen. De werkzaamheden in een terugkeerbaan moeten aan twee voorwaarden voldoen, namelijk dat de werkzaamheden in het kader van de reïntegratie van de betrokkene worden verricht en dat het om additionele werkzaamheden gaat.

Mensen verrichten werkzaamheden in een terugkeerbaan in het perspectief van hun reïntegratie. Dit wil zeggen dat de activiteit primair gericht moet zijn op het bevorderen van de mogelijkheden van de betrokkene om uit de bijstand te stromen naar reguliere arbeid en niet primair op het realiseren van het bedrijfsdoel van de degene voor wie zij deze werkzaamheden verrichten. Activiteiten kunnen niet het karakter hebben van gewone productieve arbeid. Mocht dit wel het geval zijn, dan is een terugkeerbaan niet de meest geëigende weg om de betrokkene verder te helpen bij reïntegratie. Een terugkeerbaan is een opstap naar regulier werk, geen gewoon werk. Het gaat zoals gezegd bij terugkeerbanen om additioneel werk. Additionaliteit houdt in dat het een speciaal gecreëerde functie betreft of een reeds bestaande functie die een uitkeringsgerechtigde alleen met speciale begeleiding kan verrichten. Hij zal minder productief zijn dan zijn collega's op een reguliere arbeidsplaats. Gemeenten kunnen, indien gewenst, in beleidsregels het begrip additionaliteit nader uitwerken. De terugkeerbanen mogen de concurrentieverhoudingen niet nadelig beïnvloeden. Dit vloeit mede voort uit Europese regelgeving. Gelet op de additionaliteit van de arbeid zal dat niet gauw aan de orde zijn.

De maximale duur dat betrokkene werkzaamheden kan verrichten met behoud van uitkering is twee jaar. Andere vormen van werken met behoud van uitkering van de betrokkene (zoals work-first) tellen ook mee voor de maximale duur van twee jaar. Als iemand dus eerst een halfjaar werkt met behoud van uitkering in het kader van work first, kan hij/zij daarna nog maar anderhalf jaar op een terugkeerbaan werkzaamheden verrichten. Dit om te voorkomen dat de maximale duur van een terugkeerbaan op een oneigenlijke manier wordt opgerekt. De regering wil echter voorkomen dat met deze regelgeving de mogelijkheden worden geblokkeerd om na afloop van terugkeerbaan in aanmerking te komen voor bepaalde trajecten waar werken met behoud van uitkering een onderdeel van uitmaakt. Trajecten waar (maximaal zes maanden) wordt gewerkt met behoud van uitkering (om de werkgever over de streep te trekken) en er naar het oordeel van het college een reëel uitzicht bestaat dat betrokkene daarna een arbeidscontract krijgt, zijn mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een leerwerktraject of een stage. Om deze mogelijkheid open te houden is in het tweede lid (thans derde lid) van artikel 10a opgenomen dat werkzaamheden met behoud van uitkering in een dergelijk traject voor een perio-

de van maximaal zes maanden niet mee worden genomen voor het maximum van twee jaar van een terugkeerbaan.'

*Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 24, p. 2 (Amendement Dittrich)*

Lid 2

'Dit amendement voorziet in een wettelijke verankering van de definitie van 'additionele werkzaamheden' als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, van de Wet werk en bijstand (WWB), artikel 38 van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) en artikel 38 van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ).

De gehanteerde criteria zijn achtereenvolgens:

- het doel: de additionele werkzaamheden moeten gericht zijn op de arbeidsinschakeling (reïntegratie) van de belanghebbende;
- de verantwoordelijkheid voor de verrichte werkzaamheden: deze berust bij het college van burgemeester en wethouders in het kader van hun opdracht in resp. de WWB, IOAW en IOAZ: en

- de aard van de werkzaamheden: naast of in aanvulling op reguliere arbeid vindt geen verdringing plaats op de arbeidsmarkt en de ten gevolge van de werkzaamheden geleverde goederen en diensten (...).'

*Kamerstukken 2007/08, 31 577, nr. 3, p. 12 (MvT)*

Lid 8 tot en met 10

'Het is van belang dat regelmatig wordt gekeken naar het functioneren van de betrokkene en wordt bezien of de participatieplaats nog steeds de juiste weg naar werk is. Daarom zijn in de wet beoordelingsmomenten ingebouwd (...).'

Ook hieruit volgt dus dat rechtens onjuist en zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is dat het hof overweegt dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening en dat niet van doorslaggevende betekenis is voor de beoordeling van de in geschil zijnde vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan dat sprake is geweest van voor de gemeente productieve arbeid, nu juist wel van belang is dat er (vrijwel) uitsluitend sprake is geweest van productieve arbeid omdat daarmee aan die participatieovereenkomst een wezenlijk andere, met de parlementaire geschiedenis en met de wet strijdige invulling wordt gegeven, die in feite neerkomt op het onder dreiging van een straf tegen vergoeding of bijstandsniveau met een kleine premie laten verrichten van regulier werk dat anders door een uitzendkracht tegen een normaal salaris was gedaan, hetgeen in casu dwangarbeid oplevert, waarop in onderdeel 2.3 nader zal worden ingegaan.

2.1-IV Het hof miskent bovendien niet alleen in rov. 3.5 maar ook overigens in rov. 3.4 t/m 3.7, waarin het hof het beroep op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW afwijst, dat de door het hof in rov. 3.4 aange-

haalde verplichting van de gemeente die gericht is op ondersteuning bij arbeidsinschakeling zich niet verhoudt met hetgeen in onderdeel 2.1.2 sub a t/m k is aangehaald, kort gezegd dat [betrokkene] gedwongen was reguliere arbeid te verrichten (in plaats van dat er sprake was van additionele werkzaamheden) en daar niet regulier voor werd betaald, terwijl daartoe wel vacatures voorhanden waren en ook met uitzendkrachten werden ingehuurd, alsook dat door haar inzet een (duurdere) uitzendkracht werd uitgespaard, zodat de stellingen onder 2.1.2 sub a t/m k er op neerkomen dat de gemeente willens en wetens misbruik heeft gemaakt van het participatietraject,<sup>46</sup> in het bijzonder op het moment dat zij zelf beschikte over vacatures, daar vervolgens ook op werd gewezen door [betrokkene], maar [betrokkene] desalniettemin verplichtte op basis van een bijstandsuitkering met 'premie' haar werkzaamheden voort te zetten voor de gemeente. Indien het hof dit niet heeft miskend, heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, da wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.1-V Het hof miskent voorts in rov. 3.5 dat de aldaar aangehaalde MvT en de bedoeling van de wetgever niet kan afdoen aan het in onderdeel 2.1-I t/m 2.1-1-IV gestelde, te weten dat de beleidsvrijheid van de gemeente niet zover kan gaan dat een gemeente een werker/werknemer langere tijd kan verplichten onder dreiging van korting of stopzetting van een uitkering reguliere arbeid te verrichten in een situatie waarbij die werker ook gehouden blijft die werkzaamheden te verrichten – eveneens op straffe van inhouding of korting van de uitkering indien er voor die werknemer regulier betaalde werkzaamheden voorhanden zijn maar niet aan die werknemer worden gegund. Ook hierop zal in onderdeel 2.3 nader worden ingegaan.

2.1-VI Het slagen van één of meer van de bovengenoemde klachten vitiëert naast rovv. 3.6 en 3.7 ook rovv. 3.8 t/m 3.12 en het dictum.

Geen overeenstemmende partijbedoeling bij gedwongen afwijkende constructie

2.2 Rechts onjuist, althans zonder nadere toelichting is onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof in rovv. 3.4 t/m 3.7, waarin het hof oordeelt dat er tussen de gemeente en [betrokkene] geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan onder meer omdat de partijbedoeling daarvoor ontbreekt en omdat niet aan alle vereisten van artikel 7:610 BW is voldaan. In het bijzonder is dit onderdeel gericht tegen rov. 3.6, waarin het hof overweegt:

'3.6. Niet kan worden geconcludeerd dat ten tijde van de plaatsing van [betrokkene] in het participatietraject de bedoeling van partijen is geweest om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Zoals gezegd, vond het participatietraject

zijn grondslag in de Participatiewet, voorheen de WWB, een publiekrechtelijke wet. Op grond daarvan hebben partijen, op initiatief van de gemeente, een tweetal plaatsingsovereenkomsten gesloten. In deze plaatsingsovereenkomsten is overeengekomen dat [betrokkene] tijdens de plaatsingsperiode bij het UWV Werkbedrijf als werkzoekende ingeschreven zou blijven en dat de overeenkomsten zouden worden beëindigd in geval van hel aanvaarden van regulier werk. Hiermee staat vast dat het in ieder geval niet de bedoeling van (het college van) de gemeente is geweest om met [betrokkene] een arbeidsovereenkomst aan te gaan. In dit verband stelt het hof vast dat gelet op de inhoud van de in r.o. 2.14, 2.17 en 2.18 aangehaalde en weergegeven e-mails van [betrokkene], aangenomen moet worden dat het [betrokkene] duidelijk was dat zij destijds niet op basis van een arbeidsovereenkomst niet de gemeente werkzaam was. Ook als ervan wordt uitgegaan dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's heeft verricht – wat de gemeente gemotiveerd heeft betwist zoals hierna aan de orde zal komen – en dat tijdens haar plaatsingsperiode uitzendkrachten dezelfde functie als [betrokkene] hebben vervuld, maakt dat gelet op de hiervoor in r.o. 3.5 aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis nog niet zonder meer dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken. Daarnaast heeft te gelden dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van [betrokkene] en de aan [betrokkene] na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen, anders dan [betrokkene] heeft betoogd, niet als zodanig worden aangemerkt. De stelling van [betrokkene] dat tijdens de plaatsingsperiode een gezagsverhouding tussen de gemeente en [betrokkene] heeft beslaan, wat daarvan zij, is onvoldoende om een arbeidsovereenkomst aan te nemen te minder nu een gezagsverhouding ook in andersoortige arbeidsverhoudingen aan de orde kan zijn. Verder gaat de vergelijking met de stageovereenkomst niet op. Allereerst heeft een stageovereenkomst een ander(e) doel en strekking dan een plaatsingsovereenkomst met betrekking tot een participatieplaats. Daarnaast miskent [betrokkene] met haar betoog dat met een participatieplaats de arbeidsinschakeling – al dan niet in productieve arbeid – ten behoeve van de uitkeringsgerechtigde geschiedt.'

En de daarop voortbouwende rov. 3.7:

'3.7. De slotsom is dat [betrokkene] haar werkzaamheden in de periode van 11 april 2014 tot 12 april 2015 niet in het kader van een arbeidsovereenkomst tussen partijen naar burgerlijk recht als bedoeld in artikel 7:610 BW heeft verricht. De grieven 1 en 2 treffen geen doel.'

<sup>46</sup> Zie in het bijzonder onderdeel 2.1.2 sub d (MvG punten 4.17 en 4.18).

Dit om navolgende, ook in onderling verband te lezen redenen.

2.2.1 [betrokkene] heeft zich – kort gezegd, zie hierboven onderdeel 2.1.2 sub a t/m k, op het standpunt gesteld dat aan alle voorwaarden voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst is voldaan en dat van een gezamenlijke partijbedoeling tot het twee maal aangaan van een participatieovereenkomst, waarbij met behoud van een bijstandsuitkering telkens 6 maanden 32 uur in de week reguliere arbeid als Service Desk Medewerker diende te worden verricht, niet kan worden gesproken omdat [betrokkene] geen keus en geen onderhandelingspositie had. Dit brengt mee dat, in haar visie, er geen sprake is van een situatie als in het arrest *Groen/Schoevers*, te weten dat beide partijen willens en wetens (en vrijwillig) hebben ingestemd met een andersoortige arbeidsverhouding dan een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

2.2.2 Vooropgesteld zij het navolgende. Alvorens een rechter aan de kwalificatie kan toekomen moet de rechtsverhouding eerst worden vastgesteld en uitgelegd. De arbeidsrechtelijke uitlegjurisprudentie kan niet los worden gezien van die ter zake van het uitleggen van 'gewone' overeenkomsten. In de memorie van grieven wordt naar A-G Huydecoper verwezen naar de zogenaamde 'holistische benadering'.<sup>47</sup> Dat is echter niets anders dan de toepassing van het *Haviltex*-criterium. Voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, en zo ja, wat de bereikte wilsovereenstemming exact inhoudt als ook hoe een schriftelijke overeenkomst moet worden uitgelegd geldt de *Haviltex*-norm, zoals geformuleerd in het *Haviltex*-arrest.<sup>48</sup> In dat arrest overwoog de Hoge Raad:

'De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.'

In latere jurisprudentie is uitgemaakt dat steeds alle omstandigheden van het geval bepalend zijn.<sup>49</sup> Het *Haviltex*-criterium geldt ook voor mondelinge over-

eenkomsten.<sup>50</sup> Het gaat dus, heel kort gezegd, om de *bedoeling van partijen* bij het aangaan van de overeenkomst. Datgene wat partijen bij het aangaan voor ogen heeft gestaan en wat partijen over en weer uit elkaars uitlatingen en gedragingen hebben mogen afleiden bepaalt uiteindelijk welke rechtsfeiten door de rechter moeten worden gekwalificeerd.

Arbeidsrechtelijke uitleg en kwalificatie:  
het arrest *Groen/Schoevers*<sup>51</sup>

2.2.3 De *arbeidsrechtelijke* invulling van het *Haviltex*-arrest is terug te vinden in het arrest *Groen/Schoevers*.<sup>52</sup> De casus was als volgt. Schoevers zocht een docent voor haar opleidingsinstituut en vond in belastingadviseur Groen een geschikte kandidaat. Die gaf bij aanvang aan *zelf* de voorkeur te hebben voor het werken als docent op factuurbasis via zijn commanditaire vennootschap, waarna een mondelinge overeenkomst werd gesloten op basis waarvan de vof van Groen factureerde voor de werkzaamheden van Groen. Nadat Schoevers de overeenkomst na enkele jaren had beëindigd, beriep Groen zich op de aanwezigheid van (alle elementen van) een arbeidsovereenkomst. In het cassatiemiddel gaf de cassatieadvocaat van Groen, met betrekking tot de toetsingsmaatstaf het volgende aan:

'Vooropgesteld daarbij zij, dat de inhoud van de overeenkomst, en de verplichtingen die de bij die overeenkomst betrokken partijen daarbij over en weer op zich namen, in ieder geval mede, en mogelijk ook, althans soms, doorslaggevend aan de hand van de bedoeling van partijen – nader geobjectiveerd gelijk in art. 3:35 BW – en in rov. 10, 2e al., 1e volzin – aangegeven – dient te worden vastgesteld. Voor de daaropvolgende vraag, hoe de aldus inhoudelijk vastgestelde overeenkomst dient te worden gequalificeerd, is de bedoeling van partijen evenwel niet relevant. Althans en in ieder geval is de bedoeling van partijen in dit opzicht minder relevant, althans slechts één van de bij het oordeel daaromtrent in aanmerking te nemen factoren, en is het in ieder geval onjuist (ook) in dit opzicht doorslaggevende betekenis toe te kennen aan hetgeen partijen hebben beoogd, d.w.z. of zij hebben bedoeld een bepaalde benoemde overeenkomst, dan wel een andere te sluiten.

In concreto: ook al blijkt dat partijen hebben bedoeld geen arbeidsovereenkomst te hebben gesloten, doch blijkt dat de overeenkomst die zij de facto zijn aangegaan, alle kenmerken van een arbeidsovereenkomst bezit, dan zal hun overeenkomst, in weerwil van hun bedoeling – waaraan

50 HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, NJ 2009, 397 (Voor *Gezonde Konkurrentie*): rov. 3.4.2 Naar het middel met juistheid betoogt, komt het ook bij de uitleg van een mondelinge overeenkomst aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de door hen gebezigde bewoordingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

51 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

52 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

47 MvG punten 3.20 en 4.5.

48 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635.

49 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:13Y8:101, NJ 2013, 14 (Lundiform/Mex).

dan in ieder geval geen doorslaggevende betekenis toekomt — als arbeidsovereenkomst moeten worden gequalificeerd.’

Voor wat partijen bij het aangaan voor ogen heeft gestaan geldt, aldus het middelonderdeel, uitsluitend voor de vraag welke elementen zijn overeengekomen en niet de kwalificatie van de uitkomst van dat onderzoek. Het deelt dus de kwalificatie in ‘twee trappen’ in. Voor de eerste geldt *Haviltex* en voor de tweede niet. Dat het middel dit beoogt is in lijn met hetgeen Verhulp later in zijn noot onder het arrest *Thuiszorg Rotterdam/PGGM*<sup>53</sup> over de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst als bedoeling van de wetgever signaleert:

‘(...) Het staat partijen niet vrij een overeenkomst die voldoet aan de eisen van een arbeidsovereenkomst anders te benoemen om daarmee toepassing van titel 10 van boek 7 BW te voorkomen. De wetgever heeft bewust de definiëring van de arbeidsovereenkomst buiten de macht van partijen gesteld. De gedachte daarachter is dat als de mogelijkheid zou bestaan voor de werknemer afstand te doen van de hen toekomende arbeidsrechtelijke bescherming, de werkgever hem daartoe door zijn economische overwicht ook zou (kunnen) dwingen. Als een van de partijen zich verbindt om in dienst van de andere partij tegen loon arbeid te verrichten, is daarmee voldaan aan de elementen van artikel 7:610 BW, en is er dus sprake van een arbeidsovereenkomst, ongeacht de benaming die partijen aan de overeenkomst geven en ongeacht de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst.’

Deze leer wordt ook wel aangeduid als de ‘wezen gaat voor schijn’-doctrine.<sup>54</sup> De Hoge Raad stelt eerst de feiten vast, te weten dat er door de onderneming van Groen werd gefactureerd en dat dit op verzoek van Groen heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad oordeelt dan (gecursiveerd door mij-HJWA):

‘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.*

*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.’*

Vervolgens kijkt de Hoge Raad ook nog hoe de rechtbank als appelrechter daaraan invulling heeft gegeven (gecursiveerd door mij-HJWA):

‘De Rechtbank heeft in het onderhavige geval onderzocht op welke wijze partijen hun overeenkomst hebben ingericht, welk onderzoek haar tot de slotsom heeft geleid dat niet van een arbeidsovereenkomst sprake was. Daarbij is de Rechtbank met juistheid ervan uitgegaan 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 bezien.

*Aldus heeft de Rechtbank in de eerste plaats vastgesteld dat de door Schoevers voor de arbeid van Groen verschuldigde tegenprestatie op grond van hetgeen partijen daaromtrent hebben geregeld en de wijze waarop zij aan die regeling uitvoering hebben gegeven (rov. 9), zodanige afwijkingen vertoont van hetgeen met betrekking tot loon bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, dat geen sprake was van loon als bij een arbeidsovereenkomst tussen Schoevers en Groen zou passen.’*

Op grond van het feit dat er geen loon met inhoudingen werd betaald, maar — op verzoek van Groen — facturen werden gestuurd, stelt de rechtbank vast als een aanwijzing dat er dat geen sprake was van loon. Aldus ontbreekt al één ‘indicator’ van (thans) artikel 7:610 BW. Hier wordt zowel getoetst wat partijen vooraf hebben geregeld als hoe partijen daaraan uitvoering hebben gegeven. Daar blijft het echter niet bij. Ook met betrekking tot de gezagsverhouding is de rechtbank van oordeel dat die niet voldoet aan de eisen die aan een arbeidsovereenkomst worden gesteld (gecursiveerd door mij-HJWA):

‘Vervolgens heeft de Rechtbank in rov. 11 van haar vonnis de vraag onder ogen gezien of sprake was van een zodanige gezagsverhouding — welk kenmerk sedert de inwerkingtreding van titel 10 van Boek 7 BW besloten ligt in de zinsnede ‘in dienst van de andere partij’ in art. 7:610 BW — dat niettemin van een arbeidsovereenkomst moet worden gesproken, welke vraag de Rechtbank ontkennd heeft beantwoord. *Zij heeft de omstandigheid dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig diende te zijn en door Schoevers gegeven richtlijnen diende te respecteren, in het licht van de overige door haar vastgestelde omstandigheden onvoldoende geacht voor een bevestigende beantwoording van voormelde vraag, waarbij zij kennelijk en met juistheid mede van betekenis heeft geacht dat ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven (vgl. art. 7:402 BW).’*

Daarbij wordt rekening gehouden met wat deze partij mocht begrijpen en verwachten (*Haviltex*):

53 HR 13 juli 2007, NJ 2007,449 m.nt. E. Verhulp.

54 Zie nader: Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/11d.

'Door op grond van deze overwegingen — waar-  
bij de Rechtbank kennelijk mede rekening heeft  
gehouden met de maatschappelijke positie van  
Groen en met name in aanmerking heeft genomen  
dat de wijze van betaling van de tegenprestatie op  
zijn initiatief is tot stand gekomen — in onderling  
verband bezien tot de slotsom te komen dat tus-  
sen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft  
bestaan, heeft de Rechtbank niet blijkt gegeven van  
een onjuiste rechtsopvatting.'

2.2.4 De Hoge Raad oordeelt dus dat het al in de  
eerste trap (wat er ten aanzien van de elementen is  
beoogd) mis gaat voor Groen. Daarbij speelt mee  
dat hij dit zelf zo heeft geïnitieerd en ook dat hij ge-  
let op zijn opleiding en maatschappelijke positie de  
consequenties daarvan moet hebben kunnen over-  
zien. Ook dat strookt met de invulling van *Haviltex*:  
wat heeft deze partij in redelijkheid kunnen en mogen  
begrijpen. Dat ligt voor een belastingadviseur  
beduidend anders dan voor een werknemer op  
MBO niveau. De kern van deze *Groen/Schoevers-doc-  
trine* is dus dat wanneer de werker zelf beoogt om  
iets anders dan een arbeidsovereenkomst als be-  
doeld in artikel 7:610 BW overeen te komen, die  
mogelijkheid er moet zijn. Daarvan is uiteraard geen  
sprake bij contractsdwang. In een dergelijk geval is  
er geen sprake van een (zuivere) wil van de partij die  
tot het sluiten van, in casu, een participatieovereen-  
komst wordt gedwongen op straffe van een korting  
of inhouding van de bijstandsuitkering. Dit wordt in  
de navolgende klachten verder uitgewerkt.

#### Klachten

2.2-1 Het hof miskent door te oordelen in rov. 3.6:  
'Niet kan worden geconcludeerd dat ten tijde  
van de plaatsing van [betrokkene] in het partici-  
patietraject de bedoeling van partijen is geweest  
om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan.  
Zoals gezegd, vond het participatietraject zijn  
grondslag in de Participatiewet, voorheen de  
WWB, een publiekrechtelijke wet. Op grond  
daarvan hebben partijen, op initiatief van de ge-  
meente, een tweetal plaatsingsovereenkomsten  
gesloten. In deze plaatsingsovereenkomsten is  
overeengekomen dat [betrokkene] tijdens de  
plaatsingsperiode bij het UWV Werkbedrijf als  
werkzoekende ingeschreven zou blijven en dat  
de overeenkomsten zouden worden beëindigd  
in geval van het aanvaarden van regulier werk.  
Hiermee staat vast dat het in ieder geval niet de  
bedoeling van (het college van) de gemeente is  
geweest om met [betrokkene] een arbeidsover-  
eenkomst aan te gaan. In dit verband stelt het  
hof vast dat gelet op de inhoud van de in r.o. 2.14,  
2.17 en 2.18 aangehaalde en weergegeven e-  
mails van [betrokkene], aangenomen moet wor-  
den dat het [betrokkene] duidelijk was dat zij  
destijds niet op basis van een arbeidsovereen-  
komst niet de gemeente werkzaam was.'

i dat in onderhavige zaak is betoogd dat er geen  
sprake is van een overeenstemmende partijbedoe-

ling (zie onderdeel 2.1.2 sub i<sup>55</sup>) omdat [betrokkene]  
geen mogelijkheid had om te weigeren, niet kon on-  
derhandelen over haar positie en zelfs korting of in-  
trekking van haar bijstandsuitkering riskeerde als zij  
niet volledig zou meewerken (zie onderdeel 2.1.2  
sub a). Het is een in het arbeidsrecht veel voorko-  
mende situatie, dat een werkgever het werk uitslui-  
tend aanbiedt op een wijze waarbij de werknemer  
moet instemmen met een andere rechtsvorm dan  
een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld via pay-  
rolling of een zzp-constructie. Daarvan zou dan nog  
met enige goede wil kunnen worden betoogd dat de  
werknemer geen contracteerplicht zodat hij of zij  
niet had *hoeven* instemmen, al zijn ook dan gevallen  
denkbaar dat de betrokken werknemer weinig keus  
heeft omdat er geen alternatief is. In onderhavig  
geval is er echter weldegelijk voor [betrokkene] een  
contracteerplicht geweest. Dit is ook met zoveel  
woorden door [betrokkene] bepleit (zie onderdeel  
2.1.2 sub a en i).

In een dergelijk geval van contracteerplicht of  
-dwang op straffe van korting of inhouding van een  
bijstandsuitkering kan en mag geen, althans weinig  
waarde worden gehecht aan de onder invloed daar-  
van door partijen gesloten schriftelijke overeen-  
komst, 'Participatieovereenkomst' genaamd en doet  
ook het publiekrechtelijke karakter daarvan niet ter  
zake. In dat geval zal de (werkelijke) partijbedoeling  
moeten afgeleid uit de wijze waarop partij-  
en aan die overeenkomst invulling hebben. Aldus is  
rechtens onjuist, althans zonder nadere toelichting  
onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat niet kan  
worden geconcludeerd dat ten tijde van de plaat-  
sing van [betrokkene] in het participatietraject de  
bedoeling van partijen is geweest om (ook) een ar-  
beidsovereenkomst aan te gaan. Een (gezamenlijke)  
bedoeling kan immers niet worden afgeleid uit het  
feit dat één van de twee partijen gedwongen is op  
straffe van inhouding van zijn toch al niet riante uit-  
kering een overeenkomst te tekenen.

Evenmin is daarbij van belang dat het participatie-  
traject zijn grondslag vindt in de Participatiewet,  
voorheen de WWB, een publiekrechtelijke wet, nu  
de stelling nu juist is (zie onderdeel 2.1.2 sub b, c, d  
t/m g) dat de gemeente die participatieplaats voor  
een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor die  
wettelijk en door de wetgever is bedoeld (zie ook  
onderdeel 2.1), zodat ook op dit punt het hof hetzij  
uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij het  
oordeel onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemo-  
tiseerd is.

Ook ten aanzien van het oordeel dat *partijen*, op ini-  
tiatief van de gemeente, een tweetal plaatsingsover-  
eenkomsten gesloten waarin is overeengekomen  
dat [betrokkene] tijdens de plaatsingsperiode bij het  
UWV Werkbedrijf als werkzoekende ingeschreven  
zou blijven en dat de overeenkomsten zouden wor-  
den beëindigd in geval van het aanvaarden van re-  
gulier werk, miskent het hof de expliciete stelling  
dat er sprake was van dwangcontractering onder

55 MvG punten 4.12 t/m 4.14.



dreiging met straf (zie bijvoorbeeld onderdeel 2.1.2 sub a) zodat van een gezamenlijke partijbedoeling geen sprake is geweest (onderdeel 2.1.2 sub i).

Ook het oordeel dat 'hiermee vast staat dat het in ieder geval niet de bedoeling van (het college van) de gemeente is geweest om met [betrokkene] een arbeidsovereenkomst aan te gaan', miskent het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:610 BW, zodat ook op dit punt het hof van een onjuiste rechtsopvatting uitgaat, dan wel een onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven: het moge zo zijn dat de gemeente heeft gepoogd om artikel 7:610 BW te onzeilen door [betrokkene] reguliere werkzaamheden uit te laten vergoeden tegen een vergoeding van bijstand en een premie, maar dat laat onverlet dat voor de *werkelijke* bedoeling van de gemeente die aan de elementen van artikel 7:610 BW moet worden getoetst. In de visie van [betrokkene] heeft de gemeente met datgene waarop zij invulling heeft gegeven aan deze twee overeenkomsten, in werkelijkheid weldegelijk datgene beoogd wat aan alle elementen van artikel 7:610 BW voldoet.

Ook het oordeel dat in dit verband het hof vast stelt dat gelet op de inhoud van de in r.o. 2.14, 2.17 en 2.18 aangehaalde en weergegeven e-mails van [betrokkene], aangenomen moet worden dat het [betrokkene] duidelijk was dat zij destijds niet op basis van een arbeidsovereenkomst niet de gemeente werkzaam was, miskent dat dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW. Deze e-mails kunnen dan ook niet meer of anders worden beschouwd dan ingebrekestellingen en het voldoen aan de klachtplicht van artikel 6:89 BW: immers [betrokkene] is een leek op het gebied van arbeidsrecht en voelde 'aan haar water' dat er sprake was van een onjuist gebruik van de participatieplaats (zie bijvoorbeeld onderdeel 2.1.2 sub b t/m d en in het bijzonder MvG punten 4.17 en 4.18).

ii Het hof miskent in rov. 3.6 voorts dat, zoals Verhulp terecht in zijn noot onder *Thuiszorg/PGGM*<sup>56</sup> aanhaalt, de wetgever heeft willen voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming wordt weggecontracteerd door een werknemer een andersoortige constructie voor te leggen. Het arrest *Groen/Schoevers* moet daarom aldus worden begrepen dat de arbeidsrechtelijke bescherming niet *tegen de wil* van de werker wordt weggecontracteerd.<sup>57</sup> Onder het *tegen de wil wegcontracteren van arbeidsrechtelijke bescherming* valt dan tevens de situatie dat [betrokkene] door de feiten en omstandigheden *gedwongen* wordt om akkoord te gaan met een overeenkomst waarvan wordt afgeweken van het regime van artikel 7:610 BW, omdat zij, gelet op haar verplichtingen en positie als bijstandsgerech-

tigde, absoluut niet in de positie was om met de gemeente en haar vertegenwoordiger RBA te onderhandelen over de voorwaarden.<sup>58</sup> Het hof miskent aldus dat in dit geval dus niet over een gemeenschappelijke partijbedoeling kan worden gesproken, alsook dat in dat geval voor de vraag of er een arbeidsovereenkomst moet worden gekeken naar de wijze waarop partijen vervolgens invulling aan die overeenkomst hebben gegeven. In dat kader is dan ook rechtens onjuist en onbegrijpelijk dat het hof oordeelt dat niet kan worden geconcludeerd dat ten tijde van de plaatsing van [betrokkene] in het participatietraject de bedoeling van partijen is geweest om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan, nu er juist van niet van een gezamenlijke bedoeling kan worden gesproken bij een dwangcontract en uit de wijze waarop partijen vervolgens invulling aan die overeenkomst hebben gegeven – te weten dat [betrokkene] dezelfde reguliere arbeid verrichtte als haar goed betaalde collega's, juist *wel* blijkt dat de gemeente heeft beoogd om per saldo een arbeidsovereenkomst aan te gaan, doch met het oogmerk om haar daar niet regulier voor te betalen.

iii Het hof miskent in rov. 3.6 voorts dat, zoals in de MvG in punt 2.6, verwijzend naar paragraaf 2 van de inleidende dagvaarding – onbetwist – is gesteld en waar het hof in rov. 3.6 nog verwijst naar de inhoud van de in r.o. 2.14, 2.17 en 2.18 aangehaalde en weergegeven e-mails van [betrokkene], dat [betrokkene] diverse pogingen heeft ondernomen om de gemeente te bewegen tot een betaalde dienstbetrekking en haar heeft gewezen op de mogelijkheden daartoe. Zie ondermeer punten 2.6 t/m 2.16, waarin onder overlegging van de bewuste correspondentie telkens door [betrokkene] wordt gewezen op het feit dat er vacatures zijn, dat zij daarvoor in aanmerking wenst te komen en dat de gemeente door dat telkens te weigeren willens en wetens regulier werk heeft laten doen tegen een uitkering op bijstandsniveau terwijl er links en rechts betaalde krachten werden ingehuurd door dezelfde gemeente. Daaruit volgt dat de gemeente, zeker vanaf het moment dat aan de haar toegewezen klantmanager [klantmanager] zij om aanstelling of normale honorering had gevraagd bekend was met de werkelijke partijbedoeling van [betrokkene]: zij was ten volle bereid om regulier werk te doen voor de gemeente, maar wenste daarvoor ook adequaat te worden betaald. Dit vitiëert ook rov. 3.9 waarin het hof het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid afwijst.

iv Het hof heeft dit alles dat in de subonderdelen i t/m iii is gesteld in rov. 3.6 en 3.7 hetzij bij de kwalificatievraag miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.2-II Het hof miskent voorts in rov. 3.6 waar het overweegt:

'Ook als ervan wordt uitgegaan dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden als haar betaalde col-

<sup>56</sup> HR 13 juli 2007, AV/2007, 449 m.n.t. E. Verhulp.

<sup>57</sup> Daarbij kan uiteraard worden gediscussieerd of daarvan sprake is indien een werkgever een functie louter openstelt voor zzp-ers. Die discussie speelt hier niet omdat vaststaat dat [betrokkene] op straffe van korting van haar toch al niet al te riante uitkering gehouden was hieraan mee te werken en dus feitelijk weigeren geen optie was.

<sup>58</sup> MvG punten 2.6 en 4.10 t/m 4.13.

lega's heeft verricht – wat de gemeente gemotiveerd heeft betwist zoals hierna aan de orde zal komen – en dat tijdens haar plaatsingsperiode uitzendkrachten dezelfde functie als [betrokkene] hebben vervuld, maakt dat gelet op de hiervoor in r.o. 3.5 aangehaalde tekst uit de wetsgeschiedenis nog niet zonder meer dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken.'

dat de wijze waarop partijen invulling hebben gegeven aan de overeenkomst mede bepalend is wat partijen *daadwerkelijk* voor ogen heeft gestaan,<sup>59</sup> hetgeen aan de zijde van de gemeente kennelijk is geweest dat [betrokkene] op gelijke wijze gedurende twee keer een half jaar werd ingezet op gelijke wijze als betaalde collega's,<sup>60</sup> terwijl zij, in tegenstelling tot die collega's daarvan van de gemeente slechts ter hoogte van een bijstandsuitkering werd betaald. Uitgaande van de hypothetisch feitelijke grondslag dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's heeft verricht, maakt in het geval van dwangcontractering op straffe van korting of inhouding van een bijstandsuitkering, dat er geen afwijkende gezamenlijke partijbedoeling die aan toetsing van de elementen van artikel 7:610 BW in de weg staat.

Indien het hof dit niet heeft miskend heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

Onjuiste rechtsopvatting loonbegrip art. 7:610 BW en tweede afdeling titel 10 boek 7 BW

2.2-III Het gaat hetzij uit van een onjuiste rechtsopvatting van het loonbegrip als bedoeld in onder meer art. 7:610 BW en in de tweede afdeling van titel 10 van Boek 7 BW, hetzij heeft het geen inzicht in zijn gedachtegang gegeven, dan wel is het oordeel onbegrijpelijk door te oordelen in rov. 3.6:

'Daarnaast heeft te gelden dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van [betrokkene] en de aan [betrokkene] na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen, anders dan [betrokkene] heeft betoogd, niet als zodanig worden aangemerkt.'

Ter toelichting en verdere uitwerking diene het navolgende.

Het door Uw Raad in HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 gehanteerde wordt gedefinieerd als 'de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid'. In navolging van Van Slooten zou als definitie ook kun-

nen gelden: 'de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd voor de bedongen en/of verrichte arbeid' (J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 3).<sup>61</sup>

Aan het loonelement is ook *voldaan als partijen een zeer lage beloning hebben afgesproken*. In dat verband zijn de door het hof gemelde 'premies' in dat kader reeds voldoende en zou de vraag of de uitkering in dit geval als loon moet worden beschouwd nu de gemeente die zowel werkgever als betaler van de bijstandsuitkering is, zelfs achterwege kunnen blijven.

Ook in geval van een zeer geringe vergoeding kan dus sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Doorslaggevend is of de werknemer recht heeft op een tegenprestatie voor de arbeid (of deze ontvangt). Zo was aan het loonvereiste voldaan in een zaak van een vakkenvuller die € 0,80 per uur verdiende (HR 15 maart 2013, *USZ* 2013/129). Niet behoeft te worden onderzocht of partijen de wijze waarop zij de tegenprestatie in hun overeenkomst feitelijk vorm hebben gegeven strookt met hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is. Aldus werd een arbeidsovereenkomst geconstateerd tussen een verpleeginrichting voor bejaarden en een bejaardenverzorgster die bijna dertig jaar fulltime werkzaamheden had verricht tegen kost en inwoning, een klein bedrag aan vakantiegeld en een kleine kerstgratificatie. Als gevolg hiervan moest met terugwerkende kracht over vijf jaar het loon conform de Cao bejaardentehuizen worden vergoed, inclusief toeslagen, in totaal een bedrag van tegen de f 400.000 (HR 12 oktober 2001, *JAR* 2001/217, *HuizeBethesda/Van der Vlies*).

Op zichzelf staat het overeenkomen van een lagere beloning dan de WMM toestaat, dus niet in de weg aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst (zie bijvoorbeeld HR 17 november 1980, *BNB* 1981/32). Indien een arbeidsovereenkomst aanwezig wordt geacht, verschaft dit de werknemer vervolgens een aanspraak op het minimumloon.

Anderzijds kan het voorkomen dat de overeengekomen beloning zo gering is dat zij niet als loon, maar als een vergoeding voor te maken onkosten moet worden aangemerkt (zie bijvoorbeeld HR 3 juni 1981, *NJ* 1982, 206). In dat geval is er geen arbeidsovereenkomst en dus geen aanspraak op minimumloon.

Een als zak- en kleedgeld aangemerkte vergoeding stond er niet aan in de weg dat sprake was van loon en een arbeidsovereenkomst met de *au pair* (Rb. Midden-Nederland 21 januari 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:1996*). De naam die partijen aan de tegenprestatie toekennen, is niet relevant (HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119 (*Beurspromovendi*): 'stipendium').<sup>62</sup>

59 MvG punt 4.12.

60 Nu het hof dit in het midden laat moet daar als hypothetisch feitelijke grondslag in cassatie van worden uitgegaan. Overigens miskent het hof het ter zake dienende en gespecificeerde bewijsaanbod op dit punt bij haar stelling dat de gemeente dit gemotiveerd zou hebben betwist, waarbij het dan kennelijk het oog heeft op artikel 149 Rv, daaromtrent wordt nog een separate klacht geformuleerd.

61 Kluwer Losbladige editie *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.4.1 op art 7:610 BW (A. Keizer-bew.).

62 Kluwer Losbladige editie *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.4.2 op art 7:610 BW (A. Keizer-bew.).

Overigens miskent het hof aldus oordelend in rov. 3.6 dat nu de door de gemeente bijstandsuitkering wordt gekort of zelfs ingetrokken<sup>63</sup> indien [betrokkene] niet volledig meewerkte aan (uitvoering van de) Participatieovereenkomst, er sprake is van een zodanig verband tussen de betaling van de door de gemeente uitbetaalde bijstandsuitkering en de ten behoeve van de gemeente krachtens de Participatieovereenkomst verrichte arbeid, dat ook dit kwalificeert als loon in de zin van artikel 7:610 BW. Zie ook Kluwer Losbladige editie *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.4.3 op art 7:610 BW (A. Keizer-bew):

(...) Onder omstandigheden kan de overeenkomst tussen een uitkeringsgerechtigde enerzijds en de gemeente anderzijds aangemerkt worden als een arbeidsovereenkomst. De uitkeringsgerechtigde moet dan daadwerkelijk worden uitgeleend aan een reguliere werkgever waar hij, economisch gezien, waardevolle arbeid verricht. Zie A. Eleveld *TRA* 2017/38, onder verwijzing naar HR 8 juli 2016, *NTRF* 2016/1958 en *CRvB* 20 mei 2015, *USZ* 2015/233, r.o. 4.7.

Aldus is er zeker nu [betrokkene] voor de gemeente is ingezet voor reguliere werkzaamheden<sup>64</sup> en de gemeente dus als een reguliere werkgever kan worden aangemerkt,<sup>65</sup> anders dan het hof in de aangevallen passage van rov. 3.6 overweegt, weldegelijk sprake is van loon als bedoeld in artikel 7:610 BW en in de tweede afdeling van titel 10 van Boek 7 BW, zowel ten aanzien van de toegekende premies waarvan het hof spreekt, maar ook is het enerzijds de gemeente die de IOAW-uitkering verstrekt (en inhoudt wanneer [betrokkene] niet aan de Participatieovereenkomst meewerkt) en anderzijds is zij de werkgever binnen wiens muren zij [betrokkene] te werk stelt.<sup>66</sup> Er is dus een rechtstreeks verband, zowel ten aanzien van de betaling van de IOAW-uitkering, als de toegekende premies voor het naar behoren invulling geven aan de tussen partijen gesloten overeenkomst door [betrokkene], dit nog daargelaten dat de gemeente zowel werkgever is als betaler van de uitkering en de premie.

Het hof heeft dit alles in rov. 3.6 door te oordelen dat er geen sprake was van loon hetzij miskend, althans blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ter zake van het loonbegrip van onder meer artikel 7:610 BW, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

(Invulling van de)  
participatieovereenkomst voldoet niet  
aan de doelstelling

2.2-IV Het hof miskent door te oordelen in rov. 3.6:

Verder gaat de vergelijking met de stageovereenkomst niet op. Allereerst heeft een stage-

overeenkomst een ander(e) doel en strekking dan een plaatsingsovereenkomst met betrekking tot een participatieplaats. Daarnaast miskent [betrokkene] met haar betoog dat met een participatieplaats de arbeidsinschakeling – al dan niet in productieve arbeid – ten behoeve van de uitkeringsgerechtigde geschiedt.

allereerst het in onderdeel 2.1-1 t/m V reeds besproken en het volgende subonderdeel (2.2-V) nader uitgewerkte karakter van een participatieovereenkomst, nu dat, indien daar op juiste wijze invulling aan wordt gegeven, nu juist *wel* een vergelijking opgaat met een stageovereenkomst, nu het moet gaan op *additionele werkzaamheden*, er maatwerk moet worden geleverd en moet worden gemonitord. Dat betekent dat de activiteiten (werkzaamheden) per definitie tijdelijk van aard zijn én zich in verschillende opzichten moeten onderscheiden van de werkzaamheden die bij dezelfde werkgever worden verricht in dienstbetrekking. Dit kan door zorg te dragen voor een forse component scholing of training, of door het formuleren van toetsbare leerdoelen met specifieke afspraken over arbeidstijden tussenstappen en bemiddelingsactiviteiten.<sup>67</sup> Wanneer echter *per saldo* de nadruk ligt op het verrichten van reguliere arbeid dan kan er *juist* sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.<sup>68</sup> In een dergelijk geval kan dan ook niet langer worden gesproken – zeker wanneer die inschakeling voor lange duur plaatsvindt – van een arbeidsinschakeling die *ten behoeve van de uitkeringsgerechtigde geschiedt*, zoals het hof overweegt. Integendeel, zoals in het volgende subonderdeel verder wordt uitgewerkt, geschiedt die inschakeling dan in hoofdzaak *ten behoeve van de gemeente* teneinde op voordelige wijze langere tijd *de gemeente* te voorzien in een arbeidsplaats, hetgeen in de visie van [betrokkene] niet anders kan worden geduid dan het misbruiken van de regeling, althans het gebruiken van de regeling voor een ander doel dan waarvoor die bedoeld is.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat werkstages in het kader van de WWB met behoud van uitkering per definitie tijdelijk zijn<sup>69</sup> en doorgaans niet langer duren dan drie tot zes maanden.<sup>70</sup> Nog daargelaten de zeer lange staat van dienst van [betrokkene] en haar goede – gebleken – inzetbaarheid, motiveert het hof ook niet dat en waarom de participatieplaats voor een veel langere periode noodzakelijk was en waarom het van de gemeente niet kon of mocht worden verwacht dat zij in plaats van een uitzendkracht, [betrokkene] een tijdelijke betaalde baan aanbood. Ook dit kan [betrokkene] niet anders uitleggen dan het misbruiken van de re-

<sup>67</sup> MvG punt 4.15.

<sup>68</sup> MvG punt 4.19 verwijzen naar *Kamerstukken II* 1976/77, 14450, 1–2, p. 24; *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, 3, p. 140.

<sup>69</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 22870, 3, p. 39; Verzamelbrief SZW 2003, punt 10.

<sup>70</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, (no.1734) aanhangsel 3625 en A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 106.

<sup>63</sup> Vgl. MvG punt 4.10.

<sup>64</sup> Zie onderdeel 2.1.2 sub b t/m g.

<sup>65</sup> Waarop ook het in rov. 3.9 ten onrechte afgewezen bewijsoanbod ziet.

<sup>66</sup> Zie hieromtrent onderdeel 2.1.2 sub j.

geling, althans die gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bedoeld is.

Voorts miskent het hof aldus oordelend in rov. 3.6 en 3.7 dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.<sup>71</sup>

Verder miskent het hof in rov. 3.6 en 3.7 dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden gezien.<sup>72</sup> Aldus is voor de beoordeling hoe een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, niet de benaming<sup>73</sup> (Participatieovereenkomst) bepalend, wel maar hoe partijen aan die overeenkomst daadwerkelijk invulling hebben gegeven. Nu in dat kader laat het hof in rov. 3.6 in het midden de stelling dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden deed als haar betaalde collega's.

Het hof heeft dit alles in rov. 3.6 en 3.7 hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.2-V Het hof laat in rov. 3.5 t/m 3.7 en ook overigens in het aangevallen arrest onbesproken de expliciete stellingen van [betrokkene]<sup>74</sup> dat de plaatsing van de gemeente *niet beantwoordt aan de doelstelling van een participatieplaats*, omdat het- onder meer ter voorkoming van verdringing op de arbeidsmarkt — moet gaan om *additionele werkzaamheden*. Werken met behoud van een IOAW-uitkering dient zo vormgegeven te zijn dat er geen situatie is die vergelijkbaar is met een reguliere arbeidsovereenkomst.<sup>75</sup> Dit betekent dat de activiteiten (werkzaamheden) per definitie tijdelijk van aard zijn én zich in verschillende opzichten moeten onderscheiden van de werkzaamheden die bij dezelfde werkgever worden verricht in dienstbetrekking. Dit kan door zorg te dragen voor een forse component scholing of training, of door het formuleren van toetsbare leerdoelen met specifieke afspraken over arbeidstijden tussenstappen en bemiddelingsactiviteiten.<sup>76</sup> In dat kader heeft de gemeente 'de participatieplaats' — zeker achteraf gezien — gebruikt om de gevolgen van een tijdelijke vacaturestop in de aanloop naar een reorganisatie bij har te ondervangen.<sup>77</sup> Er was echter weldegelijk

sprake van verdringing, nu de werkzaamheden van [betrokkene] structureel van aard waren en er waren ook ten tijde van haar plaatsing meerdere vacatures (zie productie 9 bij MvG) voor de functie van Medewerker Servicedesk bij de gemeente, waarop uitzendkrachten zijn aangesteld.<sup>78</sup> Dat was ook reden voor [betrokkene] om herhaaldelijk aan de bel te trekken bij de gemeente omdat zij zag dat de gemeente regulier betaalde uitzendkrachten inzetten, terwijl zij met haar niet bereid was om eenzelfde constructie aan te gaan, te meer daar de gemeente belast is met de arbeidsinschakeling van [betrokkene] en er dus voor dient te zijveren dat zij uitstroomt naar regulier betaald werk.<sup>79</sup> Er was sprake van verdringing, door [betrokkene] de functie van Medewerker Servicedesk op basis van een 'participatieplaats' te laten verrichten in plaats dat dit werk zou worden verricht middels reguliere inhuur via een uitzendbureau.

2.2-VI Het slagen van één of meer van de bovengenoemde klachten vitiëert ook het oordeel van het hof in rov. 3.6, waarin het overweegt:

'De stelling van [betrokkene] dat tijdens de plaatsingsperiode een gezagsverhouding tussen de gemeente en [betrokkene] heeft beslaan, wat daarvan zij, is onvoldoende om een arbeidsovereenkomst aan te nemen te minder nu een gezagsverhouding ook in andersoortige arbeidsverhoudingen aan de orde kan zijn.'

Immers nu de gemeente [betrokkene] reguliere arbeid<sup>80</sup> heeft laten verrichten, gedurende zekere tijd (2 maal een halfjaar) tegen loon,<sup>81</sup> die zij persoonlijk diende te verrichten,<sup>82</sup> er vanwege de dwangcontractering<sup>83</sup> geen andere partijbedoeling aanwezig is,<sup>84</sup> terwijl de wijze waarop de gemeente invulling heeft gegeven aan de WWB en het sluiten van een participatieovereenkomst niet voldoet aan de eisen en voorwaarden die aan een participatieplaats worden gesteld.<sup>85</sup>

2.2-VII Het slagen van één of meer onderdelen van deze klacht maakt dat ook onderdeel 3.7 niet in stand kan blijven.

Schending verbod op verplichte arbeid zoals bedoeld in onder meer artikel 4 EVRM

2.3 Het hof miskent in rov. 3.4 t/m 3.7 en ook overigens in het aangevallen arrest het de stelling in onderdeel 2.1.2 sub h en de MvG punt 4.22 dat de IOAW-uitkering het karakter had van een vergoeding voor de verrichte arbeid en dat een omgekeerde benadering — dus dat er geen sprake is van een IOAW-uitkering tegenprestatie voor de voor de ge-

71 MvG punt 3.18.

72 HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 (Logidex).

73 Vgl. MvG 4.9.

74 Ondermeer in MvG punten 3.25, 3.26 en 4.15 t/m 4.23.

75 MvG punt 3.26.

76 MvG punt 4.15.

77 MvG punt 4.17.

78 MvG punt 4.18.

79 MvG punt 4.18.

80 Zie onderdeel 2.2-II en onderdeel.

81 Zie onderdeel 2.1-III en onderdeel 2.1.2 sub j.

82 Zij mocht zich immers niet laten vervangen, zie onderdeel 2.1.2 sub a.

83 Zie onderdeel 2.1.2 sub a.

84 Zie onderdeel 2.1-III, onderdeel 2.2-1 en onderdeel 2.1.2 sub i.

85 Zie onderdeel 2.2-V.

meente verrichte arbeid – niet tot een andere conclusie leidt, maar wel een bijkomende conclusie rechtvaardigt namelijk dat er in wezen sprake is van een vorm van dwangarbeid bij de gemeente.<sup>86</sup> Het hof miskent aldus ook dat de wijze waarop de gemeente invulling heeft gegeven aan de participatieplaats, door [betrokkene] onder dreiging van korting of inhouding van haar toch al niet riante bijstandsuitkering, dus door dreiging met een straf te dwingen door de gemeente voorgeschreven arbeid te verrichten (en dan zelfs zonder haar daar adequaat voor te belonen, dat wil zeggen tegen normaal voor dat werk gangbare tarieven), de gemeente zich in casu schuldig maakt overtreding van het verbod op verplichte arbeid,<sup>87</sup> zodat de daaraan ten grondslag liggende participatieovereenkomsten nietig zijn, althans in elk geval het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW niet opzij kunnen zetten.

Althans heeft het hof in rov. 3.4 t/m 3.7 bij de vraag of er tussen partijen sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht als bedoeld in artikel 7:610 BW het verbod op verplichte arbeid miskend,<sup>88</sup> als gevolg waarvan het bepaalde in artikel 7 lid 1 jo 9 lid 1 sub b en 10a WWB<sup>89</sup> c.q. de Participatiewet<sup>90</sup> in casu toepassing mist.

Indien het hof dit niet heeft miskend heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven. Ter toelichting en verdere uitwerking diene het navolgende.

Dreiging tot korting of intrekking van een bijstandsuitkering is een straf bij dwangarbeid

2.3.1 Vooropgesteld zij dat diverse verdragen alsook onze Grondwet een verbod op verplichte arbeid,<sup>91</sup> en het recht op vrije arbeidskeuze<sup>92</sup> kennen.

Geen van de verdragsbepalingen van het ESH, IVESCR, EVRM of IVBPR bevat een definitie van het begrip 'gedwongen of verplichte arbeid'. Comités en organen belast met het toezicht op naleving van deze verdragsbepalingen verband houdende met dit verbod verwijzen om die reden naar art. 2 lid 1 van Conventie nr. 29 van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Deze bepaling definieert het begrip 'gedwongen of verplichte arbeid' als 'eiken arbeid of dienst, welke van een persoon wordt gevorderd onder bedreiging met een of andere straf en waarvoor bedoelde persoon zich niet vrijwillig heeft aangeboden'.<sup>93</sup> Centrale elementen zijn (1) bedoelde persoon zich niet vrijwillig heeft aangeboden'.<sup>93</sup> Centrale elementen zijn (1) bedreiging met een straf en (2) het ontbreken van een wil. Wat betreft 'de bedreiging van en straf merken Eleveld en Dermine<sup>94</sup> op dat, blijkende uit de totstandkomingsgeschiedenis van de IAO-Conventie 29, een straf (mede) kan bestaan uit het verlies van een recht, een voordeel of een privilege'.<sup>95</sup> Bovendien hebben IAO-organen vastgesteld dat de straf niet alleen fysiek en psychologisch, maar ook financieel van aard kan zijn.<sup>96</sup> Hieruit volgt dat een financiële maatregel opgelegd aan een bijstandgerechtigde onder het begrip 'straf' kan vallen.<sup>97</sup> Aannemelijk is dat het ontbreken van een wil aan de orde is op het moment dat een partij zonder die dwang of dreiging met een straf die overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

Artikel 94 Gw bepaalt dat Nederlandse wetgeving niet van toepassing is als deze in strijd is met internationale verdragen.<sup>98</sup> De rechter dient ambtshalve het toepasselijke recht te toetsen en dus ook na te gaan of een bepaalde regeling in strijd is met een rechtstreeks werkend verbod uit een verdrag. In dit verband kennen artt. 2 ESH, 5 lid 1 en 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en met art. 4 EVRM een verbod op dwangarbeid die rechtstreekse werking hebben in Nederland. Deze zijn bovendien van openbare orde.

<sup>86</sup> MvG punt 4.22.

<sup>87</sup> Zoals te vinden is in het Europees Sociaal Handvest (ESH) artikel 2, het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR), artikel 4 lid 2 en 3 EVRM en artikel 8 lid 3 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR). Verder is dit verbod uiteraard te vinden in artikel 19 Grondwet (Gw) maar dat speelt hier geen rol.

<sup>88</sup> Europees Sociaal Handvest (ESH) artikel 1 lid 2 en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) kennen het verbod op gedwongen of verplichte arbeid (dwangarbeid). Zie verder ook Artikel 4 lid 2 en 3 EVRM en artikel 8 lid 3 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR). Verder is dit verbod uiteraard te vinden in artikel 19 Grondwet (Gw).

<sup>89</sup> Geldend tot 1 januari 2015.

<sup>90</sup> Geldend vanaf 1 januari 2015.

<sup>91</sup> Europees Sociaal Handvest (ESH) artikel 1 lid 2 en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) kennen het verbod op gedwongen of verplichte arbeid (dwangarbeid). Zie verder ook Artikel 4 lid 2 en 3 EVRM en artikel 8 lid 3 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR). Verder is dit verbod uiteraard te vinden in artikel 19 Grondwet (Gw).

<sup>92</sup> Art. 6 lid 1 IVESCR en artikel 1 lid 2 ESH geven beiden een ruimere werking dan artikel 19 lid 3 Gw aan het recht op vrije arbeidskeuze.

<sup>93</sup> Stv. 1933, 236. Zie ook A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85.

<sup>94</sup> Stv. 1933, 236. Zie ook A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85.

<sup>95</sup> A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85.

<sup>96</sup> IAO, 1930, *Record of Proceedings*, ILC, 14th session, Geneva, p. 691.

<sup>97</sup> IAO, 2005, Report of the Director General of the ILO, *A global Alliance Against Forced labour*, Global Report under the Follow-up tot the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, report I (B), ILC, 93rd session, par 14.

<sup>98</sup> A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85.

<sup>99</sup> Zie bijvoorbeeld HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51: 'Tegen beslissingen van het gerechtshof is geen hogere voorziening toelaten. Deze bijzondere, van art. 78 Wet RO afwijkende, wettelijke regeling blijft op grond van art. 94 Gw buiten toepassing indien de toepassing daarvan niet verenigbaar is met art. 6 EVRM.'

Participatieplaats mag geen regulier

werk zijn en er moeten 'exit-opties' zijn

2.3.2 Zoals in onderdeel 2.1-1 t/m V en 2.2-V al uiteen is gezet voldoet de Participatieovereenkomst die [betrokkene] met de gemeente heeft gesloten niet aan de voorwaarden die de wetgever daaraan stelt. Het gaat hier, als gezegd om een re-integratieplaatsing, zodat de additionele werkzaamheden daarop zijn gericht. In dat kader heeft de wetgever zelfs in het geval die re-integratie niet in beeld is, maar de werkzaamheden het karakter hebben om 'iets terug te doen als tegenprestatie voor de bijstandsuitkering' de uitdrukkelijke opdracht dat het niet mag gaan om reguliere werkzaamheden.<sup>99</sup>

2.3. Tegenprestatie naar vermogen Doel en strekking

Het onderhavige wetsvoorstel geeft voorts invulling aan de wens van de regering om een tegenprestatie te verlangen van mensen die een beroep op de solidariteit van de samenleving doen. Dit is ook in het belang van betrokkene, omdat deze zo invulling geeft aan zijn maatschappelijke betrokkenheid.

Dit wetsvoorstel voorziet in de bevoegdheid van colleges om mensen met een algemene bijstandsuitkering of een uitkering op grond van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) of Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ) te verplichten om onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden te verrichten. Op grond van de huidige artikelen 9 van de WWB en 37 van de IOAW en IOAZ bestaat al de plicht om algemeen geaccepteerde arbeid te verkrijgen en deze te aanvaarden of een voorziening gericht op arbeidsinschakeling te aanvaarden. De voorgestelde wetsbepaling voegt daaraan toe de plicht om naar vermogen een tegenprestatie te verrichten, ook als die niet direct samenhangt met arbeidsinschakeling. De tegenprestatie kent geen verplichte samenloop met een re-integratietraject.

De onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden die als tegenprestatie opgedragen kunnen worden, zullen naar hun aard niet direct gericht hoeven te zijn op toeleiding tot de arbeidsmarkt. *Tevens mogen ze niet in de weg staan aan acceptatie van algemeen geaccepteerde arbeid of aan de re-integratie gericht op arbeidsinschakeling, aangezien het uitgangspunt «werk boven uitkering» vooropstaat. De omvang van de werkzaamheden en de duur in de tijd dienen daarom in de regel beperkt te zijn.*

Dit kan verschillen naar gelang personen tijdelijk ontheven zijn van een of meer van de verplichtingen als genoemd in artikel 9 van de WWB of artikel 37 van de IOAW of IOAZ. *Naar hun aard dienen onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden een zodanig karakter te*

*hebben, dat deze worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid in de organisatie waarin ze worden verricht en niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt.* Daarnaast geldt dat de werkzaamheden door de uitkeringsgerechtigde verricht moeten kunnen worden (het opdragen van werkzaamheden «naar vermogen»). Het college bepaalt aan de hand van de individuele omstandigheden en de voorhanden zijnde onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden, de aard, de duur en de omvang van de tegenprestatie. Immers niet alle onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden kunnen aan elke uitkeringsgerechtigde worden opgedragen. Het college is bij uitsteek verantwoordelijk voor het maken van dit soort afwegingen. De regering wil daar niet in treden.

*De maatschappelijk nuttige werkzaamheden in het kader van de tegenprestatie dienen zich te onderscheiden van werkzaamheden die tot de reguliere arbeidsmarkt behoren.* Bij werkzaamheden die in het kader van de tegenprestatie opgedragen kunnen worden gaat het altijd om additionele onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden. *Terwijl voor werkzaamheden op de reguliere arbeidsmarkt de bereidheid bestaat voor deze werkzaamheden loon te betalen.* Het onderscheid tussen betaalde en onbetaalde werkzaamheden is afhankelijk van onder meer economische factoren en van keuzes die mede op basis daarvan door het bedrijfsleven en of de overheid worden gemaakt.

De relatie tussen de tegenprestatie en de participatieplaats is dat het gaat om twee verschillende instrumenten die gemeenten tot hun beschikking hebben c.q. krijgen om een uitkeringsgerechtigde te laten participeren. Beide instrumenten richten zich op het verrichten van werkzaamheden met behoud van uitkering waarbij het karakter van de werkzaamheden additioneel is. Beide instrumenten zijn ook duidelijk van elkaar te onderscheiden. *De werkzaamheden op een participatieplaats dienen primair nuttig te zijn voor de ontwikkeling van betrokkene richting de arbeidsmarkt. De werkzaamheden in het kader van de tegenprestatie worden daarentegen verricht omdat van de uitkeringsgerechtigden op grond van de WWB, IOAW of IOAZ een tegenprestatie voor de uitkering die nuttig is voor de samenleving wordt verwacht.* In het verlengde hiervan is aan de tegenprestatie geen scholing of een opleiding gekoppeld. Dit instrument is immers niet bedoeld als reintegratie instrument. Verder zal het leveren van een tegenprestatie vaak werkzaamheden van korte duur omvatten, terwijl een participatieplaats voorziet in werken voor een langere periode van maximaal twee jaar met, onder omstandigheden, een verleningsmogelijkheid. Een laatste verschil is dat voor het werken op een participatieplaats de gemeente een premie zal toekennen aan de uitkeringsgerechtigde indien hij voldoende heeft

<sup>99</sup> Kamerstukken II 2010/011, 32 815, nr. 3, p. 14-15.

meegewerkt aan het vergroten van zijn kans op arbeidsinschakeling, terwijl dat niet het geval is bij het verrichten van een tegenprestatie.'

Ook ten aanzien van de Participatiewet is iets vergelijkbaars in de parlementaire geschiedenis opgenomen zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33801, 3, p 29–31 (gecursiveerd door mij-HJWA):

'7.3. Plicht tot tegenprestatie

De bijstand, IOAW en IOAZ zijn uitkeringen die bekostigd worden uit de algemene middelen die worden opgebracht door de samenleving. De regering is van oordeel dat het principe van de wederkerigheid (voor wat hoort wat) bij deze uitkeringen aansluit bij een meer participerende samenleving waarin iedereen naar vermogen bijdraagt en verantwoordelijkheid neemt. Niet alleen voor zijn eigen leven, maar ook voor de samenleving waarin hij leeft. Om mogelijk te maken dat iedereen die een beroep doet op genoemde uitkeringen, ook daadwerkelijk participeert, wordt de huidige bevoegdheid van het college om een tegenprestatie op te dragen aan deze uitkeringsgerechtigden omgezet in een verplichting voor alle colleges. De huidige WWB, IOAW en IOAZ voorzien in de bevoegdheid van colleges om mensen in de leeftijd van 18 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd te verplichten om onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden te verrichten.

Dit wetsvoorstel voorziet in de verplichting voor alle colleges beleid te formuleren om aan mensen, die een WWB-, IOAW- of IOAZ-uitkering ontvangen en de leeftijd van 18 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd hebben onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden als tegenprestatie voor de uitkering op te dragen en daar uitvoering aan te geven.

De regering is van oordeel dat de tegenprestatie voor de uitkeringsgerechtigden een gelegenheid is om te blijven participeren in de samenleving en om een sociale netwerk, arbeidsritme en regelmaat te behouden. Dit zijn ook noodzakelijke voorwaarden om de kansen op de arbeidsmarkt te vergroten.

De gemeenteraad krijgt de opdracht om bij verordening regels vast te stellen met betrekking tot de plicht tot tegenprestatie en de bij behorende maatregel. Het college legt geen tegenprestatie op aan personen die op grond van de sociale zekerheidswetgeving volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn. De plicht voor de uitkeringsgerechtigde om naar vermogen een tegenprestatie te verrichten, bestaat naast de overige verplichtingen genoemd in artikel 9, eerste lid, van de WWB, resp. artikel 37, eerste lid, van de IOAW en artikel 37, eerste lid, van de IOAZ. Het college kan bij dringende redenen in individuele gevallen een tijdelijke ontheffing verlenen van de verplichting om een opgedragen tegenprestatie te verrichten. *Het college dient bij weigering van de uitkeringsgerechtigde om de tegenprestatie te verrichten, op basis van het indi-*

*viduele geval de hoogte en de duur van de op te leggen maatregel te bepalen.*

Tevens mag een tegenprestatie het accepteren van passende arbeid of van re-integratie-inspanningen niet belemmeren. Immers, het uitgangspunt 'werk boven uitkering' staat voorop.

De regering beoogt de colleges enerzijds de verantwoordelijkheid te geven om een tegenprestatie op te dragen en anderzijds om voldoende ruimte te geven om waar nodig maatwerk mogelijk te maken.

*De tegenprestatie dient te bestaan uit onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden.* De colleges hebben de beleidsvrijheid om invulling te geven aan de aard van de maatschappelijk nuttige werkzaamheden. De concrete invulling is mede afhankelijk van de specifieke situatie, de lokale omstandigheden en de omvang en de duur van de activiteiten. Daarnaast is het belangrijk voor de uitkeringsgerechtigde dat hij invloed kan hebben op de keuze van de maatschappelijk nuttige werkzaamheden. Het college bepaalt uiteindelijk welke tegenprestatie wordt opgedragen. De onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden die als tegenprestatie naar vermogen opgedragen kunnen worden kunnen ook bijdragen aan de re-integratie. *De omvang van de werkzaamheden en de duur in de tijd dienen in de regel beperkt te zijn.* Dat betekent dat het college steeds een afweging maakt op basis van de situatie in welke mate een tegenprestatie verlangd kan worden. Daarnaast geldt dat de werkzaamheden door de uitkeringsgerechtigde naar vermogen verricht moeten kunnen worden. De term «naar vermogen» heeft betrekking op de mogelijkheden waarover de betrokkene beschikt om deze werkzaamheden te verrichten. Immers, niet alle onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden kunnen aan elke uitkeringsgerechtigde worden opgedragen. Het college bepaalt aan de hand van de individuele omstandigheden en de voorhanden zijnde onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden, de aard, de duur en de omvang van de tegenprestatie.

*Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de bestaande situatie dat het college er op toe ziet dat de opgedragen werkzaamheden naar hun aard een zodanig karakter hebben, dat zij worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid in de organisatie waarin ze worden verricht en niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt.* Zoals de regering in haar brief van 9 april 2013 (Kamerstukken TK 2012–2013, 30 545, nr. 121) heeft toegelicht, heeft de gemeenteraad een belangrijke rol bij de inzet van dit instrument. Het college verantwoordt zich immers naar de gemeenteraad over de uitvoering van de WWB. Vanuit de verhouding tot het college en als verantwoordelijke voor de verordening rond de tegenprestatie kan de gemeenteraad erop toezien dat het gaat om additionele arbeidsplaatsen. *De*

maatschappelijk nuttige werkzaamheden in het kader van de tegenprestatie dienen zich te onderscheiden van werkzaamheden die door de reguliere arbeidsmarkt verricht worden. Bij werkzaamheden die in het kader van de tegenprestatie opgedragen kunnen worden is sprake van additionele onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden. Het onderscheid tussen betaalde en onbetaalde werkzaamheden is afhankelijk van onder meer economische factoren en van keuzes die mede op basis daarvan door het bedrijfsleven en/of de overheid worden gemaakt.  
(...)

Kortom, zowel onder de WWB als de Participatiewet geldt dat het dus niet mag gaan om het laten verrichten van reguliere arbeid. Het moet gaan om additionele werkzaamheden en die moeten in duur beperkt zijn. In dezelfde MvT van de WWB wordt ook nog iets gezegd over het verbod op verplichte arbeid, waarvan het overigens de vraag is of de wetgever het daar van een juiste rechtsopvatting uitgaat:

*‘Op de vraag of de tegenprestatie op gespannen voet staat met artikel 4 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is de regering van mening dat hiervan geen sprake is. Hoewel de tegenprestatie voor belanghebbende een plicht is die verbonden is aan het recht op een WWB-, IOAW-, of IOAZ-uitkering, kan hij niet worden gedwongen om de tegenprestatie te verrichten. Het niet nakomen van de plicht kan hooguit leiden tot het opleggen van een (financiële) maatregel door het college. In die zin kan er geen sprake van dwangarbeid zijn zoals bedoeld wordt in het EVRM. Dit zou wel het geval zijn indien betrokkene door de overheid uit zijn huis zou worden gehaald en onder dreiging van geweld aangezet werd om te werken. De regering verwijst in dit verband ook naar de tekst van artikel 4, derde lid, onderdeel d van het EVRM, dat er geen sprake is van dwangarbeid of verplichte arbeid in het geval dat (naast de algemene uitzonderingen van werkzaamheden van gedetineerden, de militaire dienstplicht en in het geval van een noodtoestand of ramp) er werk of diensten worden verricht die deel uitmaken van normale burgerplichten. Het vorenstaande wordt nog eens bevestigd in een recent advies van de Raad van State (W05.06 0319/III, onder punt 3, onderdeel f, inzake een voorstel van wet tot wijziging van de Leerplichtwet c.a. in verband met de invoering van een kwalificatieplicht en een leerwerkplicht). Vaste uitleg is dat arbeidsverplichtingen in het kader van de bijstand of sociale verzekeringen niet gelden als verplichte arbeid. Daarnaast wordt opgemerkt dat het bij de tegenprestatie gaat om een nieuwe burgerlijke verplichting en naar het oordeel van de regering niet om gedwongen arbeid als bedoeld in artikel 2 van ILO-verdrag nr. 29. Immers in dat verdrag worden als dwangarbeid uitgesloten elke arbeid of dienst, die deel uitmaakt van de normale burgerlijke ver-*

*plichtingen van de burgers van een land dat volledig zelfbestuur heeft en kleine gemeenschapdiensten. Het verdrag spreekt van diensten, uitgevoerd in het onmiddellijk belang van de gemeenschap en diensten, die uit dien hoofde beschouwd kunnen worden als normale, op de leden van de gemeenschap rustende, burgerlijke verplichtingen, op voorwaarde dat de bevolking zelf of haar rechtstreekse vertegenwoordigers het recht hebben zich uit te spreken over de noodzakelijkheid van die diensten. In het geval van tegenprestatie gaat het daarnaast om het aan een kleine groep inwoners opleggen van normale burgerlijke verplichtingen dan wel kleine gemeenschapdiensten. In dit wetsvoorstel gaat het uitsluitend om die groep die aangewezen is op uitkeringen die bekostigd worden uit de algemene middelen (een uitkering op grond van de WWB, IOAW en IOAZ) en daarnaast nog onder de beperkende voorwaarde dat betrokkene deze verplichtingen ‘naar vermogen’ kunnen worden opgelegd en waarbij betrokkene daar door het college pas toe verplicht kan worden, indien dat college zich genoegzaam heeft overtuigd van de mogelijkheid dat betrokkene eventueel aanwezige zorgtaken kan combineren met die verplichtingen.’*

Ook de parlementaire geschiedenis van de Participatiewet laat zich op dienovereenkomstige wijze uit:

*‘De regering is van mening dat de tegenprestatie niet op gespannen voet staat met de internationale verdragen, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en ILO-verdrag nr. 29, waar gesproken wordt over het verbod op dwangarbeid. Ten aanzien van het EVRM meent de regering dat de tegenprestatie niet op gespannen voet staat om de volgende redenen. Het beroep doen op bijstand is vrijwillig maar niet vrijblijvend. Het beroep doen op een uitkering impliceert ook dat men bereid is naast de rechten ook de verplichtingen na te leven. Hoewel de tegenprestatie voor belanghebbende een plicht is die verbonden is aan het recht op een WWB-, IOAW-, of IOAZ-uitkering, kan hij niet worden gedwongen om de tegenprestatie te verrichten. Het niet nakomen van de plicht kan hooguit leiden tot het opleggen van een (financiële) maatregel door het college. In die zin kan er geen sprake van dwangarbeid zijn als bedoeld in het EVRM. De regering verwijst in dit verband ook naar de tekst van artikel 4, derde lid, onderdeel d, van het EVRM, dat er geen sprake is van dwangarbeid in het geval dat (naast de algemene uitzonderingen van werkzaamheden van gedetineerden, de militaire dienstplicht en in het geval van een noodtoestand of ramp) werk of diensten worden verricht die deel uitmaken van normale burgerplichten. Het vorenstaande wordt nog eens bevestigd in een advies van de Raad van State (W05.06 0319/III, onder punt 3, onderdeel f), inzake een voorstel van wet tot wijziging van de Leerplichtwet c.a. in verband met de invoering van een kwalificatieplicht en een leer-*



werkplicht. Vaste uitleg is dat arbeidsverplichtingen in het kader van bijstand of sociale verzekeringen niet gelden als gedwongen arbeid. *Daarnaast merkt de regering op dat het bij de tegenprestatie gaat om een nieuwe burgerlijke verplichting en naar het oordeel van de regering niet om gedwongen arbeid als bedoeld in artikel 2 van ILO-verdrag nr. 29. Immers, in dat verdrag wordt als dwangarbeid uitgesloten elke arbeid of dienst, die deel uitmaakt van de normale burgerlijke verplichtingen van de burgers van een land dat volledig zelfbestuur heeft en kleine gemeenschapsdiensten. Het verdrag spreekt van diensten, uitgevoerd in het onmiddellijk belang van de gemeenschap en diensten, die uit dien hoofde beschouwd kunnen worden als normale, op de leden van de gemeenschap rustende, burgerlijke verplichtingen, op voorwaarde dat de bevolking zelf of haar rechtstreekse vertegenwoordigers het recht hebben zich uit te spreken over de noodzakelijkheid van die diensten. In het geval van tegenprestatie gaat het daarnaast om het opleggen van normale burgerlijke verplichtingen dan wel kleine gemeenschapsdiensten. In het onderhavige wetsvoorstel gaat het om de groep die is aangewezen op uitkeringen die bekostigd worden uit de algemene middelen (een uitkering op grond van de WWB, IOAW en IOAZ) en daarnaast nog onder de beperkende voorwaarde dat betrokkene deze verplichtingen 'naar vermogen' kunnen worden opgelegd.<sup>100</sup>*

De parlementaire geschiedenis van de WWB en de Participatiewet noemen hier dus voor een 'tegenprestatie verplichting' twee argumenten waarom schending van artikel 4 EVRM niet van toepassing zou zijn te weten (1) er zou geen sprake zijn van 'verplichte arbeid' omdat een bijstandsgerechtigde zou kunnen weigeren, hetgeen dan 'hooguit kan leiden tot het opleggen van een (financiële) maatregel door het college en (2) zou het gaan om het vervullen van een burgerlijke verplichting en niet om gedwongen arbeid als bedoeld in artikel 2 van ILO-verdrag nr. 29. Immers in dat verdrag worden als dwangarbeid uitgesloten elke arbeid of dienst, die deel uitmaakt van de normale burgerlijke verplichtingen van de burgers van een land dat volledig zelfbestuur heeft en kleine gemeenschapsdiensten.

#### Geen sprake van een burgerplicht

Nog daargelaten dat er hier geen sprake is van een burgerplicht, zodat dit argument niet opgaat – het gaat immers bij [betrokkene] om een re-integratieplaatsing – wordt hier kennelijk bedoeld op artikel 2 lid 2 van de IAO-Conventie nr. 29. Die bevat een opsomming van werkzaamheden die worden aangemerkt als uitzonderingen op het begrip gedwongen of verplichte arbeid. In artikel 4 lid 3 EVRM vinden we een vergelijkbare lijst van uitgezonderde werkzaamheden. In artikel 4 lid 3 worden deze werkzaamheden overigens, anders

dan in IAO-Conventie nr. 29 en art. 8 IVBPR, omschreven als uitzonderingen op *de werkingssfeer* van het verbod van gedwongen of verplichte arbeid. De in deze verdragen beschreven uitgezonderde werkzaamheden hebben gemeen dat ze verwijzen naar vergelijkbare vormen van werk die door de staat kunnen worden opgelegd aan individuen *in het algemeen belang*. Denk daarbij aan dienstplicht, werk uitgevoerd door gedetineerden, of normale burgerplichten.

Eleveld en Dermine<sup>101</sup> wijzen erop dat de vraag of het verrichten van een door de Staat opgelegde tegenprestatie beschouwd kan worden als een 'normale burgerplicht' volgens het toezichthoudend comité van de IAO, te Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), en het tripartiete IAO Comité, ontkennend moet worden beantwoord. Er kan volgens deze organen slechts gesproken worden van een burgerplicht in de zin van de IAO-Conventie nr. 29, indien het een algemene verplichting betreft *die aan alle burgers kan worden opgelegd*.<sup>102</sup> Dit betekent dat een verplichting op grond van de WWB of de Participatiewet aan een beperkte groep niet onder het begrip 'algemene burgerplicht' kan worden geschaard. Bovendien moet het gaan om gedongen arbeid die opgelegd is door de Staat en niet door een private partij. Een uitzondering kan worden gemaakt indien die niet disproportioneel is.<sup>103</sup>

#### Geen exit-optie

De wetgever gaat er blijkens de bovengenoemde citaten van uit dat er geen plicht is omdat een bijstandsgerechtigde de werkzaamheden zou kunnen en mogen weigeren waarna er 'hooguit' leiden tot 'het opleggen van een (financiële) maatregel door het college'. De wetgever ziet er hier aan voorbij dat een partij als [betrokkene], die komt vanuit een werkende situatie via de WW naar de bijstand, door een dergelijke sanctie in acute financiële problemen komt. Zie in dit kader onderdeel 2.1.2 sub a. waarin [betrokkene] heeft aangegeven dat zij zich aan de opgelegde verplichting niet kon onttrekken omdat korting of intrekking voor een uitkeringsgerechtigde die op het bestaansminimum leeft desastreuus is en zij hierdoor aan de bedelstaf zou zijn geraakt.<sup>104</sup> De wetgever miskent dat een dergelijke financiële positie maakt dat er de facto geen exit optie bestaat. Het is een feit van algemene bekendheid dat in het geval van betalingsachterstanden er incassotraceut

101 A. Eleveld (red.) *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85, laatste woordblok en p. 86, eerste woordblok.

102 IAO, 2008, Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance by Chile of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), submitted under Article 24 of the ILO Constitution by the Colegio de Abogados de Chile A.G., Geneva, 11 November 2008, par. 35–38.

103 Dit blijkt uit IAO, 2008, Report of the committee set up to examine the representation alleging nonobservance by Chile of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), submitted under Article of the ILO Constitution by the Colegio de Abogados de Chile A.G., Geneva 11 November 2008, par. 32.

104 MvG punt 4.10.

100 Kamerstukken II 2013/14, 33801, 3, p. 29–31.

ten worden opgestart die zodanige kosten met zich meebrengen, dat die het probleem vele malen groter maken. Zie in dit verband Eleveld en Dermine<sup>105</sup> die met een verwijzing naar artikel 13 ESH en het Europees Comité voor Sociale rechten (ECSR) erop wijzen dat de waarborging van exitopties meebrengt dat een financiële maatregel niet tot gevolg mag hebben dat de persoon in kwestie wordt beroofd van minimale middelen van bestaan.<sup>106</sup> Het zonder meer intrekken of inhouden van een bijstandsuitkering voldoet daar niet aan, indien dat niet is omgeven door vangnetbepalingen of hardheidsclausules.

Wat betekent dit voor [betrokkene]?

De vraag is wat dit betekent voor onderhavige zaak, waar sprake is van een re-integratieplaatsing? Eleveld en Dermine<sup>107</sup> vinden in de internationale rechtspraak weinig aanknopingspunten voor beantwoording van de beantwoording van deze vraag. Zij leiden uit twee relatief recente uitspraken, te weten één van het EHRM (*Schuitemaker/Nederland*)<sup>108</sup> en van het VN-Mensenrechtcomité (*Faure/Australië*)<sup>109</sup> af dat de arbeidsverplichting opgelegd aan bijstandsgerechtigden, onder bepaalde omstandigheden strijdig kan zijn met het verbod op verplichte arbeid. Of dit het geval is, zal onder meer afhangen van de uitkomst van de *proportionaliteitstoets*.

2.3.3 Voor de vraag of aan die proportionaliteitstoets wordt voldaan is in de visie van [betrokkene] onder meer van belang dat in elk geval op juiste wijze invulling wordt gegeven aan de voorwaarden van een participatieplaatsing. Als gezegd kan de verplichting om mee te werken aan werken met behoud van uitkering alleen mag worden opgelegd indien de te verrichten werkzaamheden noodzakelijk zijn om uit te stromen naar regulier werk, waarbij altijd sprake van een beperkte periode en waar het moet gaan om *additioneel werk* en niet om regulier werk. Over het algemeen zullen de werkzaamheden gepaard moeten gaan met goede individuele begeleiding en afstemming op de capaciteiten van de client. Het moet dan gaan om *aanvullende werkzaamheden* en mag dus niet gaan om regulier werk dat gewoonlijk tegen reguliere betaling wordt gedaan, ook met het oog op het voorkomen van verdringing.<sup>110</sup>

Als de feitelijke situatie niet wezenlijk verschilt van een situatie waarbij sprake is van een dienstbetrekking, kan de betrokkene niet alleen via de rechter loonbetaling afdwingen,<sup>111</sup> maar kan die situatie bovendien de proportionaliteitseis niet doorstaan. Het doel is dan niet, althans niet primair re-integra-

tie, maar het op oneigenlijke gronden op straffe van een inhouding of korting inzetten van een bijstandsgerechtigde als goedkope arbeidskracht teneinde in casu een uitzendkracht uit te sparen.

2.3-1 Het gestelde in onderdeel 2.3.1 t/m 2.3.3 maakt in onderlinge samenhang beschouwd dat de wijze waarop de gemeente invulling heeft gegeven aan de met [betrokkene] gesloten Participatieovereenkomsten, zoals weergegeven in onderdeel 2.1.2 sub a t/m k, de gemeente het verbod op gedwongen arbeid, zoals onder meer in artikel 4 EVRM is geformuleerd, heeft overtreden. Het hof miskent aldus in rov. 3.4 t/m 3.7 en ook overigens in het aangevallen arrest het de stelling in onderdeel 2.1.2 sub h en de MvG punt 4.22 dat de IOAW-uitkering het karakter had van een vergoeding voor de verrichte arbeid en dat een omgekeerde benadering – dus dat er geen sprake is van een IOAW-uitkering tegenprestatie voor de voor de gemeente verrichte arbeid – niet tot een andere conclusie leidt, maar wel een bijkomende conclusie rechtvaardigt namelijk dat er in wezen sprake is van een vorm van *dwangarbeid* bij de gemeente.<sup>112</sup> Het hof had op basis van de stellingen zoals genoemd in onderdeel 2.1.2 sub a t/m h, zo nodig ambtshalve de rechtgronden van artikel 25 Rv aanvullend moeten onderkennen in rov. 3.4 t/m 3.7 van het aangevallen arrest dat de wijze waarop de gemeente invulling heeft gegeven aan de participatieplaatsing, door [betrokkene] onder dreiging van korting of inhouding van haar bijstandsuitkering, dus door dreiging met een straf te dwingen door de gemeente voorgeschreven arbeid te verrichten (en dan zelfs zonder haar daar adequaat voor te belonen, terwijl de financiële situatie van [betrokkene] gelet op die sancties het niet toeliet om te weigeren, de gemeente zich in casu schuldig maakt aan overtreding van het verbod op gedwongen arbeid, zodat de participatieovereenkomsten die deze situatie in het leven roepen nietig zijn, althans in elk geval het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW niet opzij kunnen zetten.

2.4 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.8 t/m 3.10 waarin het hof overweegt:

“3.8. Met grief 3 heeft [betrokkene] betoogd dat het rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond wel degelijk is geschonden door de gemeente en dat het in ieder geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is [betrokkene] de loonvordering op de gemeente te ontzeggen.

3.9. De gemeente heeft een verklaring van de toenmalige leidinggevers van [betrokkene] overgelegd (productie 3 hij conclusie van antwoord in eerste aanleg). Hierin staat welke hij de functie van Medewerker Servicedesk behorende taken [betrokkene] wel en niet heeft uitgevoerd. [betrokkene] heeft de juistheid van deze verklaring niet betwist. Het hof concludeert op basis hiervan dat [betrokkene] niet dezelfde werk-

105 A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 90–91.

106 Council of Europe 2008, p. 98.

107 A. Eleveld (red.), *De Participatiewet*, Kluwer Deventer 2018, p. 85, laatste woordblok en p. 86, eerste woordblok.

108 EHRM 4 mei 2010, 15906/08 (*Schuitemaker/Nederland*).

109 *Faure/Australië*, par. 7.5.

110 Artikel 38a IOAW.

111 *Kamerstukken II 2002/03, 28870, 3, p. 39–40.*

112 MvG punt 4.22.

zaamheden heeft verricht als een Medewerker Servicedesk in dienst van de gemeente zodat van gelijke arbeid geen sprake is geweest. Het beroep van [betrokkene] op het door haar aangehaalde rechtsbeginsel is onvoldoende concreet onderbouwd, zodat aan bewijsoverlevering niet wordt toegekomen. Op grond van het voorgaande, in het bijzonder het publiekrechtelijk kader van de plaatsing van [betrokkene] in liet participatietraject die hiervoor onder 3.4 aan bod is gekomen, wordt liet beroep van [betrokkene] op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gepasseerd. Dit brengt mee dat grief 3 eveneens faalt.

3.10. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, kan grief 4 waarmee [betrokkene] opkomt tegen de afwijzing van haar vorderingen en de in eerste aanleg ten laste van haar uitgesproken proceskostenveroordeling evenmin slagen.'

en het dictum. Daartegen worden de navolgende klachten gericht.

2.4.1 Blijkens de stellingen zoals weergegeven in onderdeel 2.1.2 sub b, d, e, g heeft [betrokkene] gesteld dat de door haar verrichte werkzaamheden in niets verschillen van die van haar normaal betaalde collega's<sup>113</sup> en dat er vacatures werden gesteld door de gemeente voor dezelfde functie waarin zij werkzaam was en ook heeft gevraagd ook aldus te worden aangesteld en regulier te worden beloond.<sup>114</sup>

2.4.2 In grief 3 verwijst [betrokkene] in punt 4.29 naar hetgeen zij in grieven 1 en 2 al heeft toegelicht dat en waarom er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vervolgens gaat zij daar alsnog andermaal op in en stelt vervolgens:

'4.29 (...) Ten overvloede, voor zover de gemeente zou overwerpen dat er sprake was van een rechtsgeldig gesloten plaatsingsovereenkomst, merkt [betrokkene] op dat dit niet in de weg staat om aan te nemen dat er tevens sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Wezen gaat voor schijn: [betrokkene] werkte in feite niet in het kader van een participatieplaats, maar was werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Voor [betrokkene] golden dezelfde eisen als haar collega's. Sterker nog: [betrokkene] verrichtte aan haar functie overstijgende werkzaamheden. [betrokkene] was bijvoorbeeld nauw betrokken bij een traject gericht op kwaliteitsverbetering van de Servicedesk (zie productie 35 bij e dagvaarding in 1<sup>e</sup> aanleg). Het is [betrokkene] een raadsel op grond waarvan de kantonrechter tot de overweging is gekomen dat zij niet behoefde te voldoen aan de productieveisen die ook aan haar collega's werden gesteld. De gemeente heeft dit nimmer kenbaar gemaakt aan [betrokkene] en dit is ook nergens

vastgelegd.. Kortom: uit niets blijkt dat [betrokkene] niet behoefde te voldoen aan productieveisen. Het rechtsbeginsel dat gelijke omstandigheden op gelijke wijze moeten worden beloond (vgl. *HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 inzake Parallel Entry/KLM*) is dus weldegelijk geschonden door de gemeente.

4.30 Nog daargelaten dat de plaatsing van [betrokkene] bij de gemeente niet voldoet aan het doel c.q. de doelstelling van de voorziening die op haar (lees: [betrokkene]) van toepassing was, levert dit geen objectieve rechtvaardigingsgrond op om een uitzondering te maken dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze dient te worden beloond. Indien en voor zover daar aan toe gekomen wordt door uw gerechtshof meent [betrokkene] dat het gelet op de feiten en omstandigheden en hetgeen is aangevoerd in 1<sup>e</sup> aanleg en in hoger beroep, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in de zin van artikel 6:248 lid 2 onaanvaardbaar is om haar de loonvordering op de gemeente te ontzeggen.

4.31 [betrokkene] wijst in dit verband – gelijk werk voor gelijkwaardige arbeid – tevens naar een recent arrest van het Gerechtshof Amhem-Leeuwarden.<sup>115</sup> In dit arrest bevestigt het gerechtshof het oordeel van de kantonrechter dat artikel 8 van de WAADI – volgens welk artikel werknemer gelijk moeten worden beloond voor gelijk werk – wanneer de betreffende werkgeefster niet zelf de werknemers in dienst heeft.<sup>116</sup> Met andere woorden: de bepalingen inzake gelijk werk, gelijk loon dienen voor wat betreft werknemers waar mee vergeleken wordt ruim te worden uitgelegd op het punt van gelijke of gelijkwaardige functies al dan niet in dienst van de gemeente.'

[betrokkene] werkt het e.e.a. in paragraaf 5 nog verder uit. In 5.1 stelt zij dat zij in eerste instantie verheugd was dat zij 'echt werk' – d.w.z. in een volwaardige functie – mocht doen op een voor haar passend niveau met collega's. Toen [betrokkene] bemerkte dat er vacatures gesteld werden door de gemeente, voor dezelfde functie als die waarin zij werkzaam was en zij geen reactie kreeg op haar verzoek om op eenzelfde wijze aangesteld te worden bij de gemeente, waarna de vacatures vervuld werden en zij dus nieuwe collega's kreeg die wel regulier beloond werden voor hetzelfde werk als zij voor de gemeente verrichtte, was voor [betrokkene] de maat vol.<sup>117</sup> [betrokkene] stelde dat zij ongelijk en zeer onrechtvaardig behandeld werd door de gemeente, te meer omdat de gemeente helemaal niets deed ten behoeve van haar arbeidsinschakeling en de verbetering van haar positie op de arbeids-

113 Zie bijvoorbeeld ook MvG punt 3.31 sub 1 t/m 3. Zie ook spreekkaantekeningen in eerste aanleg zijdens [betrokkene] d.d. 3 oktober 2017, p. 3 halverwege tot p. 4 bovenaan.

114 MvG punt 5.1 en 5.2.

115 ECLI:NL:GHARL:2018:1942.

116 Zie t.a.p. rov. 2.13 en 2.14.

117 MvG punt 5.1.

markt.<sup>118</sup> Zij stelde vast dat zij ongelijk én zeer onrechtvaardig werd behandeld door de gemeente, te meer omdat laatstgenoemde helemaal niets deed ten behoeve van haar arbeidsinschakeling en de verbetering van haar positie op de arbeidsmarkt, zodat zij ook om principiële redenen een uitspraak wenst over de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW (MvG punt 5.2).

2.4.3 In paragraaf 6 doet zij een gespecificeerd en ter zake dienend bewijsaanbod van getuigenbewijs 'waaruit blijkt dat hetgeen zij gesteld heeft over de feitelijke uitvoering van haar werkzaamheden juist is', waarna zij een aantal getuigen daaromtrent noemt.

#### Klachten

2.4-I Allereerst vitiëert het slagen van één of meer van de voorgaande klachten ook de rov. 3.8 t/m 3.10, 3.12 en het dictum.

2.4-II Daarnaast miskent het hof in rov. 3.8 en 3.9 dat [betrokkene] zich er *in extenso* op heeft beroepen dat zij hetzelfde werk deed als haar normaal betaalde (flex) collega's,<sup>119</sup> hetgeen het hof in rov. 3.6 in het midden laat, zodat, daarvan als hypothetisch feitelijke grondslag dient te worden uitgegaan. In dat kader is dus irrelevant dat de gemeente een verklaring van de toenmalige leidinggevendenden van [betrokkene] heeft overgelegd waarin staat welke hij de functie van Medewerker Servicedesk behorende taken [betrokkene] wel en niet heeft uitgevoerd. Zoals hierboven reeds in het kader van rov. 3.5 in onderdeel 2.1-II is aangevoerd heeft [betrokkene] blijkens haar spreek aantekeningen in eerste aanleg deze verklaring van haar leidinggevendenden weldegelijk gemotiveerd betwist, waarbij zij heeft aangegeven dat het volgens de gemeente ging om een *andere functie* dan de functie die [betrokkene] heeft overgelegd (p. 1 onder het kopje 'functieomschrijving') en zij overigens drie van de vijf taken van de door de gemeente genoemde omschrijving heeft verricht, te weten baliewerkzaamheden, 1<sup>e</sup> achtervang van de telefoon en monitoring/bewaking van de calls en klant op de hoogte houden van de voortgang.<sup>120</sup> Zij heeft aangegeven dat zij aldus dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar 'flex' collega's die op basis van een uitzendovereenkomst werden ingehuurd, zodat haar beroep op 'gelijk loon voor gelijk werk' ziet op *die* vergelijking.<sup>121</sup> Het hof heeft dit hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.4-III Het oordeel dat [betrokkene] het door haar ingeroepen rechtsbeginsel onvoldoende heeft on-

derbouwd om te kunnen worden toegelaten tot bewijslevering van haar stelling dat zij dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar 'flex' collega's is in het licht hetgeen hierboven in onderdeel 2.4.1 t/m 2.4.3 is weergegeven in het bijzonder gelet op de stellingen zoals weergegeven, in onderdeel 2.1.2 sub b, d, e, g, rechtens onjuist (want in strijd met het bepaalde in artikel 149 Rv), althans geeft het hof blijk geeft van een onjuiste (want veel te strenge) maatstaf met betrekking tot de stelplicht van de stelling dat er sprake is van gelijkwaardige arbeid om tot bewijslevering te worden toegelaten, nu de bewijsmiddelen, zoals functieomschrijvingen, loonstaten etc. zich doorgaans tot het domein van de werkgever zullen behoren en een werknemer/werker als [betrokkene] doorgaans uitsluitend door het horen van getuigen zal kunnen bewijzen dat bepaalde collega's die wel regulier werden betaald (en als uitzendkracht of anderszins werden in gehuurd) dezelfde werkzaamheden verrichtten als [betrokkene]. Althans is het oordeel voorts – zeker zonder nadere toelichting – onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd.

Daarnaast miskent het hof dat de MvG zo is opgebouwd dat daarin, alvorens de grieven te formuleren n a een inleiding (introdactie van de zaak punt 2.1 t/m 2.9 en de leeswijzer in paragraaf 3 al een uitvoerige schets van het juridische kader is gegeven, dat, naast de toelichting op de grieven 1 en 2 bij de toelichting op grief 3 moet worden betrokken. Zo heeft [betrokkene] bijvoorbeeld in punt 3.23 het navolgende aangevoerd:

'3.23 [betrokkene] heeft, afgezien van een korte reguliere inwerkperiode exact hetzelfde werk verricht als haar betaalde collega's, onder exact dezelfde voorwaarden/condities, met dit verschil dat [betrokkene] niet werd betaald voor het werk dat zij verrichtte als Medewerker Servicedesk.. Voor een nadere toelichting op de door haar verrichte werkzaamheden en de wijze waarop haar werkzaamheden op de servicedesk werden verdeeld, wordt verwezen naar pagina 2 van 6 van de als productie 6 bij de memorie van grieven overgelegde pleitaantekeningen.'

Zij verwijst dus hier met zoveel woorden naar p. 2 van de spreekantekeningen die al meermaals zijn aangehaald en waarin haar taken zijn toegelicht. In punt 6.1 van de MvG biedt [betrokkene] getuigenbewijs aan van hetgeen zij heeft gesteld omtrent de feitelijke uitvoering van haar werkzaamheden.

Aldus heeft, anders dan het hof overweegt, [betrokkene] het door haar aangehaalde rechtsbeginsel weldegelijk voldoende onderbouwd, in elk geval voldoende om tot bewijslevering van haar stellingen te worden toegelaten.

2.4-IV Het hof miskent aldus in rov. 3.8 t/m 3.10 ook dat er – doordat als hypothetisch feitelijke grondslag vaststaat dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar betaalde collega's – sprake van een situatie zoals aan de orde was in het

<sup>118</sup> MvG punt 5.2.

<sup>119</sup> Zie onderdeel 2.1.2 en MvG punt 3.31 sub 1 t/m 3.

<sup>120</sup> Spreekantekeningen comparitie d.d. 3 oktober 2017 zijdens [betrokkene] p. 1–2. Naar deze spreekantekeningen p. 2 wordt in de MvG in punt 3.23 in dit verband ook met zoveel woorden verwezen.

<sup>121</sup> Naar deze spreekantekeningen p. 2 wordt in de MvG in punt 3.23 in dit verband ook met zoveel woorden verwezen.

*Agfa/Schoolderman*.<sup>122</sup> In dat arrest betrof het een oproepkracht die minder dan een vaste kracht werd betaald op grond van haar oproepovereenkomst. Zij werkte echter met een zodanige regelmaat dat de facto haar frequentie niet afweek van iemand met een vast contract. Aldus claimde zij met succes, onder meer met een beroep op goed werkgeverschap dat zij recht op hetzelfde salaris had als iemand met een vast contract, zodat de Hoge Raad overwoog:

‘Op grond van art. 1638z [thans art. 7:611 BW-HJWA] is Agfa verplicht ook ten aanzien van Schoolderman de Agfa-voorwaarden met betrekking tot de honorering toe te passen, waarbij de Rechtbank mede in aanmerking neemt het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel dat werknemers recht hebben op een billijke beloning, hetgeen onder meer meebrengt dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze gehonoreerd moet worden, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond.’

2.4-V Het hof verwerpt het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid met de volgende overweging in rov. 3.9:

‘(...) Op grond van het voorgaande, in het bijzonder het publiekrechtelijk kader van de plaatsing van [betrokkene] in liet participatietraject die hiervoor onder 3.4 aan bod is gekomen, wordt liet beroep van [betrokkene] op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gepasseerd. Dit brengt mee dat grief 3 eveneens faalt.’

Deze motivering is zonder nadere motivering onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd, nu het hof in rov. 3.4 overweegt:

‘3.4. Bij de beantwoording van de vraag of tussen [betrokkene] en de gemeente een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, acht het hof van belang in welk kader [betrokkene] de werkzaamheden bij Stadsdeel Centrum heeft verricht. [betrokkene] was ten tijde van de plaatsing in 2014 al geruime tijd werkloos en zij ontving al sinds 1 december 2012 een IOAW-uitkering. Het college van de gemeente dient op grond van de hiervoor in r.o. 2.2 tot en met 2.5 weergegeven bepalingen van de IOAW dan wel de Participatiewet, voorheen de WWB, personen zoals [betrokkene] te ondersteunen bij arbeidsinschakeling en daarbij zo nodig een voorziening, waaronder begrepen sociale activering, gericht op arbeidsinschakeling te bepalen en aan te bieden. Op grond van deze – publiekrechtelijke – taak (en bevoegdheid) heeft het college van de gemeente [betrokkene] geplaatst in het participatietraject.’

Wat hier verder ook van zij, dat geeft op geen enkele wijze inzicht in de gedachtegang van het hof dat en waarom aan de in onderdeel 2.1.2 sub a t/m k genoemde stellingen en/of die hierboven in onderdeel 2.4.1 t/m 2.4.3 aangehaalde stellingen, die er alle feitelijk op neerkomen dat de gemeente de participatieplaats heeft gebruikt (in de visie van [betrokkene]): misbruikt) om haar reguliere arbeid te laten

verrichten die gelijk was aan die van haar betaalde collega's terwijl zij dat gedwongen was te doen met als tegenprestatie een bijstandsuitkering en een geringe premie, ook nadat zij had aangekaart dat er voor haar vacatures waren om dit werk op betaalde basis te kunnen doen. Dat en waarom het niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat dit niet alsnog wordt geredresseerd door een betaling die recht doet aan de verrichte arbeid had het hof dan ook naar behoren moeten motiveren. Gelet op de gemotiveerde betwisting van [betrokkene] dat de participatieplaatsing niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed, kon en mocht het hof niet volstaan met een verwijzing naar die plaatsing zoals het gedaan heeft in rov. 3.4.

2.4-VI Het hof miskent in rov. 3.9 aldus ook dat het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, al dan niet met toepassing van artikel 25 Rv, in het kader van het beroep op artikel 1638z (oud) BW, thans artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) moet worden geplaatst. Immers, artikel 7:611 BW is de arbeidsrechtelijke vertaling van de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Indien het hof dit niet heeft miskend heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.5 Het slagen van één of meer van de bovengenoemde klachten vitiëert rov. 3.10, 3.12 en het dictum.

### Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:

Kwalificatie arbeidsovereenkomst. Een IOAW-uitkeringsgerechtigde heeft gedurende twee keer zes maanden werkzaamheden verricht bij de gemeente Amsterdam op basis van overeenkomsten met als opschrift ‘Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen in het kader van de Wet werk en bijstand (WWB)’. Betrokkene stelt zich op het standpunt dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, omdat voldaan is aan de criteria loon, arbeid en gezag. Kantonnerechter en hof zijn haar daarin niet gevolgd. In deze conclusie wordt onder meer ingegaan op de vraag in hoeverre de partijbedoeling van betekenis is van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst (*herijking Groen/Schoevers*), en hoe invulling moet worden gegeven aan het gezagscriterium.

#### 1 Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 2.1 tot en met 2.22 van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 16 april 2019.<sup>1</sup>

1.1 Betrokkene, geboren in 1954, is sinds 1 november 2009 werkloos. Zij ontvangt vanaf 1 december 2012 van de gemeente Amsterdam een uitkering ingevolge de Wet Inkomensvoorziening oudere

<sup>122</sup> HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. PAS.

<sup>1</sup> Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327, JAR 2019/216 m.nt. A. Eleveld, AR-Updates 2019/0776.

en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW).

1.2 Bij besluit van 31 januari 2014 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam (hierna: het college) bepaald dat betrokkene gaat deelnemen aan het traject 'Participatieplaatsen', uitgevoerd door het Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren (hierna: het Re-integratiebedrijf), onderdeel van de toenmalige Dienst Werk en Inkomen (hierna: DWI) van de gemeente Amsterdam. In het besluit is tevens bepaald dat de algemene verplichtingen van betrokkene, waaronder het zoeken naar betaald werk en bij het UWV Werkbedrijf ingeschreven staan als werkzoekende, blijven gelden zolang er geen andere afspraken met haar zijn gemaakt.

1.3 In april 2014 hebben betrokkene, Stadsdeel Centrum en het Re-integratiebedrijf namens de gemeente Amsterdam een 'Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen in het kader van de Wet werk en bijstand (WWB)' (hierna: de Plaatsingsovereenkomst) getekend.<sup>2</sup>

1.4 In de considerans van de Plaatsingsovereenkomst is overwogen dat als voorziening, bedoeld in artikel 7 lid 1 van de WWB, aan de deelnemer een traject aangeboden dient te worden door het Re-integratiebedrijf ter verbetering van zijn/haar kansen op de arbeidsmarkt en verder dat de gemeente in de Re-integratieverordening regels heeft gesteld aangaande de ondersteuning bij arbeidsinschakeling en het aanbieden van voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling.

1.5 De Plaatsingsovereenkomst luidt – voor zover van belang – als volgt:

*"Artikel 1 Duur en omvang van de plaatsingsovereenkomst*

1. Partijen gaan deze overeenkomst aan met ingang van d.d. 11 april 2014

2. Partijen gaan de overeenkomst aan voor een maximale duur van 6 maanden.

3. De plaatsing bedraagt aantal: 32 uur per week.

(...)

*Artikel 2 Plaatsing*

1.a. De deelnemer verricht de volgende taken:

Algemene taken servicedesk medewerker  
Nader te bepalen taken ten behoeve van kwaliteitsverbetering in overleg met Hoofd afdeling.

(...)

*Artikel 4 Verplichtingen deelnemer*

1. De deelnemer is gehouden aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Wet werk en bijstand (WWB), met name uit artikel 9 van die wet, en uit de Re-integratieverordening van de gemeente Amsterdam.

2. De deelnemer is geplaatst op de participatieplaats met behoud van zijn uitkering in het kader van een re-integratietraject richting regulier werk.

(...)

7. Het niet uitvoeren van de werkzaamheden zonder geldige redenen kan gevolgen hebben voor de WWB-uitkering van deelnemer.

8. Deelnemer verklaart bij UWV Werkbedrijf ingeschreven te staan als werkloos werkzoekende.

*Artikel 6 Beëindigingsgronden van de plaatsingsovereenkomst*

(...)

3. De overeenkomst wordt beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk of in het geval van een andere gegronde reden.

4. Re-integratiebedrijf Amsterdam beëindigt de overeenkomst als de overeengekomen activiteiten niet of onvoldoende worden gevolgd en/of deelnemer zich niet aan de gemaakte afspraken houdt. Dit kan gevolgen hebben voor de WWB-uitkering van deelnemer.<sup>3</sup>

1.6 Betrokkene heeft deze werkzaamheden van 11 april 2014 tot en met 11 oktober 2014 verricht bij de interne servicedesk van Stadsdeel Centrum met behoud van haar IOAW-uitkering.

1.7 In een e-mail van 7 oktober 2014 heeft betrokkene aan de aan haar toegewezen klantmanager bij DWI (hierna: Klantmanager) geschreven dat haar wens naar een betaalde baan uitging en dat het zuur was dat zij met een minimumuitkering te midden van goed betaalde ambtenaren medewerkers op het stadhuis volwaardig hielp en zelfs voor meer klussen werd gevraagd. Betrokkene opperde dat gezien de binnen de gemeente spelende reorganisatie en haar ervaring daarmee er wellicht een tijdelijke betaalde klus voor haar was.

1.8 Bij besluit van 8 oktober 2014 heeft het college aan betrokkene een premie (ad € 231,20) toegekend omdat zij gedurende de voorgaande zes maanden voldoende had meegewerkt aan het participatietraject.

1.9 Op 17 oktober 2014 zijn betrokkene, het Re-integratiebedrijf en Stadsdeel Centrum met ingang van 12 oktober 2014 een tweede plaatsingsovereenkomst aangegaan onder dezelfde voorwaarden als de Plaatsingsovereenkomst en eveneens voor de duur van zes maanden.<sup>3</sup>

1.10 Bij e-mail van 12 december 2014, gericht aan Klantmanager, heeft betrokkene wederom haar wens uitgesproken door de gemeente Amsterdam (tijdelijk) in dienst te worden genomen. Volgens betrokkene huurde de gemeente derden in ter vervulling van dezelfde functie als de hare, waaruit bleek dat er geld beschikbaar was. Verder zouden er op korte termijn twee medewerkers vertrekken, waardoor er ruimte in de bezetting zou ontstaan.

1.11 Een e-mail van 18 december 2014 van betrokkene aan Klantmanager luidt, voor zover relevant, als volgt:

"(...)

Het is niet mogelijk om betaald contract te regelen voor mij. Het huidige contract met behoud

<sup>2</sup> Productie 8 bij inleidende dagvaarding.

<sup>3</sup> Productie 14 bij inleidende dagvaarding.

van uitkering is lopende tot en met 11 april en gelet op de huidige overgangssituatie gaat men niets regelen.  
(...)”

1.12 Betrokkene heeft in februari en maart 2015 verdere pogingen gedaan om te komen tot een (tijdelijk) contract met de gemeente. Dat heeft geen gevolg gekregen.

1.13 Bij besluit van 1 juni 2015 heeft het college opnieuw een premie (ad € 233,90) toegekend aan betrokkene, omdat zij gedurende de voorgaande zes maanden voldoende had meegewerkt aan het participatietraject.

1.14 Bij brief van 14 juni 2016 hebben de advocaten van betrokkene zich jegens de gemeente op het standpunt gesteld dat betrokkene van 11 april 2014 tot 12 oktober 2014 en aansluitend van 12 oktober 2014 tot 12 april 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van de gemeente Amsterdam is geweest en dat betrokkene daarom recht heeft op het bij de functie van Medewerker Service-desk behorende loon cum annexis over genoemde periode, dan wel dat betrokkene in genoemde periode in genoemde functie werkzaamheden heeft verricht op basis van een aanstelling bij de gemeente Amsterdam en uit dien hoofde recht heeft op nabetaling van bezoldiging.

1.15 In reactie hierop heeft het college bij brief van 11 juli 2016 de stellingen en vorderingen van betrokkene van de hand gewezen.

## 2 Procesverloop

2.1 Bij inleidende dagvaarding van 21 februari 2017 heeft betrokkene gevorderd dat de kantonrechter voor recht verklaart dat zij in de periode van 11 april 2014 tot 11 april 2015 bij de gemeente Amsterdam werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW en dat zij daarom recht heeft op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon c.a. als bedoeld in art. 7:617 BW. Verder heeft betrokkene gevorderd dat de gemeente wordt veroordeeld tot betaling van € 31.372,64 bruto aan achterstallig loon en overige arbeidsvoorwaarden, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 50%, en tot betaling van € 38,52 netto aan reiskostenvergoeding, alles te vermeerderen met de wettelijke rente. Tevens heeft zij gevorderd dat haar een salarisspecificatie zal worden verstrekt, op straffe van verbeurte van een dwangsom, alsmede een vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten.

2.2 De gemeente heeft verweer gevoerd.

2.3 Op 3 oktober 2017 heeft een comparitie plaatsgevonden.

2.4 Bij vonnis van 3 november 2017 heeft de kantonrechter de vorderingen afgewezen en betrokkene veroordeeld in de proceskosten.<sup>4</sup>

2.5 Betrokkene heeft hoger beroep ingesteld. Bij memorie van grieven heeft zij haar eis gewijzigd

door een hoger bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten te vorderen.

2.6 Op 7 augustus 2018 heeft de gemeente verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld.

2.7 Betrokkene heeft in het voorwaardelijk incidenteel appel verweer gevoerd.

2.8 Bij arrest van 16 april 2019 heeft het hof Amsterdam het bestreden vonnis bekrachtigd, met veroordeling van betrokkene in de proceskosten van het principale beroep en nakosten, uitvoerbaar bij voorraad.<sup>5</sup>

2.9 Op 16 juli 2019 heeft betrokkene – tijdig – beroep in cassatie ingesteld. De gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Betrokkene heeft gerepliceerd en de gemeente heeft gedupliceerd.

## 3 Inleiding

3.1 In deze zaak is onder meer aan de orde in hoeverre, in dit specifieke geval van het verrichten van werkzaamheden op een participatieplaats, de partijbedoeling een rol kan spelen bij de kwalificatie als arbeidsovereenkomst.

3.2 Naar aanleiding hiervan zal ik nader ingaan op de afbakening van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van andere werkrelaties. Daarbij kan het gaan om bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht, een stageovereenkomst, een plaatsingsovereenkomst in het kader van een sociale uitkering, een vrijwilligersovereenkomst, een overeenkomst van agentuur of een onbenoemde overeenkomst zoals bij sommige vormen van platformwerk. In de praktijk is het vooral de afbakening van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van de overeenkomst van opdracht die voor problemen zorgt.

3.3 Het beantwoorden van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt in de praktijk als lastig ervaren.<sup>6</sup> In gevallen waarvan de feiten erg op elkaar lijken, is de ene rechter van oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl een andere rechter vindt dat het gaat om een overeenkomst van opdracht.<sup>7</sup> Vanuit de juridische praktijk klinkt dan ook al lange tijd de roep om meer duidelijkheid en sturing van de Hoge Raad op dit punt. Meer specifiek wordt gevraagd om verduidelijking

<sup>5</sup> Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327, *JAR* 2019/216 m.nt. A. Eleveld, *AR-Updates* 2019/0776.

<sup>6</sup> Zo spreken Sagel, Barentsen en Van der Kroon over de ‘o zo lastige kwalificatievraag’ en ‘de ingewikkelde kwalificatievraag’. Zie B. Barentsen, S.F. Sagel & J.T. van der Kroon, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2019/2169, p. 2671 en 2672. Said, die promotieonderzoek verricht naar de positie van de werknede, schrijft dat het beantwoorden van de kwalificatievraag ‘bepaald geen sinecure is’. Zie S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’, *ArA* 2017/1, p. 83.

<sup>7</sup> Zie bijv. Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189 m.nt. Wiewel & Van Slooten, *JIN* 2018/152 m.nt. Said (*.../Deliveroo*) en Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *JAR* 2019/23 m.nt. J.P.H. Zwemmer & M. Jovovic (*Deliveroo II*), waarover o.m. J.H. Bennaars, ‘Een platform, één rechtbank, twee uitkomsten’, *AR-Updates* 2019-0051.

<sup>4</sup> Ktr. Amsterdam 3 november 2017, zaaknr. 5759861 CV EXPL 17-5460 (niet gepubliceerd).

of een herijking van het arrest *Groen/Schoevers*.<sup>8</sup> Dat arrest zou gezorgd hebben voor verwarring, althans aanleiding hebben gegeven tot rechterlijke uitspraken die, zacht gezegd, als minder gelukkig worden gezien. Bovendien sluit *Groen/Schoevers* niet goed aan op het Europese recht en valt de in *Groen/Schoevers* uitgezette lijn niet één-op-één samen met de benadering van het werknemersbegrip in de rechtspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad.

3.4 Dat herijking van *Groen/Schoevers* een urgente zaak is, komt vooral doordat een steeds groter deel van de werkenden geen (vaste) arbeidsovereenkomst heeft, maar werkt op basis van een overeenkomst van opdracht (soms met maar meestal zonder personeel). In 2019 telde Nederland 1,1 miljoen zzp'ers voor wie een werkring als zelfstandige de hoofdbaan is.<sup>9</sup> Dat aantal is de afgelopen jaren voortdurend gestegen. De groei van het aantal zzp'ers is, op Slowakije na, het hoogst van alle OESO-landen.<sup>10</sup> Daarbij rijst de vraag of een deel van deze werkenden juridisch eigenlijk niet als werknemer kwalificeren, omdat zij in feite werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst en dus schijnzelfstandige zijn.

3.5 Het werken op zzp-basis is één van de vormen van flexibel werk, die zich op steeds grotere schaal voordoen. Andere vormen van flexibel werk zijn tijdelijke arbeidscontracten, payrolling, uitzending, detachering en andere in 'driehoeksverhoudingen' verricht werk, en werk op nulurencontracten, min-max-contracten of andere oproepcontracten.<sup>11</sup> Inmiddels (cijfers 2018) werkt 40% van alle werkenden in Nederland in een flexibele werkrelatie.<sup>12</sup>

3.6 Overigens betekent *flexibilisering van werkrelaties* niet noodzakelijkerwijs dat sprake is van *flexibilisering van de arbeidsmarkt* (daargelaten wat een 'markt voor arbeid' eigenlijk precies inhoudt). Het is namelijk *niet* zo dat werkers met een flexibele werkrelatie (al dan niet opvolgend) voor verschillende werkverschaffers werken of verschillende soorten werk verrichten. Integendeel, in de praktijk blijkt dat de meeste flexkrachten lange tijd achter elkaar voor dezelfde werkgever werken en dat wer-

kers maar heel beperkt wisselen van loopbaan.<sup>13</sup> Dat wordt ook geconstateerd in het eindrapport van de Commissie regulering van werk.<sup>14</sup> Nederland kent juist een lage arbeidsmobiliteit.<sup>15</sup> Het belangrijkste kenmerk van flexibele werkrelaties is dan ook niet een flexibele uitoefening van werk, maar kostenbesparing voor werkgevers.<sup>16</sup> Het begrip 'flexibilisering' is daarmee een wat verhullend begrip.

3.7 Aan het begrip 'flexibiliteit' kleef ook een zekere (valse) romantiek, zo schrijft Thijs Lijster. *'Zekerheid kan ook zijn: saaiheid, starheid, verstikking en spruitjeslucht.'*<sup>17</sup> De flexibele werker is *'nomadisch, heeft geen negen-tot-vijftientaliteit, denkt 'out of the box', is multi-inzetbaar, beweegt van project naar project, kan van weinig leven en heeft de potentie om met geringe middelen iets te creëren.'*<sup>18</sup> Dergelijke connotaties verklaren mede het succes van het flexibiliteitsjargon.

3.8 De belangrijkste oorzaak van de sterke groei van het aantal zzp'ers is dat het werken als zelfstandige financieel aantrekkelijk is voor zowel de werker als voor de werkverschaffer.<sup>19</sup> Sinds enkele decennia stimuleert en faciliteert de overheid het zelfstandig ondernemerschap, zowel aan de zijde van de werker/zelfstandige als aan de kant van de werkverschaffer.<sup>20</sup> Beiden zijn daardoor in het algemeen financieel veel gunstiger uit dan wanneer zij zouden kwalificeren als werknemer c.q. werkgever. Zelfstandigen hoeven alleen inkomstenbelasting over hun winst te betalen, hebben recht op ondernemersfaciliteiten zoals de zelfstandigenaftrek, de startersaftrek en de mkb-winstvrijstelling. Verder betalen zij geen premies werknemersverzekeringen

8 Zie onder meer G.C. Boot in zijn annotatie bij *FNV Kiem*, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 492.

9 Zie <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp>, laatst geraadpleegd op 14 juli 2020.

10 OECD *Input to the Netherlands Independent Commission on the Regulation of Work*, June 2019, p. 11, raadpleegbaar via <https://www.reguleringvanwerk.nl/documenten/publicaties/2019/06/20/oeso-rapportage-commissie-regulering-van-werk>.

11 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 30.

12 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 30, met verwijzing naar CBS-cijfers.

13 P. de Beer, 'Een andere kijk op flexibilisering', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 27-38, par. 2.3 en 2.4. De Beer pleit voor een uniforme contractvorm voor alle soorten werkrelaties, zie par. 2.6.

14 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 32 (Bijlage 921039 bij Kamerstuk II 2019/20, 29 544, nr. A).

15 Rapport *Kiezen voor duurzame groei* van de ambtelijke Studiegroep Duurzame Groei (2016), p. 41, onder verwijzing naar het CPB, *Kansrijk arbeidsmarktbeleid*, 2015.

16 P. de Beer, 'Een andere kijk op flexibilisering', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 27-38, par. 2.3 en 2.5; Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 34-37.

17 Thijs Lijster, *Verenigt ul Arbeid in de 21 eeuw*. Amsterdam: Prometheus 2019, p. 45.

18 Het citaat is van Pascal Gielen, aangehaald door Tijs Lijster, p. 44.

19 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 86-88 en de daar aangehaalde bronnen.

20 P. de Beer, 'Een andere kijk op flexibilisering', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, par. 2.3 en 2.4.



(mits zij niet onder het werknemersbegrip in de sociale verzekeringswetten vallen, zie onder 3.23).<sup>21</sup>

3.9 Dé zzp'er bestaat niet, het is een groep van diverse pluimage.<sup>22</sup> Uit het Interdepartementaal Beleidsonderzoek Zzp (2015) volgt dat een beperkt deel van de zzp'ers liever werknemer zou willen zijn, maar dat veel zzp'ers bewust kiezen voor de vrijheid en onafhankelijkheid die het ondernemerschap biedt.<sup>23</sup> Zo vinden sommige werkers het werken als zzp'er aantrekkelijk omdat zij meer vrijheid hebben ten aanzien van onder meer werktijden of het takenpakket. Ook platformwerkers blijven vrijheid ten aanzien van werktijden en het aantal uren dat gewerkt wordt als belangrijkste voordeel te zien.<sup>24</sup> De mogelijkheid om weinig uren te werken, of slechts in bepaalde perioden te werken, kan drempelverlagend zijn voor mensen die anders geen betaald werk zouden verrichten. De werkvrijheid is bijvoorbeeld een argument voor werkers in de zorg om zich te laten ontslaan als werknemer en vervolgens weer te laten inhuren als zelfstandige, maar met een 'afgeslankt' taken- of dienstenpakket. Het is echter de vraag hoeveel waarde aan dit motief kan toekomen, als het gaat om werkzaamheden die 'zij aan zij' met werknemers worden uitgevoerd. Het zorgt immers voor een oneigenlijk verschil in behandeling (of leidt zelfs tot concurrentie) tussen werknemers en zelfstandigen, die feitelijk hetzelfde soort werk verrichten.<sup>25</sup> De zelfstandigen krijgen een hogere beloning dan de werknemers, en de werkdruk voor de werknemers stijgt. Bovendien leidt het tot problemen bij werkverschaffers, waarbij met name zorginstellingen zijn te noemen, omdat hun loonkosten stijgen en werkroosters lastiger rond te krijgen zijn.<sup>26</sup>

3.10 Tegenover deze voordelen staat aan de kant van de werkers echter dat zij veel grotere risico's lopen bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid, omdat zij niet verzekerd zijn voor de WW en

de WIA.<sup>27</sup> Slechts een deel van de zelfstandigen heeft deze risico's afgedekt; in 2016 was slechts een vijfde deel van de zelfstandigen verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid en die verzekeringsgraad neemt steeds verder af.<sup>28</sup> Hierbij komt dat lang niet alle zelfstandigen 'onderhandelingsmacht' hebben bij het bepalen van hun uurtarief, waardoor sommige groepen van zelfstandigen genoeg moeten nemen met zeer lage tarieven. Deze zelfstandigen verdienen regelmatig minder dan het minimumloon en zijn daardoor juist veel slechter af dan werknemers.<sup>29</sup> Ook zijn zelfstandigen op het gebied van scholing en cursussen slechter af, hebben zij geen ondersteuning bij het voorkomen van uitval door ziekte of bij re-integratie na ziekte en hebben zij geen aanspraak in de onderneming van de werkverschaffer.<sup>30</sup>

3.11 Het voordeel voor de werkverschaffer van het inschakelen van zelfstandigen is dat hij geen loonbelasting, geen premies werknemersverzekeringen, geen bijdrage Zorgverzekeringswet, geen pensioenpremies en geen vakantiegeld verschuldigd is, er geen loonbetalingsplicht bij ziekte is, en hij geen kosten hoeft te maken voor scholing of bij ontslag.<sup>31</sup> Daarmee zijn er voor de werkverschaffer in feite op financieel vlak alleen maar voordelen verbonden aan het inschakelen van zelfstandigen (in beperkte mate geldt dat ook voor het werken met andere flexkrachten).

3.12 Dat het inschakelen van zelfstandigen zo aantrekkelijk is ten opzichte van het in dienst nemen van werknemers, is niet los te zien van de 'zware belasting' van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst kent een 'stapel' van verantwoordelijkheden voor de werkgever (niet alleen financieel maar ook administratief), waardoor het werkgeverschap als een zware last wordt ervaren,

21 Zie bijv. A.L. Mertens, 'Fiscaal perspectief', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 5.3 en 5.4; M.M. de Reus, *Het ondernemers- en ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001* (Fiscale monografieën nr. 12), Deventer: Wolters Kluwer 2020, hfst. 3.

22 *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015, p. iii. Dit rapport is een bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 31 311, nr. 154, dat tevens een kabinetsreactie op de bevindingen bevat. Zie ook WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 26.

23 *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015, p. vii en 25-30.

24 Zie daarover L.P.L. van den Hof, 'Platformeconomie – de belanghebbenden aan het woord', in: *ArbeidsRecht 2020*/13.

25 Zie hierover onder meer W.L. Roozendaal, 'Zelfstandigen in de thuiszorg', *ArbeidsRecht 2016*/42.

26 M. van der Geest, 'Snelle toename zorg-zzp'ers leidt tot problemen bij ziekenhuizen en zorginstellingen', *De Volkskrant* 25 oktober 2018. Zie ook de Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de minister voor Medische Zorg en Sport en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 10 februari 2020, 'Flexibilisering arbeidsmarkt in de zorg', 1648590-201900-MEVA, p. 1.

27 Zie hierover Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 49. Zie ook A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.), e.a., *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 451 e.v.

28 Concept-memoratie van toelichting bij het Concept wetsvoorstel minimumtarieven voor zelfstandigen p. 10. Dit concept-wetsvoorstel heeft van 28 oktober 2019 tot 9 december 2019 ter consultatie gelegen, maar zal niet verder worden uitgewerkt, zie de Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216.

29 A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 454-455.

30 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 23 en 31-34.

31 Zie bijv. F.J.L. Pennings, 'Zelfstandigen zonder personeel', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, par. 5.1.

met name door kleine ondernemingen.<sup>32</sup> Vooral de lange periode van loonbetaling bij ziekte wordt als een groot risico c.q. zware last gezien.

3.13 Hiermee is het op dit moment een economische realiteit dat het in veel gevallen aantrekkelijker is om werkers als zelfstandige in te huren dan met hen een arbeidsovereenkomst te sluiten, en voor werkers (soms) (en op de korte termijn) financieel aantrekkelijk is om werkzaamheden als zelfstandige te verrichten en niet in loondienst. De fiscale begunstiging van zelfstandigen berust op de gedachte dat zelfstandig ondernemerschap moet worden gestimuleerd.<sup>33</sup> De sterke toename van het aantal zelfstandigen kan dan ook als een 'beleidsmatig succes' worden gezien.<sup>34</sup> Dat de werkende mens een 'ondernemer' is en zijn arbeidskracht een vorm van 'menselijk kapitaal', is een van de pijlers onder de neoliberale rationaliteit die al vele decennia leidend is in de politiek.<sup>35</sup>

3.14 Vanwege de aantrekkingskracht van het werken als zelfstandig ondernemer – vrijwel altijd voor de werkverschaffer en soms ook voor de werker – is in bepaalde gevallen sprake van het 'strategisch vormgeven van de overeenkomst'.<sup>36</sup> De werkverschaffer stuurt dan via de vormgeving van het contract dat de werker ondernemer is.<sup>37</sup> Daarbij gaat het in de praktijk vooral om bepalingen die op papier tot de conclusie leiden dat geen sprake is van een gezagsverhouding en dus niet van een arbeidsovereenkomst, zoals bijvoorbeeld een 'vrije vervangingsclausule'.<sup>38</sup> Hierop zal ik nader ingaan in § 9.

3.15 Er zijn veel consequenties verbonden aan het al dan niet kwalificeren als arbeidsovereenkomst. Arbeidsovereenkomsten worden immers beheerst door regels van dwingend en semi-dwingend recht en kunnen worden gezien – uitzonde-

ringen daargelaten<sup>39</sup> – als het entreebiljet tot het arbeidsrecht, het socialezekerheidsrecht en het pensioenrecht.<sup>40</sup> Daarmee heeft de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst niet alleen rechtsgevolgen voor partijen, maar ook voor derden, zoals pensioenfondsen, het UWV of de fiscus.

3.16 De sterke groei van het aantal werkenden dat niet werkt op basis van een vaste arbeidsovereenkomst (de erosie van de arbeidsrechtelijke bescherming), is een steeds groter maatschappelijk probleem aan het worden. In de eerste plaats omdat, zoals Verhulp het stelt, onze instituties zijn gebouwd rond de arbeidsovereenkomst.<sup>41</sup> Die instituties worden langzamerhand uitgehold, als steeds minder mensen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>42</sup> In de tweede plaats omdat er aan de onderkant van de arbeidsmarkt een grote groep werkenden is die geen sociaal vangnet heeft en niet kan ontkomen aan een concurrentieslag om tarieven ('*race to the bottom*'). Dit leidt tot het ontstaan van een groep van 'precairen': een groep van werkenden die in een permanente staat van onzekerheid verkeert.<sup>43</sup> In dit verband wordt ook wel gesproken over 'levensloonzekerheid', waardoor mensen bijvoorbeeld een kinderwens uitstellen. Van alle werkenden in de leeftijd van 15 tot 75 jaar lopen zelfstandigen het grootste risico op armoede. In 2017 had 8,6% van de zelfstandigen een huishoudinkomen onder de lage inkomensgrens, tegenover een percentage voor werknemers van slechts 1,6%.<sup>44</sup> Het risico op armoede voor zelfstandigen en flexwerkers is door de coronacrisis pijnlijk zichtbaar

32 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 34-35.

33 A.L. Mertens, 'Fiscaal perspectief', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 5.4.3.2.

34 A.L. Mertens, 'Fiscaal perspectief', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 5.5.1.

35 Zie daarover uitvoerig Pierre Dardot and Christian Laval, *The New Way of the World: On Neoliberal Society*, Londen: Verso, 2013 (oorspr. 2009). Zie meer theoretisch over de theorie van het 'menselijk kapitaal', Michel Foucault, *De geboorte van de biopolitiek. Colleges aan het Collège de France 1979*, Amsterdam: Boom 2013, p. 290 e.v.

36 S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52, par. 4.4.

37 F.G. Laagland, 'Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?', *TRA* 2020/51.

38 Bartens schrijft over sommige 'grote bedrijven die zich onttrekken aan de dwingendrechtelijke arbeidsrechtelijke verplichtingen door een contractuele werkelijkheid te creëren en hun 'opdrachtnemers' de mogelijkheid geven zich vrij te vervangen, ook al bestaat hier geen behoefte aan.' Zie P.R. Bartens, 'Vrije vervanging' en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid', *TvAO* 2019/1, p. 14.

39 Sommige wetten hebben een ruimere werkingsfeer waardoor ook niet-werknemers onder de door die wet geboden bescherming vallen. Regelgeving met een ruimere werkingsfeer is onder meer te vinden in de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag, de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, art. 7:658 lid 4 BW, de Wet Aanpak Schijnconstructies, etc. Tot 1 juli 2015 was ook de preventieve ontslagtoets van toepassing op 'kleine zelfstandigen'. Deze is echter afgeschaft met de *Wvzw*.

40 A.R. Houweling (red.), e.a., *Loonstra & Zondag/Arbidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 135 en M. Heemskerck, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 65. Verhulp spreekt over het '*ticket to ride*' in het arbeidsrecht, zie E. Verhulp, 'Arbeidsovereenkomstenrecht', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.2.

41 E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 6 in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 255-262.

42 Zie ook WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 88.

43 Ook wel aangeduid als het precariaat. Zie daarover Guy Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class*, Londen: Bloomsbury Academic 2011 en Isabell Lorey, *Het regeren van precair: de staat van onzekerheid*, Amsterdam: Octavia publicaties 2016 (oorspr. Duits 2012). Voorts ook Thijs Lijsters, *Verenigt u! Arbeid in de 21 eeuw*, Amsterdam: Prometheus 2019.

44 Ontwerp-memorandum van toelichting bij het concept-wetsvoorstel Wet minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring, p. 10 (met verwijzing naar CBS cijfers). Als gezegd heeft het kabinet besloten dat dit concept-wetsvoorstel niet verder wordt uitgewerkt.

geworden.<sup>45</sup> In de derde plaats – neveneffect van de eerder genoemde gevolgen – leidt de erosie van de arbeidsrechtelijke bescherming tot een gedeeltelijke afwenteling van kosten op het collectief.<sup>46</sup> Nu het de gemeenten zijn die (qua uitvoering en ook financieel) verantwoordelijk zijn voor ‘de sociale vangnetten’ (zie ook § 11), zijn het *de facto* de gemeenten die deze collectieve last dragen.

3.17 Als negatieve gevolgen van de groei van het aantal zelfstandigen zijn verder te noemen de afbraak van de solidariteit tussen werkers, zowel tussen werkers op basis van een arbeidsovereenkomst en werkers zonder arbeidsovereenkomst, als tussen werkers zonder arbeidsovereenkomst onderling, die moeten concurreren op tarieven. Bovendien wordt op de langere termijn het draagvlak voor de sociale zekerheid te smal en is sprake van een negatieve impact op de arbeidsproductiviteit.<sup>47</sup>

3.18 Ten slotte is nog op te merken dat de risico's die gepaard gaan met het werken als zelfstandige of het werken in de ‘flexibele schil’, niet gelijk verdeeld zijn over alle werkers. Lager- en middelbaar opgeleiden zijn veel vaker dan hoger opgeleiden werkzaam op basis van flexibele contracten. Verder hebben jongeren en mensen met een migratieachtergrond relatief vaak een flexibel contract of werken zij als zelfstandige met een zwakke onderhandelingspositie.<sup>48</sup> De Commissie regulering van werk (zie nader onder 4.20 e.v.) stelt dan ook dat zekerheid over baan, werk en inkomsten steeds meer een privilege is geworden, en dat de zwakste schouders in feite de zwaarste lasten dragen.<sup>49</sup> Daaraan is nog toe te voegen dat meer vrouwen dan mannen een flexibel arbeidscontract hebben.<sup>50</sup> En weliswaar werken er minder vrouwen dan mannen als zzp'er, maar de vrouwelijke zzp'er verdient gemiddeld een derde minder dan de mannelijke zzp'er.<sup>51</sup>

3.19 Hiermee is duidelijk dat de impact van het al dan niet werken op basis van een arbeidsovereenkomst, veel verder strekt dan de belangen van partijen. Daar zijn ook publieke belangen bij betrokken.

Het zijn juist die publieke belangen die eraan in de weg staan dat partijen naar eigen inzicht het etiket ‘dit is geen arbeidsovereenkomst’ op hun werkrelatie plakken, zelfs al zouden zij daar uit vrije wil toe besluiten en zelfs al zou de werkende een relatief hoog tarief ontvangen, een fatsoenlijke arbeidsongeschiktheidsverzekering afsluiten en pensioen opbouwen.

3.20 De Commissie regulering van werk constateert dat de huidige regels niet houdbaar zijn, omdat zij onvoldoende zijn toegesneden op de huidige en toekomstige behoeften van werkgevers, werkenden en het collectief.<sup>52</sup> Dit sluit aan bij de breed gedragen opvatting dat het hedendaagse arbeidsrecht niet langer op een adequate wijze de doelen dient die het behoort te dienen, omdat een vaste arbeidsovereenkomst voor steeds meer mensen structureel buiten beeld is geraakt.<sup>53</sup> Hierdoor vertoont de arbeidsmarkt in toenemende mate tekenen van polarisatie: er is een groep van *insiders* met veel bescherming, en een groep van *outsiders* met geen of nauwelijks bescherming.<sup>54</sup>

3.21 Inmiddels is de algemene opvatting dan ook dat het grote verschil tussen de positie van een werknemer met een vast arbeidscontract en die van zelfstandigen en flexkrachten, niet houdbaar is.<sup>55</sup> Peters en Roozendaal spreken in dit verband over een arbeidsmarkt met ‘schizofrene trekken’.<sup>56</sup> Enerzijds zal de arbeidsovereenkomst moeten worden ‘ontlast’, en anderzijds zal de positie van zelfstandigen moeten worden versterkt.<sup>57</sup> Bovendien zal het aantal schijnzelfstandigen (opdrachtnemers die in feite juridisch als werknemer kwalificeren) moeten worden teruggebracht.

3.22 Als gezegd heeft het zijn van werknemer niet alleen civielrechtelijke gevolgen, maar ook consequenties op het terrein van de sociale zekerheid en de fiscaliteit.<sup>58</sup> De civiele arbeidsovereenkomst van art. 7:610 BW is de basis is voor zowel het begrip

45 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, ‘Voortgangsbrief ‘werken als zelfstandige’.

46 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 49; WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 86-88; *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 219, p. 17 (derde voortgangsbrief over werken als zelfstandige).

47 Zie over dat laatste de Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 38-39.

48 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 33-34.

49 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 34.

50 CPB Achtergronddocument 17 november 2016, *De flexibele schil van de Nederlandse arbeidsmarkt: een analyse op basis van microdata*, p. 18.

51 Cijfers van de OESO, ‘Gender wage gap’. 2019.

52 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 14 en 63.

53 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 p. 33.

54 VAAN-VvA expertgroep, *Wetboek van Werk 2025*, juni 2019, p. 5.

55 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 10 en 12, en hfst. 3 van dat rapport. Zie ook WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 227-233. Zie eerder ook al bijv. het rapport *Kiezen voor duurzame groei* van de ambtelijke Studiegroep Duurzame Groei (2016).

56 S.S.M. Peters & W.L. Roozendaal, ‘Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21<sup>e</sup> eeuw’, *IRA 2017/84*, p. 30.

57 Vgl. ook het Regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017, waarin valt te lezen: ‘De sleutel naar een eerlijker arbeidsmarkt ligt in de gelijktijdige beweging: vast werk minder vast maken en flexwerk minder flex.’

58 Zie S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’, *ArA 2017/1*, p. 55-89. Zie ook D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. EUR) (Fiscale monografieën nr. 127), Deventer: Kluwer 2008.

'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in de Wet op de Loonbelasting 1964, als voor het werknemersbegrip in de werknemersverzekeringen. Het fiscale begrip 'dienstbetrekking' is echter niet helemaal gelijk aan de privaatrechtelijke dienstbetrekking. Zo omvat het tevens publiekrechtelijke dienstbetrekkingen. Daarnaast zijn er specifieke situaties waarin een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking ontbreekt, maar voor fiscale doeleinden toch een dienstbetrekking aanwezig wordt geacht: de fictieve dienstbetrekkingen. Deze fictieve dienstbetrekkingen omvatten onder meer (en onder bepaalde voorwaarden) leerlingen en stagiaires, aannemers van werk, topsporters met een A-status, thuiswerkers en sekswerkers.<sup>59</sup> Voor de werknemersverzekeringen geldt iets soortgelijks.<sup>60</sup>

3.23 Of loonbelasting moet worden ingehouden en premies werknemersverzekeringen en volksverzekeringen dienen te worden afgedragen, wordt beoordeeld door de belastinginspecteur en uiteindelijk door de fiscale kamer van de Hoge Raad. De beoordeling van aanspraken op een WW-uitkering of andere werknemersverzekeringen, geschiedt door het UWV en door de Centrale Raad van Beroep (met een beperkte vorm van cassatie bij de fiscale kamer van de Hoge Raad).<sup>61</sup> Om deze reden zal ik in deze conclusie ook aandacht besteden aan rechtspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep.

3.24 Overigens is de laatste jaren ook wel bepleit, onder meer door de Commissie-Boot,<sup>62</sup> om de koppeling tussen het civiele beoordelingskader en dat van de fiscaliteit en sociale zekerheid los te laten.

3.25 Als houvast in de grote hoeveelheid rechtspraak, literatuur en parlementaire documenten die hierna worden besproken, lijkt het mij belangrijk om steeds de beginselen van het arbeidsrecht voor

ogen te houden. Van der Heijden en Noordam omschreven die als volgt (als 'basiswaarden van het sociaal recht'): verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit, non-discriminatie en participatie.<sup>63</sup> De basiswaarde 'bescherming' is voor het arbeidsrecht de belangrijkste pijler;<sup>64</sup> het gehele arbeidsrecht is doordrongen van de beschermingsgedachte. Het begrip ongelijkheidscompensatie is hiermee rechtstreeks verbonden.<sup>65</sup>

3.26 Ongelijkheidscompensatie kan daarom worden gezien als het meest elementaire beginsel van het arbeidsrecht: vanwege de structurele kwetsbaarheid van de werknemer (juridisch ondergeschikt én economisch afhankelijk) zijn de wettelijke regels gericht op het creëren van een beter evenwicht tussen de contractspartijen; de feitelijke ongelijkheid wordt juridisch gecompenseerd.<sup>66</sup> Ook de uit 1907 stammende wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst beruiste op dit uitgangspunt. In de memorie van toelichting is te lezen dat kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst is dat de arbeider zich bij het sluiten van de overeenkomst in de regel in een ongunstiger positie bevindt dan de werkgever, dat voor velen het arbeidscontract niet een vrijwillige overeenkomst is maar een dwangcontract, en dat er daarom een wettelijke regeling nodig is om bescherming te bieden.<sup>67</sup> De wettelijke regeling moet wijziging brengen in de ongelijke verhouding tussen kapitaal en arbeid, ten gunste van arbeid, zo staat er in de memorie van antwoord.<sup>68</sup>

3.27 In deze conclusie worden de volgende drie hoofdvragen besproken:

- (i) Welke rol speelt de partijbedoeling bij de kwalificatie als arbeidsovereenkomst? (§ 5);
- (ii) Hoe kan aan de hand van het gezagscriterium de arbeidsovereenkomst worden onderscheiden van de overeenkomst van opdracht? (§ 9);
- (iii) Kan een participatieplaats kwalificeren als een arbeidsovereenkomst? (§ 11).

59 Deze uitbreidingen van het fiscale begrip dienstbetrekking zijn gebaseerd op art. 3 en 4 Wet LB 1964 en nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. Zie hierover bijv. E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting (Fed Fiscale Studietoets)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 3.3.2.c.

60 Zie bijv. art. 4 en 5 van de WW en van de Ziektewet en het hierop gebaseerde 'Rariteitenbesluit' (het Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd). Daarnaast zijn bepaalde dienstbetrekkingen juist uitgesloten van de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen (o.m. ministers, staatssecretarissen en wethouders), zie art. 6 van de WW en de Ziektewet. Zie hierover S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Boom juridisch: Den Haag 2018, par. 3.2.

61 Tot 1 januari 2006 was de CRvB hier de hoogste rechter. De toetsing in cassatie is beperkt tot de vraag of de CRvB het recht heeft geschonden of verkeerd heeft toegepast, zie o.m. art. 129d WW en art. 75m Zw.

62 Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (Commissie-Boot), eindrapport november 2016 (aanbeveling 2). Ook S.S.M. Peters & W.L. Roozendaal, 'Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21<sup>e</sup> eeuw', *TRA* 2017/84, bepleiten een loskoppeling van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, met sociale zekerheid als vangnet voor alle werkenden. Zie ook M. Westerveld, 'Sociale zekerheid', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 204 e.v.

63 P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over de beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 74 e.v.

64 A.R. Houweling (e.a.), *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 44.

65 Asser Heerma van Voss 7-V 2015/10. Zie onder meer ook G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, p. 42-43; E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 6.

66 P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over de beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 85. Zie ook A.R. Houweling (e.a.), *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 26 en 44.

67 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 7.

68 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 11 en 12.

#### 4 Brede discussie over de arbeidsovereenkomst en andere werkrelaties

4.1 De afgelopen jaren is er enorm veel geschreven en gediscussieerd over de toekomst van de arbeidsovereenkomst. Beter gezegd: is de noodklok geluid over de gestage afname van werkrelaties die zijn vormgegeven door het aangaan van een vaste arbeidsovereenkomst en de sterke toename van andere vormen van arbeidsrelaties, zoals het zelfstandig ondernemerschap, platformarbeid, freelance-werk en andere vormen van flexwerk. Deze trend wordt algemeen als een steeds urgenter maatschappelijk probleem gezien, omdat het niet alleen leidt tot een uitholling van de rechten van werkers, maar voor de betrokken werkers ook grote risico's op armoede met zich meebrengt. Ook vanuit economisch perspectief is het grote aantal zelfstandigen niet positief te waarderen.<sup>69</sup>

4.2 Over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en andere werkrelaties, met name het zelfstandig ondernemerschap zonder personeel, is een groot aantal rapporten en andere documenten opgesteld. Een kleine greep uit de laatste paar jaren: het Interdepartementale Beleidsonderzoek Zelfstandigen zonder personeel (2015),<sup>70</sup> de door de Staatssecretaris van Financiën ingestelde Commissie beoordeling modelovereenkomsten Wet DBA (commissie-Boot, 2016),<sup>71</sup> het Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie (2017),<sup>72</sup> het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' (2017),<sup>73</sup> de verkenning 'Voor de zekerheid' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR, 2017),<sup>74</sup> het 'Wetboek van Werk 2025' van de VAAN-VvA expertgroep (2019),<sup>75</sup> het rapport 'In wat voor land wil-

len wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk' (2020)<sup>76</sup> van de adviescommissie regulering van werk (commissie-Borstlap) en het rapport 'Het betere werk' van de WRR (2020).<sup>77</sup> In internationaal verband is te noemen het OESO-rapport *The Future of Work* (2019)<sup>78</sup> en het rapport van de ILO *Work for a brighter future – Global Commission on the Future of Work* (2019).<sup>79</sup>

#### Wet DBA

4.3 De genoemde onderzoeken en documenten hangen deels samen met de afschaffing van de Verklaring arbeidsrelatie (VAR). Met een VAR werd door de Belastingdienst vooraf beoordeeld of een zzp'er, freelancer of andere werker in fiscale zin als zelfstandige werd aangemerkt. Een VAR vrijwaarde de opdrachtgever voor het afdragen van loonbelasting en sociale premies. De VAR is per 1 mei 2016 afgeschaft, als onderdeel van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA).<sup>80</sup> Vanwege uitvoeringsproblemen is de Wet DBA sinds haar inwerkingtreding niet gehandhaafd, behoudens ten opzichte van 'kwaadwillenden'.<sup>81</sup> Tot op heden is sprake van een 'handhavingsmoratorium'. Dat moratorium zal in ieder geval niet eerder eindigen dan 1 januari 2021.<sup>82</sup>

#### Parlementaire stukken

4.4 Het probleem van het grote aantal werknemers dat werkt als zelfstandige (of als flexwerker) wordt ook door het kabinet als een probleem gezien. In het regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* (2017) is daarover het volgende te lezen:<sup>83</sup>

"Wie fatsoenlijk omgaat met zijn werknemers ondervindt concurrentienadeel van bedrijven die handige constructies bedenken om lonen te drukken en risico's af te wentelen. Vaste werknemers, flexwerkers en zzp-ers zijn onbedoeld

69 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, zie bijv. p. 10.

70 Ambtelijk rapport met de resultaten van een onderzoek naar de oorzaken en gevolgen van de opkomst van zzp'ers in Nederland. Dit rapport is een bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 31 311, nr. 154, dat tevens een kabinetsreactie op de bevindingen bevat.

71 Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (Commissie-Boot), eindrapport november 2016, *Strct.* 2016/19031.

72 Ambtelijk rapport met varianten voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie, in navolging van de toezegging van het kabinet te onderzoeken hoe aan de criteria 'vrije vervanging' en 'gezagsverhouding' en concrete of andere invulling kan worden gegeven om deze beter te laten aansluiten bij het huidige maatschappelijke beeld van een arbeidsrelatie. Dit rapport is een bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 34 036, nr. 64, onderdeel van het wetsvoorstel Deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA).

73 Regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017.

74 WRR, *Voor de zekerheid. De toekomst van flexibel werkenden en de moderne organisatie van arbeid*, 7 februari 2017.

75 VAAN-VvA expertgroep, *Wetboek van Werk 2025*, juni 2019. Het document is te vinden op <https://www.vaan-arbeidsrecht.nl/contents/wetboek-van-werk>. Dit is een samenwerking tussen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA). Leden van deze expertgroep zijn Houweling, Bennaars, Even, Heerma van Voss, Keulaerds, Klosse, Van der Hulst en Wilthagen.

76 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, Bijlage 921039 bij *Kamerstuk II 2019/20*, 29 544, nr. A.

77 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020.

78 OESO, *Employment Outlook 2019, The Future of Work*. Het rapport is te vinden op de website van de OESO.

79 ILO, *Work for a brighter future – Global Commission on the Future of Work*, 2019. Het rapport is te vinden op de website van ILO.

80 Zie hierover uitgebreid de conclusie van A-G Niessen (belastingrecht) (15 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1438) vóór HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:467, onder 4.1-4.37.

81 Zie onder meer de Kamerstukken in het dossier 31 311, met name de verschillende voortgangsbrieven.

82 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Financiën van 24 juni 2019, 'Toezicht arbeidsrelaties', 2019-0000036153. Zie ook A.L. Mertens, 'Platformarbeid fiscaal: zie maar dat je er (niet) tussenkomt', *TAC* 2019/1, p. 20-24. Het kabinet zal in het najaar van 2020 beslissen of het moratorium verder wordt verlengd, zie de Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 11.

83 Regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017, p. 22.

concurrenten van elkaar geworden. Perspectief op een vaste baan is vaak ver weg. (...) Het is tijd om onze arbeidsmarkt te moderniseren. De sleutel naar een eerlijker arbeidsmarkt ligt in de gelijktijdige beweging: vast werk minder vast maken en flexwerk minder flex. Het is de ambitie van dit kabinet dat meer mensen aan het werk kunnen gaan in contracten voor onbepaalde tijd. Zelfstandigen moeten de ruimte krijgen om te ondernemen. Schijnzelfstandigheid wordt aangepakt.”

En:<sup>84</sup>

“Werken als zelfstandige zzp-ers hebben een belangrijke positie op de arbeidsmarkt. Het is wel belangrijk dat zzp-ers om de juiste redenen kiezen voor het zzp-schap en er niet eigenlijk sprake is van een arbeidsrelatie. De Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (DBA) heeft voor die laatste vraag geen helderheid geschapen, maar juist onrust gebracht waardoor teveel echte zelfstandige ondernemers zijn geraakt. Met name aan de ‘onderkant’ van de arbeidsmarkt is nog steeds sprake van schijnzelfstandigheid en concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De Wet DBA wordt daarom vervangen. De nieuwe wet moet enerzijds (de inhuurder van) echte zelfstandigen zekerheid bieden dat er geen sprake is van een dienstbetrekking en anderzijds schijnzelfstandigheid (vooral aan de onderkant) voorkomen.”

4.5 Eén van de aangekondigde maatregelen om schijnzelfstandigheid aan te pakken, is dat voor zzp'ers bij een laag tarief in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of een laag tarief in combinatie met het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten, zou worden bepaald dat *altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst*.<sup>85</sup> In die situatie zou dus niet voldaan hoeven zijn aan de voorwaarden van de definitie van de arbeidsovereenkomst (loon, arbeid en gezag).<sup>86</sup> Verder is in het Regeerakkoord vermeld dat het kabinet gaat verkennen of en hoe zelfstandig ondernemerschap via de invoering van een ondernemersovereenkomst een eigen plek zou kunnen krijgen in het Burgerlijk Wetboek.<sup>87</sup> Aan de bovenkant van de arbeidsmarkt bestaat het voornemen om voor zelfstandig ondernemers onder voorwaarden een opt-out van de loonheffing en premies werknemersverzekeringen te bieden.

4.6 Het concept-wetsvoorstel Minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (waarin voor bepaalde groepen zzp'ers een minimumtarief zou worden geregeld) heeft van 28 oktober 2019 tot 9 december 2019 ter consultatie heeft

gelegen, maar het kabinet heeft besloten dat dit voorstel niet verder zal worden uitgewerkt.<sup>88</sup>

4.7 In een eerste voortgangsbrief van 22 juni 2018 zijn de kabinetsplannen uiteengezet die uitvoering moeten geven aan de doelstellingen uit het regeerakkoord.<sup>89</sup> In de brief is vermeld dat er een nieuwe afbakening tussen de arbeidsovereenkomst en de zelfstandige nodig is, omdat de huidige criteria niet goed werken. De VAR heeft geleid tot een toename van schijnzelfstandigheid, waarop handhaving niet mogelijk was. Ook de Wet DBA heeft de gewenste duidelijkheid niet kunnen bieden. Het kabinet wil een webmodule ontwikkelen voor het verkrijgen van een opdrachtgeversverklaring, waarmee vooraf duidelijkheid kan worden verkregen over het zijn van ondernemer. *‘Bij de vormgeving van de webmodule is de door de Hoge Raad voorgestane holistische benadering (waarbij de rechters achteraf toetsen en alle omstandigheden van het specifieke geval meewegen) een belangrijk aandachtspunt’*, zo is vermeld, waardoor *‘nog niet voldoende duidelijk is of, en zo ja, in hoeveel gevallen zekerheid kan worden gegeven met een webmodule’*.<sup>90</sup> Eerst zal getracht worden het gezagsbegrip te verduidelijken.<sup>91</sup> Verder wordt een onafhankelijke commissie ingesteld, die onderzoek moet doen naar vraagstukken rond, kort gezegd, ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en nieuwe vormen van arbeidsrelaties.

4.8 Het in de brief genoemde voornemen om het gezagscriterium te verduidelijken, heeft geleid tot het verzoek aan een aantal wetenschappers om een *position paper* te schrijven over van de gezagsverhouding.<sup>92</sup> Deze *position papers* zijn in augustus 2018 gepubliceerd.<sup>93</sup> Mede op basis van deze position papers is per 1 januari 2019 een verduidelijking van het gezagscriterium opgenomen in het Handboek loonheffingen van de Belastingdienst (zie nader onder 9.45 e.v.).<sup>94</sup>

4.9 De in de brief aangekondigde onafhankelijke commissie is de Commissie regulering van werk (commissie-Borstlap), die in januari 2020 haar rapport *‘In wat voor land willen wij werken? Naar een*

88 Zie de Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, ‘Voortgangsbrief ‘werken als zelfstandige’’, 2020-0000083216. Overigens had ook de Stichting van de Arbeid geadviseerd de concept wetsvoorstellen niet in te dienen, zie haar reactie op de internetconsultatie die is te raadplegen via <https://www.stvda.nl/nl/nieuws/zzp-conceptwetsgeving>.

89 *Kamerstukken II 2017/18*, 31 311, nr. 207 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen ‘werken als zelfstandige’ van 22 juni 2018).

90 *Kamerstukken II 2017/18*, 31 311, nr. 207 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen ‘werken als zelfstandige’ van brief 22 juni 2018), p. 6.

91 *Kamerstukken II 2017/18*, 31 311, nr. 207 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen ‘werken als zelfstandige’ van 22 juni 2018), p. 6. Om verduidelijking van het begrip gezag was gevraagd met de motie Wiersma en Van Weyenberg.

92 Het betreft Bennaars, Boot, Duk, Verhulp en Zwemmer.

93 Raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/11/26/vervolgbijsluiting-commissie-%E2%80%98werken-als-zelfstandige%E2%80%99>.

94 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 212, p. 4.

84 Regeerakkoord 2017–2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017, p. 25.

85 Regeerakkoord 2017–2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017, p. 25.

86 Aldus verduidelijkt in *Kamerstukken II 2017/18*, 31 311, nr. 207 (Brief 22 juni 2018 van de Minister van SZW en de Staatssecretaris van Financiën), p. 4.

87 Regeerakkoord 2017–2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van 10 oktober 2017, p. 26.

*nieuw ontwerp voor de regulering van werk*' heeft uitgebracht.<sup>95</sup>

4.10 In een tweede voortgangsbrief van 26 november 2018<sup>96</sup> is onder meer aangekondigd dat met wetenschappers een beslisboom zal worden ontwikkeld die met zo weinig mogelijk vragen tot een uitkomst kan komen over het al dan niet zijn van zelfstandige.<sup>97</sup> Met betrekking tot de verduidelijking van het gezagscriterium is te lezen dat uit de *position papers* blijkt dat het verduidelijken van gezag geen eenvoudige opgave is en dat algemene regels moeilijk te geven zijn.<sup>98</sup>

4.11 In een derde voortgangsbrief<sup>99</sup> wordt nader ingegaan op de afbakening van de groep zzp'ers die aanspraak kunnen maken op een minimumtarief, maar, als gezegd, wordt dit plan niet doorgezet.

4.12 In de vierde voortgangsbrief van 22 november 2019<sup>100</sup> is opnieuw gewezen op de complexiteit van de afbakening van werknemer en zzp'er. Verder is vermeld dat een onderzoeksopdracht is gegeven aan Arbeidsmarktresearch UvA voor het maken van een juridische database en het analyseren van jurisprudentie ten behoeve van de ontwikkeling van de webmodule.<sup>101</sup> Uit het onderzoeksrapport van de UvA<sup>102</sup> komt een diffuus beeld naar voren. Verder zijn 200 praktijkcasussen beoordeeld aan de hand van de webmodule. Eén van de uitkomsten is dat in een substantiële aantal gevallen (namelijk meer dan de omgekeerde situatie) door een opdrachtgever iemand wordt ingehuurd als zzp'er, terwijl de feitelijke omstandigheden overeenkomen met werken in dienstbetrekking.<sup>103</sup>

4.13 In de vijfde voortgangsbrief van 19 juni 2020<sup>104</sup> wordt gewezen op het grote aantal zelfstan-

digen dat door de coronacrisis minder uren is gaan werken (23%). Veel zelfstandigen hebben inmiddels een aanvraag gedaan voor ondersteuning in levensonderhoud in het kader van de Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers (TOZO). De crisis maakt dan ook extra duidelijk dat zelfstandigen zich in een kwetsbare positie bevinden.<sup>105</sup> Verder is vermeld dat het minimumtarief voor zelfstandigen en de zelfstandigenverklaring niet verder zal worden uitgewerkt.<sup>106</sup> Voor wat betreft de te ontwikkelen webmodule is gebleken dat er specifieke vragenlijsten nodig zijn voor de situatie waarin mogelijk sprake kan zijn van de fictieve dienstbetrekking 'aanneming van werk' of de fictieve dienstbetrekking 'tussenkomst'. In een nieuwe testfase van de webmodule is gebleken dat het onmogelijk is de vragen zo te formuleren, dat de uitkomst steeds hetzelfde is als het oordeel van geraadpleegde deskundigen. Ook de oordelen van de deskundigen zijn trouwens niet steeds gelijklopend.<sup>107</sup> In een kwart van de gevallen blijkt de webmodule niet tot een antwoord te kunnen komen.<sup>108</sup> De webmodule is nog steeds niet gereed, maar naar verwachting kan dit najaar met een pilot worden gestart.

4.14 Een opvallende constatering in de brief is dat uit de testresultaten blijkt dat in ongeveer de helft van de onderzochte gevallen waarin een opdrachtgever een zzp'er inhuurt, er een sterke indicatie is dat er eigenlijk sprake is van een dienstbetrekking.<sup>109</sup> Het kabinet noemt dit zorgwekkend. In het najaar zal worden beslist of het handhavingsmoratorium van de Wet DBA zal worden verlengd, maar *'een dergelijke hoge non-compliance kan niet met handhaving alleen kan worden opgelost'*. De 'hoge non-compliance' onderstreept het belang om de kostenverschillen tussen het inhuren van een werknemer en het inhuren van een zzp'er te verkleinen en *'om draagvlak voor en bewustwording van het werken binnen het wettelijke kader bij opdrachtgevers en opdrachtnemers te vergroten', zij het 'dat echte zelf-*

95 Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020.

96 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 212 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 26 november 2018).

97 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 212 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 26 november 2018), p. 3.

98 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 212 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 26 november 2018), p. 4.

99 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 219 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 24 juni 2019).

100 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 220 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 22 november 2019).

101 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 220 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 22 november 2019), p. 6.

102 K.A. van Haaren, R.D. Rietveld en E. Verhulp, *Rapport Werken buiten dienstbetrekking*, oktober 2019. Het rapport is raadpleegbaar op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2019/11/20/werken-buiten-dienstbetrekking>.

103 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 220 (kamerbrief Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' van 22 november 2019), p. 8.

104 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216.

105 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 2.

106 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 4-5.

107 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 8.

108 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 10.

109 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 11.

standigen ook ruimte moeten houden om te kunnen ondernemen.<sup>110</sup>

4.15 In de voortgangsbrief brief van 15 juni 2020 wordt verder aangekondigd dat het kabinet 'een breed maatschappelijk gesprek wil voeren over de wijze waarop wordt gewerkt en in hoeverre bepaalde werkwijzen zich al dan niet lenen om buiten dienstbetrekking te werken.'<sup>111</sup> Hierbij heeft het kabinet een sectorale aanpak voor ogen. Samen met sectoren moeten afspraken worden gemaakt over hoe er in de sector wordt gewerkt, onder welke voorwaarden buiten dienstbetrekking kan worden gewerkt en of de webmodule daarbij behulpzaam kan zijn of dat voor de betreffende sector andere instrumenten nodig zijn. Verder kiest het kabinet nog steeds voor een 'gedifferentieerde aanpak' omdat 'de zzp'er niet bestaat', waarbij onder meer wordt ingezet op het geven van meer duidelijkheid in welke gevallen er wel of geen sprake is van een dienstbetrekking.

4.16 Ten slotte is in de brief van 15 juni 2020 nog aandacht besteed aan bemiddeling van zzp-arbeid. Onder verwijzing naar het rapport van de Commissie regulering van werk en twee rapporten waarin het uitzendregime is geëvalueerd,<sup>112</sup> wordt geconstateerd dat bij bemiddeling van zzp-arbeid, al dan niet via platforms, sprake is van een urgent knelpunt. Het kabinet wil de rechtspositie van platformwerkers versterken, bijvoorbeeld door regelgeving die ziet op driehoeksrelaties ook op bepaalde vormen van platformwerk van toepassing te verklaren.<sup>113</sup>

#### 'Wetboek van Werk 2025'

4.17 Het door een groep van sociaalrechtelijke experts en arbeidsmarktdeskundigen ontworpen 'Wetboek van Werk 2025' gaat uit van een verruiming van het werknemersbegrip naar het begrip 'werker'.<sup>114</sup> Daarmee zou een einde moeten komen aan de huidige beperking van de bescherming van werkers tot werknemers. Niet de contractsvorm, naar het doel van de beschermingsregeling zou voorop moeten staan. Bepaalde beschermingsregelingen, zoals sociale vangnetten en 'een leven lang ontwikkelen', zouden voor alle werkers moeten gelden.

4.18 Voor het beëindigen van alle werkrelaties is een 'redelijke grond' vereist, die achteraf door de

rechter kan worden getoetst. De preventieve ontslagtoets van het UWV zou moeten vervallen. In het nieuwe systeem moet een algemene volksverzekering voor het risico van inkomensverlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid worden ingevoerd. De loonbetalingsplicht van werkverschaffers bij ziekte van de werker wordt beperkt tot zes weken.

4.19 Het 'Wetboek van Werk 2015' is bedoeld als discussiestuk. De expertgroep is te gast geweest bij de Commissie regulering van werk.

#### 'In wat voor land willen wij werken?'

4.20 De Commissie regulering van werk is stellig in haar eindrapport: de huidige wet- en regelgeving van werk is niet voldoende toegesneden op toekomstige behoeften en omstandigheden.<sup>115</sup> Met de huidige regels kan op de langere termijn geen economische en sociale vooruitgang worden gewaarborgd. Daarom zijn fundamentele aanpassingen nodig. De commissie noemt in dit kader onder meer de volgende situaties:<sup>116</sup>

- een werkgever die geen werknemers in dienst durft te nemen vanwege de verplichtingen die hij heeft op grond van het arbeids- en socialezekerheidsrecht;
- een werkgever die te maken heeft met snel wijzigende marktomstandigheden en een fluctuerend werkaanbod, hierop niet kan anticiperen als hij al zijn werknemers vast in dienst neemt en daarom zijn toevlucht zoekt tot een flexibele schil;
- een docent of verpleegkundige die vrijdagmiddag ontslag neemt en zich maandagmorgen voor hetzelfde werk als zelfstandige laat inhuren;
- de werknemer die rolt van het ene in het andere flexibele contract, geen tijd en ruimte krijgt zich te ontwikkelen, bij een recessie als eerste werkloos wordt en veel vaker én eerder dan anderen terugvalt in inkomen; en
- een werknemer met een uitzendcontract die regelmatig zij-aan-zij werkt met werknemers die werken op basis van arbeidsvoorwaarden die veel beter zijn dan de zijne.

4.21 En op macroniveau benoemt de commissie de volgende problemen:<sup>117</sup>

- Nederland kent een internationaal gezien zeer groot aandeel zelfstandigen in de beroepsbevolking, hetgeen leidt tot fragmentatie van productie en een hogere volatiliteit van de economie;
- er staan ruim één miljoen mensen met een uitkering langs de kant die potentieel zouden kunnen deelnemen aan het arbeidsproces;
- investeringen in duurzame inzetbaarheid van (potentiële) werkenden zijn te laag waardoor kan-

110 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 11.

111 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 14.

112 Voetnoot in het origineel: *Kamerstukken II 2019-2020, 29544, nr. 1002.*

113 Brief van de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 15 juni 2020, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 2020-0000083216, p. 17.

114 VAAN-VvA expertgroep, *Wetboek van Werk 2025*, juni 2019. Het document is te vinden op <https://www.vaan-arbeidsrecht.nl/contents/wetboek-van-werk>.

115 Commissie regulering van werk, *Eindrapport. In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 3 en 14.

116 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 8.

117 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 9.



sen om gezond en duurzaam aan het werk te blijven worden gemist;

- het draagvlak voor de financiering van collectieve lasten wordt kleiner doordat zelfstandigen en werknemers niet in gelijke mate bijdragen aan het collectief;
- de toegang tot voorzieningen is voor kwetsbare mensen moeilijk, terwijl werkenden met goede risico's juist uit het systeem willen; en
- lang niet altijd bepaalt de inhoud van het werk de contract- en werkvorm maar de geldende (fiscale) regels.

4.22 De commissie constateert dat een hanteerbare afbakening tussen werknemers en zelfstandigen ontbreekt, waarvoor zij vier 'oorzaken en gevolgen' ziet:<sup>118</sup>

a. *Grote verschillen in behandeling tussen werknemers en zelfstandigen* (in het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit);

b. *Dwingendrechtelijke bescherming staat onder druk* (het dwingendrechtelijke karakter van de arbeidsovereenkomst staat of valt bij handhaving en naleving);

c. *Het bestaan van een gezagsrelatie is minder duidelijk geworden* (waarbij de commissie constateert dat de veranderde arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, de rekbare uitleg van het gezagscriterium, de rol van de partijbedoeling en de holistische weging uit het *Groen/Schoevers*-arrest ertoe hebben geleid dat in de praktijk de gedachte is ontstaan dat het kwalificeren van de arbeidsrelatie in vergaande mate te manipuleren is);

d. *De beoordeling van arbeidsrelaties is niet uniform in de domeinen burgerlijk recht, sociale zekerheid en fiscaal recht* (waarbij de commissie erop wijst dat de ingewikkeldheid van het komen tot een gelijke toetsing voor civiel, fiscaal en socialezekerheidsrecht is dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst pas achteraf kan worden vastgesteld).

4.23 De commissie reikt vijf bouwstenen aan, die in onderlinge samenhang de door haar geadviseerde richting voor nieuwe regels rondom werk aangeven.<sup>119</sup> Het doel van bouwsteen 1 (*Bevorder interne wendbaarheid, rem externe flexibiliteit af*) en bouwsteen 2 (*Creëer een overzichtelijker stelsel van contractvormen*) is dat de inhoud van het werk de keuze voor de contractvorm bepaalt, in plaats van financiële prikkels. Het overzichtelijke stelsel van contractvormen dat de commissie voorstelt, houdt in dat de grote verscheidenheid aan contractvormen wordt teruggebracht tot drie 'rijbanen'. Bouwsteen 3 (*Stel alle werkenden in staat zich te ontwikkelen en te (blijven) leren*), bouwsteen 4 (*Zorg voor een fiscaal gelijke behandeling van en basisinkomenszekerheid voor alle werkenden*) en bouwsteen 5 (*Kom tot een activerend en inclusief arbeidsmarktbeleid*)

hebben betrekking op alle werkenden, zonder onderscheid naar contractvorm.

4.24 In het kader van bouwsteen 2 (*Creëer een overzichtelijker stelsel van contractvormen*) stelt de commissie voor om de huidige afbakening te vereenvoudigen door één set afbakeningscriteria en één toetsingskader te hanteren voor het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit. Daarbij zal (nadrukkelijker dan nu gebeurt) moeten worden aangesloten bij de wijze waarop het HvJ invulling geeft aan het Europees werknemersbegrip (wat Nederland ook nu in feite al verplicht is).<sup>120</sup> De commissie schrijft vervolgens:<sup>121</sup>

"Een eenduidig Europees werknemersbegrip bestaat niet. Het begrip vloeit voort uit het vrije verkeer van werknemers en verschillende arbeidsrechtelijke richtlijnen. De wijze waarop het Hof van Justitie aan het begrip invulling geeft biedt echter wel een aantal belangrijke aanknopingspunten waarbij de Commissie aansluiting zoekt. De aansluiting komt er allereerst op neer dat het type contract, met andere woorden: de partijbedoeling, niet langer relevant is bij de beoordeling van de arbeidsrelatie aan de hand van de criteria uit artikel 7:610 van het BW (persoonlijke arbeid, zekere duur, loon en gezag). De Commissie meent dat bij een dwingendrechtelijk gedefinieerde en gereguleerde overeenkomst zoals de arbeidsovereenkomst, niet past dat partijen daarop via de vormgeving van het contract invloed kunnen uitoefenen. Bepalend dient te zijn hoe de arbeid feitelijk wordt uitgevoerd. Naar de opvatting van de Commissie zou dit expliciet tot uitdrukking gebracht moeten worden in de definitie van de arbeidsovereenkomst. Door de feitelijke uitvoering van de overeenkomst centraal te stellen, wordt de partijbedoeling in feite irrelevant bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie. Naar de verwachting van de Commissie verbreedt een dergelijke benadering het bereik van de arbeidsovereenkomst, met als gevolg dat diegenen die in een (economisch) afhankelijke positie verkeren sneller vallen onder het bereik van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht."

4.25 De commissie bepleit dus dat de partijbedoeling irrelevant wordt bij de kwalificatie, in die zin dat niet van belang is of partijen hebben beoogd om al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De feitelijke uitvoering moet centraal staan.

4.26 Ook gaat de commissie nader in op het gezagscriterium. Ik kom daarop terug in § 9.

4.27 Diverse auteurs wijzen op enkele risico's indien de wetgever de door de Commissie regulering van werk aangedragen bouwstenen in wetgeving zal omzetten: (i) *cherry picking* (het gaat om een

118 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 39-42.

119 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 64 e.v.

120 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 69.

121 Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 69-70.

integraal pakket aan maatregelen),<sup>122</sup> (ii) *Rücksichtslosigkeit* (ervaringen met de Wwz<sup>123</sup> en Wab<sup>124</sup> hebben laten zien dat onvoldoende doordachte wetgeving nieuwe onzekerheden in het leven roept) en (iii) de kans dat het maatschappelijk debat zich beperkt tot de technische aspecten van het te ontwikkelen beleid en dat daarbij de fundamentele kernwaarden die de commissie aan haar aanbeveling ten grondslag heeft gelegd, uit het oog worden verloren.<sup>125</sup>

4.28 Overigens kan niet iedereen zich vinden in de door de Commissie regulering van werk gehanteerde aanpak. Volgens Peters<sup>126</sup> had de commissie de beschermingsbehoefte van arbeidsinkomensafhankelijke werkenden meer en duidelijker centraal moeten stellen. De commissie is in de ogen van Peters in wezen aan het sleutelen en verspijkeren van het huidige, vastgelopen systeem. Dat is een gemiste kans, nu het uitdenken van een ideaalstelsel vermoedelijk tot veel duidelijkere en principiële uitgangspunten zou hebben geleid. Zij had liever gezien dat de commissie zich primair had gericht op het formuleren van duidelijke en vooral principiële uitgangspunten voor de stelsel-herbouw. Pennings<sup>127</sup> onderschrijft de door de commissie gehanteerde geleidelijke strategie, waarin *'stapsgewijs wordt toegewerkt naar een arbeidsmarkt waarin de waarden van werk beter tot hun recht kunnen komen'*. Ook hij mist echter de scherpe uitgangspunten. De door de commissie vermelde vereisten voor het te herontwerpen stelsel (wendbaarheid, duidelijkheid, weerbaarheid en wederkerigheid, zie onder 4.23) zijn wat hem betreft geen principes voor het ontwerp van een nieuw stelsel. Hij meent dat de commissie eigenlijk nog niet klaar is met haar opdracht.

122 Duk noemt als voorbeeld de reactie op het rapport door Tweede Kamerlid Asscher, zie R.A.A. Duk, 'Regulering van werk, en wat er daarbij mis gaat', *TAC* 2020/1, p. 10. Zie ook J.P.H. Zwemmer (lid van de Commissie regulering van werk) in zijn bijdrage 'De drie rijbanen van de Commissie Borstlap', *TAC* 2020/1, p. 7. In de woorden van Van Slooten zullen de voorstellen 'hun neerslag vinden in de partijprogramma's voor de volgende verkiezingen, vervolgens in het Regeerakkoord, dan in een SER-akkoord en uiteindelijk pas in wetgeving. Van de balans die de commissie heeft beoogd zal dan vermoedelijk niet zoveel meer over zijn', zie J.M. van Slooten, 'Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit', *Ondernemingsrecht* 2020/29, p. 139. In gelijke zin: B. Barentsen, S.F. Sagel & J.T. van der Kroon, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2019/2169, p. 2673. Het rapport van de Commissie regulering van werk doet Pennings vooral denken aan een regeerakkoord, waarin na lang overleg compromissen zijn opgenomen met enkel een summier toelichting. Daarbij past de oproep om het advies als een samenhangend geheel te beschouwen, aldus F.J.L. Pennings, 'Commissie-Borstlap en de sociale zekerheid', *TRA* 2020/53, par. 5.

123 Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2014/216.

124 Wet arbeidsmarkt in Balans, *Stb.* 2019/219.

125 A. Keizer, 'De Metamorphoses van Borstlap', *TRA* 2020/31 en P.Th. Sick, 'De sociale kwestie 2.0: over sociale bewogenheid en welbegrepen eigenbelang', *TRA* 2020/41.

126 S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52.

127 F.J.L. Pennings, 'Commissie-Borstlap en de sociale zekerheid', *TRA* 2020/53, par. 3 en 5.

#### 'Het betere werk'

4.29 In het rapport 'Het betere werk' schetst de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid drie ontwikkelingen: (i) de technologisering van werk, (ii) de flexibilisering van werk, en (iii) de intensivering van werk (hiermee wordt bedoeld, in mijn woorden, dat het werk steeds meer vraagt van mensen). Deze drie ontwikkeling hebben invloed op de kwaliteit van werk. Daarvoor bestaat volgens de WRR te weinig aandacht.<sup>128</sup>

4.30 Eén van de aanbevelingen die in het rapport worden gedaan is dat oneerlijke concurrentie tussen werkenden met verschillende contractvormen, moet worden voorkomen. In dat verband wordt erop gewezen dat van alle werkenden 64% een vast contract heeft, en 36% een flexibel contract en dat het aantal zzp'ers blijft stijgen. Geconstateerd wordt dat onzeker werk, en daarmee de kwaliteit van werk, in Nederland ongelijk verdeeld is, en dat de toename van vaste contracten zich vooral voordoet bij hoger opgeleiden. Weliswaar zijn de meeste zzp'ers blij om eigen baas te zijn. De prijs die betaald wordt voor zelfstandigheid en vrijheid, is echter *onzekerheid*. Dat leidt tot financiële stress, wat slecht is voor de mentale gezondheid van mensen. Financiële stress heeft ook een breder effect op de economie, bijvoorbeeld door het uitstellen van consumptie. Ook leidt het tot 'levensloponzekerheid', zoals het uitstellen van een kinderwens. Tot slot kan onzekerheid ook een synoniem zijn voor een gebrek aan erkenning en waardering.<sup>129</sup>

4.31 De individuele onzekerheid over inkomen wordt steeds minder gedekt door het stelsel van sociale zekerheid. Zzp'ers vallen buiten de collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering en de arbeidsgerelateerde pensioenopbouw. Zzp'ers krijgen een ruime belastingvrijstelling, maar sluiten weinig private arbeidsongeschiktheidsverzekeringen af (40% heeft geen enkele risicodekking: zij zijn niet verzekerd, leggen geen geld in bij een broodfonds en hebben geen beleggingen of spaargelden). De zzp'ers die zich niet verzekeren en niet sparen voor hun pensioen (dat laatste doet ook slechts een klein deel) zijn afhankelijk van de algemene middelen. De fiscale regelingen en uitsluiting van sociale premies leiden tot aanzienlijke financiële verschillen in de inkomens tussen zzp'ers en werknemers. Bovendien hebben opdrachtgevers een kostenvoordeel als zij zzp'ers inhuren. Zeer waarschijnlijk is het effect van de groei van het aantal zzp'ers op de overheidsfinanciën per saldo negatief. Het maatschappelijk draagvlak voor de sociale zekerheid kan hiermee onder druk komen te staan en daarom is een verschil in behandeling niet gerechtvaardigd. Kortom, dat zelfstandigen buiten het stelsel van de sociale zekerheid vallen, heeft niet alleen gevolgen voor individuen maar kan ook nadelig uitpakken voor de

128 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, p. 12.

129 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, par. 3.1.

solidariteit en de financiële houdbaarheid van ons socialezekerheidsstelsel op de lange termijn.<sup>130</sup> In vergelijking tot andere landen, is de werkzekerheid in Nederland hoog (er is veel werk), maar de baan-zekerheid laag (gelet op het aantal zzp'ers, de toename van tijdelijk werk en de opkomst van de kluseconomie).<sup>131</sup>

4.32 De WRR ziet twee opties: het stelsel van sociale zekerheid repareren, of het stelsel fundamenteel herzien. Gekozen wordt voor de tweede optie: een herziening naar een universeel, contractneutraal stelsel voor sociale zekerheid, gebaseerd op alle werkenden of burgers, waaraan zzp'ers als vanzelfsprekend meedoen. Het voordeel van zo'n 'reset' van het socialezekerheidsstelsel is dat ook andere dringende vraagstukken van de arbeidsmarkt kunnen meewegen, zoals de intergenerationele solidariteit, de migratie en de premiedruk.<sup>132</sup>

4.33 Door het coronavirus is tot op heden nog geen kabinetsreactie verschenen op de rapporten van de commissie-Borstlap en het WRR-rapport.<sup>133</sup> Wel is er in de juridische literatuur gereageerd op de bevindingen in de beide rapporten. De constatering dat het arbeidsrecht niet langer op een adequate wijze de doelen dient die het behoort te dienen, wordt, zoals gezegd, breed gedragen.<sup>134</sup> Ook de voorstellen om de fiscale behandeling van werknemers en zelfstandigen minder uiteen te laten lopen, worden zo ongeveer unaniem onderschreven.<sup>135</sup>

#### Pensioenakkoord en verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen

4.34 Op 5 juni 2019 hebben het kabinet en werknemers- en werkgeversorganisaties op hoofdlijnen overeenstemming bereikt over een pensioenakkoord. Vervolgens zijn die afspraken nader uitgewerkt. In een brief van 6 juli 2020 heeft minister Koolmees de stand van zaken uiteengezet.<sup>136</sup> De af-

spraak uit het hoofdlijnenakkoord dat zelfstandigen zich vrijwillig kunnen aansluiten bij een pensioenregeling, ook als zij voordien niet als werknemer hebben deelgenomen in die pensioenregeling, moet nader worden onderzocht.<sup>137</sup> Onderdeel van het principeakkoord is ook een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen. Dit voorstel is nader uitgewerkt door de Stichting van de Arbeid, die hierover op 3 maart 2020 het rapport 'Keuze voor zekerheid' heeft gepubliceerd.<sup>138</sup> In het rapport wordt de zelfstandige de vrijheid gelaten om op een alternatieve manier te voldoen aan de verzekeringsplicht of te kiezen voor een kortere of langere eigenrisicoperiode. Het kabinet is voornemens deze voorstellen, die de komende tijd moeten worden uitgewerkt, over te nemen.<sup>139</sup>

#### 5 Art. 7:610 BW en de rol van de partijbedoeling bij de kwalificatie Definitie arbeidsovereenkomst

##### 5.1 Art. 7:610 BW luidt als volgt:

"1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

2. Indien een overeenkomst zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, zijn de bepalingen van deze titel en de voor de andere soort van overeenkomst gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing."

5.2 De wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst is al meer dan 100 jaar ongewijzigd.<sup>140</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst per 1 februari 1909 is alleen de term 'arbeider' vervangen door 'werknemer'<sup>141</sup> (naast de aanpassing van het oud-Nederlands).<sup>142</sup>

5.3 Het Nederlandse stelsel gaat uit van een uniforme regeling voor de arbeidsovereenkomst. Er is bewust niet gekozen voor een stelsel met afzonderlijke regelingen voor verschillende categorieën

130 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, par. 3.2.

131 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, par. 3.6.

132 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, par. 3.3.

133 De kabinetsreactie op de beide rapporten was oorspronkelijk beoogd voor begin april 2020 (zie *Kamerstukken II 2019/20*, 29 544, nr. A), maar zal in verband met de coronacrisis na de zomer volgen (zie *Kamerstukken II 2019/20*, 29 544, nr. 1010).

134 Zie 'Van de redactie', *TvO 2020/2*, p. 47 en, mede naar aanleiding van de tussentijdse discussienota van de Commissie regulering van Werk, P.Th. Sick, 'Inleiding bij vijf bijdragen over de Wet arbeidsmarkt in balans', *TRA 2019/81*. Zie ook S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA 2020/52*.

135 Zie ook al eerder A.R. Houweling (red.), *Wetboek van Werk 2025*, november 2019, p. 2 waar in het eerste algemene uitgangspunt is opgenomen een gelijke fiscale behandeling van allen die werken ten behoeve van een ander in diens beroep op bedrijf, ongeacht type werkcontract. Zie o.m. ook E.J.W. Heithuis, 'Rapport Commissie-Borstlap – zzp'er of werknemer, het blijft worstelen', *NTRF 2020/800*.

136 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2020, 'Uitwerking pensioenakkoord', 2020-0000086400.

137 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2020, 'Uitwerking pensioenakkoord', 2020-0000086400, p. 15.

138 Stichting van de Arbeid, *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid*, Den Haag, maart 2020.

139 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2020, 'Uitwerking pensioenakkoord', 2020-0000086400, p. 16-17.

140 Dit geldt ook voor de samenloopbepaling uit art. 7:610 lid 2 BW, die tot 1 april 1997 was opgenomen in art. 7A:1637c BW (oud).

141 Bij de inwerkingtreding van titel 7:10 BW per 1 april 1997.

142 Zie over de geschiedenis van deze wet onder meer C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De eeuwig van de Wet op de Arbeidsovereenkomst', *NJB 2007/1390*; H.C.M. Wüst, 'Het verleden als perspectief', *SMA 1993/3* p. 179-193; G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, hfdst. 2.

werkenden.<sup>143</sup> Dat zou slechts leiden tot allerlei afbakeningsproblemen, aldus Drucker – de grondlegger van het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht – in 1894.<sup>144</sup>

5.4 De definitie van de arbeidsovereenkomst kan worden onderscheiden in vier elementen:<sup>145</sup>

- (i) de verplichting tot het verrichten van (persoonlijke) arbeid;
- (ii) de verplichting loon te betalen;
- (iii) gedurende een zekere tijd; en
- (iv) in dienst van de andere partij.

5.5 Het element 'gedurende een zekere tijd' speelt in de praktijk geen rol van betekenis en vormt naar de heersende opvatting geen zelfstandig element van de definitie van de arbeidsovereenkomst.<sup>146</sup> Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt uitgegaan van de drie criteria arbeid, loon en gezag.<sup>147</sup> Daarop zal hierna nog nader worden ingegaan. Overigens lijkt bij bepaalde vormen van platformarbeid het element 'gedurende een zekere tijd' weer een rol te kunnen spelen bij de kwalificatievraag.<sup>148</sup> Ook Bennaars stelt voor om bij bepaalde vormen van (platform)werk, waarbij het gezagscriterium 'te weinig reliëf' heeft, meer te doen met het criterium 'gedurende een zekere tijd' (zie onder 9.41).

5.6 Art. 7:610 lid 2 BW geeft een samenloopbepaling en bevat tevens een conflictregel bij samenloop. Indien een overeenkomst voldoet aan de omschrijvingen van zowel de arbeidsovereenkomst als een andere bijzondere overeenkomst, zijn de betreffende bepalingen naast elkaar van toepassing. Bij

strijd hebben de bepalingen van titel 7.10 BW voorrang. Met andere woorden: als is voldaan aan de omschrijving uit art. 7:610 lid 1 BW, dan is de overeenkomst in elk geval een arbeidsovereenkomst, ongeacht of die ook kan worden aangemerkt als een andere overeenkomst. De voorrang van de arbeidsrechtelijke bepalingen is de reden dat de wetgever art. 7:610 lid 2 BW (uiteindelijk) heeft gehandhaafd bij de invoering van art. 6:215 BW.<sup>149</sup>

5.7 Samenloop tussen een arbeidsovereenkomst en een opdracht van opdracht of tot aanneming van werk is onmogelijk: bij opdracht gaat het om het verrichten van werkzaamheden 'anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst' (art. 7:400 lid 1 BW), en bij aanneming van werk is 'buiten dienstbetrekking' (art. 7:750 BW) één van de kenmerken.<sup>150</sup> De definities van deze overeenkomsten sluiten elkaar dus uit.

#### Het bewijsvermoeden van art. 7:610a BW

5.8 Art. 7:610a BW geeft een weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In dit artikel is bepaald dat wordt vermoed dat wie gedurende drie maanden wekelijks óf gedurende 20 uur per maand voor een ander tegen beloning arbeid heeft verricht, dat heeft gedaan krachtens arbeidsovereenkomst. Hiermee is beoogd om onduidelijkheid in arbeidsrelaties tegen te gaan, ter versterking van de processuele positie van met name oproepkrachten.<sup>151</sup> De bepaling wijzigt dus niet de definitie van de arbeidsovereenkomst. De gevolgen die de versterking van de bewijsrechtelijke positie heeft voor de uitkomst van de kwalificatievraag, zijn daarmee beperkt. Uiteindelijk blijven de criteria van *Groen/Schoevers* en de daaropvolgende jurisprudentie beslissend.<sup>152</sup> De bepaling heeft dan ook niet voldaan aan zijn doelstelling.<sup>153</sup>

5.9 Er is weinig rechtspraak over het bewijsvermoeden.<sup>154</sup> Een voorbeeld van een geslaagd beroep op art. 7:610a BW is te vinden in het *Beurspromovendi*-arrest (zie nader onder 5.22). De UvA wist het vermoeden dat de overeenkomst met promovendi als een arbeidsovereenkomst dient te worden aangemerkt, niet te weerleggen. Maar het is aannemelijk dat deze uitkomst ook was bereikt zonder het rechtsvermoeden.<sup>155</sup>

149 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15, en daarover A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4.

150 *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/46.

151 Deze bepaling is per 1 januari 1999 ingevoerd als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.

152 E. Harlaar & M.W. Kooie, *Sdu Commentaar arbeidsrecht artikelsgewijs*, aant. C.2 bij art. 7:610a BW.

153 G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, p. 60.

154 G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, p. 58-61; H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht* (MSR nr. 71), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.2.6 en 5.2.7.

155 Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper vóór het *Beurspromovendi*-arrest, onder 20 en 24.

143 Zie het inleidende hoofdstuk van G.W. van der Voet & A.R. Houweling, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsoverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, met name par. 1.1.

144 H.L. Drucker, 'Bouwstoffen voor een burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst. I. De begrippen huur van diensten en dienstboden en werklieden in de Nederlandsche rechtspraak', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1894, p. 548. Drucker kreeg in 1891 van de toenmalige Minister van Justitie de opdracht een Wet op de arbeidsovereenkomst te ontwerpen.

145 Zie bijv. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 137.

146 *Asser/Heerma van Voss* 7-V, 2015/25; Bouwens, Duk & Bij de Vaate/*Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht* 2018/1.3.

147 Zo overwoog de fiscale kamer van de Hoge Raad in 2011 als criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst: de 'verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon'. Zie HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, NJ 2011/594 m.nt. E. Verhulp (*De Gouden Kooi*), rov. 3.3.3. De woorden 'in dienst van de andere partij' werden ook in *Groen/Schoevers* al door de Hoge Raad als gezagsverhouding aangeduid, zie HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), rov. 3.4. Vergelijk ook het *Care4Care*-arrest, waarin de Hoge Raad onder meer oordeelt dat de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' door een derde in het kader van een uitzendovereenkomst (art. 7:690 BW) dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW, zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 (*Care4Care*) m.nt. E. Verhulp onder NJ 2017/371, rov. 3.5.

148 Zie daarover P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58, onder 4.4.1.

## Groen/Schoevers

5.10 Het *Groen/Schoevers*-arrest<sup>156</sup> van de Hoge Raad uit 1997 valt te beschouwen als het standaard-arrest voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Dit wordt onderstreept door het feit dat de Hoge Raad in latere uitspraken regelmatig verwijst naar *Groen/Schoevers*.<sup>157</sup>

5.11 Overigens schrijft Heerma van Voss dat *Groen/Schoevers* een van de meest overschatte arbeidsrechtelijke uitspraken is:<sup>158</sup>

“de Hoge Raad in *Groen/Schoevers* in wezen niets meer heeft gedaan dan een uitweg zoeken om te voorkomen dat Groen van zijn vrijwillig en vanuit een sterke onderhandelingspositie aangegane overeenkomst van opdracht een arbeidsovereenkomst kon maken op het moment dat dit hem beter uitkwam, teneinde aldus van twee walletjes te eten.”

5.12 De feiten waren als volgt. Belastingadviseur Groen was verbonden aan de commanditaire vennootschap Groen Belastingadviseurs CV en verrichte in deeltijd onderwijswerkzaamheden bij Schoevers. De vennootschap zond facturen aan Schoevers (waarop ook btw in rekening werd gebracht) en Schoevers deed geen inhoudingen. Ook werd de bij Schoevers toepasselijke arbeidsvoorwaardenregeling niet toegepast voor Groen en ontving hij geen vakantiebijslag of betaling bij ziekte. De overeenkomst was in deze vorm gesloten op voorstel van Groen. Nadat Schoevers de overeenkomst had beëindigd, stelde Groen zich op het standpunt dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. De op basis daarvan ingestelde vorderingen werden zowel door kantonrechter als rechtbank afgewezen. Het daartegen ingestelde cassatieberoep van Groen werd door de Hoge Raad verworpen:

“3.4 (...) 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 in-

houd hebben gegeven. 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.

De Rechtbank heeft in het onderhavige geval onderzocht op welke wijze partijen hun overeenkomst hebben ingericht, welk onderzoek haar tot de slotsom heeft geleid dat niet van een arbeidsovereenkomst sprake was. Daarbij is de Rechtbank met juistheid ervan uitgegaan 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.

(...)

Door op grond van deze overwegingen – waarbij de Rechtbank kennelijk mede rekening heeft gehouden met de maatschappelijke positie van Groen en met name in aanmerking heeft genomen dat de wijze van betaling van de tegenprestatie op zijn initiatief is tot stand gekomen – in onderling verband gezien tot de slotsom te komen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, heeft de Rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.”

5.13 In de destijds naar aanleiding van *Groen/Schoevers* verschenen commentaren is te lezen dat uit het arrest volgt dat bij de kwalificatievraag veel<sup>159</sup> belang toekomt aan de partijbedoeling: hebben partijen een arbeidsovereenkomst beoogd? Waar de Hoge Raad in eerdere arresten vooral betekenis toekende aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de overeenkomst uitvoering gaven, wordt in *Groen/Schoevers* het accent gelegd op de (initiële) partijbedoeling.<sup>160</sup> De algemene opvatting is dat met *Groen/Schoevers* de partijbedoeling meer centraal is komen te staan.<sup>161</sup> Daardoor wordt *Groen/Schoevers* ook wel gezien als een belangrijke oorzaak van de uitholling van de arbeidsovereenkomst: kennelijk kunnen partijen overeenkomsten (lees: kan de werkverschaffer bepalen) dat niet gewerkt wordt op basis van een arbeidsovereenkomst. In dat geval kwalificeert de overeenkomst niet als arbeidsovereen-

159 Van der Grinten & Bouwens waren iets neutraler, waar zij onder verwijzing naar *Groen/Schoevers* schrijven: ‘De Hoge Raad aanvaardt dat voor de classificatie van de overeenkomst van partijen mede een element kan zijn de bedoeling van partijen.’, zie J.W.M. van der Grinten & W.H.A.C.M. Bouwens, *Van der Grinten/Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2002, p. 18.

160 Zie destijds J.J. Trap, ‘De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer’, *ArbeidsRecht* 2000/45 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 88. Zie ook G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, hfst. 6 en J.J. Trap, ‘De Hoge Raad na *Groen/Schoevers*: what's new?’, *ArbeidsRecht* 2007/24.

161 Onder meer C.J. Loonstra, ‘De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW’, *SR* 2005/17, par. 2; O. van der Kind in zijn annotatie in *SR* 2007/70 bij HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*Thuiszorg/PGGM*). Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 88.

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

157 Zie meest recent HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, NJ 2016/276 m.nt. A.R. Houweling (*Logidex*), rov. 3.3.2.

158 C.J.J. Heerma van Voss in zijn annotatie bij *Agfa/Schoolderman*, in P.F. van der Heijden (red.), 25 jaar JAR: jubileumuitgave, Den Haag: Sdu 2016, p. 44-46.

komst, omdat partijen dat kennelijk niet bedoeld hebben.<sup>162</sup>

5.14 Het is echter de vraag of deze uitleg recht doet aan het arrest. In *Groen/Schoevers* is immers óók overwogen dat bij de vaststelling van 'wat tussen partijen te gelden heeft', mede in aanmerking moet worden genomen 'de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'. Het gaat in het arrest dus niet alleen om de (initiële) partijbedoeling, maar ook om de manier waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.

Groen/Schoevers en de maatschappelijk positie

5.15 Bovendien wordt in *Groen/Schoevers* ook verwezen naar het belang van 'de maatschappelijke positie van Groen'. Dat zou een belangrijk aanknopingspunt kunnen zijn voor het verder relativeren van de partijbedoeling in gevallen waarin er vanuit moet worden gegaan dat de werker géén onderhandelingspositie had en het, anders dan Groen, niet de werker maar juist de verschaffer is die bepaalt op welke voorwaarden en tegen welke beloning het werk wordt uitgevoerd.

5.16 Dat zou hebben aangesloten bij de conclusie die Boot in zijn dissertatie uit 2004 trekt uit de rechtspraak van de Hoge Raad, namelijk dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst "voor de Hoge Raad het meest bepalend is de maatschappelijke positie die de werker inneemt: indien sprake is van een zwakke maatschappelijke positie, dan wordt in de praktijk – zonder dat de Hoge Raad dit overigens met zoveel woorden aangeeft – gekeken naar de feitelijke situatie (...); is sprake van een sterke maatschappelijke positie dan is de vastgelegde partijbedoeling (...) doorslaggevend."<sup>163</sup>

Jansen en Loonstra zien overigens weinig heil in het door Boot verdedigde onderscheid tussen maatschappelijk zwak en sterk, als criterium voor de vaststelling van de gezagsverhouding. Wel zijn zij van mening dat de maatschappelijke positie een rol kan spelen bij de vaststelling van de aard van de werkverhouding.<sup>164</sup>

5.17 In de feitenrechtspraak van de afgelopen jaren blijkt de maatschappelijke positie van de werker maar beperkt te worden meegewogen, zo constateert Said in 2019 aan de hand van een uitgebreid

jurisprudentieonderzoek.<sup>165</sup> Als het gezichtspunt maatschappelijke werking zichtbaar wordt meegewogen, gaat daar volgens Said wel een zekere corrigerende werking vanuit:<sup>166</sup>

"Die 'correctie' werkt twee kanten uit: de 'Groenen' die feitelijk zelfstandige zijn maar (toch) menen een arbeidsovereenkomst te hebben zullen eerder achter het net vissen, nu zij vanwege hun sterkere maatschappelijke positie eerder aan hun (op ondernemerschap gerichte) partijbedoeling kunnen worden gehouden. Andersom komen werkers die weliswaar op papier zelfstandige zijn maar feitelijk weinig kenmerken van échte zelfstandigheid vertonen, juist eerder voor arbeidsrechtelijke bescherming in aanmerking. Meer aandacht voor de maatschappelijke positie van partijen bewerkstelligt op die wijze dat arbeidsrechtelijke bescherming toe komt aan diegene voor wie die bescherming bedoeld is: de zwakke(re) contractspartij."

Verhouding partijbedoeling en feitelijke uitvoering

5.18 Geconstateerd moet worden dat in *Groen/Schoevers* niet duidelijk naar voren komt hoe het gezichtspunt van de feitelijke uitvoering van de overeenkomst zich verhoudt tot de partijbedoeling.<sup>167</sup> Is de feitelijke uitvoering een van de factoren die van belang is bij het vaststellen van de partijbedoeling, of is de feitelijke uitvoering een omstandigheid die (in bijzondere gevallen) de partijbedoeling moet bijsturen? Of is het juist de partijbedoeling die tot een correctie op de feitelijke uitvoering moet leiden? In de woorden van Loonstra: vereist de Hoge Raad een vaste volgorde (stappenplan), of is het voldoende dat uit de uitspraak blijkt dat de rechter zich rekenschap heeft gegeven van alle relevante omstandigheden van het geval, inclusief de partijbedoeling?<sup>168</sup> Of – de opvatting van Verhulp – moet de partijbedoeling worden afgeleid uit hoe partijen de overeenkomst denken te gaan uitvoeren en dat vervolgens ook feitelijk doen?<sup>169</sup>

165 S. Said, 'Holistisch wegen van feiten en omstandigheden: legt de maatschappelijke positie van partijen nog voldoende gewicht in de schaal?', *TAP* 2019/4.

166 S. Said, 'Holistisch wegen van feiten en omstandigheden: legt de maatschappelijke positie van partijen nog voldoende gewicht in de schaal?', *TAP* 2019/152, p. 10.

167 Zie bijv. Vegter in haar annotatie in SR 2005/19 bij HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*), waarin zij schreef: 'De vraag is dan welk criterium zwaarder weegt: welke overeenkomst aanvankelijk is aangegaan of op welke wijze de overeenkomst is uitgevoerd.', en J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007/24.

168 C.J. Loonstra in zijn annotatie bij *Groen/Schoevers*, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 68–69. Hij schrijft daar dat hij nu denkt dat de laatstgenoemde benadering de juiste is, maar de eerste zijn voorkeur heeft.

169 Zie E. Verhulp in zijn annotatie onder HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PCGM*).

162 Zo heeft de Commissie Borstlap erop gewezen dat in de praktijk de gedachte is ontstaan dat het kwalificeren van de arbeidsrelatie in vergaande mate te manipuleren is, mede vanwege de rol van de partijbedoeling en de holistische wegging uit *Groen/Schoevers*, zie Commissie Regulering van werk, *Eindrapport. In wat voor land willen wij werken?*, 23 januari 2020, p. 41. Ook Laagland en Peters hebben aandacht gevraagd voor het strategisch vormgeven van de arbeidsovereenkomst, zie F.G. Laagland, 'Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?', *TRA* 2020/51 en S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52, par. 4.4.

163 G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, p. 107.

164 C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De acquisitrice en de predikant. De gezagsverhouding revisited', *Ara* 2005/3, p. 94.

## Overige civiele arresten

5.19 In het arrest [...] uit 2003 is de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst, meegewogen bij de uitlegvraag en bij het vaststellen van de – in mijn woorden – ‘werkelijke bedoeling’ van partijen.<sup>170</sup> In deze zaak sloot de vrouw na echtscheiding een overeenkomst met een vennootschap waarvan de man aandeelhouder en bestuurder was, als alternatief voor betaling van alimentatie door de man aan de vrouw. Partijen hadden de overeenkomst ‘arbeidsovereenkomst’ getiteld en de vrouw was vanaf het begin vrijgesteld van haar werkzaamheden. Nadat de vrouw met haar nieuwe partner een economische eenheid zou vormen werd de salarisbetaling gestopt, met een vermeende loonvordering van de vrouw tot gevolg. Hof wees die vordering toe en de Hoge Raad overwoog:

“3.4 De onderdelen (...) klagen terecht dat het hof ten onrechte de tekst van de schriftelijke ‘arbeidsovereenkomst’ doorslaggevend heeft geacht voor de conclusie dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Bij het vaststellen van de overeengekomen verplichtingen moet immers op alle omstandigheden van het geval gelet worden en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst. 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 dier voege dat H. werkzaamheden zou gaan verrichten voor M. BV en staat eveneens vast dat H. nimmer werkzaamheden heeft verricht. De overeenkomst had klaarblijkelijk geen andere strekking dan aan H. een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen. Derhalve bevat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid en behelst zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd.”

5.20 Gelet op het feitencomplex moet [...] als een zeer uitzonderlijke zaak worden beschouwd, aangezien er geen enkel reëel doel werd gediend met het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Dat de rechter daarin niet meegaat, lijkt mij nogal voor de hand te liggen.<sup>171</sup>

5.21 In het arrest *Diosynth*[...] (2004) is het accent meer op de partijbedoeling gelegd, met de feitelijke uitvoering als mogelijke correctiefactor ten aanzien van die partijbedoeling.<sup>172</sup> [...] had als acquisitrice gedurende 18 jaar werkzaamheden verricht voor Diosynth, die onder meer bestond uit

het bezoeken aan huisartsen. Zij stelde zich op het standpunt dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, terwijl Diosynth meende dat het ging om een overeenkomst van opdracht. Na het herhalen van de overwegingen uit *Groen/Schoevers* overwoog de Hoge Raad:

“3.5 (...) 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. (...)”

Overigens ging het in deze zaak in cassatie slechts om de vraag of de rechtbank het bewijsaanbod van Diosynth, dat partijen bedoeld hadden een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten, had mogen passeren. In het arrest wordt geen oordeel gegeven over de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst.

5.22 In latere arresten is er bij de kwalificatievraag juist meer aandacht besteed aan de feitelijke uitvoering van de overeenkomst, waarmee de partijbedoeling lijkt te worden gerelativeerd. Zo overweegt de Hoge Raad in het *Beurspromovendi*-arrest (2006):<sup>173</sup>

“4.3.3 Het bestreden vonnis bevat niets dat erop wijst dat de rechtbank (...) 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 motiveringsklacht (...) faalt omdat de rechtbank met haar uiteenzettingen in (...) aangaande achtereenvolgens de elementen arbeid, loon en gezagsverhouding voldoende duidelijk heeft gemaakt waarom de, volgens de UvA, andersluidende bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet eraan in de weg staat die overeenkomst als een arbeidsovereenkomst aan te merken. (...)”

5.23 Ook in het arrest [...] (2006) stond de feitelijke uitvoering centraal.<sup>174</sup> In deze zaak had betrokkene, werkzaam als buschauffeur, aanvankelijk laten weten geen werknemer te zijn en zich ook geen werknemer te voelen (omdat sprake zou zijn van een vennootschap onder firma), maar stelde hij zich op een later moment op het standpunt dat feitelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat het bewijsaanbod van [...] ten aanzien van de feitelijke gang van zaken binnen de vof en dat geen sprake was van gelijkwaardigheid tussen de vennoten, niet door het hof had mogen worden gepasseerd. Ook hieruit volgt dat de

170 HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, NJ 2007/446 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2007/449.

171 Dit is in lijn met de ‘wezen gaat voor schijn’-doctrine, zie nader onder 5.36. Vgl. ook mijn conclusie vóór HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, JAR 2020/87 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*), onder 4.5 t/m 4.17.

172 HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, NJ 2005/239 (*Diosynth*[...]).

173 HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi*) m.nt. E. Verhulp onder NJ 2007/449.

174 HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1487, NJ 2007/448 ([...] *BBO*) m.nt. E. Verhulp onder NJ 2007/449.

vraag of partijen al dan niet beoogd hebben om een arbeidsovereenkomst te sluiten, niet steeds doorslaggevend is.

5.24 Uit het arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM* (2007) volgt, een stap verder, dat de omstandigheid dat partijen oorspronkelijk juist niet een arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten, niet in de weg staat aan de kwalificatie van een werkrelatie als arbeidsovereenkomst.<sup>175</sup> In deze procedure beriep een derde (pensioenfonds PGGM) zich erop dat Stichting Thuiszorg Rotterdam een arbeidsovereenkomst had met haar directeur Knipscheer, terwijl sprake was van een schriftelijke overeenkomst van opdracht tussen de stichting en de management-bv van Knipscheer (Knipham B.V.). De Hoge Raad overwoog:

“3.4 (...) Overigens behoefde het hof zich niet van zijn oordeel dat tussen Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam een arbeidsovereenkomst bestond, te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat vaststaat dat Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten, omdat zij de hiervoor in 3.1 onder (i) bedoelde verplichte deelneming van Knipscheer 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.”

In de literatuur is gesignaleerd dat *Groen/Schoevers* hier in zoverre wordt genuanceerd, dat in *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM* staat dat ‘ook’ de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven van belang is, terwijl in *Groen/Schoevers* was overwogen dat de feitelijke uitvoering in het licht van de partijbedoeling ‘mede’ van belang werd geacht.<sup>176</sup> Dit onderscheid lijkt mij zo subtiel, dat het geen verbazing wekt dat het arrest niet echt voor een omslag heeft gezorgd.

5.25 In het arrest *Logidex* (2015) ging het om het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en een stageovereenkomst.<sup>177</sup> Ook hier stelde de Hoge Raad de *Groen/Schoevers*-formule voorop (met de gewijzigde formulering van *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*). Verder werd overwogen dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden bezien.

Fiscale kamer

5.26 De rechtspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad is niet één-op-één hetzelfde als die van de civiele kamer. Meer dan in de rechtspraak van de civiele kamer is daarin namelijk benadrukt dat het gaat om de feitelijke uitvoering van de overeenkomst, en dat de partijbedoeling – ten aanzien van de aard van de overeenkomst die partijen hebben willen sluiten – minder van belang is.

De Gouden Kooi

5.27 In het arrest *De Gouden Kooi* (2011), waarin partijen hadden gepretendeerd een overeenkomst van opdracht aan te gaan, maar de Centrale Raad van Beroep aan de hand van een beoordeling van de feitelijke uitvoering tot het bestaan van een dienstbetrekking had geconcludeerd (en niets werd overwogen over de bedoeling van partijen), werd het volgende overwogen:<sup>178</sup>

“3.3.2 Voor de vraag of belanghebbende tot Talpa in een zodanige privaatrechtelijke dienstbetrekking stond is maatgevend of tussen beiden sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen partijen als zodanig dient te worden aangemerkt, moet worden getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven (vgl. onder meer HR 13 juli 2007, (...) NJ 2007/449 [*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM, A-G*]).

3.3.3 De Centrale Raad heeft als vereisten voor het aannemen van een dienstbetrekking gesteld een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon. Aldus is de Centrale Raad terecht uitgegaan van de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Bij de beoordeling of de inhoud van de tussen partijen gemaakte afspraken aan die criteria voldoet, geeft de uitspraak van de Centrale Raad bovendien geen blijk van een onjuiste uitleg van die kenmerken of van miskenning dan wel verkeerde toepassing van hetgeen onder 3.3.2 is overwogen. (...).”

<sup>175</sup> HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, NJ 2007/449 m.nt. E. Verhulp (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

<sup>176</sup> Zie A.R. Houweling in zijn annotatie bij HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, NJ 2016/276 (*Logidex*).

<sup>177</sup> HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, NJ 2016/276 m.nt. A.R. Houweling (*Logidex*).

<sup>178</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, NJ 2001/594 m.nt. E. Verhulp (*De Gouden Kooi*).



## Notarissen-I

5.28 Duidelijker is nog het fiscale arrest *Notarissen-I*.<sup>179</sup> Daarin ging het om de vraag of bepaalde notarissen verplicht verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen op grond van een dienstbetrekking met de naamloze vennootschap waarvan zij middellijk aandeelhouder zijn. Na een herhaling van de overwegingen uit *De Gouden Kooi* en een verwijzing naar *Groen/Schoevers* en *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*, overwoog de Hoge Raad:

“3.4.3. (...) 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.”

Hier wordt dus expliciet overwogen dat het niet gaat om de partijbedoeling ten aanzien van de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten, maar om de ‘werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen’.

## Overige fiscale arresten

5.29 Een vergelijkbare benadering, waarin de feitelijke rechten en verplichtingen centraal werden gesteld, is te vinden in de fiscale arresten *Vakkenvuller*,<sup>180</sup> *Prostituees*<sup>181</sup> en *Kriterion*.<sup>182</sup>

5.30 Opvallend is dat de civiele kamer in het *Logidex*-arrest, dat is gewezen ná *De Gouden Kooi* en *Notarissen-I*, niet naar deze fiscale uitspraken heeft verwezen, maar weer is teruggevalen op de *Groen/Schoevers*-formule. De relativering van de partijbedoeling ten aanzien van de juridische kwalificatie van de overeenkomst, ten gunste van de feitelijke rechtsverhouding of de ‘werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen’, is daardoor niet goed uit de verf gekomen. Dat is ongelukkig.<sup>183</sup>

## Uitspraken feitenrechters

5.31 In verschillende uitspraken van feitenrechters is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, centraal gesteld of partijen *beoogd hebben* om een arbeidsovereen-

komst aan te gaan. Een ontkennende beantwoording van die vraag, leidt dan tot het oordeel dat géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.

5.32 Zo overwoog het hof Amsterdam in een procedure tussen acht dagbladbezorgers en de Persgroep dat er geen arbeidsovereenkomsten waren.<sup>184</sup> Onder verwijzing naar het *Logidex*-arrest overweegt het hof onder het kopje ‘*Wat heeft partijen voor ogen gestaan bij het aangaan van de rechtsverhouding?*’ als volgt:

“3.9 In de overeenkomsten is expliciet vermeld dat het gaat om overeenkomsten van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW. In de overeenkomsten, behoudens de door appelland 1 met (de rechtsvoorganger van) Persgroep gesloten overeenkomst, is bovendien opgenomen dat partijen met het aangaan van deze overeenkomst uitdrukkelijk niet de bedoeling hebben om ter zake een arbeidsovereenkomst te sluiten en in artikel 16 van de overeenkomst van appelland 1 is expliciet bepaald dat hij geen recht heeft op vakantiedagen gezien de aard van de overeenkomst. De diverse teksten van de overeenkomsten maken aldus voldoende duidelijk dat het niet om arbeidsovereenkomsten gaat. Het hof acht aannemelijk dat voor appellanten bij het aangaan van de rechtsverhouding voorop heeft gestaan dat zij betaald werk zochten en dat zij op dat moment weinig belang hebben gehecht aan de aard van de rechtsverhouding die zij op het punt stonden aan te gaan. Ook acht het hof aannemelijk dat appellanten achteraf gezien – hetgeen in dit verband niet van betekenis is – de voorkeur zouden hebben gegeven aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Appellanten hebben echter niets aangevoerd waaruit blijkt dat hun destijds, ondanks dat zij de duidelijk andersluidende overeenkomsten hebben ondertekend, voor ogen heeft gestaan dat zij een arbeidsovereenkomst aangingen voor hun bezorgwerkzaamheden. Of partijen bij het aangaan van de overeenkomsten al dan niet uitgebreid hebben gesproken over de aard van de overeenkomsten en de gevolgen ervan voor appellanten dan wel dat zij dat al dan niet begrepen uit de tekst van de overeenkomsten, in het bijzonder dat zij niet als werknemer maar als opdrachtnemer hun werkzaamheden zouden gaan verrichten, is niet van doorslaggevend belang bij het vaststellen van de partijbedoeling. Geconcludeerd kan worden dat de bedoeling van Persgroep was om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan en dat appellanten in elk geval niet hebben duidelijk gemaakt dat zij dit destijds wel beoogden.”

5.33 Eenzelfde benadering is te vinden in een beschikking van de kantonrechter Rotterdam in een procedure waarin het erom ging of een verslaggever

179 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, *BNB* 2012/129 m.nt. P. Kavelaars (*Notarissen-I*). Het vervolg van deze zaak is voor een tweede maal bij de fiscale kamer van de Hoge Raad beland, zie HR 14 februari 2014,

ECLI:NL:HR:2014:283, *BNB* 2014/125 m.nt. A.L. Mertens. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, niet getuigde van een onjuiste rechtsopvatting, zie rov. 5.1.2.

180 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, *USZ* 2013/129 m.nt. G.C. Boot (*Vakkenvuller*).

181 HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, *BNB* 2014/235 (*Prostituees*).

182 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, *BNB* 2015/161 m.nt. A.L. Mertens (*Kriterion*).

183 Idem C.J. Loonstra in zijn annotatie bij *Groen/Schoevers*, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 69 (‘*Spijtig genoeg is dat toch niet gebeurd*’).

184 Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384, *JAR* 2018/198 m.nt. S. Said (*Persgroep*).

van RTV Rijnmond zijn werkzaamheden verrichtte op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>185</sup>

“4.4 Op basis van de door beide partijen ingenomen standpunten is in dit geval duidelijk dat RTV Rijnmond ten tijde van het aangaan van de samenwerking met [verzoeker] geenszins de bedoeling had om met hem een arbeidsovereenkomst te sluiten. Zij heeft dit ook aan hem medegedeeld en in het verlengde daarvan aan hem de keuze voorgelegd tussen het werken op freelancebasis of op basis van een payrollconstructie. (...) Ook in de tekst van de overeenkomst, hiervoor in 2.5 weergegeven, die zowel door RTV Rijnmond als [verzoeker], achteraf, is ondertekend, ziet de kantonrechter geen aanknopingspunten waaruit afgeleid zou kunnen worden dat het de bedoeling is geweest van partijen om een arbeidsovereenkomst te sluiten. (...) RTV Rijnmond is voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst duidelijk geweest over wat voor soort overeenkomst zij met [verzoeker] wilde sluiten en [verzoeker] heeft ervoor gekozen om als freelancer voor RTV Rijnmond te werken en heeft op dat moment niet getracht het sluiten van een arbeidsovereenkomst af te dwingen, maar heeft de overeenkomst van opdracht ondertekend.”

5.34 Ook is te noemen een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>186</sup> in een procedure tussen een koördirigent en een vereniging. Het hof overweegt:

“5.4 Met betrekking tot de bedoeling van partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding overweegt het hof het volgende. Ter zitting heeft [verzoeker] op de vraag van het hof wat hem indertijd bij het sluiten van de dirigentenovereenkomst voor ogen stond, geantwoord dat hij een vaste arbeidsovereenkomst wilde en dat hij die na verloop van tijd ook wel verwacht had te krijgen, maar dat dit niet is gebeurd aangezien de dirigentenovereenkomst het enige contract is dat partijen zijn aangegaan. Er is een aantal concepten geweest waar op zijn instigatie zaken zijn uitgehaald, zoals de verplichting om te declareren. Bij zijn andere werkzaamheden in die tijd, bijvoorbeeld als dirigent in [plaatsnaam] en [plaatsnaam], had hij steeds aangedrongen op een arbeidsovereenkomst. Hij heeft elders een overeenkomst van opdracht gehad, waarbij aan hem een bedrag in één keer voor de hele maand is betaald, aldus [verzoeker].

(...)  
Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van het hof dat [verzoeker] bewust met de hem

voorgelegde dirigentenovereenkomst bezig is geweest, dat hij op de hoogte was van het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht en dat hij er weliswaar op had gehoopt dat hij in de toekomst een arbeidsovereenkomst met [verweerster] zou krijgen, maar dat het nooit zo ver is gekomen. Een en ander wijst er derhalve op dat partijen bij het sluiten van de dirigentenovereenkomst niet voor ogen hebben gehad dat zij daarmee met elkaar een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan.”

Het hof lijkt ten aanzien van de partijbedoeling aldus enkel belang toe te kennen aan de kwalificatie van de overeenkomst die partijen voor ogen stond, en niet aan de door hen bedoelde inhoud van de overeenkomst.

#### Kritiek op het centraal stellen van de partijbedoeling

5.35 Bij de geciteerde overwegingen uit de feitenrechtspraak zijn vraagtekens te plaatsen, omdat de beoordeling zeer sterk leunt op de vraag of partijen *bedoeld hebben een arbeidsovereenkomst te sluiten*. Daarmee wordt bepalend welk ‘etiket’ partijen op hun rechtsverhouding hebben geplakt. Het hoeft weinig toelichting dat zo’n benadering de rechtsbescherming die het arbeidsrecht aan de werknemer biedt, uitholt. Partijen kunnen immers een papieren werkelijkheid creëren, om daarmee de dwingendrechtelijke bescherming van het materiële recht te ontlopen.<sup>187</sup> Juist bij dwingendrechtelijke wettelijke omschrijvingen van bijzondere overeenkomsten, zoals de arbeidsovereenkomst, is het van belang om aan te sluiten bij de materiële werkelijkheid en niet bij een door partijen gecreëerde schijnwerkelijkheid. Dat is ook de enige manier om recht te doen aan het fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie, dat ten grondslag ligt aan het arbeidsrecht (zie onder 3.27). Op het centraal stellen van de partijbedoeling is dan ook veel kritiek geleverd.<sup>188</sup>

5.36 Een effectieve rechtsbescherming van de werknemer eist dat door de papieren werkelijkheid wordt heen gekeken en de feitelijke rechtsverhouding tussen partijen centraal wordt gesteld. Uit die *feitelijke rechtsverhouding* moet de partijbedoeling worden gedestilleerd, oftewel de ‘*wezen gaat voor schijn*’-doctrine.<sup>189</sup>

<sup>187</sup> Vgl. ook P.J. Tanja & G.J. Standhardt in: ‘Uitleg en kwalificatie van een overeenkomst’, *Bb* 2020/31, par. 2.2.

<sup>188</sup> Zie o.m. P.J. Mauser; ‘Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2019/45; E. Verhulst, ‘Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!’, *SR* 2005/16; C.J.J. Heerma van Voss, ‘De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie’, in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 15; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Art. 7:610 BW en de partijbedoeling’, *TAP* 2010/1; A.R. Houweling in zijn annotatie in *JIN* 2007/48 bij HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1487, *NJ* 2007/448 (...//BBO).

<sup>189</sup> *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/11 en 26; S.F. Sagel in zijn annotatie bij [...]/[...], in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 190-192.

<sup>185</sup> Ktr. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*). Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938, *JAR* 2019/268, waarin het hof aan de hand van de partijbedoeling oordeelde dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst van een koördirigent.

<sup>186</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938, *JAR* 2019/268.

5.37 De ‘*wezen gaat voor schijn*’-doctrine houdt in dat rechters in verband met de beschermende werking van het arbeidsrecht soms door constructies heen moeten kijken, om zo de werkelijke rechtsverhouding vast te kunnen stellen.<sup>190</sup> Deze doctrine beoogt, in de woorden van Sagel:<sup>191</sup>

“niet alleen om arbeidsrechtelijke bescherming te realiseren waar deze, gelet op de realiteit van de wijze waarop partijen aan hun relatie uitvoering geven, materieel op zijn plaats is, maar ook om te voorkomen dat die bescherming kan worden ingeroepen in gevallen waarvoor deze evident niet bedoeld is.”<sup>192</sup>

5.38 Het lijkt geen twijfel dat in de oorspronkelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in de Wet van 1907 beoogd is om de partijbedoeling opzij te zetten. Te lezen is dat de ‘*vrijheid van overeenkomst*’ door sommigen ‘*met heiligen eerbied wordt vereerd*’, maar dat er ook situaties zijn waarin ‘*de maatschappelijke toestanden*’ vorderen dat tot inbreuk op deze regel wordt overgegaan.<sup>193</sup> En met instemming wordt de Franse schrijver Alfred de Coursy geciteerd:

“gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve der arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend — en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking — dan blijft er van al hunne rechten niets over.”<sup>194</sup>

5.39 In de hedendaagse bewoordingen van Roozendaal:<sup>195</sup>

“Het is in strijd met art. 7:610 BW en art. 3 WW en ZW om de wijze waarop partijen zelf hun overeenkomst kwalificeren (het etiket) van betekenis te achten voor de vraag of het al dan niet een arbeidsovereenkomst is. Dit taalspel moet worden doorgeprikt juist om te voorkomen dat een onderklasse ontstaat, die in het slechtste geval in volstrekte afhankelijkheid van de opdrachtgever werkt, onverzekerd tegen ziekte of werkloosheid en tegen tarieven op of onder het

minimumloon, omdat zij niet de onderhandelingspositie heeft om te bereiken dat de overeenkomst niet een overeenkomst van opdracht maar een arbeidsovereenkomst wordt genoemd.”

5.40 Ook in het rapport ‘In wat voor land willen wij werken?’ van de Commissie regulering van werk is geconstateerd dat de partijbedoeling irrelevant zou moeten zijn bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie, en dat het erom moet gaan hoe de arbeid feitelijk wordt uitgevoerd (zie onder 4.24-4.25). Volgens de Commissie zou dit expliciet tot uitdrukking gebracht moeten worden in de definitie van de arbeidsovereenkomst, maar ik denk dat ook onder de geldende wettelijke definitie al duidelijk is dat het daarom gaat.

5.41 Door te abstraheren van de partijbedoeling bij de kwalificatievraag kan de manipulatie van de toepasselijkheid van het arbeidsrecht (‘strategische vormgeving van werkcontracten’)<sup>196</sup> worden teruggedrongen. Dat is in lijn met het grondbeginsel van het arbeidsrecht, ongelijkheidscompensatie.

#### Tussenconclusie

5.42 De stand van zaken ten aanzien van de kwalificatievraag laat zich als volgt samenvatten. Door het arrest *Groen/Schoevers* is er zowel in de literatuur als in uitspraken van feitenrechters veel nadruk gelegd op de partijbedoeling: hebben partijen beoogd om een arbeidsovereenkomst aan te gaan? In het licht van de beschermende functie van het arbeidsrecht, is dit een ongewenste benadering. Er is dan ook een breed levende gedachte dat *Groen/Schoevers* een herijking nodig heeft.<sup>197</sup>

#### Verduidelijken rechtspraak aan de hand van het Inscharing-arrest

5.43 De Hoge Raad kan de maatstaf uit *Groen/Schoevers* verduidelijken aan de hand van het *Inscharing*-arrest.<sup>198</sup>

5.44 In het *Inscharing*-arrest<sup>199</sup> ging het onder meer om de vraag of de tussen partijen gesloten overeenkomst wel of niet als pachtovereenkomst

190 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/11 en 26.

191 S.F. Sagel in zijn annotatie bij [...]/[...]. in: P.F. van der Heijden (red.), 25 jaar Jar: jubileumuitgave, Den Haag: SDU 2016, p. 190-192.

192 Sagel wijst daarbij o.m. op het [...]/BBO-arrest (zie onder 5.23) en op [...]/[...] (zie onder 5.19). Sagel ziet de *wezen gaat voor schijn*-leer als *Leitmotiv* bij uitstek in de bredere arbeidsrechtelijke cassatierechtspraak. Hij verwijst ter illustratie onder meer naar HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:604, NJ 2016/426 m.nt. B. Barentsen (*Regiobouw*/[...]), waarin de ontslagbescherming voor OR-leden ook van toepassing was op een lid van een orgaan dat (naar de letter) geen ondernemingsraad (meer) was, en op HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, NJ 2015/156 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss ([...]/[...]).

193 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 209 en 212-213.

194 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 209 en 212.

195 W.L. Roozendaal, ‘Zelfstandigen in de thuiszorg’, *ArbeidsRecht* 2016/42, par. 6.

196 Zie hierover o.m. F.G. Laagland, ‘Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?’, *TRA* 2020/51, S.S.M. Peters, ‘Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties’, *TRA* 2020/52, par. 4.4 en Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 41.

197 E. Verhulp in *JAR* 2020/52 bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*); G.C. Boot in zijn annotatie bij *FNW Kiem*, in: P.F. van der Heijden (red.), 25 jaar Jar: jubileumuitgave, Den Haag: SDU 2016, p. 492; C.J. Loonstra in zijn annotatie bij *Groen/Schoevers*, in: P.F. van der Heijden (red.), 25 jaar Jar: jubileumuitgave, Den Haag: Sdu 2016, p. 69; Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 41 en 69-70.

198 Zie ook de annotatie van Verhulp in *JAR* 2020/52 bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*).

199 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43, *JAR* 2020/52 m.nt. E. Verhulp, *JIN* 2020/9 m.nt. S.J.M. Bouwman, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2020/8013 m.nt. J.W.A. Rheinfield (*Inscharing*).

moest worden gekwalificeerd. De Hoge Raad overwoog het volgende:

“3.2.2 Art. 7:311 BW omschrijft pacht als de overeenkomst waarbij de ene partij, de verpachter, zich verbindt aan de andere partij, de pachter, een onroerende zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw en de pachter zich verbindt tot een tegenprestatie. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een pachtovereenkomst.<sup>200</sup> Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de regeling van pacht te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de pachtovereenkomst.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 besproken vraag naar de 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 inhoud van de overeenkomst – dat wil zeggen de wederzijdse rechten en verplichtingen – heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een pachtovereenkomst (kwalificatie).

3.2.4 Het hof heeft het hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3 overwogene miskend door in de rov. 3.11.1 en verder voor de kwalificatie van de overeenkomst beslissend te achten of partijen de bedoeling hebben gehad een pachtovereenkomst aan te gaan. (...) De klacht dat het hof ten onrechte voor het ontstaan of bestaan van een pachtovereenkomst van belang heeft geacht of de intentie van partijen was gericht op het sluiten van een pachtovereenkomst, is derhalve gegrond.”

5.45 De Hoge Raad maakt in rov. 3.2.3 dus een onderscheid tussen twee fasen:

(i) de *inhoud* van de overeenkomst (fase 1 – de overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen, vast te stellen door middel van uitleg); en  
(ii) de *kwalificatie* van die overeenkomst (fase 2).

5.46 Aan deze twee fasen-toetsing wordt overigens pas toegekomen als is komen vast te staan *dat* sprake is van een overeenkomst tussen partijen. Die voorvraag valt uiteen in twee deelvragen: (i) *wie* zijn de partijen?, en (ii) hebben zij zich tot elkaar verbonden? In een arbeidsrechtelijke context valt hier onder meer te noemen het arrest *ABN Amro* / [...],<sup>201</sup> waar het hof die voorvraag ten onrechte niet had beantwoord. Ook kan worden gewezen op *Taxi*

*Doorenbos*.<sup>202</sup> In die zaak had het hof geoordeeld dat geen sprake was van een reële uitzendovereenkomst tussen de werknemer en het payrollbedrijf T4T, ondanks dat zo'n overeenkomst op papier bestond. Dat betekende dat in wezen sprake was van een vierde arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Taxi Doorenbos, waarmee een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand was gekomen. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.

5.47 De kwalificatie van een overeenkomst kan gevolgen hebben voor de uit de overeenkomst voortvloeiende rechtsgevolgen. Daarmee volgt er een derde fase: het vaststellen van de gewijzigde inhoud van de overeenkomst. De kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst kan ertoe leiden dat bepalingen uit de oorspronkelijke overeenkomst buiten toepassing moeten blijven, zoals een bepaling dat in bepaalde situaties geen loon verschuldigd is<sup>203</sup> of de contractuele bevoegdheid om een gedeelte van het loon in te houden.<sup>204</sup> Ook kan sprake zijn van bepalingen die in strijd zijn met bijvoorbeeld de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag<sup>205</sup> of met een algemeen verbindend verklaarde cao.<sup>206</sup>

5.48 Uit rov. 3.2.2 en 3.2.4 van het *Inscharing*-arrest volgt dat niet van belang is of de intentie van partijen gericht is op het sluiten van een overeenkomst die onder de regeling van pacht valt. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de pachtovereenkomst.

5.49 In rov. 3.2.3 van het *Inscharing*-arrest verwijst de Hoge Raad naar de *Haviltex*-maatstaf.<sup>207</sup> Volgens deze maatstaf kan de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leermeester laat die moet worden aangevuld, niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Dat sluit aan bij het meewegen van de maatschappelijke

202 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, *JAR* 2020/87 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Taxi Doorenbos*).

203 Buiten de grenzen van art. 7:628 BW: dergelijke bepalingen zijn nietig op grond van art. 7:628 lid 10 BW.

204 Buiten de toegestane inhoudingen als bedoeld in art. 7:631 BW: dergelijke bepalingen zijn nietig op grond van art. 7:631 lid 2 BW.

205 Hoewel de werkingsfeer van die wet ruimer is dan enkel de werknemer ex art. 7:610 BW, zie art. 2 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM). Bepalingen in strijd met deze wet zijn nietig op grond van art. 19 WMM.

206 Zie art. 3 Wet AVV.

207 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

200 Voetnoot in origineel: Vgl. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:874, rov. 4.4.5.

201 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *NJ* 2003/124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*ABN AMRO*/[...]).

positie van partijen in *Groen/Schoevers* (zie onder 5.15-5.17).

5.50 Van belang is om voor ogen te houden wat het *voorwerp* van uitleg is. Dat is niet de schriftelijke tekst van de overeenkomst, maar de overeenkomst zelf,<sup>208</sup> oftewel de contractuele rechtsbetrekking tussen partijen, dus de wederzijdse rechten en verplichtingen die partijen overeengekomen zijn. Voor de uitleg van die overeenkomst is relevant het geheel van de verklaringen en gedragingen van partijen.<sup>209</sup>

5.51 Het peilmoment voor de uitleg van de contractuele gedragingen van partijen is niet beperkt tot het moment van het aangaan van de overeenkomst. In het algemeen geldt immers dat bij de uitleg van een rechtshandeling ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat die rechtshandeling is verricht, medebepalend zijn.<sup>210</sup> Daarbij gaat het niet enkel om latere omstandigheden die een licht kunnen werpen op de partijbedoelingen ten tijde van de totstandkoming van de rechtshandeling, maar ook om situaties waarin de uitvoering van de overeenkomst – al dan niet gaandeweg – afwijkt van de initiële bedoeling van partijen.<sup>211</sup> Zo is uit het *Dierenartsmaatschap*-arrest af te leiden dat de inhoud van overeenkomsten stilzwijgend kan wijzigen.<sup>212</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat tussen enkele van de betrokken partijen aanvankelijk afzonderlijke overeenkomsten van opdracht bestonden, ‘op zichzelf niet eraan in de weg [staat] dat de rechtsverhouding tussen partijen verandert zonder dat tussen hen een specifieke daarop gerichte overeenkomst is gesloten.’<sup>213</sup>

5.52 Valk heeft dit aangeduid als ‘dynamische uitleg’: ‘het verschijnsel dat een rechtsverhouding van inhoud kan veranderen, omdat uitleg op een later moment tot een andere uitkomst kan leiden dan op een eerder moment het geval was.’<sup>214</sup> Hij noemt verschillende cassatie-uitspraken waarin uitlegvraagstukken speelden, waarbij het aankwam op de beteke-

nis van hetgeen zich gedurende langere tijd had afgespeeld.<sup>215</sup>

5.53 Pas *nadat* de wederzijds rechten en verplichtingen waartoe partijen zich hebben verbonden in kaart zijn gebracht, moet de vraag worden beantwoord of deze voldoen aan de kwalificatie als arbeidsovereenkomst (fase 2). Daarbij gaat het om de vraag of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de bijzondere overeenkomst(en) die mogelijk van toepassing is of zijn, zo volgt uit rov. 3.2.2 van het *Inscharing*-arrest.

5.54 Ook de kwalificatie-fase noopt tot uitleg, namelijk van de wettelijke omschrijving van de bijzondere overeenkomst (zoals de arbeidsovereenkomst).<sup>216</sup> Omdat beantwoording van de kwalificatievraag het toepassingsbereik van de wettelijke regeling bepaalt, moet daarbij worden gelet op de ratio van de wettelijke regeling.<sup>217</sup> Voor de regeling van de arbeidsovereenkomst gaat het dan om de beschermende werking die het arbeidsrecht biedt.

#### Tussenconclusie

5.55 In lijn met het *Inscharing*-arrest lijkt het mij wenselijk dat de Hoge Raad verduidelijkt dat bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Waar het om gaat is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Daarbij moet de rechter (i) aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen vaststellen (de inhoud van de overeenkomst). Vervolgens moet worden beoordeeld (ii) of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (de kwalificatie van de overeenkomst).

#### Aansluiting bij de fiscale en socialezekerheidsrechtspraak

5.56 Een dergelijke benadering is grotendeels in lijn met de rechtspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad. Zoals besproken, is in de betreffende arresten van de fiscale kamer benadrukt dat beperkte 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 (zie onder 5.27-5.28). Mijn inziens dient de betekenis van de bedoelingen van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van de overeenkomst, nog

208 Het kan daarbij ook gaan om een in het geheel niet schriftelijk vastgelegde overeenkomst, zoals in *Groen/Schoevers* aan de orde was.

209 W.L. Valk, ‘De maatstaf voor uitleg’, in: Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 2.1.4.

210 Aldus de Hoge Raad, bevestigd in een overweging ten overvloede in HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (*ISG/RBS*), rov. 3.5. Dat de uitvoering van een overeenkomst bij de uitleg kan worden betrokken, heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld in HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1368, NJ 1994/574 (*Gasunie/Anloo*).

211 W.L. Valk, ‘De maatstaf voor uitleg’, in: Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 2.1.5.2.

212 HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2001:BQ3876, NJ 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Dierenartsmaatschap*).

213 HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2001:BQ3876, NJ 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Dierenartsmaatschap*), rov. 3.7.3.

214 W.L. Valk, ‘Verder denken over uitleg van rechtshandelingen’, *NJB* 2018/1360, p. 1953.

215 W.L. Valk, ‘De maatstaf voor uitleg’, in: Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 2.1.5.2.

216 Zie bijv. *Asser/Houben* 7-X 2019/19.

217 W.L. Valk, *Uitleg in zijn verhouding tot de andere bronnen van art. 6:248 BW* in: Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 3.2.2. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, hfst. 5, par. 4.2.

wel op te schuiven van 'niet doorslaggevend'<sup>218</sup> naar 'niet van belang'.<sup>219</sup>

5.57 Ook in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep wordt bij de beoordeling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking de feitelijke uitvoering van de arbeidsrelatie tot uitgangspunt genomen. De partijbedoeling lijkt daarin geen rol van betekenis te spelen.<sup>220</sup> Said stelt dat zich dat mede laat verklaren door het feit dat in het sociale zekerheidsrecht ook publieke belangen een rol spelen.<sup>221</sup> Het lijkt mij echter dat ook in het civiele recht – misschien minder direct en minder zichtbaar – publieke belangen een rol spelen (zie ook onder 3.19). Het zijn ook die publieke belangen die maken dat het ongewenst is dat partijen – zelfs al zouden beide partijen dat volledig uit vrije wil wensen – hun werrelatie buiten het bereik van de arbeids-overeenkomst kunnen houden.

#### Aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Justitie EU

5.58 Dat de vraag of sprake is van een arbeids-overeenkomst moet worden beantwoord aan de hand van de feitelijke situatie en niet op basis van de overeenkomst die partijen zijn aangegaan, sluit ook beter aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zoals ook de Commissie regulering van werk heeft geconstateerd, zie onder 4.24). Ook in de Europese rechtspraak staat niet de partijbedoeling centraal, maar gaat het om de 'objectieve kenmerken' van de arbeidsverhouding in kwestie. Zie reeds het arrest *Lawrie Blum*<sup>222</sup> (door het Hof zelf als vaste rechtspraak getypeerd),<sup>223</sup> waarin het Hof als volgt overwoog:

"16. Daar het vrije verkeer van werknemers een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is, mag het begrip werknemer in de zin van artikel 48 niet naar gelang van het nationale recht verschillend worden uitgelegd, maar heeft het een communautaire inhoud. Omdat het de werksfeer van deze fundamentele vrijheid bepaalt, moet het communautaire begrip werknemer ruim worden uitgelegd (...).

17. Bij de omschrijving van dit begrip moet worden uitgegaan van objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van de betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding.

218 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BUS926, *BNB* 2012/129 m.nt. P. Kavelaars (*Notarissen-1*), rov. 3.4.3.

219 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, *NJ* 2020/43, (*Inscharing*), rov. 3.2.2.

220 Zie het rechtspraakoverzicht van Said: S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ArA* 2017/1, waarin onder meer wordt verwezen naar de uitspraak van de CRvB die heeft geleid tot het *Gouden Kooi*-arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad (CRvB 25 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1502).

221 S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ArA* 2017/1, p. 76.

222 HvJ EG 3 juli 1986, zaak C-66/85 (*Lawrie Blum*).

223 Zie bijv. HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-260/17, *JAR* 2018/299 m.nt. I. Lintsen (*Anodiki*), rov. 28. Deze uitspraak ging over de uitleg van het begrip 'arbeidsovereenkomsten' in de Aanbestedingsrichtlijn.

Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt."

5.59 Het gaat er dus om of materieel voldaan wordt aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk dat een persoon (i) gedurende een bepaalde tijd (ii) voor een ander en onder diens leiding (iii) prestaties levert en (iv) in ruil daarvoor een beloning ontvangt.<sup>224</sup>

5.60 Deze omschrijving van het unierechtelijke begrip 'werknemer' berust op vaste rechtspraak van het Hof. Zij is ook te vinden in de uitspraak *FNV Kiem*, met de overweging dat aan de hand van objectieve criteria moet worden bepaald of voldaan is aan het begrip 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie:<sup>225</sup>

"34. Voorts moet het begrip 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie zelf worden gedefinieerd aan de hand van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van de betrokken personen. Op dit punt is het vaste rechtspraak dat het hoofdkenmerk van deze verhouding is gelegen in de omstandigheid dat een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning (...).

35. In dit verband heeft het Hof reeds gepreciseerd dat de kwalificatie als 'zelfstandige' naar nationaal recht niet uitsluit dat een persoon moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult (zie in die zin arrest *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, punt 71).

36. Bijgevolg wordt aan de status van 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie niet afgedaan door het feit dat een persoon naar nationaal recht op fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, voor zover die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen (zie arrest *Allonby*, EU:C:2004:18, punt 72), hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever (arrest *Agegate*, C-3/87, EU:C:1989:650, punt 36) en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt (zie arrest *Becu e.a.*, C-22/98, EU:C:1999:419, punt 26)."

Het Hof abstraheert dus van de partijbedoeling en kijkt naar de *feitelijke vormgeving* van de arbeidsverhouding.

224 Zie recentelijk ook HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, *JAR* 2020/145 m.nt. Said (*Yodel Delivery*), rov. 29. Het ging hier om de vraag of een pakketbezorger een werknemer is in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn.

225 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:NL:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

5.61 Uit het *Ruhrlandklinik*-arrest blijkt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie voorbijgaat aan verwijzingen naar het nationale werknemersbegrip in een richtlijn, als daardoor de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar worden gebracht.<sup>226</sup> In deze zaak ging het over de Uitzendrichtlijn, waarin wordt verwezen naar het nationale werknemersbegrip. Het Hof overwoog dat die verwijzing *niet* inhield dat de Europese wetgever ervan zou hebben afgezien de personele reikwijdte van deze richtlijn uniform vast te leggen. Vervolgens gebruikt het Hof de criteria uit *Lawrie Blum* en overweegt het dat bij die beoordeling de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding<sup>227</sup> naar nationaal recht en de aard en vorm van de rechtsbetrekking er niet toe doen.<sup>228</sup> Het Hof schuift zo steeds meer op naar een algemeen Europees werknemersbegrip.

5.62 Ook in de Europese regelgeving ontwikkelt zich een Europees werknemersbegrip. Zo valt te wijzen op de nieuwe Richtlijn 2019/1152 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de EU<sup>229</sup> (die Richtlijn 1991/533 vervangt). Waar de werkingssfeer van die eerdere richtlijn was beperkt tot de werknemers naar nationaal recht, bevat de nieuwe richtlijn verwijzingen naar het Europese werknemersbegrip in het kader van het vrij verkeer. Daarbij is het volgende te lezen:<sup>230</sup>

“Of er sprake is van een arbeidsrelatie moet worden bepaald aan de hand van de feiten die verband houden met de daadwerkelijke uitvoering van het werk en niet aan de hand van de beschrijving van de arbeidsrelatie door de betrokken partijen.”

Ook is de werkingssfeer van de richtlijn gewijzigd naar (mijn cursivering):

“(…) elke werknemer in de Unie met een arbeidsovereenkomst of arbeidsrelatie zoals omschreven in het recht, de praktijk of de collectieve overeenkomsten die van kracht zijn in elke lidstaat, met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie.”<sup>231</sup>

226 HvJEG 17 november 2016, zaak C-216/15, *JAR* 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*). Zie hierover ook HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, *JAR* 2017/136 m.nt. F.G. Laagland (*Focus on Human*) en mijn conclusie bij dit arrest. Zie ook F.G. Laagland, ‘Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip’, *Ondernemingsrecht* 2018/130, par. 2.2.

227 Zie over het begrip ‘arbeidsverhouding’ C.L. Waterman, ‘Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip’, *TvAO* 2017/4, p. 218-222.

228 Zie hierover ook HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, *JAR* 2020/145 m.nt. Said (*Yodel Delivery*), rov. 30-31 en de reeds geciteerde rov. 35 uit *FNV Kiem*.

229 Richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn, *PbEEG* 1991, L 288/32, art. 1. Zie hierover o.m. L. Huisman, ‘Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie’, *TAP* 2019/278.

230 Richtlijn 2019/1152/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019, *PbEU* 2019, L 186/105, preamb. 8.

231 Richtlijn 2019/1152/EU, art. 1 lid 2.

5.63 Overigens moet de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met enige behoedzaamheid worden geïnterpreteerd, omdat de meeste uitspraken niet zijn bedoeld om onderscheid te maken tussen werknemers en zelfstandigen met het oog op arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bescherming.<sup>232</sup>

5.64 Verschillende auteurs, waaronder Laagland,<sup>233</sup> Huisman,<sup>234</sup> Alt,<sup>235</sup> Boot,<sup>236</sup> Waterman<sup>237</sup> en Verhulp<sup>238</sup> hebben erop gewezen dat de benadering van het Hof van Justitie afwijkt van de Nederlandse (feiten)rechtspraak, waar het accent sterk wordt gelegd bij wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben beoogd. Daarmee loopt de Nederlandse feitenrechtspraak steeds verder uit de pas met de Europese rechtspraak, schrijft Verhulp.<sup>239</sup> Dit betekent dat Nederland sommige Europese regels niet juist heeft geïmplementeerd omdat de daarin vervatte rechten dienen toe te komen aan de werknemer naar Europees recht.<sup>240</sup>

#### Aansluiting bij de aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie

5.65 Loonstra stelt voor om aan te sluiten bij een aanbeveling van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO),<sup>241</sup> waarin de lidstaten worden aangespoord

232 F.J.L. Pennings, ‘Commissie-Borstlap en de sociale zekerheid’, *TRA* 2020/53, par. 4.1. Hij wijst erop dat zelfstandigen en hun opdrachtgevers niet worden benadeeld op de gebieden waar het Hof van Justitie het werknemersbegrip een ruime werking heeft gegeven (vrije verkeer van werknemers, gelijke behandeling van mannen en vrouwen, als uitzondering op mededingingsbepalingen ten behoeve van cao-afspraken), maar dat dit anders kan liggen als die criteria zouden worden gehanteerd voor bijv. het opleggen van premiebetalingverplichtingen en loondoorbetalingverplichtingen, en het toepasselijk verklaren van ontslagrecht.

233 F.G. Laagland, ‘Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip’, *Ondernemingsrecht* 2018/130, par. 2.1. Zie meer uitgebreid haar oratie: F.G. Laagland, *Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip* (oratie Nijmegen), Nijmegen: *RUG* 2018, par. 2.

234 L. Huisman, ‘Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie’, *TAP* 2019/278, p. 13.

235 H.J.W. Alt, ‘Kwalificatie en uitleg van arbeidsovereenkomsten: het kan beter en eerlijker’, *ORP* 2018/86; H.J.W. Alt, ‘De gedwongen vrijheid van de maaltijdbezorger en de plannen van het kabinet Rutte III’, *TRA* 2018/36.

236 G.C. Boot, ‘Groen Schoevers op losse schroeven?’, *ArbeidsRecht* 2015/14, par. 5.

237 C.L. Waterman, ‘Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip’, *TAO* 2017/4, p. 218-222.

238 E. Verhulp, ‘Het definiëren van de arbeidsovereenkomst’, par. 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: Sdu 2019, p. 255-262.

239 Zie E. Verhulp, ‘Het definiëren van de arbeidsovereenkomst’, par. 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: Sdu 2019, p. 255-262 en zijn position paper waarop die bijdrage is gebaseerd, raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/11/26/vervolgbijeenkomst-%E2%80%98werken-als-zelfstandige-%E2%80%99>.

240 Zie p. 5 van de voornoemde position paper van Verhulp, waarin hij ook een (bij het nemen van deze conclusie nog niet verschenen) bijdrage aankondigt met als werktitel: ‘De zzp’er op vakantie’.

241 Zie over de ILO en de status van dergelijke aanbevelingen bijv. Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2019/8.3.1.

om bij de beoordeling van de arbeidsrelatie prioriteit te geven aan de feitelijke uitvoering en niet aan de partijbedoeling.<sup>242</sup> Art. 9 van de ILO Recommendation 198 luidt:<sup>243</sup>

“For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.”

5.66 Ook hier wordt dus aanbevolen om door het contract heen te kijken en leidend te achten hoe partijen feitelijk uitvoering geven aan hun overeenkomst.

#### Slotsom

5.67 De slotsom is dat het abstraheren van de partijbedoeling bij de kwalificatievraag beter aansluit bij de rechtspraak over het werknemersbegrip van de fiscale kamer van de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het Hof van Justitie van de Europese Unie en eveneens bij de aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie.

#### 6 De elementen van de arbeidsovereenkomst

6.1 De criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn (i) de verplichting tot het verrichten van arbeid, (ii) de verplichting tot het betalen van loon en (iii) aanwezigheid van een gezagsverhouding (zie onder 5.4-5.5).

#### Afscheid holistische benadering

6.2 In de literatuur is vaak te lezen dat de toetsing aan deze criteria volgens een ‘holistische benadering’ dient plaats te vinden.<sup>244</sup> Die ‘holistische benadering’ is geïnspireerd door de overweging in het arrest *Groen/Schoevers*, dat de rechtbank met juistheid ervan is uitgegaan ‘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.*’ De ‘holistische benadering’ houdt dus in dat de kenmerken arbeid, loon en gezag in onderling verband moeten worden beschouwd, waarbij, zoals Duk schrijft, ‘een beetje minder van het een kan worden gecompenseerd door een beetje meer van het ander’.<sup>245</sup> Verkade noemde het de ‘totaalindruk’ die de arbeidsverhouding maakt.<sup>246</sup>

6.3 Loonstra stelt dat het ‘holistische model’ betekent dat er geen systeem is dat de rechter dwingend moet volgen, maar een ‘stelsel van elementen dat de rechter, al naar gelang de omstandigheden van het geval, in meer of mindere mate moet meewegen bij het geven van zijn oordeel’.<sup>247</sup>

6.4 Ik betwijfel of het begrip ‘holistische wegging’ verhelderend is bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Holisme is volgens Van Dale de ‘*biologisch-filosofische theorie die de levensverschijnselen bepaald acht door de totaliteit van het levende, die meer is dan de som van de onderdelen*’. Kenmerkend voor een holistische wegging zou dan zijn, lijkt mij, dat een overeenkomst niet per se hoeft te voldoen aan de drie criteria arbeid, loon en gezag, om als arbeidsovereenkomst te worden aangemerkt (het totaal kan immers meer zijn dan de som der delen). En wellicht ook andersom, dat een overeenkomst wél voldoet aan de drie criteria, maar toch niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst.

6.5 Steun voor die laatste gedachte – wel voldaan aan de drie criteria, maar toch geen arbeidsovereenkomst – zou kunnen worden ontleend aan het fiscale arrest *Notarissen-I*, waarin het volgende werd overwogen:<sup>248</sup>

“3.5.2 (...) 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, LJV BO9673, RvdW 2011/249).”

In de bedoelde rov. 4.4 overwoog het hof dat niet in geschil is dat voldaan is aan de vereisten arbeid en loon, en dat slechts ter discussie staat of sprake is van een gezagsverhouding. De Hoge Raad staat dus kennelijk voor dat de criteria loon en arbeid ook worden ‘opengegooid’ (hoewel partijen het erover

242 C.J. Loonstra, o.m. in zijn annotatie bij *Groen/Schoevers*, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 69.

243 ILO – Employment Relationship Recommendation 2006, nr. 198. Waarbij, naar ik begrijp, de werkgeversvertegenwoordiging deze aanbeveling niet heeft gesteund of een voorbehoud heeft gemaakt, zie F.C.A. van Haasteren, ‘De ILO en Flexwerk’, *TRA* 2019/4, par. 5, J.M. Servais, *International Labour Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 727 en C. Bosse, ‘ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation’, in: F.J.L. Pennings & C. Bosse (eds.), *The Protection of Working Relationships*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 21.

244 Deze term is voor het eerst gebruikt door A-G Huydecoper in zijn conclusie vóór HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi*), onder 23. Hij schrijft daar: “(...) komt het aan op ‘holistische’ wegging van de gezamenlijke omstandigheden, om vast te stellen of die in hun geheel opleveren dat de relatie – inclusief de in dit geval dus wél bestaande mate van zeggenschap – als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd.”

245 R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2013, p. 33-34.

246 Conclusie A-G Verkade vóór HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9396, JAR 2006/244 (*ANWB*), onder 5.9.

247 C.J. Loonstra in zijn annotatie bij *Groen/Schoevers*, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016, p. 69.

248 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, *BNB* 2012/129 m.nt. P. Kavelaars (*Notarissen-I*).



eens waren dat daaraan was voldaan), in het kader van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding.

6.6 Dit lijkt mij een zeer verwarrende en ingewikkelde gedachtegang. Het arrest waarnaar in de geciteerde rechtsoverweging wordt verwezen is het *Timeshare*-arrest.<sup>249</sup> Uit dat *Timeshare*-arrest volgt 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 gelijkenis met huur vertoont om toepasselijkheid van het wettelijke regiem te rechtvaardigen. Valk duidt dit aan als de 'alsgeheeltoets'.<sup>250</sup> Het gaat om een duiding van 'de essentie' van de overeenkomst.<sup>251</sup>

6.7 Onduidelijk is wanneer er ruimte is voor zo'n – bij wijze van uitzondering aan te leggen – 'alsgeheeltoets'. Rossel & Heisterkamp stellen (in verband met het huurrecht, waar het *Timeshare*-arrest betrekking op had) dat de uitzondering terughoudend moet worden toegepast, gelet op het beschermende karakter van de huurbepalingen.<sup>252</sup> Ook trekken zij een vergelijking met de arbeidsrechtelijke arresten *Groen/Schoevers* en *Diosynth/Groot*, met de opmerking dat 'ook bij deze rechtspraak dient te worden bedacht dat het uiteindelijk gaat om de werkelijke (materiële) verhouding die partijen voor ogen heeft gestaan, en dat deze mede kan blijken uit de wijze waarop partijen aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven.' Daarmee zijn we weer terug bij *Groen/Schoevers*, waardoor ik niet zie wat de meerwaarde van een 'alsgeheeltoets' in het arbeidsrecht zou zijn. Zo nodig kan worden teruggevallen op de 'wezen voor schijn'-doctrine, zoals bijvoorbeeld in de zaak [...]/[...]. Misschien is de 'algeheeltoets' slechts een verschijningsvorm van de 'wezen voor schijn'-doctrine.

6.8 Als ik het goed zie, was de kernvraag die in de zaak *Notarissen-I* aan de fiscale kamer werd voorgelegd, de invulling die aan het gezagscriterium moet worden gegeven. Ten aanzien van het gezagscriterium kan wél worden gesteld dat niet één aspect doorslaggevend bij voor de beantwoording van de vraag of sprake is van gezagsuitoefening. Rov. 3.5.2 kan dan zo worden begrepen, in samenhang met de voorafgaande overwegingen, dat óók de manier waarop een werker wordt beloond en de wijze waarop de arbeid is ingericht mee kunnen spelen bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding. Dat lijkt mij juist (zie nader § 9).

6.9 Naar mijn mening zou als *uitgangspunt* bij de kwalificatievraag moeten worden genomen dat een overeenkomst die voldoet aan de criteria arbeid, loon en gezag, een arbeidsovereenkomst is. En een overeenkomst die niet voldoet aan deze criteria, is

in beginsel géén arbeidsovereenkomst. Daarmee zou ik afscheid willen nemen van het begrip 'holistische weging' bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

## 7 Arbeid

### Ruim begrip

7.1 De verplichting tot het verrichten van arbeid is betrekkelijk snel aanwezig, aangezien vrijwel alle bezigheden als 'arbeid' in de zin van art. 7:610 BW kunnen worden beschouwd indien ze enig nut voor de werkverschaffer hebben. Vrijwel elke bezigheid, van geestelijke en/of lichamelijke aard, kan arbeid zijn.<sup>253</sup> Ook in geval van slaapdiensten kan sprake zijn van arbeid in de zin van art. 7:610 BW,<sup>254</sup> net als ook het deelnemen aan het televisieprogramma *De Gouden Kooi* arbeid is (zie onder 5.27).

7.2 In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat bij 'arbeid' sprake moet zijn van voor de werkgever waardevolle arbeid.<sup>255</sup> Dit valt ook af te lezen uit het *Beurspromovendi*-arrest (zie onder 5.22).

### Stage-overeenkomsten

7.3 Met een productieve arbeidsbijdrage is echter niet steeds voldaan aan het vereiste van 'arbeid', zo blijkt met name in stage-situaties. In de rechtspraak wordt veelal onderzocht waarop het zwaartepunt van de arbeid is gericht: op de verbreding van kennis en ervaring (geen arbeid, geen arbeidsovereenkomst) óf op het bedrijfsdoel (wel arbeid, wel arbeidsovereenkomst).<sup>256</sup>

7.4 Te wijzen valt op het al kort genoemde *Logidex*-arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad (zie onder 5.25).<sup>257</sup> In die zaak ging het erom of *Logidex*, een bedrijf dat leerwerkplekken regelt voor mbo-leerlingen, aan de cao was gebonden doordat zij uitzendovereenkomsten zou sluiten met de betreffende leerlingen. De Hoge Raad overwoog, onder verwijzing naar het arrest *Hesseling/Ombudsman*,<sup>258</sup> dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een ar-

253 E. Verhulp, *T&C BW*, commentaar op art. 7:610 BW, aant. 2 onder b (online, bijgewerkt t/m 4 februari 2020); *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/21; Bouwens, Duk & Bij de Vaate/*Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht* 2018/1.3.

254 HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173 (*Stichting Casa Migrantes*), rov. 3.4.

255 Of in iets andere bewoordingen: een voor de werkgever productieve arbeidsprestatie, dat de werkgever (economisch) belang moet hebben bij de verrichte arbeid en dat een bijdrage wordt geleverd aan het primaire doel van de onderneming. Zie bijv. *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/22, W.A. Zondag & E.S. de Jong, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht thematisch*, art. 7:610 BW, aant. C.1 (online, bijgewerkt t/m 1 september 2019), A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke thema I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 137, en E. Verhulp, *T&C BW*, commentaar op art. 7:610 BW, aant. 2 onder b (online, bijgewerkt t/m 4 februari 2020).

256 Zie *Arbeidsovereenkomst* (losbladig), aant. 1.3.2 bij art. 7:610 BW (A. Keizer), bijgewerkt t/m 25 februari 2019.

257 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *NJ* 2016/276 m.nt. A.R. Houweling (*Logidex*).

258 Conclusie A-G Bieganman-Hartogh vóór HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0442, *NJ* 1983/230 m.nt. P.A. Stein.

249 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, *NJ* 2012/73 m.nt. A.L.M. Keirse (*Timeshare*).

250 *Asser/Valk* 7-II 2016/60.

251 Zie de conclusie van A-G Wissink vóór HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, *NJ* 2017/336 m.nt. Keirse (*Kasteel Groeneveld*), onder 2.3.2.

252 *Asser/Rossel & Heisterkamp* 7-II 2017/14.

beidsovereenkomst, als maatstaf heeft 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 dat van een arbeidsovereenkomst niet kan worden gesproken. Dat sluit echter niet uit dat sprake is van voor de werkgever productieve arbeid: inherent aan stages is immers dat er (deels) productieve arbeid wordt verricht.<sup>259</sup>

7.5 In dit verband wijs ik nog op de conclusie voor *Hesseling/Ombudsman*, waarin A-G Biegman-Hartogh schreef:<sup>260</sup>

“Zou men – enerzijds – te gemakkelijk aannemen dat een stage-overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is, dan loopt men wellicht het gevaar van ontduiking van arbeidsrechtelijke voorschriften doordat dan (echte) arbeidsovereenkomsten met jonge werknemers in de vorm van een stage-overeenkomst worden gehuld. Zou men echter – anderzijds – iedere stage-overeenkomst zonder meer (mede) als een arbeidsovereenkomst beschouwen met alle rechtsgevolgen vandien, dan zou dit een ongunstige invloed op het leer-aspect van de stage kunnen hebben. Bovendien zou zich dit als een boemerang tegen stagiairs kunnen keren in dieer voege dat werkgevers ervan zouden worden weerhouden aspirant-werknemers in hun bedrijf toe te laten om er de voor hun vak of beroep noodzakelijke praktijkervaring te laten opdoen.”

7.6 Als hoofdregel zal dan ook moeten worden aangenomen dat een stageovereenkomst géén arbeidsovereenkomst is. Er kan echter toch sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, als het zwaartepunt van de stage duidelijk en voor het overgrote deel bij het verrichten van productieve arbeid ligt, in plaats van op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair.

#### Persoonlijke arbeidsverrichting?

7.7 De eis dat de arbeid *persoonlijk* moet worden verricht, volgt niet uit art. 7:610 BW maar uit art. 7:659 lid 1 BW. Daarin is bepaald dat een werknemer zich alleen maar kan laten vervangen door een ander indien de werkgever daarmee instemt. De eis van persoonlijke arbeidsverrichting heeft de afgelopen tijd steeds meer aandacht gekregen, doordat in contracten wordt opgenomen – in bepaalde gevallen kennelijk met het oog om de kwalificatie als arbeidsovereenkomst te ontlopen – dat de werker zich te allen tijde mag laten vervangen (een ‘vrije vervangings-clausule’).<sup>261</sup> Daardoor zijn er verschillende procedures geweest waarin de feitenrechter moest beoordelen of een dergelijke clausule tot gevolg had dat géén sprake was van een ar-

beidsovereenkomst, bijvoorbeeld in *Deliveroo*-zaken<sup>262</sup> en verschillende zaken die door pakketbezorgers zijn aangespannen tegen PostNL.<sup>263</sup> Zie hierover nader onder 9.61–9.63.

7.8 Het is voor discussie vatbaar of de eis van persoonlijke arbeidsverrichting een sub-element is van het criterium ‘arbeid’ of van het criterium ‘gezagsverhouding’.<sup>264</sup> Uit de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt het eerste te volgen.<sup>265</sup> Bartens stelt voor om bij de beoordeling van de ‘vrije vervangings-clausule’ meer te kijken naar het al dan niet bestaan van een ondernemingsmodel bij de werker. Dan fungeert de eis van persoonlijke arbeidsverrichting meer als een gezichtspunt bij de beoordeling van de vraag of voldaan is aan het gezagscriterium.<sup>266</sup>

7.9 Verschillende auteurs hebben bepleit om de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten als noodzakelijk element voor een arbeidsovereenkomst, zo niet te laten vervallen, dan op zijn minst zeer kritisch te benaderen.<sup>267</sup>

7.10 De commissie-Boot<sup>268</sup> – die in opdracht van de Staatssecretaris van Financiën in het kader van de Wet DBA onderzoek heeft ingesteld naar de juistheid van door de belastingdienst beoordeelde (model)overeenkomsten voor de kwalificatie als zelfstandige – schreef in haar rapport uit 2016 dat het niet juist is om ervan uit te gaan dat als een contract een ‘vrije vervangings-clausule’ bevat, dus geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.

<sup>262</sup> Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, JAR 2018/189 m.nt. Wiewel & Van Slooten, JIN 2018/152 m.nt. Said (./././Deliveroo) en Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23 m.nt. J.P.H. Zwemmer & M. Jovicic (Deliveroo II), waarover o.m. J.H. Bennaars, ‘Een platform, één rechtbank, twee uitkomsten’, *AR-Updates* 2019-0051.

<sup>263</sup> Zie voor een overzicht van deze uitspraken o.m. S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’, *ARA* 2017/1, p. 63-68 en L. van den Berg, ‘Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers’, *AR-Updates* 2016-0046.

<sup>264</sup> P.R. Bartens, ‘Vrije vervanging’ en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid’, *TvAO* 2019/1, p. 7-15. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de verplichting ook T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, (diss. Amsterdam, UvA) Alphen aan den Rijn: Samson, 1962, p. 136-144. Koopmans is overigens wel van mening dat wanneer de werknemer de vrijheid heeft om zich naar believen te laten vervangen, twijfel gerechtvaardigd is of een arbeidsovereenkomst aanwezig is (p. 138).

<sup>265</sup> Rov. 4.3 van *MCE/Edelenbos* (HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2647, NJ 2000/81) en rov. 3.3.3 van *De Gouden Kooi* (HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, NJ 2001/594 m.nt. E. Verhulp).

<sup>266</sup> P.R. Bartens, ‘Vrije vervanging’ en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid’, *TvAO* 2019/1, p. 7-15.

<sup>267</sup> A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, par. 4.2.1 onder 1. Zie ook par. 3 van de position paper van Verhulp, raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/11/26/vervolgbijeenkomst-%E2%80%98werken-als-zelfstandige%E2%80%99>.

<sup>268</sup> Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (Commissie-Boot), eindrapport november 2016, p. 22-23.

<sup>259</sup> Zie ook de conclusie van A-G Drijber vóór het *Logidex*-arrest onder 2.14 (29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:808).

<sup>260</sup> HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0442, NJ 1983/230 m.nt. P.A. Stein.

<sup>261</sup> Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, par. 4.2.1 onder 1.

Het kabinet leek zich hierbij aan te sluiten. In reactie op het rapport van de commissie constateerde de staatssecretaris dat *(aan de onderkant van de arbeidsmarkt) relatief gemakkelijk buiten dienstbetrekking kan worden gewerkt als maar voldaan wordt aan het criterium 'vrije vervanging' terwijl (veelal aan de bovenkant van de arbeidsmarkt) men geacht wordt in dienstverband te werken zodra er sprake is van een 'gezagsverhouding'*.<sup>269</sup> Deze criteria zijn toe aan herijking, schreef de staatssecretaris.

7.11 Naar mijn mening is het onjuist om de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten te beschouwen als een element van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst.<sup>270</sup> Dat volgt al uit het feit dat art. 7:610 BW deze eis niet stelt (overigens gold in het BBA 1945, zoals dat gold tot de inwerkingtreding van het Wwz-ontslagrecht, bij de ontslagbescherming van de kleine zelfstandige wél het vereiste dat de arbeid persoonlijk verricht moest worden<sup>271</sup>). De verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting is opgenomen in Afdeling 7 van Titel 7.10, waarin enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer zijn opgenomen. Het gaat dus om een zelfstandige verplichting die op de werknemer rust, net als bijvoorbeeld de verplichting van de werknemer om zich te houden aan bepaalde voorschriften van de werkgever (art. 7:660 BW) of van een zieke werknemer om mee te werken aan zijn re-integratie (art. 7:660a BW). Dit betekent dat als sprake is van een arbeidsovereenkomst, dat dán geldt dat de werknemer verplicht is om de arbeid persoonlijk te verrichten.

7.12 Deze uitleg sluit ook aan bij de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Daarin is te lezen dat de bepaling een einde zal maken aan *'het in sommige streken des lands bestaande gebruik, dat maaiers, die arbeidsovereenkomsten aangaan, zelf slechts een deel van den bedongen arbeid verrichten en zich in dien arbeid door derden doen bijstaan, zonder daarvoor 's werkgevers toestemming te vragen'*.<sup>272</sup> En in de memorie van antwoord is vermeld dat *'de werkgever, die een arbeider in dienst neemt om zekeren arbeid voor hem te verrichten, [...] recht [heeft] op de algeheele vervulling door dien arbeider van den bedongen arbeid' en dat '(s)lechts wanneer de werkgever zijne toestemming verleent, het den arbeider vrij [moet] staan zich bij het verrichten van den arbeid de hulp van een derde te verzekeren'*.<sup>273</sup> Ook hier wordt dus het bestaan van een arbeidsovereenkomst verondersteld, en, daar-

van *uitgaande*, de verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting gestipuleerd.

7.13 De bepaling is, na redactionele wijziging, overgenomen in titel 7.10 NBW (art. 7:659 lid 1 BW). De memorie van toelichting vermeldt bij deze bepaling het volgende:<sup>274</sup>

“Dit artikel komt overeen met het huidige artikel 1639a. (...) In het systeem van het Nieuw Burgerlijk Wetboek vormt de bepaling een uitwerking van artikel 30 van Boek 6 dat bepaalt dat een ander dan de schuldenaar de verbintenis kan nakomen tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet. Het artikel is momenteel bijvoorbeeld van belang voor de duiding van contracten, bijvoorbeeld met oproep- en afroepkrachten, waarbij overeengekomen is dat de kracht zich door een derde mag laten vervangen, in die zin dat zo'n afspraak niet in de weg hoeft te staan aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst.”

Dit is in lijn met de hiervoor uiteengezette strekking van de bepaling.

7.14 Uit het voorgaande volgt dat een 'vrije vervangings-clausule' op zichzelf niet in de weg staat aan de kwalificatie als arbeidsovereenkomst; de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten is daarvoor namelijk geen vereiste. Met zo'n clausule wordt gemiddeld dat een arbeidscontract niet alleen een vermogensrechtelijke kant heeft, maar ook een persoonlijke kant, zoals al te lezen is in het Ontwerp van Drucker.<sup>275</sup> Bij de persoonlijke kant van de arbeidsovereenkomst noemt Heerma van Voss de betekenis van het werk voor het zelfrespect, de mogelijkheden tot ontplooiing, de dagelijkse besteding van uren en de afhankelijkheid van de inkomsten van de werknemer en zijn of haar eventuele gezinsleden.<sup>276</sup> Dit sluit ook aan bij de bevindingen van de WRR.<sup>277</sup>

7.15 Wel kan een vrije-vervangingsclausule in bepaalde gevallen een gezichtspunt opleveren bij de beoordeling of sprake is van een gezagsverhouding. Ik zal daarop nader ingaan onder 9.60 e.v.

## 8 Loon

Elke tegenprestatie

8.1 De Hoge Raad heeft loon omschreven als de vergoeding door de werkgever verschuldigd ter

269 Kamerstukken II 2016/17, 34 036, nr. 40 (brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 november 2016).

270 Zie over deze vraag ook P.R. Bartens, "Vrije vervanging" en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid, *TvAO* 2019/1, p. 7-15.

271 Zie art. 1 onder b sub 2 BBA 1945 (oud). Hierover bijv. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500, *NJ* 2012/259 m.nt. E. Verhulst (TROSL/...).

272 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel III*, Den Haag: Belinfante 1908, p. 400.

273 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel III*, Den Haag: Belinfante 1908, p. 400.

274 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 41.

275 H.L. Drucker, *Ontwerp van Wet tot regeling van de arbeidsovereenkomst*, uitgave Departement van Justitie 1898, p. 25. Zie hierover H.C.M. Wüst, 'Het verleden als perspectief', *SMA* 1993/3 p. 179-193, p. 181. Zie over het onderscheid ook Asser/Heerma van Voss 7-V-2015/9.

276 Zie over deze twee kanten Asser/Heerma van Voss 7-V-2015/9.

277 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, 15 januari 2020, hfst. 2.

zake van de bedongen arbeid.<sup>278</sup> Loon is dus de overeengekomen tegenprestatie voor de arbeid.<sup>279</sup>

8.2 Deze tegenprestatie hoeft niet te bestaan uit geld<sup>280</sup> en kan onder het minimumloon liggen.<sup>281</sup> Zelfs een zeer geringe vergoeding kan als loon kwalificeren, zo volgt uit het *Valkenvuller*-arrest.<sup>282</sup> De fiscale kamer van de Hoge Raad overwoog in dat arrest het volgende over een (volledig arbeidsongeschikte) vakkenvuller die € 0,80 bruto per uur verdiende voor de drie halve dagen per week dat hij werkzaam was:

“3.5.2 Belanghebbende staat tot Albert Heijn in een privaatrechtelijke dienstbetrekking indien er tussen hen een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610, lid 1, van het BW bestaat. Daartoe is onder meer vereist dat de werkgever een verplichting tot loonbetaling heeft (zie HR 25 maart 2011, nr. 10/02146, *LJN* BP3887, *BNB* 2011/205).

Het middel betoogt terecht dat het bestaan van die verplichting niet afhankelijk is van de hoogte van de beloning. Het hiervoor in 3.2.2 bedoelde andersluidende oordeel van de Centrale Raad geeft daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip werknemer.”

8.3 Gebruikelijk is dat de tegenprestatie wordt ontvangen van de werkgever, maar dat is strikt genomen niet vereist: het gaat erom dat de werkgever zich tot de prestatie heeft verplicht.<sup>283</sup>

Benaming niet van belang

8.4 Niet van belang is de naam die partijen aan deze tegenprestatie hebben gegeven. Onverschuldigde betalingen (zoals een 'extraatje') vormen geen loon in de zin van art. 7:610 BW. Daadwerkelijke onkostenvergoedingen zijn evenmin loon.<sup>284</sup>

Op de vraag of publiekrechtelijke uitkering en/of een daarmee verbonden premie in het kader van een participatieplaats civielrechtelijk als loon kan kwalificeren, ga ik nader in bij de bespreking van het cassatiemiddel (onder 11.41-11.42).

9 Gezag  
'In dienst van'

9.1 Het oorspronkelijke ontwerp van Drucker uit 1894 bepaalde niet dat de arbeid 'in dienst van' moest worden verricht en bevatte ook overigens geen afzonderlijk gezagscriterium. Volgens Drucker was het overbodig een dergelijk criterium in de omschrijving van de arbeidsovereenkomst op te nemen, omdat dit in de beschikbaarstelling van arbeidskracht aan de werkgever besloten ligt.<sup>285</sup> Iedere arbeider die zich gedurende zekere tijd tegen loon 'ter beschikking stelt' van een werkgever, viel onder zijn oorspronkelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.<sup>286</sup> In de jaren '70 is door verschillende auteurs weer teruggegrepen op deze definitie van Drucker.<sup>287</sup>

9.2 In het uiteindelijke wetsvoorstel van 1907 is het begrip 'beschikbaar stellen van arbeidskracht' vermeden, onder meer omdat hiermee de arbeidsovereenkomst ten opzicht van de aanneming van werk niet scherp wordt begrensd. Volgens de memorie van toelichting is het karakteristieke verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de aanneming van werk daarin gelegen, dat krachtens de eerste arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever, wat niet het geval is krachtens de tweede. *'De verhouding van ondergeschiktheid, het gezagsmoment, bij de eerste op den voorgrond tredende, ontbreekt bij het tweede geheel'*, zo is te lezen.<sup>288</sup> Het economisch verschil tussen de aanneming van werk en de arbeidsovereenkomst *'heeft tot gevolge dat bij de arbeidsovereenkomst de werkgever gezag, leiding en toezicht moet gedurende den arbeid. Juridisch is dit element derhalve in de omschrijving onmisbaar, vandaar dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid in dienst van den werkgever moet zijn verricht.'*<sup>289</sup>

9.3 Algemeen wordt aangenomen dat de woorden 'in dienst van' het meest onderscheidende criterium bevatten voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Eveneens algemeen wordt aangenomen dat dit element gelijk te stellen is met de aanwezigheid van een gezagsverhou-

<sup>278</sup> HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219, *NJ* 1954/242 m.nt. Ph.A.N. Houwing, herhaald in HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681, *NJ* 2001/635 (*Huize Bethesda*), rov. 3.8. Zie hierover uitgebreid J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999, par. 3.2, met name p. 83-89.

<sup>279</sup> Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/24.

<sup>280</sup> Zie voorbeelden van tegenprestaties in J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999, par. 3.2.8, p. 78-89.

<sup>281</sup> Vgl. HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681, *NJ* 2001/635 (*Huize Bethesda*) waarin het ging om kost en inwoning (en een klein bedrag aan vakantiegeld en kerstgratificatie).

<sup>282</sup> HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, *USZ* 2013/129 m.nt. G.C. Boot (*Valkenvuller*), rov. 3.5.2.

<sup>283</sup> Bouwens, Duk & Bij de Vaate/Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2018/1.3.

<sup>284</sup> Zie A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 141-142 en de daar aangehaalde bronnen.

<sup>285</sup> Memorie van toelichting bij het Ontwerp Drucker, zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 315. Bovendien zorgden de tot dan toe geldende begrippen 'huur van diensten' en 'dienstboden en werkdieden' in de rechtspraak ook al voor veel kwalificatieproblemen, waardoor Drucker weinig vertrouwen had in een nadere wettelijke omschrijving. Zie H.C.M. Wüst, 'Het verleden als perspectief', *SMA* 1993/3 p. 179-193, p. 182 en 185.

<sup>286</sup> H.C.M. Wüst, 'Het verleden als perspectief', *SMA* 1993/3 p. 179-193, p. 186.

<sup>287</sup> Zie daarover C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997, p. 11-13.

<sup>288</sup> A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 319 en 320.

<sup>289</sup> A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 319 en 312.

ding.<sup>290</sup> Ook de Hoge Raad spreekt van gezag (zie onder 5.5).

9.4 De vraag of sprake is van een gezagsverhouding, is ook het cruciale punt bij het onderscheid met de overeenkomst van opdracht, en dus beslissend voor de vraag of sprake is van werknemer of van een zzp'er. Zoals besproken, heeft het antwoord op die vraag niet alleen juridische maar ook fiscale en sociaalverzekeringsrechtelijke consequenties (zie onder 3.23). Om te voorkomen dat een werker in juridische zin als een werknemer wordt aangemerkt maar in fiscale zin als een ondernemer, of andersom, is het van belang dat het civiele en het fiscale werknemersbegrip zoveel mogelijke op gelijke wijze wordt ingevuld.<sup>291</sup>

Invulling gezagscriterium is problematisch

9.5 Al in 1997 schreef Van der Heijden dat de steeds verdere verzelfstandiging van werknemers in hun beroepsuitoefening leidt tot erosie van 'ondergeschiktheid' als het essentiële criterium van de arbeidsovereenkomst. Volgens hem zal het in toenemende mate moeilijk zijn om vast te stellen of er daadwerkelijk nog sprake is van uitgeoefende of uit te oefenen zeggenschap door de werkgever.<sup>292</sup>

9.6 Dat het beantwoorden van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding heel lastig is, blijkt ook uit de moeilijkheden bij het ontwikkelen van een webmodule ten behoeve van het verkrijgen van een opdrachtgeversverklaring (zie onder 4.7-4.13). Het wordt bevestigd in de hierna te bespreken *position papers* over het gezagscriterium. Het blijkt bovendien uit de sterk uiteenlopende feitenrecht-spraak. Het gezagscriterium vervult daarin steeds een sleutelrol. Het gezagscriterium 'werkt niet', zoals Kremer het kort samenvat: 'het leidt tot veel onduidelijkheid, onzekerheid en discussie'.<sup>293</sup>

9.7 Eén van de redenen dat het gezagscriterium – ingevuld als: instructiebevoegdheid – geen werkbaar criterium oplevert om te onderscheiden tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht, is dat ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever een instructiebevoegdheid heeft (art. 7:402 lid 1 BW). Dit is ook zo overwogen in *Groen/Schoevers*.<sup>294</sup>

9.8 Daarbij komt dat zolang het financieel zoveel aantrekkelijker is om te werken als zelfstandige

c.q. om een zelfstandige in te schakelen voor het werk, elke poging tot afbakening in feite neerkomt op water naar de zee dragen. Elke vorm van afbakening aan de hand van bepaalde criteria zal ertoe leiden dat naar nieuwe manieren voor ontwijking wordt gezocht, zo schrijft Pennings.<sup>295</sup> En Duk merkt op, onder verwijzing naar de dissertatie van Koopmans, dat meer materiële definities geen panacee leveren voor oneigenlijk gebruik van de huidige definitie.<sup>296</sup> Om die reden zal naar mijn mening niet zozeer moeten worden gezocht naar 'harde criteria', maar eerder naar algemene gezichtspunten.

Civiele rechtspraak van de Hoge Raad over gezagsverhouding

9.9 De civiele kamer van de Hoge Raad heeft zich in meerdere uitspraken uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van een gezagsverhouding. Uit het *Stripteasedanseres*-arrest (1962) volgt dat het enkele feit dat de danseres haar werkzaamheden op de daarvoor door de opdrachtgever bepaalde tijden diende te verrichten, niet leidt tot een gezagsverhouding nu de opdrachtgever verweerster geen enkele zeggenschap had over de wijze waarop de danseres haar werkzaamheden verrichtte.<sup>297</sup>

9.10 In het *Imam*-arrest overwoog de Hoge Raad dat het feit dat de werkgever ten aanzien van de werkzaamheden zelf geen instructiebevoegdheid heeft, niet uitsluit dat met betrekking tot overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding.<sup>298</sup>

9.11 Ook het enkele feit dat iemand een zekere vrijheid had om al dan niet op zijn werk te verschijnen, brengt nog niet mee dat een gezagsverhouding ontbreekt, als feitelijk wel instructies worden gegeven over de inhoud van het werk, zo volgt uit het arrest *Vakantiewerker bollenkweker* (1994).<sup>299</sup>

9.12 Ook in *Groen/Schoevers* (1997) is ingegaan op de gezagsverhouding. Overwogen werd dat het bestaan van een gezagsverhouding besloten ligt in de zinsnede 'in dienst van de andere partij' in art. 7:610 BW, en dat de omstandigheid dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig diende te zijn en door Schoevers gegeven richtlijnen diende te respecteren, in het licht van de overige omstandigheden door de rechtbank terecht onvoldoende zijn geacht om een gezagsverhouding aan te nemen. Daarbij heeft de rechtbank kennelijk en met juistheid mede

290 Asser/Heerma van Voss 7-V2015/20, A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 143-144 en E. Verhulp, T&C BW, commentaar op art. 7:610 BW, aant. 2 onder e (online, bijgewerkt t/m 4 februari 2020).

291 Idem o.m. A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsovereenkomsten*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 446.

292 P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', *NJB* 1997/40, p. 1840.

293 S.J. Kremer, 'Weg met het gezagscriterium, een pleidooi voor (on)afhankelijkheid', *TvAO* 2019/1, p. 46-52, par. 4.

294 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*), rov. 3.4.

295 F.J.L. Pennings, 'Zelfstandigen zonder personeel'. In: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsovereenkomsten en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 65-85, par. 5.3.

296 R.A.A. Duk, 'Regulering van werk, en wat er daarbij mis gaat', *TAC* 2020/1, p. 10.

297 HR 12 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:53, *NJ* 1962/79 (*Stripteasedanseres*).

298 HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, *NJ* 1994/757 m.nt. Stein (*Imam*), rov. 3.4.

299 HR 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1445, *NJ* 1996/329 m.nt. C.J.H. Brunner (*Vakantiewerker bollenkweker*), rov. 3.2 (het arrest wordt ook wel genoemd: *NN/Woudsend*).

van betekenis geacht dat ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven, zo overwoog de Hoge Raad.<sup>300</sup>

9.13 In het arrest *MCE/Edelenbos* (1998) werd overwogen dat uit de enkele omstandigheid dat de werktijden van Edelenbos (werkzaam als zangeres in een motel) contractueel waren vastgelegd, niet kan worden afgeleid dat sprake is van een gezagsverhouding; daarvoor zou 'tenminste vereist zijn' dat het motel 'enigerlei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop Edelenbos haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten'.<sup>301</sup>

9.14 Uit deze uitspraken kan het volgende worden afgeleid. Een gezagsverhouding vereist 'enigerlei zeggenschap' over de verrichte werkzaamheden, maar die zeggenschap hoeft niet noodzakelijkerwijs gericht te zijn op de inhoud van het werk. Het op vastgestelde tijden aanwezig moeten zijn betekent ook niet per se dat sprake is van een gezagsverhouding. Maar andersom hoeft een zekere vrijheid om op het werk aanwezig te zijn, ook niet te betekenen dat géén gezagsverhouding aanwezig is. Kort gezegd: de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad geeft blijk van een ruime opvatting over de invulling van het gezagsbegrip. Daarbij wordt de lat voor een gezagsrelatie niet heel hoog gelegd.<sup>302</sup>

9.15 Ook volgt hieruit dat in de rechtspraak van de Hoge Raad niet één element doorslaggevend is voor het bestaan van een gezagsverhouding, en dat ook niet kan worden gezegd dat in ieder geval aan bepaalde eisen moet zijn voldaan. Toch zou ik ook voor wat betreft het gezagscriterium niet willen spreken over een 'holistische weging'. Ik schreef al dat dit begrip weinig toevoegt en alleen maar verwarring wekt (zie onder 6.4-6.9). Het is inzichtelijker om te zeggen dat gezag zich op verschillende manieren kan manifesteren.

#### Fiscale rechtspraak van de Hoge Raad over gezagsverhouding

9.16 In het arrest *Appelplukkers* (1997) werd overwogen dat de opvatting dat vrijheid van komen en gaan bij werknemers altijd van belang is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, niet juist is, met name niet indien het niet gaat om slechts incidenteel en gedurende zeer korte tijd te verrichten arbeid.<sup>303</sup> Het oordeel van het hof dat de appelplukkers in privaatrechtelijke dienstbetrekking werkzaam waren, gaf niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>304</sup>

300 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers), rov. 3.4.

301 HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2647, NJ 2000/81 (MCE/Edelenbos), rov. 4.3.

302 Zie bijv. E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 2 en 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: SDU 2019, p. 255-262.

303 HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165, BNB 1997/273 m.nt. J. Brunt (Appelplukkers), rov. 4.3.

304 HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165, BNB 1997/273 m.nt. J. Brunt (Appelplukkers), rov. 4.2.

9.17 Uit het fiscale *Prostituees*-arrest (2014) volgt dat het feit dat geen specifieke handelingen aan een werker worden opgedragen en in zoverre dus sprake is van vrijheid bij de beroepsuitoefening, niet in de weg hoeft te staan aan de aanwezigheid van een gezagsverhouding.<sup>305</sup>

9.18 In het *Kriterion*-arrest (2015) werd een gezagsverhouding aanwezig geacht tussen een studentenvereniging en de leden, die werkten in een door de vereniging geëxploiteerde bioscoop met café.<sup>306</sup> Overwogen werd onder meer het volgende:

"2.2.2. Het Hof heeft daaromtrent – samengevat – overwogen dat de verhouding tussen belanghebbende en de leden met name wordt bepaald door het binnen de onderneming van belanghebbende geldende organisatorische kader. Dit kader is onder meer neergelegd in de statuten, een reglement, een bestuursformat, een handboek 'wie wat waar' en beleidsplannen. De leden vervullen als het ware twee rollen binnen belanghebbende, aldus het Hof. In de eerste plaats de rol van (mede) beleids-/kaderbepalers en in de tweede plaats de rol van degenen die – gegeven het in de onderneming van belanghebbende geldende organisatorische kader en vastgesteld beleid – daadwerkelijk de werkzaamheden dienen te verrichten die noodzakelijk zijn om de onderneming van belanghebbende draaiende te houden. In de laatste hoedanigheid is naar het oordeel van het Hof sprake van een gezagsverhouding tussen belanghebbende als werkgever en de leden als werknemers. Daaraan doet niet af dat een lid ook binnen de onderneming functioneert als stemgerechtigde (mede) beleids-/kaderbepaler. Belanghebbende is namelijk bevoegd, en maakt van deze bevoegdheid ook gebruik, om aanwijzingen (dan wel instructies) te geven over de wijze waarop de werkzaamheden in de onderneming van belanghebbende door een lid moeten worden uitgevoerd. De leden zijn gehouden de door belanghebbende (binnen het organisatorische kader) geformuleerde aanwijzingen op te volgen, aldus nog steeds het Hof.

2.2.3. Tegen het onder 2.2.2 weergegeven oordeel van het Hof keert zich het eerste middel.

2.3. Het middel faalt. 's Hof's oordeel dat tussen belanghebbende en de leden die in de onderneming van belanghebbende werkzaamheden verrichten, een gezagsverhouding bestaat zoals is vereist voor het aannemen van een dienstbetrekking, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 12 september 2014, nr. 13/03636, ECLI:NL:HR:2014:2653, BNB 2014/235). (...)"

9.19 Net als uit de rechtspraak van de civiele kamer, valt ook uit deze fiscale arresten af te leiden dat gezag zich op diverse manieren kan manifesteren. In de literatuur wordt wel aangenomen dat in de fis-

305 HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (Coöperatie van prostituees).

306 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, BNB 2015/161 m.nt. A.L. Mertens (Kriterion).

cale rechtspraak meer nadruk wordt gelegd op de organisatorische inbedding van de werkzaamheden dan in de civiele rechtspraak (en dan met name of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer vormen), en dat hiermee aansluiting is gezocht bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep.<sup>307</sup> Zie ook het *Kriterion*-arrest, waaruit in de vorige alinea is geciteerd. Anderzijds is ook te lezen dat in fiscale zaken meer nadruk ligt op het materiële gezagscriterium (het instructierecht ten aanzien van de inhoud van het werk), en dat een gezagsrelatie niet snel wordt aangenomen als enkel sprake is van formeel gezag (organisatorische aanwijzingen).<sup>308</sup> Al met al is het beeld daarmee niet heel duidelijk. Wel is te constateren dat in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad nog niet naar voren is gekomen of wordt aangesloten bij het criterium 'organisatorische inbedding'.<sup>309</sup>

#### Rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep over gezagsverhouding

9.20 Vanouds is in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep bij de vraag of sprake is van een dienstbetrekking, het accent gelegd op de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering. Als dat het geval is, is dat een belangrijke factor om een gezagsverhouding aan te nemen.<sup>310</sup> Van den Berg schrijft in haar dissertatie (2011) dat de Centrale Raad van Beroep bij de gezagsverhouding met name het werkinhoudelijke aspect voor ogen heeft. In gevallen waarin de bevoegdheid tot het geven van werkinhoudelijke instructies moeilijk aantoonbaar is, kunnen werkdisciplinaire aspecten, zoals 'het wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering' een aanwijzing zijn voor een gezagsverhouding. Hierbij kan een rol spelen of de werkzaamheden van de werker ook door andere, 'echte' werknemers worden verricht.<sup>311</sup>

9.21 Said heeft in het kader van haar promotie-onderzoek onderzocht op welke wijze de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht geschied en in hoeverre daarbij sprake is van een uniforme toet-

sing van art. 7:610 BW.<sup>312</sup> Aan de hand van een onderzoek van 118 rechterlijke uitspraken, voornamelijk socialezekerheidsrechtelijk (100 uitspraken) en deels fiscaal (18 uitspraken), komt Said tot een vijftal gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering uitmaken:<sup>313</sup>

- (i) is sprake van het verrichten van kernactiviteiten;
- (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter;
- (iii) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden werden verricht;
- (iv) wat is het belang van de werkzaamheden (waarmee is bedoeld: het belang van de werkverschaffer bij een correcte uitvoering van de werkzaamheden) en
- (v) wat is de verhouding tot werknemers binnen de organisatie.

#### Europese rechtspraak over gezagsverhouding

9.22 Uit het arrest *FNV Kiem* (2014, zie ook onder 5.60) volgt dat iemand geen zelfstandige is als hij (i) onder leiding van zijn werkgever handelt voor wat betreft de vrijheid om zijn tijdschema van de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, (ii) hij niet deelt in de commerciële risico's van de werkgever en (iii) hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming waarmee hij een economische eenheid vormt.<sup>314</sup> Hieruit volgt dat om als zelfstandige te kwalificeren, de werker óók handelingsvrijheid moet hebben ten aanzien van de inhoud van het werk. Bovendien blijkt dat het Hof van Justitie niet alleen kijkt naar het 'onder leiding werken', maar ook naar de organisatorische inbedding én de economische realiteit (het al dan niet delen in de economische risico's van de werkverschaffer) daarbij betrekt.

9.23 Over het delen in de commerciële risico's van de werkgever werd in het arrest *Agegate* (1989) het volgende overwogen:<sup>315</sup>

"36 De vraag of een bepaalde verhouding niet als een dergelijke arbeidsverhouding kan worden aangemerkt, moet van geval tot geval worden beantwoord aan de hand van alle elementen en omstandigheden die de verhouding tussen de partijen kenmerken, zoals het delen in het commerciële risico van de onderneming, de vrijheid om zijn eigen werktijden te bepalen en zijn eigen assistenten aan te nemen. In elk geval is het enkele feit dat iemand met een 'aandeel' (share)

307 D.V.E.M. van der Wiel-Rammelo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. EUR) (Fiscale monografieën nr. 127), Deventer: Kluwer 2008, p. 104-105; L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2010, par. 2.11.5.

308 Zie de position paper van Bennaars, onder 22, raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/11/26/vervolgbijsamenkomst-%E2%80%998werken-als-zelfstandige%E2%80%999> en D.V.E.M. van der Wiel-Rammelo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. EUR) (Fiscale monografieën nr. 127), Deventer: Kluwer 2008, p. 127-128.

309 Zie idem Bennaars in haar position paper onder 22.

310 D.V.E.M. van der Wiel-Rammelo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. EUR) (Fiscale monografieën nr. 127), Deventer: Kluwer 2008, par. 9.6; L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2010, par. 2.8; S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ARA* 2017/1, par. 3.

311 L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2010, par. 2.8.2 en 2.9.

312 S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ARA* 2017/1.

313 S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *TRA* 2020/14, par. 3.

314 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:NL:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*), rov. 36 onder verwijzing naar drie eerdere arresten van het HvJ EU, waaronder het hierna geciteerde *Agegate*-arrest.

315 HvJ EU 14 december 1989, C-3/87, EU:C:1989:650 (*Agegate*), rov. 36.

wordt beloond en dat zijn beloning eventueel op collectieve grondslag wordt berekend, niet van die aard, dat hij daardoor zijn hoedanigheid van werknemer verliest.”

9.24 De ‘vrijheid om eigen assistenten aan te nemen’ gaat m.i. verder dan de eerder besproken ‘vrije vervangingsclausule’, nu dit meer neigt naar een zekker ondernemingsmodel van de werkende.

9.25 Verhulp verwijst in zijn *position paper* (zie hierna onder 9.37-9.38) naar het arrest *Jany and others*,<sup>316</sup> maar dit arrest gaat over de vraag of de werkzaamheden van een prostituee gelden als het verrichten van diensten als zelfstandige, zulks in het kader van het vestigingsrecht voor degenen die uitsluitend als zelfstandige werkzaamheden verrichten. Het lijkt mij dan ook twijfelachtig of de overwegingen in het arrest rechtstreeks toepasbaar zijn voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, hoewel het Hof van Justitie van de Europese Unie wel steeds meer opschuift naar een algemeen Europees werknemersbegrip (zie onder 5.61). In het arrest werd overwogen dat voor de vraag of de prostitutie door de dienstverrichter zelfstandig wordt beoefend, drie cumulatieve criteria gelden, namelijk of het werk wordt verricht ‘(i) zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van deze activiteit, de arbeidsomstandigheden en de beloning, (ii) onder zijn eigen verantwoordelijkheid, en (iii) tegen een beloning die volledig en rechtstreeks aan hem wordt betaald’.<sup>317</sup>

9.26 In de recente *Yodel Delivery*-uitspraak<sup>318</sup> verwijst het Hof onder meer naar het *FNV Kiem*-arrest en overweegt het dat onder bepaalde omstandigheden geen sprake is van een werknemer in EU-rechtelijke context (hier gaat het om de Arbeids-tijdenrichtlijn)<sup>319</sup> indien het de werkende, zoals in de voorgelegde casus, vrij staat.<sup>320</sup>

“... to use subcontractors or substitutes to perform the service which he has undertaken to provide;

- to accept or not accept the various tasks offered by his putative employer, or unilaterally set the maximum number of those tasks;

- to provide his services to any third party, including direct competitors of the putative employer;

- to fix his own hours of ‘work’ within certain parameters and to tailor his time to suit his personal convenience rather than solely the interests of the putative employer, provided that, first, the independence of that person does not appear to be fictitious and, second, it is not possible to establish the existence of a relationship of subordination between that person and his putative employer.”

Verder laat het Hof het – uiteraard – aan de nationale rechter om, aan de hand van een weging van alle relevante omstandigheden van het geval, te beslissen of aan deze criteria is voldaan.

9.27 Ik lees de *Yodel Delivery*-uitspraak zo, dat éérst moet worden nagegaan of geen sprake is van schijnzelfstandigheid (*‘provided that, first, the independence of that person does not appear to be fictitious’*), en of sprake is van ondergeschiktheid (*‘provided that, second, it is not possible to establish the existence of a relationship of subordination between that person and his putative employer’*), en daarna aan de hand van de concrete omstandigheden moet worden getoetst of inderdaad (geen) sprake is van een werknemer. Dit is tamelijk verwarrend, omdat die laatste toets niet los kan worden gezien van de eerste twee vragen (schijnzelfstandigheid en ondergeschiktheid).<sup>321</sup> De uitspraak bevat geen nieuwe gezichtspunten voor de vraag wanneer (in weerwil van de afwezigheid van een gezagsverhouding toch) sprake is van schijnzelfstandigheid. Bennaars concludeert dan ook dat met de geformuleerde rechtsregel alle ruimte aan de nationale rechter wordt gelaten om, zelfs als aan alle vier omstandigheden is voldaan, toch tot de conclusie te komen dat sprake is van fictieve zelfstandigheid. Zij spreekt van *‘een gemiste kans van het Hof van Justitie om zich explicieter uit te laten over de gezagsverhouding’*.<sup>322</sup>

9.28 Said schrijft in haar annotatie bij het arrest dat ook rekening moet worden gehouden met de aard van de werkzaamheden. Wanneer in de aard van het werk besloten ligt dat de werker enige mate van vrijheid zal (moeten) hebben bij het ver- en ichten van zijn werkzaamheden, dan moet er volgens haar minder gewicht toekomen aan de in *Yodel Delivery* geformuleerde omstandigheden. Arbeidsrechtelijke bescherming voor pakketbezorgers – maar ook voor (andere) platformwerkers – zou anders geheel buiten bereik komen te liggen.<sup>323</sup> Naar mijn mening biedt de uitspraak hiertoe ook ruimte, nu de daarin genoemde omstandigheden met name gebaseerd lijken te zijn op de specifieke feiten van de betreffende bezorger (en op de door het Hof geformuleerde vraag van de verwijzende Engelse rechter), en niet uitputtend lijken te zijn bedoeld.

321 Hoewel rov. 38-42 weer meer lijken te wijzen op een geïntegreerde toetsing, maar rov. 43 juist niet.

322 J.H. Bennaars in haar annotatie bij het arrest in *Tijdschrift Arbeidsrecht in Context*, 2020/2, p. 81-86.

323 Annotatie Said in *JAR* 2020/145.

316 HvJ EU 20 november 2001, ECLI:EU:C:2001:616, AB 2001/413 m.nt. I. Sewandono (*Jany and others*).

317 HvJ EU 20 november 2001, ECLI:EU:C:2001:616, AB 2001/413 m.nt. I. Sewandono (*Jany and others*), rov. 70.

318 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), *JAR* 2020/145 m.nt. Said. Het arrest is ook geannoteerd door J.H. Bennaars, *Tijdschrift Arbeidsrecht in Context* 2020/2. Het gaat hier overigens niet om regulier arrest, maar een ‘met redenen omklede beschikking’ op grond van art. 99 van het procesreglement van het HvJ EU, wat mogelijk is indien de antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen duidelijk uit bestaande Europese rechtspraak kunnen worden afgeleid. Zodoende is voor deze uitspraak ook geen conclusie genomen.

319 De arresten waarnaar het HvJ EU in de *Yodel Delivery*-uitspraak verwijst, hebben ook betrekking op het vrij verkeer van werknemers, mededingingsrecht en de vraag naar de toevoegde rechter.

320 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), *JAR* 2020/145 m.nt. Said, rov. 45.



9.29 Tot slot is in verband met Europese rechtspraak over de gezagsverhouding nog te noemen de conclusie van A-G Spuznar in de *Uber-* en *UberPop*-zaken. Overigens ging het in deze zaken om de mededingsrechtelijke vraag of Uber een vervoersdienst is of een technologiebedrijf. Het HvJ oordeelde in beide zaken dat het gaat om vervoersdiensten.<sup>324</sup> Na geconstateerd te hebben dat Uber voorwaarden stelt aan de toegang tot de applicatie, dat voor vrijwel alle chauffeurs het rijden voor Uber de belangrijkste activiteit is, dat de chauffeurs worden beloofd voor het rijden van veel ritten, waarmee in feite controle wordt uitgeoefend op de chauffeur en dat Uber via het algoritme de prijs vaststelt, schrijft Spuznar het volgende:<sup>325</sup>

“51. Daarmee oefent Uber controle uit op alle relevante aspecten van een stedelijke vervoersdienst: natuurlijk op de prijs, maar ook op de minimale veiligheidseisen door middel van voorafgaande eisen aan de chauffeurs en voertuigen, op de toegankelijkheid van het vervoersaanbod door de chauffeurs te stimuleren om op tijdstippen en plaatsen met grote vraag te werken, op het gedrag van de chauffeurs door middel van het beoordelingssysteem, en ten slotte op de mogelijke uitsluiting van het platform. (...) Uber oefent derhalve controle uit op de factoren die economisch relevant zijn voor de in het kader van het platform aangeboden vervoersdienst.

52. Ook al vindt deze controle niet plaats volgens een hiërarchische ondergeschiktheid naar klassiek model, men moet zich hierdoor niet laten misleiden. Door een indirecte controle, zoals die door Uber wordt toegepast en die gebaseerd is op financiële stimulansen en een gedecentraliseerde beoordeling door de passagiers, is door het schaafeffect een even doelmatig, zo niet doelmatiger beheer mogelijk dan het beheer dat is gebaseerd op formele opdrachten van een werkgever aan zijn werknemers en de directe controle op de uitvoering ervan.

53. Dit brengt mij tot de vaststelling dat de activiteit van Uber uit één vervoersprestatie bestaat, in een voertuig dat wordt gevonden en besteld met behulp van de smartphone-applicatie en dat deze dienst, economisch gezien, door of namens Uber wordt verricht. Op deze wijze wordt de dienst ook voorgesteld aan de gebruikers en door hen ervaren. Door te besluiten om gebruik te maken van de diensten van Uber, wensen de gebruikers een vervoersdienst met bepaalde functionaliteiten en een bepaalde kwaliteit. Uber garandeert deze functionaliteiten en kwaliteit.

54. Dit betekent echter niet dat de chauffeurs van Uber noodzakelijkerwijs als werknemers moeten worden beschouwd. Deze vennootschap kan haar prestaties heel wel leveren door zelfstandige ondernemers in te zetten die namens Uber als opdrachtnemers optreden. Het meningsverschil over de positie van de chauffeurs tegenover Uber, dat reeds in bepaalde lidstaten tot rechterlijke uitspraken heeft geleid, staat geheel los van de rechtsvragen die in de onderhavige zaak de aandacht vragen.”

9.30 Met de laatste overweging is weliswaar duidelijk dat hiermee niet bedoeld is om een standpunt in te nemen over de vraag of sprake is van arbeidsovereenkomsten tussen Uber en de chauffeurs die voor haar werken (dat lag ook niet voor in deze zaken). Maar de conclusie is wel degelijk van belang voor het arbeidsrecht. Uit overweging 52 komt namelijk heel duidelijk naar voren dat in hedendaagse arbeidsrelaties op een andere manier invulling wordt gegeven aan de gezagsverhouding dan door middel van de traditionele wijze van gezagsuitoefening, maar dat dat niet betekent dat er geen instructies worden gegeven. Zoals eerder gezegd: gezagsuitoefening kan zich op verschillende manieren manifesteren. ‘Moderne gezagsuitoefening’ vindt plaats door financiële stimulansen en een beoordelingssysteem. Daarmee wordt in feite wordt door de constructie ‘heengeprikt’ en gekeken naar de economische realiteit. Dat is een inzicht dat ook van belang is bij de beoordeling van (met name) platformarbeid.<sup>326</sup>

#### Van instructierecht naar organisatorische inbedding

9.31 In de literatuur is wel onderscheid gemaakt tussen een formeel en materieel gezagsbegrip. Het materiële gezagsbegrip ziet op het instructierecht van de werkgever ten aanzien van de inhoud van het werk. Het formele gezagsbegrip heeft betrekking op de werkdiscipline, in de zin dat de arbeidsrelatie een gebruikelijke organisatorische inbedding heeft gekregen.<sup>327</sup>

9.32 Waar de rechter het gezagsbegrip aanvankelijk vooral uitlegde in het licht van de werkinhoud, is dit door de jaren heen meer opgeschoven naar de vraag of de werknemer is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer. Ook in de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat het zwaartepunt van de beoordeling ligt bij de inbedding in de organisatie, waarbij onder meer wordt verwezen naar het fiscale arrest *Kriterion* (zie onder

324 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981, C-434/15, NJ 2018/361 m.nt. Dommering (*Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*) en HvJ EU 10 april 2018, ECLI:EU:C:2018:221, C-320/16, NJ 2019/3 (*Uber France SAS*).

325 Conclusie A-G Spuznar 11 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:364 (*UberPop*). Zie ook de conclusie van A-G Spuznar van 4 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:511 onder 15 en 16 (*Uber*).

326 Idem J.H. Bennaars, ‘Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja’, *ArbeidsRecht* 2018/28.

327 Zie bijv. C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad’, *NJB* 1998, p. 817-821 en A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 144 e.v.



7:610a BW, dat erop neer komt dat ondergeschiktheid verondersteld mag worden als aan zekere kwantitatieve eisen is voldaan (vgl. onder 5.8 e.v.). Verder constateert hij dat de problemen rond de kwalificatievraag inherent zijn aan de sinds *Groen/Schoevers* vereiste 'holistische benadering' en de sterk uiteenlopende casuïstiek. Volgens hen kan de Hoge Raad niet of nauwelijks een uniformerende rol spelen, omdat de vraag of in een gegeven geval sprake is van een arbeidsovereenkomst leidt tot een gemengde beslissing, die aldus in cassatie slechts beperkt kan worden getoetst.

9.40 Bennaars<sup>338</sup> noemt vijf redenen waarom het element 'gezag' tot problemen kan leiden. In de eerste plaats is ook bij een overeenkomst van opdracht sprake van een instructiebevoegdheid van de opdrachtgever, zodat het al dan niet kunnen geven van instructies weinig onderscheidend vermogen heeft (zie ook onder 9.7). In dit kader merkt Bennaars op dat de begrippen 'gezagsverhouding' en 'ondergeschiktheid' uit de wettelijke definitie zijn afgeleid, maar daarin niet zijn opgenomen. In de wet staat immers 'in dienst van'. Volgens haar geeft dat laatste begrip de mogelijkheid om óók rekening te houden met de vraag of betrokkene structureel binnen een arbeidsorganisatie functioneert en wie het economisch risico van de arbeid draagt. Die ruimte heeft de wetgever in 1907 ook voor ogen gestaan.

9.41 Verder pleit Bennaars ervoor om het criterium 'gedurende zekere tijd' te herwaarderden, 'omdat het juist betekenis kan hebben in die gevallen waarin het gezagscriterium weinig reliëf heeft'.<sup>339</sup> Als tweede reden voor het problematische karakter van het element gezagsverhouding noemt Bennaars de grote verscheidenheid aan arbeid, en daarmee de grote verscheidenheid aan de manier waarop gezag wordt uitgeoefend. Zo is bij platformarbeid sprake van 'subtiële beloningssystemen' en 'ratingsystemen' waarvan een disciplinerende invloed uitgaat. In de derde plaats wijst Bennaars erop dat de gezagsverhouding geen geïsoleerd element is, waarbij ze wijst op de veelheid aan factoren die naast de instructiebevoegdheid van belang kunnen zijn: de vrijheid van de werker ten aanzien van de werkinhouding, het karakter van de beloning, het al dan niet rechtstreeks betaald worden, de mate waarin de werker ondernemersrisico draagt, de mate waarin de werker zelf voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen zorgdraagt, doorbetaling bij vakantie, ziekte en verlof, de mate waarin naast de overeengekomen werkzaamheden andere werkzaamheden worden verricht, het incidentele dan wel structurele karakter van de werkzaamheden, de eventuele inhouding van sociale premies en loonbelasting en een eventuele afdracht van btw.

9.42 Bij het wegen van al deze variabelen pleit Bennaars dat het element 'instructiebevoegdheid' in sterke mate gekoppeld zou moeten zijn aan (i) het al dan niet incidentele karakter van het werk, en (ii) de wijze waarop het ondernemersrisico is verdeeld. Bij de weging van *loon- en betalingsmodaliteiten* zou een rol moeten spelen op wiens initiatief de constructie tot stand is gekomen en de maatschappelijke positie van partijen. In de vierde plaats wijst Bennaars erop dat de definitie van de arbeidsovereenkomst uit min of meer open criteria bestaat, die voor uitleg vatbaar zijn en waarvan de invulling rechtensrecht en dus casuïstisch is. Als vijfde omstandigheid waarom het element 'gezag' als onderscheidend criterium tot problemen kan leiden, bespreekt ze dat de civiele definitie van de arbeidsovereenkomst leidend is voor de sociale zekerheid en de fiscaliteit, waarbij problematisch is dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst enkel achteraf kan worden vastgesteld (terwijl partijen bij aanvang van de overeenkomst reeds moeten beslissen of loonbelasting en premies moeten worden ingehouden).

9.43 Zwemmer<sup>340</sup> ten slotte beschrijft in zijn *position paper* — onder verwijzing naar het preadvies van Van der Heijden en Noordam uit 2001<sup>341</sup> — dat in de loop van de twintigste eeuw de werkgever een steeds 'onpersoonlijker grootheid' is geworden. Bij platformarbeid is de (juridische) werkgever zelfs helemaal verdwenen. Arbeid wordt opgeknipt in afgebakende klussen of taken, waarbij de platformwerker de vrijheid heeft om de taak of klus te accepteren. Omdat de taak of klus is afgebakend, is sprake van een resultaatsverplichting en is de aanwezigheid om werk-instructies te geven niet meer relevant. Dit staat haaks op de uitgangspunten van het arbeidsrecht, dat redeneert vanuit de baan als een verzameling klussen en taken. Dat instructiebevoegdheid geen goed criterium meer is, volgt bovendien uit het feit dat ook bij de overeenkomst van opdracht de opdrachtgever een instructiebevoegdheid heeft. In de derde plaats kan bij eenvoudig werk de werkwijze vooraf gedetailleerd worden vastgesteld, waardoor geen verdere instructies nodig zijn. Op dit laatste punt zijn in sommige zaken de PostNL-pakketbezorgers gesneuveld.<sup>342</sup>

#### Tussenconclusie

9.44 De rode draad in deze papers en de mogelijke oplossingen die men hieruit zou kunnen afleiden, lijken mij te zijn dat (a) het problematische karakter van het kwalificeren van arbeidsovereenkomsten mede te maken heeft met de 'holistische benadering' uit *Groen/Schoevers*, (b) het gezagscriterium verduidelijking nodig heeft, (c) de aan- of afwezigheid van een instructiebevoegdheid geen heden-

338 Position paper Bennaars.

339 Zie ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 14 (MvT bij het wetsvoorstel tot Vaststelling van titel 7.10 van het nieuw BW), waarnaar Bennaars verwijst.

340 Position paper Zwemmer.

341 P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over de beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies NJV). Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2001.

342 Zie o.m. Hof Amsterdam 30 januari 2018,

ECLI:NL:GHAMS:2018:314, rov. 3.19.

daags werkbaar criterium oplevert, (d) in plaats daarvan meer zal moeten worden gekeken naar de organisatorische inbedding van het werk en (e) er meer aandacht moet zijn voor de economische realiteit (de afhankelijkheidspositie van een werker).

#### Handboek loonheffingen

9.45 Mede op basis van de besproken *position papers* heeft de Belastingdienst in het Handboek Loonheffingen een overzicht opgenomen van relevante elementen bij de beoordeling van een gezagsverhouding.<sup>343</sup> Daarin worden vijf elementen onderscheiden:

- leiding en toezicht;
- vergelijkbaarheid personeel;
- werktijden, locatie, materialen, hulpmiddelen en gereedschappen;
- manier waarop de werkende naar buiten treedt; en
- overige relevante aspecten (incl. aansprakelijkheid voor risico's, concurrentie- en relatiebepalingen en beloning).

9.46 De verschillende elementen zijn in het Handboek uitgebreid toegelicht. Over het tweede element, vergelijkbaarheid personeel, is onder meer het volgende vermeld:<sup>344</sup>

“Er zal eerder sprake zijn van gezag als de werkzaamheden die de werkende verricht een wezenlijk onderdeel vormen van de bedrijfsvoering van de opdrachtgever. Uit jurisprudentie komt naar voren dat het moeilijk voorstelbaar is dat er geen sprake is van gezag bij werkzaamheden die een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen (kernactiviteiten). Vaak zijn de werkzaamheden dan ook structureel ingebed in de bedrijfsvoering van de opdrachtgever.”

9.47 Met betrekking tot het derde element is onder meer het volgende te lezen:<sup>345</sup>

“Aanwijzingen voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding:

- De werkende is niet vrij om de locatie te bepalen waar hij de werkzaamheden uitvoert.
- De werkende is niet vrij om de werktijden te bepalen.
- De opdrachtgever bepaalt in de regel welke materialen de werkende gebruikt voor de werkzaamheden en/of verschaft deze.
- De opdrachtgever bepaalt in de regel welke overige hulpmiddelen de werkende moet gebruiken voor de werkzaamheden en/of verschaft deze.

(...)

Contra-indicatie voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding:

- De werkende gebruikt eigen bedrijfsmiddelen (anders dan gereedschappen), bijvoorbeeld een eigen bedrijfsauto, vrachtwagen, zaagmachine, enzovoort.”

9.48 Ook hier is dus sprake van een veelheid aan gezichtspunten, die elk op zich slechts ‘een aanwijzing’ opleveren.

#### Commissie regulering van werk (Commissie Borstlap)

9.49 Ook de Commissie regulering van werk pleit voor een modernisering van het gezagscriterium. Niet langer zou het onder toezicht en leiding werken centraal moeten staan, maar de inbedding in de organisatie van de werkverschaffer. Daarbij moet ook meer nadruk komen te liggen op de activiteiten die worden verricht, meer specifiek de vraag of deze activiteiten behoren tot de reguliere activiteiten van de onderneming of organisatie waar deze worden verricht. In wetgeving zou duidelijk moeten worden gemaakt dat de inbedding in de organisatie van de werkgevende en de activiteiten die worden verricht medebepalend zijn voor de uitleg van het begrip ‘gezag’.

9.50 Bovendien is dan verzekerd dat wordt aangesloten bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>346</sup> Ook schrijft de commissie dat zij voorstander is van een ‘werknemer, tenzij’-benadering: wanneer de arbeid persoonlijk en tegen beloning wordt verricht is sprake van een werknemer, tenzij door de werkverschaffer kan worden aangetoond dat de werkende een zelfstandige is. De bewijslast wordt dus omgedraaid ten opzichte van de huidige benadering. Wel zal moeten worden afgewacht of een dergelijke benadering aanvaard wordt door het Hof van Justitie.<sup>347</sup>

9.51 Laagland, tevens lid van de Commissie regulering van werk, stelt dat er vijf relevante indicaties zijn voor het zijn van ondernemer (die daadwerkelijk het werk voor eigen rekening en risico verricht): i) een afwijkend type werk in vergelijking met de corebusiness van de werkverschaffer, ii) het aantal uren en de duur van de opdracht, iii) de vrijheid om de uren te werken wanneer en waar de werkende wil, iv) het zich tijdens het werk kunnen presenteren met een eigen bedrijf, en v) het ontbreken van concrete werkinstructies.<sup>348</sup> Volgens Laagland is ‘bewust ondernemerschap’ geen juist criterium. Dat betekent niet dat de eigen keuze van de werker geen enkele rol speelt, maar dat deze samenhangt met de wijze waarop het werk vorm en inhoud krijgt: het gaat om de wijze waarop het werk wordt verricht.

9.52 Ook Zwemmer, eveneens lid van de Commissie regulering van werk, benadrukt dat de partijbedoeling (in de zin van: het type contract dat par-

<sup>343</sup> Belastingdienst, *Handboek Loonheffingen 2020*, uitgave 1 januari 2020, Bijlage Beoordeling gezagsverhouding, hfst. 29. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, nr. 212, p. 4.

<sup>344</sup> Belastingdienst, *Handboek Loonheffingen 2020*, uitgave 1 januari 2020, Bijlage Beoordeling gezagsverhouding, p. 362.

<sup>345</sup> Belastingdienst, *Handboek Loonheffingen 2020*, uitgave 1 januari 2020, Bijlage Beoordeling gezagsverhouding, p. 363.

<sup>346</sup> Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken?*, 23 januari 2020, p. 70.

<sup>347</sup> Commissie regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken?*, 23 januari 2020, p. 70-71.

<sup>348</sup> F.G. Laagland, ‘Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?’, *TRA 2020/51*.

tijen sluiten) niet langer relevant mag zijn bij de kwalificatie ('*einde holistische benadering Groen/Schoevers dus*')<sup>349</sup> Het werk zelf, hoe de arbeid feitelijk wordt uitgevoerd, moet bepalend zijn.

9.53 Peters onderkent dat de commissie voorstelt dat duurzame arbeidsrelaties weer de norm moeten worden; dat het alternatief van de 'flexibele arbeidsrelatie' overzichtelijker moet zijn en beperkt tot (echt) tijdelijk werk; en dat het alternatief 'zelfstandige arbeid' slechts is weggelegd voor echte zelfstandigen oftewel ondernemers. Zij is echter van mening dat de commissie het probleem van de schijnzelfstandigheid niet heeft opgelost.<sup>350</sup>

'Werknemer, tenzij' of rechtsvermoeden van werknemerschap

9.54 Van Slooten vat de door de commissie bepleite 'werknemer, tenzij'-benadering krachtig samen: '*alleen ondernemers zijn zzp'ers*'. Volgens hem ligt in deze aanbevelingen impliciet besloten dat iemand enkel ondernemer kan zijn indien hij, naast de eigen arbeid, voldoende andere productiemiddelen heeft.<sup>351</sup> Dat lees ik er niet direct in, hoewel Van Slooten kan worden nagegeven dat dit wellicht in het verlengde ligt van de opvatting van de commissie dat alleen zelfstandigen die écht ondernemer zijn, niet als werknemer kwalificeren. Toch kan ik mij ook wel echte ondernemers voorstellen die geen of slechts beperkte eigen productiemiddelen hebben, maar zich wel als ondernemer gedragen en ook ondernemingsrisico's lopen.

9.55 Eerder stelde Houweling voor om naar Belgisch voorbeeld een weerlegbaar rechtsvermoeden te hanteren.<sup>352</sup> Sinds 2012 is daar op grond van art. 337/2 van de Arbeidsrelatiewet een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap, indien aan meer dan de helft van de in de wet opgesomde genoemde criteria is voldaan. Het rechtsvermoeden geldt voor de sectoren bouw, bewaking, vervoer, schoonmaak en de land- en tuinbouw. De in de wet opgenomen criteria zijn de volgende: gebrek aan financiële economisch risico; gebrek aan verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming; gebrek aan beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming; gebrek aan beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming; gebrek aan resultaatverbinding betreffende de overeengekomen arbeid; garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert; het zelf geen werkgever

zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen; het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken; en in ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of de huurder is of werken met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant.

9.56 In deze criteria wordt het accent in belangrijke mate gelegd bij de economische realiteit: is werkelijk sprake van ondernemerschap? Maar ook hier gaat het weer om een lange lijst aan criteria, die elk voor zich niet beslissend zijn.

Afschaffing gezagscriterium?

9.57 Volgens Kremer is het gezagscriterium 'fundamenteel gezien irrelevant' bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Relevant is volgens hem slechts of sprake is van ongelijkheid, die gecompenseerd moet worden. Ongelijkheid wordt in arbeidsverhoudingen in belangrijke mate veroorzaakt door afhankelijkheid; afhankelijkheid zou dan ook het onderscheidende criterium moeten zijn.<sup>353</sup> Kremer stelt dat de wettekst ruimte biedt voor het hanteren van het afhankelijkheidscriterium, doordat de woorden 'in dienst van' evenzeer kunnen zien op afhankelijkheid (als op gezag). Hij stelt voor om aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval te beoordelen of sprake is van afhankelijkheid, zoals:

- het wel of niet hebben van meerdere opdrachtgevers;
- het al dan niet voor langere tijd (exclusief) werkzaam zijn in dezelfde onderneming;
- bewust ondernemingsrisico dragen, inclusief de daarbij behorende mogelijkheid om een hogere winst of een hoger rendement te realiseren;
- de maatschappelijke positie van de werkende;
- de onderhandelingspositie ten opzichte van de opdrachtgever, die bijvoorbeeld blijkt uit de vergoeding en overige voorwaarden die iemand kan bedingen; en
- het hebben van een eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering en pensioenvoorziening.

Een aantal van deze omstandigheden wordt nu ook al meegenomen bij de vraag of sprake is van 'gezag', op basis van de holistische '*Groen/Schoevers*'-benadering, maar zijn echter feitelijk geen inkleuring van een gezagsverhouding (in de zin van een instructiebevoegdheid), schrijft Kremers.

9.58 Het schrappen van het gezagscriterium sluit niet aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad; de Hoge Raad spreekt immers over een *gezagsverhouding* in de zin van art. 7:610 BW (zie onder 9.3).

349 J.P.H. Zwemmer, 'De drie rijbanen van de Commissie Borstlap', *TAC* 2020/1, p. 5.

350 S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52.

351 J.M. van Slooten, 'Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit', *Ondernemingsrecht* 2020/29, p. 140.

352 A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.V. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 178. Zie over de Belgische regeling ook G.C. Boot, 'Werknemers en zelfstandigen in België', *ArbeidsRecht* 2016/49.

353 S.J. Kremer, 'Weg met het gezagscriterium, een pleidooi voor (on)afhankelijkheid', *TvAO* 2019/1, p. 46-52, par. 5.

Belangrijker is, zoals ook Verburg constateert,<sup>354</sup> dat het inwisselen van de gezagsverhouding voor afhankelijkheid, het verschil met het EU-werknemersbegrip vergroot. Dat is onwenselijk (zie ook onder 5.64).

9.59 Het meer op de voorgrond stellen van de vraag of sprake is van economische afhankelijkheid, wat de kern is van het voorstel van Kremer, lijkt mij wel een bruikbaar gezichtspunt bij de invulling van het gezagscriterium (maar niet méér dan dat). Daarmee wordt aangesloten bij de al vaak geopperde gedachte dat zelfstandigen die van één of enkele opdrachtgevers afhankelijk zijn, onder de bescherming van het arbeidsrecht moeten vallen.<sup>355</sup>

#### Vervangingsclausule

9.60 Hiervoor besprak ik dat de omstandigheid of een werker al dan niet de mogelijkheid heeft zich te laten vervangen, naar mijn mening niet relevant is voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat het persoonlijk moeten verrichten van de arbeid geen eis is die de wet aan de arbeidsovereenkomst stelt (zie onder 7.7-7.15). De vraag is of de mogelijkheid van een werker om zich te laten vervangen (een 'vervangingsclausule') wél een relevant gezichtspunt oplevert bij de invulling van het gezagscriterium.

9.61 Deze vraag is de laatste jaren aan de orde geweest in verschillende uitspraken van civiele feitenrechters. Zo overwoog de kantonrechter Amsterdam in de *Deliveroo II*-uitspraak<sup>356</sup> onder meer dat het feit dat de bezorger zich enkel mag laten vervangen door een vooraf bij Deliveroo bekend gemaakt persoon, kan worden aangemerkt als toestemming om zich door een derde te laten vervangen (vgl. art. 7:659 BW) en dat van belang is of – gezien de feitelijke verhoudingen en de wijze waarop de werkzaamheden ingericht zijn – Deliveroo gezag kan uitoefenen ten aanzien van de vervanger, of dat dit buiten de invloedssfeer van Deliveroo ligt. De kantonrechter oordeelt dat het eerste het geval is: ten tijde van het verrichten van de werkzaamheden door een eventuele vervanger kan Deliveroo dezelfde invloed uitoefenen op de vervanger als op de bezorger, terwijl de bezorger op dat moment geheel afwezig is en dus geen toezicht heeft. Onder die omstandigheden staat de ruime vervangingsmogelijkheid op zich niet in de weg aan het aannemen van een gezagsverhouding, aldus de kantonrechter.

354 L.G. Verburg, 'Platformarbeid in Nederland', in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering* (O&R nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 120.

355 Zie bijv. P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', *NJB* 1997/40, p. 1837-1844, par. 2. Ook valt te wijzen op de preventieve ontslagtoets uit het BBA die tot de inwerkingtreding van de Wwz gold voor 'kleine zelfstandigen', zie daarover bijv. G.C. Boot & A.C. Damsteegt, 'BBA', in: G.C. Boot & A.C. Damsteegt (red.), *De zelfstandige zonder personeel* (MSR nr. 64), Deventer: Kluwer 2014, p. 27-34.

356 Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *JAR* 2019/23 m.nt. J.P.H. Zwemmer & M. Jovovic (*Deliveroo II*), waarin in rov. 38-40 aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid van vervanging.

9.62 In de eerdere uitspraak ten aanzien van een maaltijdbezorger die voor hetzelfde platform werkzaamheden verrichtte (*.../Deliveroo*)<sup>357</sup> kwam een andere kantonrechter in de rechtbank Amsterdam tot een tegengestelde uitkomst, waarbij werd overwogen:

"23. Anders dan eiser stelt, maakt de omstandigheid dat Deliveroo van een vervanger vereist dat hij over de vereiste vaardigheden en training beschikt, nog niet dat het laten vervangen een loze bepaling is. Deze vereisten zien niet op de persoon van een vervanger, maar op objectieve eisen om de werkzaamheden te kunnen verrichten. Gelet op de aard van de te verrichten werkzaamheden, ligt het voor de hand dat Deliveroo dergelijke objectieve eisen stelt. Voorts kan ook bij een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever de opdrachtnemer aanwijzingen geven ten aanzien van de uitvoering van de opdracht."

9.63 Ook valt te wijzen op de PostNL-uitspraken. Zo werd in een uitspraak van het Hof Amsterdam geoordeeld dat de pakketbezorger geen werknemer maar opdrachtnemer was, mede omdat hij structureel zoveel werk aannam dat hij daarmee anderen van werk voorzag en in feite een ondernemingsmodel had gecreëerd.<sup>358</sup>

9.64 Met Bartens<sup>359</sup> denk ik dat alleen als de 'vrije vervangings-clausule' ertoe leidt dat de werker zélf een ondernemingsmodel hanteert – door het structureel inhuren van andere werkers om zijn werk te laten uitvoeren –, een dergelijke clausule relevantie heeft bij de invulling van het gezagscriterium. In dat geval verschuift de gezagsuitoefening over de vervanger immers van de werkverschaffer naar de initiële werkende. Maar zolang de gezagsuitoefening bij de werkverschaffer blijft liggen, verandert een 'vrije vervangingsclausule' niets in de oorspronkelijke gezagsuitoefening. Daarbij is te bedenken, als gezegd, dat gezagsuitoefening zich op verschillende manieren kan manifesteren. Gezagsuitoefening kan dus ook plaatsvinden door het stellen van eisen aan de vervanger.

9.65 Eenzelfde benadering is te vinden in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, in een zaak waarin 'zzp-chauffeurs' werkzaamheden voor Rijkswaterstaat verrichtten, zoals het plaatsen van wegafzettingen en het strooien van zout.<sup>360</sup> Volgens de Centrale Raad was sprake van privaatrechtelijke dienstbetrekkingen omdat, onder meer, de werkzaamheden waren ingebed in de organisatie, de chauffeurs dezelfde werkzaamheden verrichtten als het vaste personeel. Met betrekking tot de stelling dat de werkers de mogelijkheid hadden zich te laten

357 Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189 m.nt. Viewel & Van Slooten, *JIN* 2018/152 m.nt. Said (*.../Deliveroo*).

358 Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686, *JAR* 2016/91.

359 P.R. Bartens, 'Vrije vervanging' en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid', *TvAO* 2019/1, p. 14-15.

360 CRvB 9 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS8934.

vervangen overwoog de Centrale Raad het volgen-de:

“4.3. De stelling van appellante dat geen dienstverband aanwezig is omdat de chauffeurs zich door een willekeurige derde kunnen laten vervangen is feitelijk onjuist. Gelet op de aard van de werkzaamheden en het materieel waarmee moet worden gereden zal een vervanger over de nodige rijbewijzen moeten beschikken en op de hoogte moeten zijn van de procedures bij het plaatsen van wegafzettingen en botsabsorbers en van de veiligheidsvoorschriften die in acht moeten worden genomen. Dit geldt ook voor de overige werkzaamheden.

Dat van vervanging feitelijk overigens ook geen sprake is, blijkt uit hetgeen door appellante in het bezwaarschrift ter zake is gesteld.”

9.66 Hieruit blijkt dat betekenis toekomt aan de omstandigheid dat vervanging door een willekeurige derde niet aan de orde is, en aan de omstandigheid dat van vervanging feitelijk geen sprake is.

9.67 Zeker tegen de achtergrond van de ‘strategische vormgeving’ van werkcontracten, lijkt mij dat dat maar in beperkte mate het geval is. Dat sluit aan het standpunt hierover van de Commissie-Boot en andere auteurs (zie onder ...).

9.68 Ik merk nog op dat ook in het Handboek Loonheffingen (zie onder 9.45 e.v.) een ‘vrije vervangingsclausule’ niet een zelfstandige indicator is die wijst op de afwezigheid van een gezagsverhouding, maar slechts een element dat gewicht in de schaal *kan* leggen bij de beoordeling.<sup>361</sup>

#### Conclusies over de gezagsverhouding

9.69 Als ik de hiervoor uiteengezette lijnen samentrek, kom ik tot een vijftal conclusies over de gezagsverhouding.

9.70 In de eerste plaats is bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, het bestaan van een instructiebevoegdheid steeds minder een onderscheidend gezichtspunt (zo het dat al ooit is geweest). Niet alleen zijn werkers in het algemeen steeds autonomer bij het uitoefenen van hun werkzaamheden, bovendien zijn er andere manieren dan het geven van instructies om ervoor te zorgen dat werkers het werk uitvoeren zoals de werkverschaffer dat wenst. Werkgeversgezag kan zich op veel verschillende manieren manifesteren. Ook financiële prikkels en klantbeoordelingen kunnen een manier zijn om gezag uit te oefenen. Bovendien hoeven door het opknippen van het werk in ‘ieniemiënie-taken’, zoals gebeurt bij sommige vormen van platformarbeid, steeds minder instructies te worden gegeven om toch te bereiken dat het werk (op correcte wijze) wordt uitgeoefend. Dat geldt zeker als het gaat om niet-complex werk.

9.71 In plaats van het centraal stellen van een instructiebevoegdheid is het veel belangrijker, en dat is de tweede conclusie, om te kijken naar de or-

ganisatorische inbedding van het werk. Dit gezichtspunt moet niet worden beperkt tot de vraag of betrokkene zich moet houden aan de werkdisciplines in de onderneming, maar tot de bredere vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering. Op die vraag ligt ook het accent in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. Dit criterium sluit bovendien aan bij de rechtspraak van het Europese Hof. Bij de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering, komt veel betekenis toe aan de omstandigheid dat het gaat om reguliere bedrijfsactiviteiten (anders gezegd: de *core business*) van de partij voor wie het werk wordt verricht.

9.72 Mijn derde conclusie is dat van veel minder belang is of de werker zich al dan niet mag laten vervangen, omdat het zich kunnen laten vervangen op zichzelf niets verandert in de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Pas als de werker zelf een onderneming drijft door op structurele basis andere mensen in te huren om zijn werk te verrichten (en in die zin zelf gezag uitoefent), wordt dit anders.

9.73 In de vierde plaats is te concluderen dat ook hier de ‘*wezen gaat voor schijn*’-doctrine moet worden gehanteerd. Dat betekent dat moet worden heengekeken door ‘strategische contractsbepalingen’, die tot doel hebben het bestaan van een gezagsverhouding te verhullen. Als teveel waarde wordt toegekend aan de ‘strategische vormgeving’ van werkcontracten, wordt geen recht gedaan aan de ongelijkheidscompensatie als grondbeginsel van het arbeidsrecht.

9.74 De vijfde conclusie is dat er meer aandacht moet zijn voor de economische realiteit. Indien arbeid buiten een dienstbetrekking wordt verricht, zal sprake moeten zijn van een zekere mate van ondernemerschap. Zelfstandigen zijn immers zelfstandig *ondernemers*. Ontbreekt ondernemerschap, dan zal in de regel sprake zijn van een gezagsverhouding (‘in dienst van’) en dus van een arbeidsovereenkomst. Ook dit gezichtspunt sluit aan bij de rechtspraak van het Europese Hof. In het kader van de vraag of sprake is van ondernemerschap, kan de omstandigheid dat een werker geen onderhandelingspositie heeft gehad bij de bepaling van zijn loon/tarief, een sterke aanwijzing zijn dat sprake is van een gezagsverhouding. Anders gezegd, het ondernemerschap moet in werkelijkheid uit méér bestaan dan het wegcontracteren van arbeidsrechtelijke bescherming.

9.75 Dat er oog moet zijn voor de economische realiteit – mede tot uitdrukking komende in het al dan niet bestaan van een afhankelijkheidsrelatie van een werker ten opzichte van de werkverschaffer – is in feite niets anders dan het meewegen van de maatschappelijke positie van partijen. Daarvoor is het fundament al gelegd in *Groen/Schoevers*. Waarmee deze paragraaf toch kan worden afgesloten met een positieve opmerking over dit arrest.

<sup>361</sup> Belastingdienst, *Handboek Loonheffingen 2020*, uitgave 1 januari 2020, Bijlage Beoordeling gezagsverhouding, p. 367.

## 10 Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen

10.1 Ik sta tot slot nog kort stil bij de definitie van de arbeidsovereenkomst in enkele andere Europese landen en bij de wijze waarop dat begrip (inclusief het werknemersbegrip) wordt ingevuld.<sup>362</sup>

10.2 De problematiek rond de afbakening van werknemers van zelfstandigen speelt ook in andere landen. In sommige landen is het probleem aangepakt door bepaalde categorieën van werkenden aan te wijzen die, ondanks dat ze geen werknemer zijn of dat dat niet zeker is, wel als werknemer worden behandeld voor bepaalde doeleinden. Deze 'werknemerachtigen' worden in bepaalde opzichten arbeidsrechtelijk beschermd, maar niet alle arbeidsrechtelijke bepalingen zijn op hen van toepassing.<sup>363</sup>

10.3 Ook kent een beperkt aantal landen een 'derde categorie' werkenden (naast de werknemer en de zelfstandige).<sup>364</sup> Het bekendste voorbeeld is Engeland, waar onder het begrip 'worker' zowel werknemers als bepaalde andere werkers vallen die zich persoonlijke arbeid verrichten en zich daarbij in een afhankelijke positie bevinden van de opdrachtgever.<sup>365</sup> Hier is in Nederland bewust niet voor gekozen, omdat dit tot allerlei afbakeningsproblemen zou leiden (zie onder 5.3).

10.4 In de meeste Europese landen bestaat geen wettelijke definitie van het arbeidsovereenkomst, zodat de invulling wordt gevormd in de rechtspraak. Ook de regeling ten aanzien van de formele vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst (zoals schriftelijkheid) lopen uiteen.<sup>366</sup>

10.5 In bijna alle Europese landen geldt als uitgangspunt dat de definitie van het arbeidscontract dwingend is en het partijen dus niet vrij staat om uitdrukkelijk uit te sluiten dat hun contract een arbeidsovereenkomst is. In sommige landen is het omgekeerde overigens wel mogelijk, namelijk dat partijen een overeenkomst die niet objectief aan de eisen van een arbeidsovereenkomst voldoet, tóch

een arbeidsovereenkomst noemen en dat in dat geval de arbeidsrechtelijke bepalingen van toepassing zijn.<sup>367</sup>

10.6 In het algemeen geldt, net als in Nederland, dat 'ondergeschiktheid' het sleutelbegrip is om een arbeidsovereenkomst te onderscheiden van andere relaties tussen partijen. In veel landen vormt de beoordeling of sprake is van ondergeschiktheid het resultaat van een afweging van diverse factoren.<sup>368</sup> Als belangrijkste factoren zijn te noemen werkinstructies, beheersing (inclusief leiding en toezicht) en integratie in de organisatorische structuur van de onderneming.<sup>369</sup> Overigens geldt voor alle onderzochte landen dat een zekere mate van economische afhankelijkheid een volledig gebrek aan ondergeschiktheid kan compenseren.<sup>370</sup>

10.7 In veel landen geldt een beginsel van 'het primaat van de feiten'. Dat is vergelijkbaar met het Nederlandse 'wezen gaat voor schijn'. Het verschilt per land hoe dit principe is uitgewerkt.<sup>371</sup>

10.8 De Nederlandse benadering, waarin de bedoeling van partijen uitdrukkelijk wordt afgewogen in samenhang met de feitelijke gang van zaken, komt in andere landen nauwelijks voor, schrijft Heerma van Voss. Volgens hem wordt in de Nederlandse literatuur een te zwaar gewicht toegekend aan de bedoeling van partijen op grond van *Groen/Schoevers*.<sup>372</sup>

10.9 De vraag of bepaalde platformarbeid kwalificeert als een arbeidsovereenkomst, is inmiddels door meerdere buitenlandse rechters beoordeeld.

10.10 In Engeland heeft het Court of Appeal in december 2018 het beroep van Uber tegen uitspraken van het Employment Appeal Tribunal en het Employment Tribunal verworpen.<sup>373</sup> In die uitspraken is geoordeeld dat chauffeurs die werkzaamhe-

<sup>362</sup> Hierbij maak ik gebruik van B. Waas & G.J.J. Heerma van Voss (eds.), *Restatement of labour law in Europe: volume I: the employee*, Oxford: Hart Publishing 2017. Deze uitgave is voortgekomen uit het European Labour Law Network en bevat een overzicht van het werknemersbegrip in 36 landen, te weten: België, Bulgarije, Cyprus, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, IJsland, Italië, Kroatië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Macedonië, Malta, Montenegro, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Rusland, Servië, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechoe, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland.

<sup>363</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, SDU: Den Haag, 2018, p. 17.

<sup>364</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, SDU: Den Haag, 2018, p. 18.

<sup>365</sup> Section 230(3)b van de Employment Rights Act 1996. Zie hierover bijv. F.G. Laagland & J. Klooster, 'De Engelse tussenencategorie als oplossing voor platformwerk: mythe of werkelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2019/7, par. 2.

<sup>366</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 10.

<sup>367</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 16.

<sup>368</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 14.

<sup>369</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, SDU: Den Haag, 2018, p. 14. Zie nader B. Waas & G.J.J. Heerma van Voss (eds.), *Restatement of labour law in Europe: volume I: the employee*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. xliiii-xlvi.

<sup>370</sup> B. Waas & G.J.J. Heerma van Voss (eds.), *Restatement of labour law in Europe: volume I: the employee*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. xlix-l.

<sup>371</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 14-15.

<sup>372</sup> G.J.J. Heerma van Voss, 'De arbeidsovereenkomst in de Europese Unie', in: G.J.J. Heerma van Voss c.s., (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Sdu: Den Haag, 2018, p. 15.

<sup>373</sup> Court of Appeal 19 december 2018, [2018] EWCA Civ 2748 (*Uber B.V. c.s./Aslam c.s.*), raadpleegbaar via <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/2748.html>. Zie over deze uitspraak o.m. J. Thomas, 'Court of Appeal rejects Uber's worker status appeal (UK)', *EELC* 2019/24. Zie over deze uitspraak in eerste aanleg uitgebreid M.M. van den Berg, 'The (possible) impact and consequences of *Aslam* and *others v Uber B.V. and others* for the industry in the UK and the Netherlands', *TvAO* 2017/3, p. 144-152.



den verrichten voor Uber als 'workers' dienen te worden gekwalificeerd en niet als zelfstandigen (zie onder 10.3 voor dit onderscheid). Het Court of Appeal overweegt onder meer:

"66. (...) The effect of Autoclenz in our view is that, in determining for the purposes of section 230 of the ERA 1996 what is the true nature of the relationship between the employer and the individual who alleges he is a worker or an employee, the court may disregard the terms of any documents generated by the employer which do not reflect the reality of what is occurring on the ground."

en:

"73. As discussed above, Autoclenz shows that, in the context of alleged employment (whether as employee or worker), (taking into account the relative bargaining power of the parties) the written documentation may not reflect the reality of the relationship. The parties' actual agreement must be determined by examining all the circumstances, of which the written agreement is only a part. This is particularly so where the issue is the insertion of clauses which are subsequently relied on by the inserting party to avoid statutory protection which would otherwise apply. In deciding whether someone comes within either limb of section 230(3) of the ERA 1996, the fact that he or she signed a document will be relevant evidence, but it is not conclusive where the terms are standard and non-negotiable and where the parties are in an unequal bargaining position. Tribunals should take a 'realistic and worldly-wise', 'sensible and robust' approach to the determination of what the true position is."

Overigens is Uber in de gelegenheid gesteld om cassatieberoep in te stellen, waarvan zij gebruik heeft gemaakt. Die zaak is aanhangig.

10.11 Ook aan de Franse cassatierechter is de *Uber*-casus voorgelegd. Het Cour de Cassation heeft het oordeel van de appelrechter dat contractuele relatie tussen een chauffeur en Uber B.V. kwalificeerde als een arbeidsovereenkomst, in stand gelaten.<sup>374</sup> Overwogen werd dat op grond van vaste rechtspraak het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet afhankelijk is van de wil die partijen tot uitdrukking hebben gebracht en evenmin van de benaming die zij aan hun overeenkomst hebben gegeven, maar dat dit afhankelijk is van de feitelijke voorwaarden en omstandigheden waaronder de werkzaamheden zijn uitgevoerd. De cassatieklachten tegen het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding, zijn verworpen. Overigens verwerpt het Cour de Cassation expliciet de in de Franse rechtsliteratuur gedane suggestie om het traditionele gezagscriterium te vervangen door een afhanke-

lijkheidscriterium, en betreft het bij zijn oordeel ook het Europese werknemersbegrip.

## 11 De Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) en de participatieplaats

11.1 De Werkloosheidswet (WW) is een werknemersverzekering die kan voorzien in een uitkering tijdens (gedeeltelijke) werkloosheid. Een WW-uitkering duurt maximaal 24 maanden.<sup>375</sup> Indien een WW-uitkeringsgerechtigde bij het eindigen van de WW-uitkering geen voldoende bron van inkomsten heeft, kan hij terugvallen op een voorziening voor het bestaansminimum. De belangrijkste voorziening is een bijstandsuitkering. Tot 1 januari 2015 was de bijstand geregeld in de Wet Werk en Bijstand (WWB) en sindsdien is het onderdeel van de Participatiewet.<sup>376</sup>

11.2 Bij een bijstandsuitkering geldt een middelenloosheidsproef,<sup>377</sup> waarbij acht wordt geslagen op het inkomen en het vermogen van het eventuele gezin. De Nederlandse sociale zekerheid kent echter ook een aantal andere bestaansminimumregelingen die ervoor zorgen dat bepaalde groepen (nog) niet van een bijstandsuitkering afhankelijk worden.<sup>378</sup> De IOAW is zo'n regeling.

11.3 De IOAW is ingevoerd in 1987. Deze inkomensvoorziening is bedoeld voor twee groepen personen die nog niet de AOW-leeftijd hebben bereikt:

(v) werknemers die na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar werkloos zijn geworden, recht hebben gehad op een WW-uitkering met een duur van ten minste drie maanden en vervolgens de volledige duur van die WW-uitkering hebben gebruikt; of

(vi) werknemers die na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar een loongerelateerde WGA-uitkering hebben gekregen en van wie het recht op een WIA-uitkering vervolgens is geëindigd omdat de mate van arbeidsongeschiktheid is afgenomen naar minder dan 35%.

11.4 Voor personen die binnen de doelgroep vallen, is de IOAW het voorlaatste vangnet bij werk-

<sup>375</sup> Als onderdeel van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is de maximale duur afgebouwd van 36 tot 24 maanden. Voor personen die op dit moment een WW-uitkering hebben, geldt in bepaalde gevallen nog een langere uitkeringsduur.

<sup>376</sup> De WWB en delen van de Wajong en de Wet Sociale Werkvoorziening zijn geïntegreerd in de Participatiewet, om zo de activeringsfunctie van de bijstandsregelingen verder te versterken. De wetgevingssystematiek hierbij was als volgt: de Invoeringswet Participatiewet (Stb. 2014/270, inwerking-tredingsbesluit: Stb. 2014/271) wijzigde diverse wetten, waaronder de WWB, en wijzigde de citeertitel van de WWB naar Participatiewet.

<sup>377</sup> Art. 11 lid 1 jo. art. 31-34 Participatiewet.

<sup>378</sup> Deze andere bestaansminimumregelingen fungeren als 'voorliggende voorzieningen' (art. 15 Participatiewet), zodat bijstand op grond van de Participatiewet pas aan de orde is indien alle andere manieren om zelf in het bestaan te voorzien, zijn uitgeput. Zie S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Boom juridisch: Den Haag 2018, p. 288.

<sup>374</sup> Cour de Cassation 4 maart 2020, ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374. Zie ook het Engelstalige persbericht en toelichtende notitie van deze Franse cassatierechter, te raadplegen via: [https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304\\_arret\\_uber\\_communique\\_eng.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_uber_communique_eng.pdf) en [https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304\\_arret\\_uber\\_note\\_%20ENGLISH.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_uber_note_%20ENGLISH.pdf).

loosheid. Zij verschilt van de bijstand (als laatst vangnet), nu de IOAW geen vermogenstoets kent en de inkomensbeperking is.<sup>379</sup> Hierdoor hoeft onder de IOAW, in tegenstelling tot de bijstand, niet eerst het eventuele vermogen (zoals een woonruimte) te worden 'opgegeten'. Een uitkering op grond van de IOAW loopt door tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (mits steeds aan de voorwaarden wordt voldaan).

11.5 De IOAW wordt geleidelijk afgebouwd. Als onderdeel van de Wet werk en zekerheid (Wwz) en in navolging van het Sociaal Akkoord 2013 kunnen werknemers die zijn geboren op of na 1 januari 1965 momenteel geen beroep meer doen op de IOAW.<sup>380</sup> Sinds 1 januari 2015 stijgt de leeftijdsgrens dagelijks met een dag totdat na verloop van tijd niemand meer onder de regeling valt.

11.6 De gemeenten zijn verantwoordelijk voor de financiering van de uitvoering van Participatiewet en de IOAW.<sup>381</sup> Zij ontvangen daarvoor een rijksbijdrage, waarbij sprake is van een gebundeld budget (namelijk een gezamenlijke geldstroom voor Participatiewet, de IOAW, de IOAZ en het Bbz 2004). Dit past in de decentralisatiegedachte.<sup>382</sup>

11.7 De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet (voorheen de WWB). In de onderhavige cassatieprocedure is de eerste Plaatsingsovereenkomst gesloten in april 2014 en de tweede plaatsingsovereenkomst in oktober 2014, en daarmee voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Participatiewet. De regeling van de participatieplaatsen uit de WWB is echter niet gewijzigd met de inwerkingtreding van de Participatiewet.

11.8 Het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) is verantwoordelijk voor (i) ondersteuning bij arbeidsinschakeling, en (ii) het aanbieden van een voorziening gericht op arbeidsinschakeling, indien dat naar het oordeel van het college noodzakelijk is (art. 34 lid 1 IOAW, zoals die bepaling luidde tot 1 januari 2015). Ten aanzien van deze ondersteuning en deze voorzieningen stelt de gemeenteraad een verordening vast (art. 35 IOAW, zoals die bepaling luidde tot 1 januari 2015). Overeenkomstig die verordening heeft de belanghebbende aanspraak op ondersteuning bij arbeidsinschakeling en op de naar het oordeel van het college noodzakelijk geachte voorziening gericht op arbeidsinschakeling (art. 36 IOAW).

11.9 Het college kan, in het kader van de ondersteuning bij de arbeidsinschakeling, de belanghebbende onbeloonde additionele werkzaamheden la-

ten verrichten gedurende maximaal twee jaar, mits de kans op inschakeling in het arbeidsproces gering is en belanghebbende daardoor vooralsnog niet bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt. Art. 38a IOAW verklaart art. 10a lid 2-6 en 8-10 Participatiewet (voorheen: WWB) en art. 8 lid 1 onderdeel c (voorheen: e) en d (voorheen: f) Participatiewet (voorheen: WWB) van overeenkomstige toepassing. Deze onbeloonde additionele werkzaamheden worden aangeduid als 'participatieplaats', zie ook het opschrift van art. 10a Participatiewet (voorheen: art. 10a WWB).

11.10 Art. 10a WWB luidde als volgt:

*"Artikel 10a. Participatieplaatsen*

1. Het college kan ter uitvoering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, degene die algemene bijstand ontvangt en voor wie de kans op inschakeling in het arbeidsproces gering is en die daardoor vooralsnog niet bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, onbeloonde additionele werkzaamheden laten verrichten gedurende maximaal twee jaar.

2. Onder additionele werkzaamheden als bedoeld in het eerste lid worden primair op de arbeidsinschakeling gerichte werkzaamheden verstaan die onder verantwoordelijkheid van het college in het kader van deze wet worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid, en die niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt.

3. Voor de termijn van twee jaar, bedoeld in het eerste lid, worden werkzaamheden, verricht in het kader van een andere voorziening als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, voor maximaal zes maanden buiten beschouwing gelaten indien er naar het oordeel van het college een reëel uitzicht is op een dienstbetrekking bij degene bij wie de werkzaamheden worden verricht van dezelfde of grotere omvang die aanvangt tijdens of aansluitend op die zes maanden.

4. (...)

5. (...)

6. Het college verstrekt aan belanghebbende, telkens nadat hij gedurende zes maanden op grond van dit artikel additionele werkzaamheden heeft verricht, een premie als bedoeld in artikel 31, tweede lid, onderdeel j, indien hij naar het oordeel van het college in die zes maanden voldoende heeft meegewerkt aan het vergroten van zijn kans op inschakeling in het arbeidsproces.

7. (...)

8. Met betrekking tot degene die op grond van het eerste lid additionele werkzaamheden verricht, beoordeelt het college na een periode van negen maanden na de aanvang van die werkzaamheden of de toepassing van dit artikel zijn kans op inschakeling in het arbeidsproces heeft vergroot. Indien dat niet het geval is wordt het verrichten van de additionele werkzaamheden twaalf maanden na aanvang van die werkzaamheden beëindigd.

9. (...)

379 Zie bijv. S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Boom juridisch: Den Haag 2018, p. 317.

380 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 april 2013, 'Resultaten sociaal overleg', 2013-0000045997, p. 8. Met art. XXXI onder A van de Wwz (Stb. 2014/216) is dit neergelegd in art. 2 IOAW.

381 Waarbij de aanvraag van een IOAW-uitkering overigens bij het UWV geschiedt.

382 Zie meer hierover S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Boom juridisch: Den Haag 2018, par. 2.10.2.

10. (...).”

11.11 Het huidige art. 10a Participatiewet (in werking getreden per 1 januari 2015) is gelijklopend aan art. 10a WBB.

11.12 De belanghebbende heeft bepaalde medewerkingsverplichtingen. Zo is de belanghebbende verplicht om naar vermogen te trachten algemeen geaccepteerde arbeid te verkrijgen en die te aanvaarden, als werkzoekende ingeschreven te staan bij het UWV, na te laten hetgeen inschakeling in de arbeid belemmert, gebruik te maken van een door het college aangeboden voorziening (waaronder begrepen sociale activering, gericht op arbeidsinschakeling) en mee te werken aan een onderzoek naar zijn of haar mogelijkheden tot arbeidsinschakeling, naar vermogen door het college opgedragen onbeloonde maatschappelijke nuttige werkzaamheden te verrichten die worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid en die niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt (art. 37 lid 1 jo. 16a IOAW).

Schending van verplichtingen door de belanghebbende kan (en soms: zal) leiden tot maatregelen zoals weigering of verlaging van de uitkering (art. 20 IOAW) of tot oplegging van een bestuurlijke boete (art. 20a IOAW).

11.13 Er is een verschil tussen enerzijds de voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling uit art. 9 lid 1 onder b Participatiewet (inclusief de participatieplaatsen uit art. 10a Participatiewet) en anderzijds de tegenprestatie naar vermogen uit art. 9 lid 1 onder c Participatiewet. Het doel van de voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling, en dus ook van de *participatieplaatsen*, is om de kans op het verkrijgen van regulier betaald werk te vergroten. Dit is dus een re-integratievoorziening. Het werken op een participatieplaats is uitdrukkelijk bedoeld als een tijdelijke voorziening.<sup>383</sup> De *tegenprestatie* naar vermogen daarentegen is de verplichting om *‘naar vermogen door het college opgedragen onbeloonde maatschappelijke nuttige werkzaamheden te verrichten die worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid en die niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt.’* Hier gaat het er dus om dat de uitkeringsgerechtigde voor de uitkering ‘iets terugdoet voor de maatschappij’.

11.14 Aan het verrichten van arbeid op een participatieplaats is een stimuleringspremie verbonden. De rechtvaardiging van deze premie is gelegen in de potentieel langdurige investering van de uitkeringsgerechtigde, aldus de regering. De stimuleringspremie wordt verstrekt als de betrokkene naar het oordeel van het college voldoende heeft meegewerkt aan de vergroting van zijn kans op een reguliere plek in het arbeidsproces.<sup>384</sup> Dit wordt steeds na een periode van zes maanden beoordeeld (art. 10a lid 6

Participatiewet).<sup>385</sup> Op grond van art. 8a lid 1 onder d Participatiewet stelt de gemeenteraad bij verordening regels met betrekking tot de stimuleringspremie.<sup>386</sup> Deze stimuleringspremie is ook van toepassing op voor uitkeringsgerechtigden die vanuit de IOAW werkzaamheden verrichten op een Participatieplek (zie art. 38a IOAW).

11.15 Naast de participatieplaatsen en de tegenprestatie kent de Participatiewet ook enkele andere werkgerelateerde voorzieningen, zoals beschut werk (art. 10b Participatiewet) en werken met loonkostensubsidie (art. 10c en 10d Participatiewet). Bij die voorzieningen gaat het echter om werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst, anders dan bij de participatieplaats en de tegenprestatie.

11.16 Aanvankelijk bevatte de WWB geen expliciete grondslag om uitkeringsgerechtigden bij wijze van re-integratievoorziening met behoud van uitkering te laten werken. De wet bepaalde daarover slechts in algemene bewoordingen dat de belanghebbende om in aanmerking te komen voor een bijstandsuitkering, verplicht is gebruik te maken van een door het college aangeboden voorziening gericht op arbeidsinschakeling, en dat daarover bij verordening regels kunnen worden gesteld (art. 8 en 9 WBB).

11.17 In de memorie van toelichting bij de WWB is te lezen dat het uitgangspunt ‘werk boven inkomen’ centraal staat in het wetsvoorstel, en dat alle inspanningen van betrokkene en gemeente dienen te zijn gericht op arbeidsinschakeling. Re-integratie is het geheel van activiteiten dat leidt tot arbeidsinschakeling. De wet stelt het college daarvoor medeverantwoordelijk door de opdracht de cliënt bij zijn arbeidsinschakeling te ondersteunen. Indien betaalde arbeid nog niet aan de orde is, is de betrokkene verplicht om gebruik te maken van door de gemeente aangeboden voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling (in de memorie van toelichting aangeduid als re-integratieverplichting), waarbij expliciet is gekozen om geen nadere voorwaarden te stellen aan de invulling daarvan door de gemeente, zodat optimaal maatwerk mogelijk is.<sup>387</sup> In de memorie van toelichting bij de WWB is verder te lezen dat de verplichting om mee te werken aan werken met behoud van uitkering alleen mag worden opgelegd indien de te verrichten werkzaamheden noodzakelijk zijn om uit te stromen naar regulier werk, dat altijd sprake is van een beperkte periode (waarbij een periode van zes maanden werd genoemd), en dat de werkzaamheden gepaard moeten gaan met goede individuele begeleiding en afstemming op de capaciteiten van de cliënt.<sup>388</sup> Verder vermeldt de memorie van toelichting dat het van belang is dat de gemeente rekening houdt met de grenzen van het arbeidsrecht. Als de feitelijke situatie niet we-

383 S. Klosse, De door de overheid gesubsidieerde werknemer, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, par. 15.4.2.1 en vtn. 23 daarbij.

384 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 650, nr. F, p. 3, 6 en 7.

385 De premie bedraagt momenteel € 2.570 per kalenderjaar, zie art. 31 lid 2 sub j Participatiewet.

386 Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Participatiewet was dit geregeld in art. 8 WWB.

387 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3 (MvT), p. 4-6.

388 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3 (MvT), p. 39.

zenlijk verschilt van een situatie waarbij sprake is van een dienstbetrekking, kan betrokkene via de rechter loonbetaling afdwingen.<sup>389</sup>

11.18 Na inwerkingtreding van de WWB bleek dat de gemeenten huiverig waren om uitkeringsgerechtigden gedurende langere periode te laten werken met behoud van uitkering.<sup>390</sup> Om die reden is per 18 juli 2008 het hiervoor (onder 11.10) geciteerde art. 10a WWB ingevoerd, waarmee er een meer specifieke wettelijke grondslag werd gecreëerd voor de participatieplaats in de WWB, de IOAW en de IOAZ. Deze wet zal ik aanduiden als de Wet Participatieplaatsen.<sup>391</sup>

11.19 In de memorie van toelichting bij de Wet Participatieplaatsen – die dus strekte tot een wijziging van onder meer de WWB – valt onder meer het volgende te lezen (mijn cursiveringen).<sup>392</sup>

*“1. Aanleiding*

(...)

Daarbij is geconstateerd dat de huidige wettelijke kaders onvoldoende zekerheid bieden voor gemeenten om deze mensen optimaal te kunnen helpen en veel gemeenten huiverig zijn om uitkeringsgerechtigden gedurende langere periode te laten werken met behoud van uitkering. *Met het thans voorliggende wetsvoorstel wil de regering mogelijke angst van gemeenten wegnemen dat de rechter zal oordelen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering.* Uitgangspunt daarbij is dat recht wordt gedaan aan de beleidsvrijheid die gemeenten met de Wet werk en bijstand (WWB) hebben gekregen als het gaat om reïntegratie. Dit betekent concreet dat de invulling van de doelgroep, indicatiestelling en inhoud en omvang van de werkzaamheden de verantwoordelijkheid is van de gemeenten..

(...)

*2 Keuze juridische vormgeving*

(...)

Het is binnen de WWB, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen

(IOAZ) al mogelijk om uitkeringsgerechtigden te laten werken met behoud van uitkering. Op dit moment is echter onduidelijk in hoeverre de rechter de duur van het werken met behoud van uitkering meeweegt in zijn oordeel of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dienaangaande is nog geen jurisprudentie bekend. *Door de voorgestelde aanpassing van de WWB, IOAW en IOAZ wordt vermeden dat bij het verrichten van werkzaamheden, zolang voldaan wordt aan de voorwaarden zoals opgenomen in het eerste juncto vierde lid van de voorgestelde artikelen 10a van de WWB en 38 van de IOAW en IOAZ, sprake is van een arbeidsovereenkomst.*

(...)

De terugkeerbanen dienen perspectief te bieden aan de uitkeringsgerechtigden die nog niet beschikbaar zijn voor regulier werk. *Daarom zijn terugkeerbanen uitsluitend additioneel van aard, voor een specifieke doelgroep en kunnen voor een langere periode van maximaal twee jaar – worden ingezet. Daarmee zijn de terugkeerbanen een specifieke vorm van werken met behoud van uitkering.*

(...)

*5 Begeleiding*

Begeleiding van de mensen is een belangrijk aspect van de terugkeerbanen. De invulling hiervan is een gemeentelijke verantwoordelijkheid. Het ligt in de rede dat regelmatig wordt gekeken naar het functioneren van de betrokkene en bezien wordt of de desbetreffende terugkeerbaan nog steeds de juiste weg naar werk is. Daarnaast is het belangrijk dat er goede begeleiding plaatsvindt bij het uitvoeren van de werkzaamheden (voorzover dit wenselijk is voor het functioneren van de betrokkene in de werkzaamheden). Dit is de verantwoordelijkheid van de partij bij wie betrokkene werkzaamheden verricht.

(...)

*6 Duur*

Uitgangspunt van de regering voor wat betreft reïntegratie-instrumenten is dat deze tijdelijk van aard zijn en maximaal perspectief op regulier werk blijven bieden. (...) Er zit dus een bepaalde maximum duur aan de terugkeerbanen. De gedachte hierachter is dat als iemand na een langere periode van werkzaamheden nog geen stap hoger op de reïntegratieladder kan zetten, de terugkeerbaan blijikbaar niet (meer) het geschikte reïntegratie-instrument voor de betrokkene is.

(...)

*7 Beloning en financiering*

*De werkzaamheden in een terugkeerbaan vinden niet plaats in het kader van een arbeidsovereenkomst. De betrokkene heeft derhalve geen recht op loon. Wel heeft hij recht op WWB-, IOAW- of IOAZ-uitkering.*

(...)

11.20 De in deze passage genoemde ‘terugkeerbanen’ zijn participatieplaatsen. Tijdens het wetge-

<sup>389</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 870, nr. 3 (MvT), p. 39.

<sup>390</sup> Zie o.m. de MvT bij de het hierna te bespreken Wet Participatieplaatsen en ook de Brief van de Staatssecretaris van SZW gedurende de parlementaire behandeling van die wet (Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 25).

<sup>391</sup> Wet van 10 juli 2008 tot wijziging van de Wet werk en bijstand, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen om gemeenten meer zekerheid te geven dat mensen met een kleine kans op inschakeling in het arbeidsproces met behoud van uitkering gedurende maximaal 2 jaar onbeloofde additionele werkzaamheden kunnen verrichten, Stb. 2008/284.

<sup>392</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 650, nr. 3 (MvT), p. 1-5.

vingstraject is de term 'terugkeerbaan' gewijzigd in 'participatieplaats'.<sup>393</sup> De reden hiervoor was dat helder diende te zijn dat het hier niet om *banen* gaat.<sup>394</sup> Overigens had de staatssecretaris een voorkeur voor de term 'participatietraject' boven de uiteindelijke benaming 'participatieplaats', omdat daarmee de dynamiek wordt aangegeven.<sup>395</sup>

11.21 In antwoord op vragen vanuit de Eerste Kamer heeft de regering participatieplaatsen als volgt omschreven:

"Participatieplaatsen zijn tijdelijke, onbeloonde en additionele werkzaamheden met behoud van uitkering in het kader van de re-integratie voor uitkeringsgerechtigden met een kleine kans op inschakeling in het arbeidsproces ten gevolge van persoonlijke werkbelemmeringen en die daardoor vooralsnog niet bemiddelbaar zijn op de arbeidsmarkt."<sup>396</sup>

Daarmee is de essentie van de Wet Participatieplaatsen ongewijzigd gebleven ten opzichte van de (hiervoor onder 11.19 geciteerde) memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.<sup>397</sup>

Additionalen werkzaamheden en de mogelijkheid van kwalificatie als een arbeidsovereenkomst

11.22 Uit de wetgeschiedenis komt duidelijk naar voren dat beoogd is dat het verrichten van werkzaamheden op een participatieplaats niet leidt tot de kwalificatie als arbeidsovereenkomst. Uitgangspunt is dan ook dat een participatieplaats in beginsel géén arbeidsovereenkomst is. Maar uit de wetgeschiedenis komt ook naar voren dat *niet is uit te sluiten* dat sprake is van een arbeidsovereenkomst; benadrukt wordt immers dat door de voorgestelde wetswijziging vermeden wordt dat bij het verrichten van werkzaamheden op een participatieplaats sprake is van een arbeidsovereenkomst, "zolang voldaan wordt aan de voorwaarden zoals opgenomen in het eerste juncto vierde lid van de voorgestelde artikelen 10a van de WWB en 38 van de IOAW" (zie het citaat aangehaald onder 11.19).

11.23 Daaruit volgt dat als *niet* (meer) is voldaan aan de voorwaarden van art. 10a lid 1 WWB (thans: Participatiewet), onder meer doordat *geen* sprake is van additionele werkzaamheden, het verrichten van werkzaamheden op een participatieplaats wel degelijk kan leiden tot een arbeidsovereenkomst.

11.24 Uit art. 10a lid 1 WWB (thans: Participatiewet) blijkt dat participatieplaatsen bedoeld zijn als re-integratievoorziening waarbij additionele werkzaamheden worden verricht. Onder additionele

werkzaamheden moet worden verstaan, zo blijkt uit lid 2 van art. 10a WWB (thans: Participatiewet), werkzaamheden die (i) primair zijn gericht op de arbeidsinschakeling, en (ii) onder verantwoordelijkheid van het college in het kader van deze wet worden verricht naast of in aanvulling op reguliere arbeid, en (iii) niet leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt. Breure omschrijft deze vereisten als volgt:<sup>398</sup>

- het *doel* van de werkzaamheden (deze moeten gericht zijn op de arbeidsinschakeling);
- de *verantwoordelijkheid* voor de verrichte werkzaamheden (deze berust bij het college van burgemeester en wethouders);
- de *aard* van de werkzaamheden (naast of in aanvulling op reguliere arbeid, geen verdringing en geen beïnvloeding van concurrentieverhoudingen).

11.25 Volgens Klosse moet het bij additionele werkzaamheden gaan om activiteiten die speciaal gecreëerd zijn met het specifieke doel om de betrokkene onder begeleiding werkervaring te laten opdoen dan wel om een duidelijker beeld te krijgen van de onderliggende problemen, zodat die problemen met gerichte ondersteuning kunnen worden aangepakt. De eis dat de activiteiten speciaal voor de betrokkene moeten zijn gecreëerd betekent trouwens niet dat het niet om een bestaande functie kan gaan. Vereist is dan wel dat de betrokkene die functie alleen met speciale ondersteuning en begeleiding kan uitvoeren. De wet spreekt in dit verband van werkzaamheden die onder verantwoordelijkheid van de bevoegde uitkeringsinstantie, naast of in aanvulling op reguliere arbeid worden verricht en verbindt daaraan de voorwaarde dat dit niet tot verdringing van reguliere arbeidsplaatsen op de arbeidsmarkt mag leiden, zo schrijft Klosse.<sup>399</sup>

11.26 In een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep is nader uitgewerkt wanneer sprake is van 'additionele werkzaamheden'.<sup>400</sup> In deze uitspraak ging het om een verzoek van een bijstandsgerechtigde om toekenning van een stimuleringspremie (zie onder 11.14). Betrokkene had vrijwilligerswerk verricht bij de Stichting Vluchtelingenwerk, als onderdeel van het trajectplan dat tot doel had om zijn kans op werk te vergroten. De Centrale Raad van Beroep overwoog het volgende (mijn cursivering):

"4.7. De beroepsgrond van appellant dat bij vrijwilligerswerk altijd sprake is van een additionele functie slaagt niet. *Een functie die binnen een organisatie regulier voorkomt is immers, gelet op de memorie van toelichting en gelet op de in 4.5 ge-*

393 Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 22 (Nota van Wijziging).

394 Zoals blijkt uit het verslag van het wetgevingsoverleg van 23 oktober 2006, zie Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 26 (met name p. 3, 4, 24, 28 en 30).

395 Zie p. 4 van voornoemd verslag.

396 Kamerstukken I 2007/08, 30 650, nr. F, p. 2.

397 Ondanks een 'pauze' in de behandeling tussen Tweede Kamer en Eerste Kamer van meer dan anderhalf jaar en een regeringswisseling. Zie Kamerstukken I 2007/08, 30 650, nr. H, p. 3 en 7.

398 J.A. Breure, *Module Re-integratie (Kluwer)*, commentaar op art. 10a Participatiewet, aant. 1.4 (online, bijgewerkt t/m 29 april 2020).

399 S. Klosse, De door de overheid gesubsidieerde werknemer, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, par. 15.4.2.2.

400 CRvB 29 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3300, RSV 2015/246 m.nt. H. van Deutekom.

noemde brief van de staatssecretaris,<sup>401</sup> geen participatieplaats en daarbij maakt het niet uit of die functie al dan niet in een commercieel bedrijf wordt bekleed. Van een participatieplaats kan bij een functie die binnen een organisatie regulier voorkomt alleen sprake zijn als deze bovenformatief (extra) is en alleen met speciale begeleiding te verrichten.

4.8. Niet in geschil is dat de functie die appellant bij Vluchtelingenwerk vervulde geen speciaal gecreëerde functie was, maar een reguliere functie. In dit geval kan dus alleen sprake zijn van een participatieplaats als vaststaat dat appellant de functie die hij vervulde alleen met speciale begeleiding kon verrichten. (...) Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een functie die hij alleen met specifiek op hem gerichte begeleiding kon verrichten. Ook het feit dat in het trajectplan is vastgelegd dat de begeleiding van het vrijwilligerswerk van appellant door Vluchtelingenwerk wordt bewaakt door een medewerker van de gemeente Bergen maakt niet dat het om een dergelijke functie gaat. Deze begeleiding hield immers niet meer in dan het monitoren van de activiteiten van appellant die gericht zijn op re-integratie in het arbeidsproces. Ook de subsidiaire beroepsgrond slaagt dus niet.

4.9. Uit 4.2 tot en met 4.8 volgt dat appellant vanaf 1 januari 2012 met zijn werkzaamheden bij Vluchtelingenwerk geen additionele werkzaamheden als bedoeld in artikel 10a, tweede lid, van de WWB verrichte en dus niet in aanmerking kwam voor een premie als bedoeld in het zesde lid van dat artikel."

11.27 Uit deze overwegingen is het volgende af te leiden:

- als sprake is van het verrichten van werkzaamheden op een reguliere functie, is in beginsel geen sprake van additionele werkzaamheden;
- dit is alleen anders indien (i) het gaat om een bovenformatieve (extra) functie en (ii) betrokkene de werkzaamheden alleen met speciale begeleiding kan verrichten.

11.28 Zoals al eerder aan de orde kwam (zie onder 5.57) beoordeelt de Centrale Raad van Beroep aan de hand van de feitelijke uitvoering die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven of sprake is van een arbeidsovereenkomst. In een zaak waarin het UWV zich op het standpunt stelde dat sprake was van werkzaamheden in het kader van een re-integratietraject (en dus niet van een arbeidsovereenkomst), overwoog de Centrale Raad, onder verwijzing naar de fiscale arresten *De Gouden Kooi* en *Notarissen-I*, dat uit de feitelijke uitvoering van de overeenkomst blijkt dat aan de door betrokkene verrichte werkzaamheden een economische waarde toekomt; dat niet gebleken is dat betrokkene

scholingen of trainingen heeft gevolgd of met andere activiteiten gericht op uitstroom naar regulier werk bezig is geweest en dat daaruit volgt dat de door hem verrichte werkzaamheden niet waren gericht op het vergroten van kennis en het opdoen van werkervaring maar op het leveren van productie. Dat betekent dat betrokkene en diens werkgever (die zich ook op het standpunt had gesteld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst) aan hun overeenkomst uitvoering hebben gegeven op een wijze die met hun bedoeling in overeenstemming.<sup>402</sup>

11.29 Voor wat betreft de eis dat geen sprake mag zijn van verdringing van reguliere arbeid is nog te wijzen op de 'Handreiking Verdringing voorkomen bij het bevorderen van arbeidsparticipatie' van Divosa (Divosa is de vereniging van gemeentelijke directeuren in het sociaal domein).<sup>403</sup> In de 'checklist voor de preventie van verdringing bij de tegenprestatie' die in de Divosa-Handreiking is opgenomen staat onder meer het volgende:

"(...)

3. Het mag geen functie zijn waar anderen met een vergelijkbare functie voor worden betaald.

4. Bij de organisatie waar de werkzaamheden worden verricht is in het voorgaande jaar geen vacature geweest voor de betreffende werkzaamheden.

(...)

7. Er is minimaal één vaste medewerker of vrijwilliger aanwezig voor de dagelijkse begeleiding (om bijvoorbeeld praktische vragen te beantwoorden of opdrachten te geven).

8. De werkzaamheden vormen een additionele functie: het is een takenpakket naast het reguliere functiegebouw van de organisatie.

9. (...)."

Eenzelfde functie waar anderen voor worden betaald, kan dus in beginsel niet als participatieplaats worden ingevuld.

11.30 Klosse gaat uitgebreid in op de problematiek van het onderscheid tussen werkzaamheden op een participatieplaats en werkzaamheden in het kader van een arbeidsovereenkomst.<sup>404</sup> Zij schrijft dat de voordelen die het werken met behoud van uitkering voor beide partijen heeft, niet uitsluit dat degene die de werkzaamheden met behoud van zijn uitkering verricht, de werkgever na verloop van tijd aanspreekt tot loonbetaling. Of inderdaad sprake is van een arbeidsovereenkomst, zal afhangen van het

<sup>402</sup> CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2025. Vgl. ook CRvB 8 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX4516; CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2046. Zie over deze uitspraken ook A. Eleveld, 'De arbeidsrechtelijke bescherming van werkende bijstandsgerechtigden', *ArbeidsRecht* 2015/27, par. 2.

<sup>403</sup> De Handreiking is te vinden op de website van Divosa.

<sup>404</sup> S. Klosse, 'De door de overheid gesubsidieerde werknemer', in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, par. 15.4.2.3.

<sup>401</sup> De CRvB verwees in de voorafgaande rechtsoverwegingen naar de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Participatieplaatsen (Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 3) en naar de brief van de Staatssecretaris van SZW, die is te vinden als Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 25.

geheel van de omstandigheden die in onderlinge samenhang moeten worden gezien en gewogen.

11.31 Hier doet zich een verschil met de categorische uitsluiting van bestuurders van beursgenoteerde naamloze vennootschappen, van wie op grond van art. 2:132 lid 3 BW de arbeidsrelatie nimmer als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt. Eenzelfde systematiek wordt in Duitsland gebruikt ten aanzien van de werkende uitkeringsgerechtigden.<sup>405</sup> In Nederland is daar kennelijk niet voor gekozen.

11.32 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verrichten van werkzaamheden op een participatieplaats niet uitsluit dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst, namelijk als niet voldaan is aan de wettelijke vereisten van art. 10a lid 1 Participatiewet, waaronder de eis dat sprake moet zijn van 'additionele werkzaamheden'. Dat een participatieplaats toch kan kwalificeren als arbeidsovereenkomst, sluit niet alleen aan bij de uitlatingen tijdens de wetgeschiedenis van de Wet Participatieplaatsen maar ook bij de in § 5 uiteengezette materiële benadering van de kwalificatievraag. Zoals besproken, gaat het er niet om of partijen *beoogd* hebben om een arbeidsovereenkomst te sluiten, maar om de vraag of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.

11.33 Bij het voorgaande dient nog wel bedacht te worden dat het onwenselijk is indien gemeenten geen gebruik meer zouden maken van de participatieplaats als wettelijk geregelde re-integratievoorziening, omdat (te) snel zou worden aangenomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst met de uitkeringsgerechtigde. In die zin kan een parallel worden getrokken met de stage-overeenkomst (zie onder 7.3-7.6). Vergelijk ook de situatie uit het *Vakkenvuller*-arrest (zie onder 8.2), waarin het ging om de vraag of de volledig arbeidsongeschikte vakkenvuller met een Wamil-uitkering en een aanvullende vergoeding van € 0,80 bruto per uur, een arbeidsovereenkomst had. A-G Wattel schetste in zijn conclusie voor dat arrest de onwenselijke gevolgen als geoordeeld zou worden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.<sup>406</sup>

11.34 Eleveld heeft er overigens op gewezen dat gemeenten steeds minder gebruik maken van participatieplaatsen als voorziening ter bevordering van de arbeidsinschakeling. Zij schrijft dat de redenen hiervoor vermoedelijk zijn de relatief hoge kosten van de participatieplaatsen (bij afnemende financieringsstromen voor re-integratie vanuit het rijk) en dat deze plaatsen nauwelijks rendement opleveren voor wat betreft de uitstroom, aangezien ze bedoeld

zijn voor bijstandsgerechtigden met een grote afstand tot de arbeidsmarkt.<sup>407</sup>

11.35 Van Deutekom noemt de administratieve belasting en de kostbaarheid van het instrument (vanwege scholing en premies). Volgens hem heeft de participatieplaats '*zich nimmer in grote populariteit [...] kunnen verheugen*', en wordt er '*slechts mondjesmaat gebruik van gemaakt*'.<sup>408</sup>

## 12 Bespreking van het cassatiemiddel

12.1 Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen (aangeduid als 2.1 t/m 2.5), met verschillende subonderdelen.

12.2 Uitgangspunt bij de bespreking van de cassatieklachten is dat betrokkene tot de doelgroep van participatieplaatsen behoort.<sup>409</sup> Het hof heeft immers in rov. 3.4 overwogen (i) dat betrokkene ten tijde van de plaatsing in 2014 al geruime tijd werkloos was en sinds 1 december 2012 een IOAW-uitkering ontving, (ii) dat het college op grond van de IOAW en de Participatiewet (voorheen WWB) personen zoals zij dient te ondersteunen bij de arbeidsinschakeling en daarbij zo nodig een voorziening, waaronder begrepen sociale activering, gericht op arbeidsinschakeling te bepalen en aan te bieden, en (iii) dat op grond van die publiekrechtelijke taak (en bevoegdheid) het college betrokkene in het participatietraject heeft geplaatst. In deze feitelijke vaststellingen – in cassatie onbestreden – ligt besloten dat betrokkene een grote afstand tot de arbeidsmarkt had en niet bemiddelbaar was voor regulier werk en daarom is geplaatst in het participatietraject, waarmee in cassatie eveneens vaststaat dat zij tot de doelgroep van participatieplaatsen behoort.<sup>410</sup>

12.3 *Onderdeel 2.1* komt op tegen rov. 3.4-3.7, waarin het hof oordeelt of tussen betrokkene en de gemeente een arbeidsovereenkomst heeft bestaan en tot de slotsom komt dat dit niet het geval is.

12.4 *Subonderdeel 2.1-1* bevat een rechtsklacht en een motiveringsklacht tegen het eerste gedeelte van rov. 3.5. Daarin leidt het hof uit de parlementaire geschiedenis van de WWB af dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken, en brengt het hof tot uitdrukking dat het aan dit gegeven grote waarde toekent.

12.5 Ter onderbouwing van de klachten wijst betrokkene er onder meer op dat het hof in rov. 2.4

407 A. Eleveld, 'Werken met behoud van uitkering in de Participatiewet en in de werknemersverzekeringen', AA februari 2019, p. 112. Zie ook A. Eleveld & S. Klosse, 'Van bijstand naar duurzaam werk', TAC 2019, nr. 2/3, p. 32.

408 Zie zijn annotatie bij CrVB 29 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3300, RSV 2015/246.

409 Ik constateer dit omdat men zich bij lezing van de processtukken kan afvragen of betrokkene wel behoorde tot de doelgroep voor een participatieplaats. Vgl. ook Eleveld, die in haar annotatie in JAR 2019/216 bij het bestreden arrest schrijft: '*Verder blijkt uit het recht op een IOAW-uitkering dat betrokkene eerder betaalde arbeid heeft verricht en is het onduidelijk waarom een mogelijke afstand tot de arbeidsmarkt niet reeds na de eerste plaatsing van zes maanden was overbrugd.*'

410 Zie ook s.t. gemeente Amsterdam, par. 3.4 en 3.5.

405 SGB II, par. 16d onder 7, waar valt te lezen: '*(...) Die Arbeiten begründen kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts und auch kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Vierten Buches; (...)*'.

406 Conclusie A-G Wattel vóór HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, USZ 2013/129 m.nt. G.C. Boot (*Vakkenvuller*).

en 2.5 refereert aan de Participatiewet en die kenmerkend van toepassing acht op de onderhavige zaak, terwijl beide Plaatsingsovereenkomsten zijn aangegaan voorafgaand aan de inwerkingtreding daarvan. Ten onrechte zou het hof dan ook acht hebben geslagen op de parlementaire geschiedenis van de Participatiewet.

12.6 De klacht slaagt niet. De relevante bepaling uit de WWB is niet gewijzigd met de Participatiewet (zie onder 11.11). Ook het hof is daarvan uitgegaan, zoals blijkt uit rov. 2.4. Daarin overweegt het hof dat art. 10a van de Participatiewet voorheen art. 10a van de WWB was. De parlementaire geschiedenis waarnaar het hof verwijst, is de memorie van toelichting bij de Wet Participatieplaatsen, waarmee per 18 juli 2008 de participatieplaats in de wet (destijds de WWB, thans de Participatiewet) is verankerd (zie onder 11.19).

12.7 Verder wordt bij subonderdeel 2.1-I gesteld dat uit de wetsgeschiedenis van de WWB juist niet, althans niet zonder meer, blijkt dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Uit de memorie van toelichting bij de WWB blijkt precies het omgekeerde, namelijk dat als de gemeente rekening moet houden met de grenzen van het arbeidsrecht en dat als de feitelijke situatie niet wezenlijk verschilt met de situatie waarbij sprake is van een dienstbetrekking, betrokkene via de rechter loonbetaling kan afdwingen.<sup>411</sup>

12.8 Ook deze klacht slaagt niet. Het doel van de Wet Participatieplaatsen was het wegnemen van mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het is dan ook zeker niet onbegrijpelijk dat het hof uit de wetsgeschiedenis van de Wet Participatieplaatsen heeft afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is dat een participatieplaats niet (tevens) als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De memorie van toelichting waarnaar in de klacht verwezen wordt, is die bij de WWB en niet de meer recentere wetsgeschiedenis van de Wet Participatieplaatsen, waarbij de WWB werd gewijzigd (zie onder 11.19).

12.9 Hiermee faalt subonderdeel 2.1-I.

12.10 *Subonderdeel 2.1-II* richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het tweede gedeelte van rov. 3.5, waarin het hof overweegt dat het plaatsings-traject van betrokkene door de gemeente is vormgegeven conform de bedoeling van de wetgever.

12.11 Volgens betrokkene miskent het hof met zijn oordeel dat de gemeente in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de haar geboden voorziening, de aard en de doelstelling van die voorziening. Het is namelijk niet de bedoeling dat iemand op een participatieplaats reguliere werkzaamheden verricht, dat wil zeggen exact dezelfde werkzaamheden als zijn of haar collega's. Betrokke-

ne heeft gemotiveerd gesteld dat daarvan sprake was (onder i).

12.12 Verder wordt aangevoerd (onder ii) dat het hof ten onrechte overweegt dat betrokkene niet zou hebben bestreden dat haar cv niet aansloot bij het profiel van Medewerker Servicedesk en dat zij niet alle taken zou hebben uitgevoerd.<sup>412</sup> Volgens betrokkene heeft zij in feitelijke instanties gesteld dat haar werkzaamheden in niets verschilden van haar 'flex' collega's die regulier werden betaald en dat zij meedraaide in het rooster.<sup>413</sup> Het hof heeft deze stellingen onbesproken gelaten. Ook stelt betrokkene dat de gemeente geen enkele doelstelling behorende bij de participatieplaats heeft verwezenlijkt, maar haar louter productieve arbeid heeft laten verrichten. Daarbij wordt er onder meer op gewezen dat de gemeente betrokkene scholing en/of training had moeten bieden, leerdoelen had moeten formuleren en waar mogelijk haar had moeten bemiddelen naar een reguliere baan op de arbeidsmarkt.

12.13 In aansluiting hierop wordt bij *subonderdeel 2.1-III* geklaagd dat het hof ook overigens in rov. 3.5 heeft miskend dat het bij een participatieplaats moet gaan om additionele werkzaamheden, en dat daaraan niet kan afdoen dat 'de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de betrokkene geboden voorziening' (zoals het hof aan het slot van rov. 3.5 overweegt). Ook overweegt het hof ten onrechte dat de omstandigheid dat sprake is van voor de gemeente productieve arbeid, voor de beoordeling van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, niet van doorslaggevende betekenis is. Of sprake is geweest van productieve arbeid, is juist wél van belang voor de vraag of een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, aldus de toelichting op het subonderdeel.

12.14 Bij de bespreking van deze klachten is het van belang om een onderscheid te maken tussen enerzijds de reguliere functie van Medewerker Servicedesk en anderzijds de uitzendkrachten ('flex' collega's), die een deel van de taken van de Medewerker Servicedesk verrichtten.

12.15 Het debat in feitelijke instanties hierover is als volgt verlopen. Bij inleidende dagvaarding heeft betrokkene gesteld dat zij de functie van Medewerker Servicedesk heeft vervuld en heeft zij daarvan een vacaturetekst overgelegd.<sup>414</sup> De gemeente heeft betwist dat betrokkene de taken die horen bij de functie Medewerker Servicedesk daadwerkelijk volledig en zelfstandig heeft uitgevoerd, waarbij de gemeente – onder verwijzing naar een verklaring<sup>415</sup> –

412 Verwezen wordt naar de eerste twee pagina's van de spreek aantekeningen van betrokkene in eerste aanleg en par. 3.23 van de memorie van grieven.

413 Verwezen wordt naar par. 5.1 en 4.16 van de memorie van grieven en de spreek aantekeningen in eerste aanleg p. 2.

414 Inleidende dagvaarding par. 2.6 en 2.10 en prod. 15.

415 Conclusie van antwoord, par. 3.7 en prod. 3. De verklaring is ondertekend door de afdelingsmanager servicedesk van Stadsdeel Centrum, diens plaatsvervanger en een senior medewerker servicedesk van Stadsdeel Centrum.

411 Verwezen wordt naar *Kamerstukken II 2002/03*, 28 870, nr. 3, p. 39-40.



heeft uiteengezet welke taken betrokkene wel en niet heeft uitgevoerd. Volgens de gemeente zag de vacaturetekst op een functie bij de Dienst ICT en dus niet op een functie bij stadsdeel Centrum, terwijl die functies naar aard en inhoud wezenlijk van elkaar afwijken.<sup>416</sup> Tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg heeft betrokkene gesteld dat de gemeente heeft nagelaten de juiste vacaturetekst of functiebeschrijving over te leggen. Verder heeft zij gesteld dat zij *“net zoals haar ‘flex’collega’s de taken van medewerker servicedesk heeft uitgevoerd”* en dat zij drie van de vijf door de gemeente Amsterdam genoemde taken *‘volledig, net als haar (flex) collega’s’* heeft uitgevoerd.<sup>417</sup> De gemeente heeft dat betwist en gesteld dat het cv van betrokkene niet aansloot bij het profiel van de functie Medewerker Servicedesk, zodat betrokkene niet zou zijn aangenomen indien zij op een reguliere functie zou hebben gesolliciteerd.<sup>418</sup> In hoger beroep heeft betrokkene haar stellingen ten aanzien van de functie die zij zou hebben verricht, herhaald.<sup>419</sup>

12.16 Tegen deze achtergrond is de overweging van het hof dat betrokkene niet heeft bestreden dat haar cv niet aansloot bij het profiel van Medewerker Servicedesk omdat de benodigde ICT-kennis niet aanwezig was, en dat zij niet alle taken zou hebben uitgevoerd, begrijpelijk (rov. 3.5). Dat oordeel berust ook op een juiste rechtsopvatting, nu het hof er daarmee kennelijk vanuit gaat dat de aard van een participatieplaats zich ertegen verzet dat een betrokkene zonder begeleiding het volledige takenpakket van een reeds bestaande functie zou verrichten. Dan kan namelijk sprake zijn van een arbeidsovereenkomst (zie ook onder 11.22).<sup>420</sup>

12.17 Problematisch is echter dat het hof niet is ingegaan op de stellingen van betrokkene dat haar werkzaamheden in niets verschillen van haar *‘flex’ collega’s* die regulier werden betaald en dat zij meedraaide in het rooster. Een verwerping van deze stellingen ligt niet besloten in rov. 3.5 en 3.9, waarin het hof overweegt dat betrokkene niet dezelfde werkzaamheden heeft verricht als een Medewerker Servicedesk. Daarmee is immers niets gezegd over de werkzaamheden van de *uitzendkrachten*. Het hof laat in rov. 3.6 ook nadrukkelijk in het midden of tijdens de plaatsingsperiode van betrokkene uitzendkrachten dezelfde werkzaamheden hebben verricht. Dat betrokkene niet dezelfde werkzaamheden verrichte als een reguliere Medewerker Servicedesk maar dat zij wél dezelfde werkzaamheden als de

uitzendkrachten verrichtte, was echter juist de kern van de stellingname van betrokkene.<sup>421</sup>

“Zij heeft drie van deze vijf taken volledig, net als haar (flex) collega’s uitgevoerd. Dit waren:

- Baliewerkzaamheden
- 1<sup>ste</sup> achtervang van de telefoon
- Monitoring/bewaken van de calls en klant op de hoogte houden van de voortgang.

[Betrokkene] licht dit als volgt toe. Op de afdeling werd een rooster gemaakt voor de personen die baliewerkzaamheden deden en personen die de telefoon beantwoordden (1<sup>ste</sup> achtervang telefoon). [Betrokkene] draaide gewoon mee in dit rooster.(...)

De twee andere taken (mobiele telefonie) heeft [betrokkene] niet/bepert gedaan, maar hierin verschilde zij niet van haar collega’s die op basis van een flexibel contract als medewerker servicebalie werkten. [Betrokkene] licht dit als volgt toe. De genoemde werkzaamheden met mobiele telefoons heeft zij beperkt gedaan totdat twee vaste medewerkers deze werkzaamheden gingen doen. Het inrichten van de vaste telefonie deed geen enkele flexkracht en zo ook [betrokkene] niet. Alleen de vaste medewerkers hadden de autorisatie rechten hiervoor.(...)”

12.18 En zie ook de memorie van grieven.<sup>422</sup>

“(…) Naar aanleiding van onder meer deze vacaturestelling zijn er ook uitzendkrachten aangesteld bij de gemeente. Dat was voor [betrokkene] ook een reden om herhaaldelijk aan de bel te trekken bij de gemeente en te ijveren voor een betaalde baan. [Betrokkene] zag immers dat de gemeente regulier betaalde uitzendkrachten inzette en vond (vindt) het onbegrijpelijk dat de gemeente niet bereid was om met haar éénzelfde constructie aan te gaan, te meer omdat de gemeente belast is met de arbeidsinschakeling van [betrokkene] en er dus voor dient te ijveren dat zij uitstroomt naar regulier betaald werk. Er was dus wel degelijk sprake van verdringing.”

12.19 Door niet in te gaan op de stelling van betrokkene dat zij dezelfde werkzaamheden heeft verricht als de flexkrachten, heeft het hof in het midden gelaten of ten aanzien van die werkzaamheden sprake was van additionele werkzaamheden, zoals vereist in art. 10a Participatiewet. Maar als de stellingen van betrokkene hierover juist zouden zijn, zou wel degelijk sprake kunnen zijn van werkzaamheden die niet voldoen aan het additionaliteitsvereiste (zie onder 11.22-11.23).

12.20 Ik merk volledigheidshalve nog op dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van additionele werkzaamheden (of dat het gaat om reguliere werkzaamheden), niet relevant is dat de betreffende werkzaamheden niet door vaste krachten maar door flexkrachten wordt uitgevoerd. Dat dat wel zo zou zijn, volgt in ieder geval niet uit de wets-

416 Conclusie van antwoord, m.n. par. 3.6 en 3.9.

417 Spreekaantekeningen betrokkene t.b.v. comparitie 3 oktober 2017, p. 1 en 2. Zie ook p. 3.

418 Spreekaantekeningen gemeente Amsterdam t.b.v. comparitie 3 oktober 2017, p. 4 en 5.

419 In de memorie van grieven, par. 3.23, 4.16, 4.18 en 5.1 herhaalt betrokkene op dit punt haar stellingen uit de eerste aanleg en verwijst zij daar ook naar.

420 Zie in gelijke zin ook de gemeente Amsterdam in haar s.t., par. 2.14: *‘De werkzaamheden kunnen echter (wanneer speciale begeleiding ontbreekt) in principe niet het volledige takenpakket van een reeds bestaande functie betreffen: dan is sprake van reguliere arbeid en (mogelijk) verdringing op de arbeidsmarkt.’*

421 Zie spreekaantekeningen betrokkene t.b.v. comparitie 3 oktober 2017, p. 2.

422 Memorie van grieven, onder 4.18.

geschiedenis, de literatuur, de rechtspraak van de CRvB of de Divosa-handreiking.

12.21 Het voorgaande betekent dat het hof hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. De subonderdelen 2.1-II en 2.1-III slagen derhalve.

12.22 Volgens *subonderdeel 2.1-IV* heeft het hof miskend dat de gemeente willens en wetens misbruik heeft gemaakt van het participatietraject (door betrokkene reguliere werkzaamheden te laten verrichten zonder reguliere betaling), althans dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is of dat het hof onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang heeft gegeven. Betrokkene verwijst hiertoe naar een overzicht van haar stellingen dat zij heeft opgenomen in par. 2.1.2 van de procesinleiding in cassatie (p. 4 t/m 7).

12.23 Het subonderdeel slaagt voor zover het voortbouwt op de vorige twee subonderdelen. Nu niet is beoordeeld of betrokkene dezelfde werkzaamheden verrichtte als de uitzendkrachten, kan niet worden uitgesloten dat de gemeente betrokkene reguliere werkzaamheden heeft laten verrichten waarvoor een participatieplaats niet is bedoeld, waardoor niet zou zijn voldaan aan het additionaliteitsvereiste.

12.24 *Subonderdeel 2.1-V* houdt in dat het hof heeft miskend dat de beleidsvrijheid van de gemeente niet zover kan gaan dat zij een gemeente een werker/werknemer langere tijd kan verplichten onder dreiging van korting of stopzetting van een uitkering reguliere arbeid te verrichten en te blijven verrichten in een situatie waarbij er voor die werknemer regulier betaalde werkzaamheden voorhanden zijn maar niet aan die werknemer worden gegund.

12.25 Ook dit subonderdeel slaagt voor zover het voortbouwt op de subonderdelen 2.1-II en 2.1-III.

12.26 *Subonderdeel 2.1-VI* bevat een voortbouwklacht, die eveneens slaagt.

12.27 Hiermee slaagt onderdeel 2.1.

12.28 *Onderdeel 2.2* bevat rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 3.4 t/m 3.7, waarin het hof oordeelt dat er tussen de gemeente en betrokkene geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, onder meer omdat de bedoeling van partijen niet was gericht op het sluiten van een arbeidsovereenkomst en omdat niet aan alle vereisten van art. 7:610 BW is voldaan.

12.29 *Subonderdeel 2.2-I* richt zich tegen het oordeel van het hof in de eerste helft van rov. 3.6, waarin het hof overweegt dat: (a) niet geconcludeerd kan worden dat ten tijde van de plaatsing van betrokkene in het participatietraject het de bedoeling van partijen is geweest om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan, (b) het participatietraject zijn grondslag vond in een publiekrechtelijke wet (de Participatiewet, voorheen de WWB) op grond waarvan partijen op initiatief van de gemeente twee plaatsingsovereenkomsten hebben gesloten, (c) daarin is overeengekomen dat betrokkene tijdens de plaatsingsperiode als werkzoekende bij het UWV zou blijven ingeschreven en dat de overeenkomsten

zouden worden beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk, (d) daarmee vaststaat dat het in ieder geval niet de bedoeling van de gemeente is geweest om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, in verband waarmee het hof vaststelt dat (e) gelet op de inhoud van de e-mails van betrokkene (rov. 2.14, 2.17 en 2.18) aangenomen moet worden dat het haar duidelijk was dat zij destijds niet werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst.

12.30 *Klacht (i)* van subonderdeel 2.2-I houdt in dat het hof miskent dat er geen sprake is van een overeenstemmende partijbedoeling, omdat betrokkene – kort gezegd – in een afhankelijkheidspositie zat.

12.31 *Klacht (ii)* van subonderdeel 2.2-I klaagt dat het hof miskent dat de wetgever heeft willen voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming wordt ‘weggecontracteerd’ door een werknemer een andersoortige constructie voor te leggen.

12.32 Als gezegd ligt in de overwegingen van het hof besloten – en staat in cassatie vast – dat betrokkene tot de doelgroep van participatieplaatsen behoort en in een participatietraject is geplaatst (zie onder 12.2). In dat licht heeft het hof kunnen overwegen dat de gemeente niet de bedoeling had om een arbeidsovereenkomst aan te gaan en dat aangenomen moet worden dat het betrokkene duidelijk was dat zij destijds niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was. Het hof heeft echter in het vervolg van rov. 3.6 ook beoordeeld of voldaan is aan de elementen van een arbeidsovereenkomst (loon, gezag en arbeid). Daaruit blijkt dat het hof onder ogen heeft gezien dat ook als de partijbedoeling niet is gericht op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, daarvan toch sprake kan zijn (zie ook § 5 van deze conclusie).

12.33 Hiermee falen de klachten (i) en (ii) van het subonderdeel.

12.34 *Klacht (iii)* van subonderdeel 2.2-I houdt in dat het hof heeft miskend dat betrokkene diverse pogingen heeft ondernomen om de gemeente te bewegen om met haar een betaalde dienstbetrekking aan te gaan. Hieruit volgt dat de gemeente bekend was met de werkelijke partijbedoeling van betrokkene: zij was ten volle bereid om regulier werk te doen voor de gemeente, maar wenste daarvoor ook adequaat te worden betaald, aldus de klacht.

12.35 Ook deze klacht slaagt niet. Dat betrokkene liever reguliere werkzaamheden tegen een normaal salaris zou verrichten, doet niet af aan de bedoeling van de gemeente om betrokkene in het kader van haar IOAW-uitkering een participatieplaats aan te bieden. Daarmee is – uiteraard, zo volgt ook het voorgaande – niet gezegd dat de enkele bedoeling van een gemeente steeds in de weg zou staan aan de kwalificatie als arbeidsovereenkomst.

12.36 *Klacht (iv)* bevat enkel een veegklacht en behoeft geen afzonderlijke behandeling.

12.37 Hiermee falen alle klachten van subonderdeel 2.2-I.

12.38 *Subonderdeel 2.2-II* is gericht tegen de zevende volzin van rov. 3.6 (aansluitend aan het met

subonderdeel 2.2-I bestreden gedeelte), waarin het hof overweegt dat ook als ervan wordt uitgegaan dat betrokkene dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's hebben verricht, dit gelet op de wetsgeschiedenis van de Wet Participatieplaatsen niet zonder meer maakt dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken. Geklaagd wordt dat het hof hiermee miskent dat de wijze waarop partijen invulling hebben gegeven aan de overeenkomst, mede bepalend is voor wat partijen daadwerkelijk voor ogen heeft gestaan.

12.39 De overweging van het hof dat niet *zonder meer* van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken indien tijdens de plaatsingsperiode uitzendkrachten dezelfde functie als betrokkene zouden hebben vervuld, is op zichzelf juist. Daarmee faalt het subonderdeel.

12.40 *Subonderdeel 2.2-III* richt zich op de achtste en negende volzin uit rov. 3.6:

“Daarnaast heeft te gelden dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van [betrokkene] en de aan [betrokkene] na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen, anders dan [betrokkene] heeft betoogd, niet als zodanig worden aangemerkt.”

Geklaagd wordt dat het hof hetzij uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting van het loonbegrip, hetzij geen inzicht in zijn gedachtegang heeft gegeven, dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

12.41 De stimuleringspremies zijn aan betrokkene toegekend op grond van art. 10a lid 6 Participatiewet/WWB jo. art. 38a IOAW, omdat zij voldoende heeft meegewerkt aan de vergroting van haar kans op een reguliere plek in het arbeidsproces. Hiermee is het verband tussen de werkzaamheden en de premie gegeven. Dat deze premie dient ter stimulering van de inspanning die de betrokkene zich heeft getroost om zijn arbeidsmarktpositie te verbeteren, is onvoldoende om te oordelen dat geen sprake zou kunnen zijn van loon, nu onmiskenbaar sprake is van een verband tussen de werkzaamheden van betrokkene en de haar toegekende premie. Dat betrokkene de premies ook had kunnen krijgen als zij zich voldoende had ingespannen in het kader van een *andere* door de gemeente aangeboden re-integratievoorziening (zoals door de gemeente in cassatie wordt betoogd<sup>423</sup>), maakt dit niet anders. De realiteit is immers dat betrokkene de premies heeft ontvangen *omdat* zij de werkzaamheden heeft verricht. Het oordeel van het hof dat de aan betrokkene toegekende premies niet als loon kunnen worden aangemerkt, getuigt dan ook van een onjuiste rechtsopvatting.

12.42 Ten overvloede: zelfs indien de stimuleringspremie er niet toe zou strekken om een tegenprestatie voor het werk te zijn maar dient ter stimulering van de inspanning die betrokkene zich heeft

getroost om zijn arbeidsmarktpositie te verbeteren,<sup>424</sup> is niet uitgesloten dat zo'n premie als loon in de zin van art. 7:610 BW zou kunnen kwalificeren. Als dat anders zou zijn, zou immers per definitie geen sprake kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst indien werkzaamheden worden verricht op een (vermeende) participatieplaats. Dat zou in strijd zijn met de herhaalde uitlatingen in de wetsgeschiedenis (zie ook onder 11.22-11.23), misbruik in de hand kunnen werken en afdoen aan de rechtsbescherming van uitkeringsgerechtigden.<sup>425</sup>

12.43 Ik merk nog op dat ook een (zeer) kleine vergoeding als loon kan kwalificeren. Dat volgt uit het *Vakkenvuller*-arrest van de fiscale kamer (zie onder 8.2).

12.44 Hiermee slaagt subonderdeel 2.2-III.

12.45 *Subonderdeel 2.2-IV* komt op tegen het slot van rov. 3.6. Het hof overweegt daar:

“Verder gaat de vergelijking met de stageovereenkomst niet op. Allereerst heeft een stageovereenkomst een ander(e) doel en strekking dan een plaatsingsovereenkomst met betrekking tot een participatieplaats. Daarnaast miskent [betrokkene] met haar betoog dat met een participatieplaats de arbeidsinschakeling – al dan niet in productieve arbeid – ten behoeve van de betrokkene geschiedt.”

12.46 De klachten uit het subonderdeel slagen voor zover deze tot strekking hebben dat het hof heeft miskend dat werkzaamheden die in het kader van een participatieplaats worden uitgevoerd, mogelijk kwalificeren als een arbeidsovereenkomst indien niet voldaan is aan het vereiste van additionele arbeid (zie onder 11.22-11.23). Dat wordt niet anders door het feit dat met een participatieplaats de arbeidsinschakeling in beginsel ten behoeve van de uitkeringsgerechtigde plaatsvindt.

12.47 Het subonderdeel bevat voorts de motiveringsklacht dat het hof heeft nagelaten te motiveren dat en waarom de participatieplaats voor een veel langere periode noodzakelijk was en waarom het van de gemeente niet kon of mocht worden verwacht dat zij in plaats van een uitzendkracht, Uitkeringsgerechtigde een tijdelijke betaalde baan aanbod.

12.48 Die klacht slaagt niet. Het hof was niet gehouden om nader te motiveren dat de participatie-

<sup>424</sup> Zoals de kantonrechter heeft geoordeeld in het vonnis in eerste aanleg in de onderhavige cassatieprocedure, zie Ktr. Amsterdam 3 november 2017, zaaknr. 5759861 CV EXPL 17-5460 (niet gepubliceerd), rov. 3.4.

<sup>425</sup> De opvatting die ik afleid uit een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch (1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7286, JIN 2011/277, met onjuist ECLI-kenmerk) en uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep die daarnaar verwijst (23 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3155, USZ 2016/320) dat de betaling van een uitkering berust op een toekenningsbesluit en reeds daarom niet als loon zou kunnen kwalificeren, lijkt mij dan ook onjuist. Zie ook Eleveld in haar annotatie bij het bestreden arrest in JAR 2019/216. Zie ik het goed, dan denkt Westerveld hier anders over, zie M. Westerveld, 'Sociale zekerheid', in: J.H. Bennars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 208.

<sup>423</sup> S.t. gemeente Amsterdam, par. 3.30.

plaats twee maal zes maanden is ingezet, nu de totale termijn van één jaar niet afwijkt van de wettelijke termijn van maximaal twee jaar (met maximaal twee keer een verlenging van een jaar). Die termijn is in de wet opgenomen met de Wet Participatieplaatsen en uit de wetgeschiedenis volgt uitdrukkelijk dat de eerdere opmerkingen over werkstages (van vijf jaar voordien, waarnaar Uitkeringsgerechtigde verwijst) niet rechtstreeks (meer) van toepassing zijn op participatieplaatsen.<sup>426</sup>

12.49 Ten overvloede merk ik nog op dat, indien een voor betrokkene anderszins passende vacature zou worden opengesteld (dus met in enige mate andere werkzaamheden dan die zij op de participatieplaats verrichtte), op de gemeente Amsterdam geen verplichting zou hebben gerust om betrokkene een dergelijke baan aan te bieden. Een algemene verplichting om beschikbare arbeidsplaatsen met voorrang aan uitkeringsgerechtigden aan te bieden, bestaat immers niet.

12.50 *Subonderdeel 2.2-V* klaagt dat het hof onbesproken heeft gelaten de expliciete stellingen van betrokkene dat de plaatsing van de gemeente niet beantwoordt aan de doelstelling van een participatieplaats, omdat het moet gaan om additionele werkzaamheden. Dit betekent onder meer dat de werkzaamheden zich in verschillende opzichten moeten onderscheiden van de werkzaamheden die bij dezelfde werkgever worden verricht in dienstbetrekking. Dit kan door zorg te dragen voor een forse component scholing of training, of door het formuleren van toetsbare leerdoelen met specifieke afspraken over arbeidstijden, tussenstappen en bemiddelingsactiviteiten. In dat kader heeft de gemeente “de participatieplaats” – zeker achteraf bezien – gebruikt om de gevolgen van een tijdelijke vacaturestop in de aanloop naar een reorganisatie bij haar te ondervangen. Er was, aldus nog steeds dit subonderdeel, wel degelijk sprake van verdringing, nu de werkzaamheden van betrokkene structureel van aard waren en er ook ten tijde van haar plaatsing meerdere vacatures waren voor de functie van Medewerker Servicedesk bij de gemeente, waarop uitzendkrachten zijn aangesteld.

12.51 Ook dit subonderdeel slaagt, nu het hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of betrokkene wel of niet dezelfde werkzaamheden heeft verricht als de uitzendkrachten. Daardoor is ten onrechte niet beoordeeld of voldaan is aan het vereiste dat het moet gaan om additionele werkzaamheden en dat geen sprake mag zijn van verdringing.

12.52 *Subonderdelen 2.2-VI en 2.2-VII* bevatten voortbouwklasten, die eveneens slagen.

12.53 *Onderdeel 2.3* (en het enige subonderdeel 2.3-I) betoogt dat in wezen sprake is van een vorm van dwangarbeid of verplichte arbeid bij de gemeente en dat het hof dit heeft miskend, althans dat

het geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

12.54 Voor zover al zou kunnen worden aangenomen dat deze stelling in feitelijke instanties door betrokkene als zelfstandig argument is aangevoerd,<sup>427</sup> geldt dat een verwerping van die stelling besloten ligt in het oordeel van het hof dat het plaatsingstraject van betrokkene conform de bedoeling van de wetgever door de gemeente is vormgegeven en dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan betrokkene geboden voorziening (rov. 3.5).

12.55 De stelling dat sprake is van dwangarbeid is alleen relevant als géén sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als er veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat dat niet het geval is, kan bij de beantwoording van de vraag of sprake is van dwangarbeid worden aangesloten bij het toetsingskader dat de Centrale Raad van Beroep in 2010 uiteen heeft gezet.<sup>428</sup> In een uitspraak van 2019 heeft de Centrale Raad van Beroep daarover het volgende overwogen:

“Van verplichte arbeid als bedoeld in artikel 4 van het EVRM is evenmin gebleken. Zoals de Raad eerder heeft overwogen in zijn uitspraak van 8 februari 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093), zou pas sprake kunnen zijn van verplichte arbeid, zodra van een (beoogde) deelnemer aan een voorziening, gelet op alle omstandigheden, niet (meer) verlangd kan worden de opgedragen activiteiten of werkzaamheden te verrichten vanwege het excessief of disproportioneel belastende karakter ervan en/of het totaal ontbreken daaraan van enig perspectief richting arbeidsinschakeling. (...)”<sup>429</sup>

12.56 Er zijn geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de door betrokkene verrichte werkzaamheden het hier omschreven excessief of disproportioneel belastende karakter hadden en/of dat het totaal ontbrak aan enig perspectief richting arbeidsinschakeling. Betrokkene heeft daarover in feitelijke instanties ook niets gesteld.

12.57 *Onderdeel 2.3* kan niet slagen.

12.58 *Onderdeel 2.4* bestaat uit drie subonderdelen.

12.59 *Subonderdeel 2.4-I* bevat een voortbouwklacht, gericht op rov. 3.8 t/m 3.10, 3.12 en het dictum.

12.60 Het slagen van de subonderdelen 2.1-II en 2.1-III brengt met zich mee dat rov. 3.9, 3.10, 3.12 en

427 In de memorie van grieven is slechts in par. 4.22 het volgende te lezen: (...) *Op het moment dat zij voor haar uitkering moest gaan werken bij de gemeente is haar arbeid de tegenprestatie geworden voor de IOAW-uitkering. De IOAW-uitkering had dus evident het karakter van een vergoeding voor de verrichte arbeid. Een omgekeerde benadering leidt uiteraard niet tot een andere conclusie, maar rechtvaardigt wel een bijkomende conclusie namelijk dat sprake was van een vorm van dwangarbeid bij de gemeente.*

428 CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093, AB 2010/79 m.nt. H.E. Bröring, RSV 2010/79 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, NJCM Bull. 2011, p. 325-338 m.nt. M.T.C. de Vries.

429 CRvB 25 juni 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2117, rov. 4.3.

426 Vgl. ook de al genoemde brief van de Staatssecretaris van SZW (*Kamerstukken II 2006/07, 30 650, nr. 25*).

het dictum niet in stand kunnen blijven.<sup>430</sup> Daarmee slaagt subonderdeel 2.4-I.

12.61 *Subonderdeel 2.4-II* bevat een rechtsklacht en een motiveringsklacht. Geklaagd wordt dat het hof in rov. 3.6 in het midden heeft gelaten dat betrokkene hetzelfde werk deed als haar normaal betaalde (flex)collega's en dat het hof heeft miskend dat het beroep van betrokkene op 'gelijk loon voor gelijk werk' ziet op de vergelijking met die (flex)collega's. Het subonderdeel bevat eveneens een motiveringsklacht.

12.62 De klachten uit dit subonderdeel bouwen voort op die uit subonderdeel 2.1-II. Nu die klachten slagen, slaagt ook subonderdeel 2.4-II.

12.63 *Subonderdeel 2.4-III* is gericht tegen rov. 3.9, waarin het hof overweegt dat het beroep van betrokkene op het door haar aangehaalde rechtsbeginsel (gelijk loon voor gelijk werk) onvoldoende concreet is onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Geklaagd wordt dat het passeren van het bewijsaanbod van betrokkene<sup>431</sup> hetzij rechtens onjuist is hetzij onvoldoende gemotiveerd, omdat betrokkene wel degelijk voldoende heeft gesteld om tot bewijslevering te worden toegelaten.

12.64 Het oordeel van het hof in rov. 3.9 heeft betrekking op het beroep van betrokkene op het gelijkheidsbeginsel. Als zelfstandige grondslag voor loonbetaling kan dit beroep echter niet slagen. Ofwel er is niet voldaan aan de vereisten van een participatieplaats en de werkzaamheden kwalificeren als arbeidsovereenkomst; ofwel er is wel voldaan aan de vereisten van een participatieplaats en dus geen sprake van een arbeidsovereenkomst. In dat laatste geval kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet alsnog leiden tot een loonbetalingsverplichting; er is dan immers een sprake van ongelijke gevallen.<sup>432</sup>

12.65 Gezien het feit dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slaagt, getuigt het in dat kader passeren van het bewijsaanbod van betrokkene door het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting en is dat ook niet onvoldoende gemotiveerd. De klacht van subonderdeel 2.4-III slaagt dan ook niet.

12.66 Ik merk op dat het bewijsaanbod van betrokkene onder meer inhield dat zij *'getuigenbewijs kan leveren waaruit blijkt dat hetgeen zij gesteld heeft over de feitelijke uitvoering van haar werkzaamheden juist is'*.<sup>433</sup> Dit kan relevant zijn bij de beoordeling van verwijzing of de stelling van betrokkene, dat het ging om reguliere werkzaamheden, juist is.

12.67 *Subonderdeel 2.4-IV* klaagt dat het hof heeft miskend dat sprake was van een situatie zoals aan

de orde was in *Agfa/Schoolderman*,<sup>434</sup> in die zin dat het ook daar ging om een recht op gelijke loonbetaling als sprake is van gelijke arbeid in gelijke omstandigheden.

12.68 Als gezegd, kan het gelijkheidsbeginsel niet zelfstandig de vordering tot loonbetaling rechtvaardigen (zie onder 12.64). Daarmee faalt de klacht uit subonderdeel 2.4-IV.

12.69 *Subonderdeel 2.4-V* bevat een motiveringsklacht tegen het gedeelte van rov. 3.9 waarin het hof het beroep van betrokkene op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid afwijst.

12.70 Het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is door betrokkene in hoger beroep als volgt toegelicht:<sup>435</sup>

"4.30. Nog daargelaten dat de plaatsing van [betrokkene] bij de gemeente niet voldoet aan het doel c.q. de doelstelling van de voorziening die op haar van toepassing was, levert dit geen objectieve rechtvaardigingsgrond op om een uitzondering te maken op de regel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze dient te worden beloond. Indien en voor zover daar aan toe wordt gekomen door uw gerechtshof, meent [betrokkene] dat gelet op de feiten en omstandigheden en hetgeen is aangevoerd in 1<sup>e</sup> aanleg en hoger beroep, naar maatstaven redelijkheid en billijkheid als bedoeld in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar is om haar de loonvordering op de gemeente te ontzeggen."

12.71 Betrokkene heeft hier kennelijk het oog op de situatie waarin het hof wél een arbeidsovereenkomst zou aannemen, maar de loonvordering desondanks niet toewijsbaar zou achten. Kennelijk heeft het hof deze stelling op andere wijze uitgelegd, want het hof overweegt in rov. 3.9:

"3.9 (...) Op grond van het voorgaande, in het bijzonder het publiekrechtelijk kader van de plaatsing van betrokkene in het participatietraject die hiervoor onder 3.4 aan bod is gekomen, wordt het beroep van betrokkene op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gepasseerd. (...)"

12.72 De gemeente stelt in haar schriftelijke toelichting dat het hof met deze overweging klaarblijkelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat het, gelet op de uitdrukkelijke keuze en bedoeling van de wetgever dat een plaatsingsovereenkomst die past binnen de door de wetgever gestelde kaders geen arbeidsovereenkomst is, niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat inderdaad geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

12.73 Wat hiervan ook zij, nu het verwijzingshof opnieuw zal moeten beoordelen of sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst, dient ook het beroep van betrokkene op de derogerende werking

430 Rov. 3.8 bevat slechts de uitleg van de derde grief van betrokkene, waartegen in cassatie — terecht — niet wordt opgekomen.

431 Verwezen wordt naar het bewijsaanbod onder 6.1 van de memorie van grieven.

432 Zie idem Eleveld in haar annotatie in *JAR* 2019/216.

433 Zie onder 6.1 van de memorie van grieven.

434 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704 m.nt. P.A. Stein (*Agfa/Schoolderman*).

435 Memorie van grieven, par. 4.30.

van de redelijkheid en billijkheid opnieuw te worden beoordeeld, indien daaraan zou worden toegekomen in de procedure na verwijzing.

12.74 In zoverre slaagt subonderdeel 2.4-V.

12.75 *Subonderdeel 2.4-VI* bevat een rechtsklacht en een motiveringklacht die eveneens zijn gericht tegen rov. 3.9. Volgens de rechtsklacht heeft het hof miskend dat het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het kader van het beroep op art. 7:611 BW moet worden geplaatst, al dan niet met toepassing van art. 25 Rv. Art. 7:611 BW is immers de arbeidsrechtelijke vertaling van de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Heeft het hof dit niet miskend, dan heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven, aldus het subonderdeel.

12.76 De in dit subonderdeel opgenomen klachten voldoen niet aan de daaraan te stellen eisen. De motiveringklacht is gericht tegen een rechtsoordeel, zodat daarbij geen belang bestaat, terwijl – wat betreft de rechtsklacht – niet duidelijk wordt gemaakt waarom sprake is van strijd met het recht.

12.77 *Subonderdeel 2.4-VI* faalt dus.

12.78 Hiermee faalt onderdeel 2.4, behoudens de voortbouwklachten van de subonderdelen 2.4-I, 2.4-II en 2.4-V.

12.79 *Onderdeel 2.5* bevat een voortbouwklacht. Deze klacht slaagt, want met het slagen van de onderdelen 2.1-II, 2.1-III, 2.1-VI, 2.1-VII, 2.2-III, 2.2-IV, 2.2-V, 2.2-VI, 2.2-VII, 2.4-I, 2.4-II en 2.4-V, kunnen rov. 3.10, 3.12 en het dictum niet in stand blijven.

12.80 De slotsom is dat het middel slaagt.

### 13 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

### Hoge Raad:

#### 1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak 5759861 CV EXPL 17-5460 van de kantonrechter te Amsterdam van 19 mei 2017 en 3 november 2017;

b. het arrest in de zaak 200.233.082/01 van het gerechtshof Amsterdam van 16 april 2019. [betrokkene] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

De gemeente heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van de gemeente heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [betrokkene] is sinds 1 november 2009 werkloos. Zij ontvangt vanaf 1 december 2012 van de gemeente een uitkering ingevolge de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (hierna: IAOW).

(ii) Bij besluit van 31 januari 2014 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente (hierna: het college) bepaald dat [betrokkene] gaat deelnemen aan het traject 'Participatieplaatsen', uitgevoerd door het Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren (hierna: het Re-integratiebedrijf), onderdeel van de toenmalige Dienst Werk en Inkomen (hierna: DWI) van de gemeente. In het besluit is tevens bepaald dat de algemene verplichtingen van [betrokkene], waaronder het zoeken naar betaald werk en bij het UWV Werkbedrijf ingeschreven staan als werkzoekende, blijven gelden zolang er geen andere afspraken met haar zijn gemaakt.

(iii) In april 2014 hebben [betrokkene], Stadsdeel Centrum en het Re-integratiebedrijf namens de gemeente een 'Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen in het kader van de Wet werk en bijstand (WWB)' (hierna: de plaatsingsovereenkomst) getekend.

(iv) In de considerans van de plaatsingsovereenkomst is overwogen dat als voorziening, bedoeld in art. 7 lid 1 van de Wet werk en bijstand (hierna: WWB), aan de deelnemer een traject aangeboden dient te worden door het Re-integratiebedrijf ter verbetering van zijn/haar kansen op de arbeidsmarkt en verder dat de gemeente in de Re-integratieverordening regels heeft gesteld aangaande de ondersteuning bij arbeidsinschakeling en het aanbieden van voorzieningen gericht op arbeidsinschakeling.

(v) De plaatsingsovereenkomst luidt – over zover van belang – als volgt:

*"Artikel 1 Duur en omvang van de plaatsingsovereenkomst*

1. Partijen gaan deze overeenkomst aan met ingang van d.d. 11 april 2014.

2. Partijen gaan de overeenkomst aan voor een maximale duur van 6 maanden.

3. De plaatsing bedraagt aantal: 32 uur per week.

(...)

*Artikel 2 Plaatsing*

1.a. De deelnemer verricht de volgende taken:

Algemene taken servicedesk medewerker

Nader te bepalen taken tbv kwaliteitsverbetering in overleg met Hoofd afdeling.

(...)

*Artikel 4 Verplichtingen deelnemer*

1. De deelnemer is gehouden aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Wet werk en bijstand (WWB), met name uit artikel 9 van die

wet, en uit de Re-integratieverordening van de gemeente Amsterdam.

2. De deelnemer is geplaatst op de participatieplaats met behoud van zijn uitkering in het kader van een re-integratietraject richting regulier werk.

(...)

7. Het niet uitvoeren van de werkzaamheden zonder geldige redenen kan gevolgen hebben voor de WWB-uitkering van deelnemer.

8. Deelnemer verklaart bij UWV Werkbedrijf ingeschreven te staan als werkloos werkzoekende.

*Artikel 6 Beëindigingsgronden van de plaatsingsovereenkomst*

(...)

3. De overeenkomst wordt beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk of in het geval van een andere gegronde reden.

4. Re-integratiebedrijf Amsterdam beëindigt de overeenkomst als de overeengekomen activiteiten niet of onvoldoende worden gevolgd en/of deelnemer zich niet aan de gemaakte afspraken houdt. Dit kan gevolgen hebben voor de WWB-uitkering van deelnemer.”

(vi) [betrokkene] heeft van 11 april 2014 tot en met 11 oktober 2014 werkzaamheden verricht bij de interne servicedesk van Stadsdeel Centrum met behoud van haar IOAW-uitkering.

(vii) In een e-mail van 7 oktober 2014 heeft [betrokkene] aan haar klantmanager bij DWI (hierna: de klantmanager) geschreven dat haar wens naar een betaalde baan uitging en dat het zuur was dat zij met een minimumuitkering, te midden van goedbetaalde ambtenaren, medewerkers op het stadhuis volwaardig hielp en zelfs voor meer klussen werd gevraagd. [betrokkene] opperde dat gezien de binnen de gemeente spelende reorganisatie en haar ervaring daarmee er wellicht een tijdelijke betaalde klus voor haar was.

(viii) Bij besluit van 8 oktober 2014 heeft het college aan [betrokkene] een premie van € 231,20 toegekend omdat zij gedurende de voorgaande zes maanden voldoende had meegewerkt aan het participatietraject.

(ix) Op 17 oktober 2014 zijn [betrokkene], het Re-integratiebedrijf en Stadsdeel Centrum met ingang van 12 oktober 2014 een tweede plaatsingsovereenkomst aangegaan onder dezelfde voorwaarden als de eerste plaatsingsovereenkomst, eveneens voor de duur van zes maanden.

(x) Bij e-mail van 12 december 2014, gericht aan de klantmanager, heeft [betrokkene] wederom haar wens uitgesproken door de gemeente (tijdelijk) in dienst te worden genomen. Volgens [betrokkene] huurde de gemeente derden in ter vervulling van dezelfde functie als de hare, waaruit bleek dat er geld beschikbaar was. Verder zouden op korte termijn twee medewerkers vertrekken, waardoor ruimte in de bezetting zou ontstaan.

(xi) Een e-mail van 18 december 2014 van [betrokkene] aan de klantmanager luidt, voor zover relevant, als volgt:

“(...)

Het is niet mogelijk om betaald contract te regelen voor mij. Het huidige contract met behoud van uitkering is lopende tot en met 11 april en geteeld op de huidige overgangssituatie gaat men niets regelen.

(...)”

(xii) [betrokkene] heeft in februari en maart 2015 verdere pogingen gedaan om te komen tot een (tijdelijk) contract met de gemeente. Dat heeft geen gevolg gekregen.

(xiii) Bij besluit van 1 juni 2015 heeft het college opnieuw een premie (van € 233,90) toegekend aan [betrokkene], omdat zij gedurende de voorgaande zes maanden voldoende had meegewerkt aan het participatietraject.

(xiv) Bij brief van 14 juni 2016 hebben de advocaten van [betrokkene] zich jegens de gemeente op het standpunt gesteld dat [betrokkene] van 11 april 2014 tot 12 oktober 2014 en aansluitend van 12 oktober 2014 tot 12 april 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van de gemeente is geweest en dat [betrokkene] daarom recht heeft op het bij de functie van Medewerker Servicedesk behorende loon met toebehoren over genoemde periode.

(xv) In reactie hierop heeft het college bij brief van 11 juli 2016 de stellingen en vorderingen van [betrokkene] van de hand gewezen.

2.2 In dit geding vordert [betrokkene] een verklaring voor recht dat zij in de periode van 11 april 2014 tot 11 april 2015 bij de gemeente werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW en dat zij daarom recht heeft op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon met toebehoren als bedoeld in art. 7:617 BW. Verder vordert [betrokkene] onder meer dat de gemeente wordt veroordeeld tot betaling van € 31.372,64 bruto aan achterstallig loon.

2.3 De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

2.4 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe als volgt overwogen.<sup>1</sup>

Uit de wetsgeschiedenis van de WWB leidt het hof af dat de regering met het wetsvoorstel de mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat een arbeidsovereenkomst aan de orde is, wilde wegnemen door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering, waarbij het uitgangspunt is dat recht wordt gedaan aan de beleidsvrijheid die gemeenten met de WWB hebben gekregen als het gaat om re-inte-

<sup>1</sup> Gerechtshof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327.

gratie. Dit betekent concreet dat de invulling van de doelgroep, de indicatiestelling en de inhoud en omvang van de werkzaamheden, de verantwoordelijkheid van de gemeente is. Hieruit is ondubbelzinnig af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats (tevens) als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Aan dit gegeven kent het hof grote waarde toe. Het plaatsingstraject van [betrokkene] is door de gemeente vormgegeven overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. [betrokkene] heeft niet bestreden dat haar cv niet aansluit bij het profiel van Medewerker Servicedesk omdat de benodigde ict-kennis niet aanwezig was, en dat zij – kennelijk omdat het een participatieplek betrof – niet alle taken behorend bij die functie heeft uitgevoerd. Daarmee is gegeven dat de gemeente in de uitvoering in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van de aan [betrokkene] geboden voorziening. Dat sprake is geweest van voor de gemeente productieve arbeid is voor de beoordeling van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, niet van doorslaggevende betekenis. (rov. 3.5)

Niet kan worden geconcludeerd dat het ten tijde van de plaatsing van [betrokkene] in het participatietraject de bedoeling van partijen is geweest om (ook) een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Het participatietraject vond zijn grondslag in de Participatiewet, voorheen de WWB, een publiekrechtelijke wet. Op grond daarvan hebben partijen, op initiatief van de gemeente, twee plaatsingsovereenkomsten gesloten. In deze plaatsingsovereenkomsten is overeengekomen dat [betrokkene] tijdens de plaatsingsperiode bij het UWV Werkbedrijf als werkzoekende ingeschreven zou blijven en dat de overeenkomsten zouden worden beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk. Hiermee staat vast dat het in ieder geval niet de bedoeling van (het college van) de gemeente is geweest om met [betrokkene] een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Ook als ervan wordt uitgegaan dat [betrokkene] dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's heeft verricht – wat de gemeente gemotiveerd heeft betwist – en dat tijdens haar plaatsingsperiode uitzendkrachten dezelfde functie als [betrokkene] hebben vervuld, maakt dat, gelet op de hiervoor bedoelde wetsgeschiedenis, nog niet zonder meer dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan worden gesproken. Voorts heeft te gelden dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van [betrokkene] en de aan [betrokkene] na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen niet als zodanig worden aangemerkt. (rov. 3.6)

De slotsom is dat [betrokkene] haar werkzaamheden niet in het kader van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW heeft verricht. (rov. 3.7)

Het beroep van [betrokkene] op het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke

wijze moet worden beloond en haar betoog dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is haar de loonvordering op de gemeente te ontzeggen, gaan niet op. De gemeente heeft een verklaring van de toenmalige leidinggevenden van [betrokkene] overgelegd. Hierin staat welke bij de functie van Medewerker Servicedesk behorende taken [betrokkene] wel en niet heeft uitgevoerd. [betrokkene] heeft de juistheid van deze verklaring niet betwist. Het hof concludeert op basis hiervan dat [betrokkene] niet dezelfde werkzaamheden heeft verricht als een Medewerker Servicedesk in dienst van de gemeente zodat van gelijke arbeid geen sprake is geweest. (rov. 3.8 en 3.9)

### 3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Onderdeel 2.1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.4-3.7 dat het plaatsingstraject van [betrokkene] door de gemeente is vormgegeven overeenkomstig de bedoeling van de wetgever en dat de gemeente met de voor [betrokkene] getroffen voorziening in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van die voorziening. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof hiermee de aard en de doelstelling van die voorziening heeft miskend, aangezien het niet de bedoeling is dat iemand op een participatieplaats reguliere werkzaamheden verricht, dat wil zeggen exact dezelfde werkzaamheden als zijn of haar collega's. Het onderdeel betoogt in dit verband onder meer dat het hof niet is ingegaan op de stelling van [betrokkene] dat haar werkzaamheden in niets verschillen van die van haar 'flex' collega's (uitzendkrachten) die regulier werden betaald, en dat zij meedraaide in het rooster.

3.1.2 Deze klacht faalt. [betrokkene] heeft blijkens de gedingstukken in de feitelijke instanties meermaals aangevoerd dat zij exact dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar betaalde collega's in de functie van servicedeskmedewerker. Daarbij heeft [betrokkene] tot aan de comparitie van partijen in eerste aanleg geen onderscheid gemaakt tussen de werkzaamheden van vaste medewerkers en die van uitzendkrachten. Ter gelegenheid van die comparitie heeft [betrokkene], blijkens de spreek aantekeningen, aangevoerd dat zij drie van de vijf taken van een servicedeskmedewerker uitvoerde en dat zij de andere twee taken niet of beperkt heeft gedaan, maar dat haar werkzaamheden daarin niet verschillen van die van haar collega's die op basis van een flexibel contract als servicedeskmedewerker werkten. Bij memorie van grieven heeft [betrokkene] wederom betoogd dat zij dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar betaalde collega's in de functie van servicedeskmedewerker zonder daarbij onderscheid te maken tussen de werkzaamheden van vaste medewerkers en die van uitzendkrachten. Bij deze stand van zaken behoeft het hof, dat oordeelde dat [betrokkene] niet alle taken behorend bij de functie van Medewerker Servicedesk heeft uitgevoerd, niet afzonderlijk in te gaan op de vraag of [betrokkene] dezelfde werk-



zaamheden heeft verricht als haar 'flex' collega's (uitzendkrachten) die als servicedeskmedewerker werkten.

3.2.1 Onderdeel 2.2-I klaagt onder meer dat het oordeel van het hof dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting voor zover dat oordeel erop berust dat de bedoeling van partijen niet was gericht op het sluiten van een arbeidsovereenkomst.

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*<sup>2</sup> 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 *Haviltex*maatstaf. 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).<sup>3</sup>

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 hen gesloten overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, en die vraag ontkennend beantwoord. De tegen dat oordeel gerichte klachten falen, zoals volgt uit 3.1.2 hiervoor en 3.3.2 en 3.4 hierna.

3.3.1 Onderdeel 2.2-II keert zich onder meer tegen het oordeel van het hof dat [betrokkene] geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen en dat de aan haar na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Partici-

patiewet dan wel de WWB toegekende premies niet als loon kunnen worden aangemerkt. Het klaagt dat het hof hiermee hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip loon, hetzij een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

3.3.2 De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet<sup>4</sup> (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.<sup>5</sup> Die inspanningen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het volgen van scholing, leerwerktrajecten, taalcurssussen, een sollicitatiecursus of het verrichten van arbeid op een participatieplaats.<sup>6</sup> De stimuleringspremie is dus naar de bedoeling van de wetgever niet aan te merken als beloning voor verrichte arbeid.<sup>7</sup> 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. Het is in het licht van de gedingstukken ook niet onbegrijpelijk.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [betrokkene] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de gemeente begroot op € 2.763,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [betrokkene] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

<sup>2</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (NJ 1998/149; red.) (*Groen/Schoevers*).

<sup>3</sup> Vgl. voor de pachtovereenkomst HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (NJ 2020/43; red.), rov. 3.2.2 en 3.2.3.

<sup>4</sup> Wet van 10 juli 2008 tot wijziging van de Wet werk en bijstand, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen om gemeenten meer zekerheid te geven dat mensen met een kleine kans op inschakeling in het arbeidsproces met behoud van uitkering gedurende maximaal 2 jaar onbeloofde additionele werkzaamheden kunnen verrichten, *Stb.* 2008, 284.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30650, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II* 2005/06, 30650, nr. 6, p. 6 en 19; *Kamerstukken I* 2007/08, 30650, nr. F, p. 3, 5, 6 en 7.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30650, nr. 3, p. 3.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30650, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II* 2005/06, 30650, nr. 6, p. 6.

## Noot

1. In de pers is aan dit arrest van de Hoge Raad ruime aandacht besteed. De NOS kopte: "Hoge Raad: zzp-overeenkomst telt niet, het gaat om de praktijk" (NOS-site, 6 november 2020). Die aandacht past in de brede maatschappelijke discussie die in Nederland wordt gevoerd over het grote aantal zelfstandigen. In verhouding tot de ons omringende landen verrichten in Nederland veel werkenden hun werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst als zelfstandige zonder personeel (zzp). Bij een belangrijk deel daarvan wordt getwijfeld aan hun ondernemerschap, en is de vraag of in ieder geval dat deel van de groep van zzp'ers niet eerder als werknemer in de zin van titel 10 boek 7 BW moet worden beschouwd dan als zelfstandige. Het gaat dan om bijvoorbeeld verpleegkundigen die werkzaam zijn op basis van een opdrachtovereenkomst in het ziekenhuis waar ze eerder als werknemer werkten, om leraren op lagere en middelbare scholen die op basis van een opdrachtovereenkomst hun werkzaamheden verrichten, om musici die als zelfstandige in een orkest werken en om maaltijd- en pakketjesbezorgers en andere zogenaamde platformwerkers. In de Nederlandse rechtspraak wordt de overeenkomst van dergelijke werkers de laatste tijd vaak als arbeidsovereenkomst gekwalificeerd. Zie voor de bezorgers van Deliveroo: Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 en voor een hoboïste van het balletorkest: Rb. Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:545. Ook in andere landen lijkt de kwalificatie van de overeenkomst die strekt tot het verrichten van arbeid steeds vaker onderwerp van procedures: recent boog in Duitsland het Bundesarbeitsgericht zich over de kwalificatie van de overeenkomst van een 'microjob crowd worker' en kwam tot een, aan de beslissing van de Hoge Raad vergelijkbare, uitkomst: Bundesarbeitsgericht, 1 december 2020, 9 AZR 102/20, ECLI:DE:BAG:2020:011220. In het Verenigd Koninkrijk oordeelde het Supreme Court dat de chauffeurs van Uber als 'worker' moeten worden gekwalificeerd en niet als 'contractor' (Supreme Court, 19 February 2021, (2021) UKSC 5, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>) en in Spanje oordeelde het Tribunal Supremo op 25 september 2020 (STS 2924/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2924, en daarover A. Tolodi-Signes, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3717599](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717599)) dat de overeenkomst tussen een bezorger en Glovo kwalificeert als een arbeidsovereenkomst. Op 28 november 2018 en 4 maart 2020 oordeelde ook het Franse Cour de Cassation in gelijke zin, ECLI:FR:CCASS:2018:SO01737 (*take eat easy*) en ECLI:FR:CCASS:2020:SO00374 (*Uber*).

2. In haar conclusie voor dit arrest – die uitvoerig en zeer lezenswaardig is – geeft A-G De Bock een mooi overzicht van de redenen van de groei van het aantal zelfstandigen in Nederland. Aan die groei heeft het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*) zeker bijgedra-

gen. In dat arrest overwoog de Hoge Raad "dat partijen een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling op verschillende manieren 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." In de literatuur werd deze overweging hoofdzakelijk zo uitgelegd dat die bedoeling van partijen ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst betrokken diende te worden bij de kwalificatie van de overeenkomst. Ook in de rechtspraak kwam dat vaak terug. In 2015 overwoog het gerechtshof te Amsterdam (21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1592): "Voor de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand (is) gekomen, is in de eerste plaats van belang of partijen de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd (...)." Houweling (AR-Updates 12 november 2020) merkt op dat de Hoge Raad in verschillende andere arresten, gewezen na *Groen/Schoevers*, ook de kwalificatie van de overeenkomst door partijen zelf van belang achtte. Toch komt de Hoge Raad in zijn arrest van 6 november 2020 op deze overweging terug in die zin dat hij overweegt: 'anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst'. Deze overweging kon na het arrest van 20 december 2019, NJ 2020/43 (*Pachtovereenkomst*) al geen verrassing meer zijn.

3. In het pachtarrest overweegt de Hoge Raad dat ook bij kwalificatie van een overeenkomst strekkende tot het gebruik van enkele percelen tegen jaarlijkse betaling als pachtovereenkomst de bedoeling van partijen niet relevant is. In het pachtarrest onderscheidt de Hoge Raad bij de kwalificatie eerst de vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf te worden beantwoord. Aan de hand daarvan kan worden beoordeeld – de tweede fase – of de overeenkomst de kenmerken heeft van de pachtovereenkomst (kwalificatie). De Bock volgt dit onderscheid in haar conclusie (5.45) en zij voegt er een derde fase aan toe, die van het vaststellen van de gewijzigde inhoud van de overeenkomst. Het is de vraag of die fasen zo duidelijk te onderscheiden zijn.

4. De eerste fase betreft dus de vaststelling van de rechten en plichten die partijen zijn overeengekomen. De vraag is hoe die moeten worden vastgesteld. De Bock verwoordt dat (in haar conclusie onder 5.50) als volgt: "van belang is voor ogen te houden wat het voorwerp van uitleg is. Dat is niet de schriftelijke tekst van de overeenkomst maar de overeenkomst zelf, oftewel de contractuele rechtsbetrekking tussen partijen, dus de wederzijds rechten en verplichtingen die partijen overeengekomen zijn." Deze fase kan dus een vergaande relativering vergen van hetgeen partijen schriftelijk overeengekomen zijn.

Bekend is immers dat partijen vaak om fiscale of juridische redenen de tussen hen geldende overeenkomst wensen te kwalificeren als opdrachtovereenkomst terwijl de feitelijk tussen hen geldende verplichtingen misschien eerder in de richting van een arbeidsovereenkomst wijzen. Het Engelse Supreme Court (13 June 2018, *Pimlico Plumbers Ltd vs Smith*, (2018) USKC 29) formuleerde dat mooi: “on one hand Pimlico wanted to present their operatives to the public as part of its workforce but that, on the other, it wanted to render them self-employed in business on their own account: and that the contractual documents had been ‘carefully choreographed’ to serve these inconsistent objectives.” Dergelijke op schrift gestelde rechten en verplichtingen zijn, als de overeenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst, niet geldig of irrelevant. Overigens geldt dat ook voor mogelijk niet schriftelijk overeengekomen rechten en verplichtingen die strijdig zijn met dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen. De Hoge Raad verwijst voor deze eerste fase naar de *Haviltex*-maatstaf op grond waarvan het bij de vaststelling van de wederzijdse rechten en plichten aankomt op hetgeen partijen te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. De Bock schrijft (conclusie onder 9.71) dat hier de ‘wezen gaat voor schijn’-doctrine moet worden gehanteerd, waarmee door strategische contractsbepalingen, die tot doel hebben het bestaan van een arbeidsovereenkomst te verhullen, heen moet worden gekeken. Dat gevolg zal ook met de *Haviltex*-maatstaf te bereiken zijn. Maar dat ‘doorheenkijken’ kan alleen als in de eerste fase, bij het vaststellen van overeengekomen rechten en verplichtingen, al een indicatie bestaat van de uitkomst van de tweede fase, de kwalificatie. In die zin lopen de fasen door elkaar.

5. Een voorbeeld van een bepaling in de overeenkomst die past bij de door partijen voorgestane kwalificatie van de overeenkomst als opdrachtovereenkomst is het recht van de werker om zich bij het verrichten van de arbeid te laten vervangen, terwijl dat bij de uitvoering van de arbeid niet of nauwelijks gebeurt. In de eerste fase zal dit recht moeten worden ‘weggedacht’. Bij de beantwoording van de vraag of dat recht van de werkende het aannemen van ondergeschiktheid in de weg staat, zal het vooral neerkomen op een beoordeling van de feitelijke gang van zaken, of – als die er nog niet is – op hetgeen partijen terzake redelijkerwijze mochten verwachten. Daarbij geldt dat het vervangen van de werker niet onverenigbaar is met een arbeidsovereenkomst. Dat kan anders zijn als de werker zich als verdienmodel laat vervangen, omdat de werker dan weer als werkgever van deze vervangers beschouwd kan worden, zie Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.7.5, Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 en hetgeen De Bock daarover in haar conclusie onder nummer 9.72 opmerkt. Voor bepalingen die de op-

drachtnemer de verantwoordelijkheid geven voor de uitvoering van de bedongen werkzaamheden, en vastleggen dat geen sprake zal zijn van toezicht en leiding van de opdrachtgever, geldt ook dat die door de feitelijke invulling van de arbeid alleen op papier kunnen blijken te bestaan en dan ‘weggedacht’ moeten worden.

6. Voor de gevallen waarin de opdrachtgever de inhoud van de overeenkomst kan bepalen, komen rechten en plichten in de schriftelijke overeenkomst voor die geen of nauwelijks inhoudelijke betekenis hebben, maar die passen bij de door partijen beoogde kwalificatie van de overeenkomst. Zeker als de opdrachtgever die bepalingen aan de werker kan opdringen en die ook eenzijdig kan wijzigen, kan dat een indicatie van ondergeschiktheid van de werker zijn. In deze zin: Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.9.6.

7. De Bock stelt in haar conclusie voor om bij de beoordeling of aan het element ‘in dienst’ van art. 7:610 BW is voldaan, niet alleen te kijken naar de vraag of de werker door de te verrichten arbeid onderdeel wordt van de organisatie van de werkverschaffer, maar vooral of de werkzaamheden van de werker een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering. Dit element als onderdeel van de ondergeschiktheid komt al terug in een arrest van de Hoge Raad van 17 november 1978, NJ 1979/140, m.nt. P.A. Stein (*IVA/Queissen*). De Bock wijst erop dat werkers steeds vaker door financiële prikkels en klantbeoordelingen worden aangestuurd. In het arrest van 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 neemt het Gerechtshof Amsterdam de ondergeschiktheid van bezorgers van Deliveroo mede aan op grond van de wijze waarop de app die de bezorgers gebruiken, functioneert. In haar conclusie relateert De Bock het bestaan of gebruik van een instructiebevoegdheid als onderdeel van de gezagsrelatie. Ondanks deze voorzet van De Bock heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten over de invulling van de gezagsrelatie als element van de arbeidsovereenkomst. De aan de Hoge Raad voorgelegde casus leende zich daar ook minder voor, nu niet zozeer de ondergeschiktheid van de werkende ter discussie stond, als wel haar aanspraak op loon. Nu geen loonafspraak was gemaakt en de Hoge Raad met het hof aanneemt dat de betaling van een stimuleringspremie geen betaling van loon is, is aan het element ‘tegen betaling’ als bedoeld in art. 7:610 BW niet voldaan, en kan daarom geen arbeidsovereenkomst worden aangenomen.

8. Deze gedachtegang volgend zou de eerste stap bij de kwalificatie van een overeenkomst zijn dat wordt onderzocht – nog los van de overeengekomen rechten en verplichtingen – of de werker een onderdeel vormt van de organisatie van de contractspartij en vooral of de door hem/haar te verrichten werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering uitmaken. Is dat het geval, dan kunnen de wederzijds overeengekomen rechten en verplichtingen in het licht van het uitgangspunt dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst

is gesloten, worden beoordeeld. Die beoordeling kan alsnog leiden tot de conclusie dat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst. Op deze wijze wordt de ruimte die partijen hebben om de overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling op verschillende wijzen in te richten, beperkt. In die zin is ook dat deel van de overweging van de Hoge Raad in het arrest *Groen/Schoevers* (“... dat partijen een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling op verschillende manieren kunnen inrichten ...”) wellicht aan heroverweging toe. De definitie van de arbeidsovereenkomst betreft niet alleen een individueel maar ook een maatschappelijk belang omdat daaraan de afdracht van belastingen en premies is verbonden, de verzekering van de werknemer tegen maatschappelijke risico's en het grondwettelijke recht op medezeggenschap. Zo beschouwd is de kwalificatie van de overeenkomst te belangrijk om alleen aan partijen over te laten, en te belangrijk om alleen aan te nemen door de door hen overeengekomen rechten en verplichtingen te kwalificeren. Ik realiseer me dat met deze benadering al in de kwalificatiefase een soort rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst wordt geïntroduceerd, maar ik denk dat dat ook past bij de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst. Dit is ook wat het Supreme Court in de *Uber*-beslissing doet (r.o. 70): “*The modern approach to statutory interpretation is to have regard to the purpose of a particular provision and to interpret its language, so far as possible, in the way which best gives effect to that purpose.*” In de woorden van A-G Drijber (in zijn conclusie van 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:752 voor HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1907 (81 RO)): “*Gelet op de door een arbeidsovereenkomst geboden bescherming past m.i. in zijn algemeenheid terughoudendheid om aan te nemen dat geen arbeidsovereenkomst voorligt.*”. Deze benadering past ook bij het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW.