



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2012). *Pluraliteit van werkgeverschap*. [, Universiteit van Amsterdam].

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.

2

De arbeidsovereenkomst en het werkgeverschap

2.1 Inleiding

Van een arbeidsovereenkomst is sprake wanneer de werknemer zich verbindt arbeid in een gezagsverhouding te verrichten tegen betaling van loon. Aan het vereiste in artikel 7:610 lid 1 BW, dat de werknemer de arbeid in dienst van de werkgever verricht, ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werknemer zich met de werkgever verbindt om in de onderneming van die werkgever arbeid te verrichten. Beoogd werd de werknemer als contractspartij te verbinden met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht en die hem daarvoor loon is verschuldigd. Daardoor spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zowel contractuele als feitelijke aspecten van de relatie tussen partijen een rol. De definitie van artikel 7:610 lid 1 BW is van dwingend recht. Ook als partijen hun rechtsverhouding niet als een arbeidsovereenkomst betitelen, kan deze worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst wanneer de rechtsverhouding voldoet aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW. Het onderscheidende element bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding. In paragraaf 2.3 komt aan de orde dat de gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW in de loop van de vorige eeuw een steeds breder uitlegbaar begrip is geworden. Niet alleen de feitelijke leiding van de werkgever over de door de werknemer verrichte arbeid, maar ook het door de werkgever contractueel bedingen van zeggenschap op organisatorisch gebied, kan impliceren dat sprake is van een gezagsverhouding. Deze meer 'contractuele' invulling van het gezagsselement houdt verband met de in de afgelopen eeuw als gevolg van economische en maatschappelijke ontwikkelingen gewijzigde rol en hoedanigheid van de werkgever en de werknemer binnen de arbeidsovereenkomst. Daardoor zijn de door partijen gemaakte contractuele afspraken een steeds belangrijkere rol gaan spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en van de werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW.

De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW maakt deel uit van het BW en vormt de toegangspoort tot de in Titel 10 Boek 7 BW opgenomen regeling van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de gelaagde structuur van het BW zijn de algemene bepalingen betreffende rechtshandelingen en overeenkomsten uit Boek 3 en Boek 6 BW van belang bij de beantwoording van de vraag of de werknemer en de werkgever zich met elkaar hebben verbonden en wie kan worden gehouden tot

nakoming van uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen. In paragraaf 2.4 bespreek ik de voorwaarden voor de totstandkoming van rechtshandelingen en overeenkomsten en de gebondenheid hieraan van partijen en derden krachtens algemene bepalingen uit het vermogens- en verbintenissenrecht. Daarbij komt met name aan de orde op welke wijze de wilsautonomie en de contractsvrijheid als beginselen van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht zich verhouden met het dwingendrechtelijke karakter van de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW. Onderzocht wordt wanneer in situaties waarin sprake is van pluraliteit van werkgeverschap, op grond van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht uit Boek 3 en Boek 6 BW een (arbeids)overeenkomst tot stand komt met de partij waarmee de werknemer zich in dat kader verbindt en op welke wijze bij deze overeenkomst belanghebbende derden dan gehouden kunnen worden tot nakoming van uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen.

Van regels en voorschriften uit Europese en (andere) internationale verdragen en de op basis van het VWEU uitgevaardigde richtlijnen die betrekking hebben op de invulling van de arbeidsovereenkomst en op het verrichten van arbeid gaat een zekere dwingendrechtelijke werking uit op het nationale arbeidsrecht. In of op basis van deze verdragen is geen sprake van iets als een communautaire of internationale definitie van de arbeidsovereenkomst of van de werkgever. Wel gaat van deze verdragen en richtlijnen invloed uit op de wijze waarop onder meer het werkgeverschap of het begrip werkgever moet worden uitgelegd in het nationale recht bij de toepassing van de betrokken verdragsbepaling of richtlijn. In paragraaf 2.5 inventariseer ik de internationale verdragen en de op basis van het VWEU uitgevaardigde richtlijnen die betrekking hebben op de invulling van de arbeidsovereenkomst en op het verrichten van arbeid, en onderzoek ik hoe de invulling die hierin wordt gegeven aan de begrippen werkgever, werknemer en arbeidsovereenkomst zich verhoudt tot de nationale definities van deze begrippen.

2.2 Voorgeschiedenis van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW

De voorloper van de in Titel 10 van Boek 7 BW opgenomen regeling van de arbeidsovereenkomst werd in 1907 aangenomen en trad in werking op 1 februari 1909. Tot dat moment bevatte het BW slechts een drietal bepalingen dat betrekking had op het verrichten van arbeid. De drie bepalingen waren onder de titel “Van huur van dienstboden en werklieden” opgenomen in het BW¹ en het begrip arbeidsovereenkomst werd in geen van deze bepalingen gehanteerd. Arbeidskracht werd gehuurd en op grond van artikel 1637 BW (oud) kon “men (...) zijne diensten slechts voor eenen tijd of voor eene bepaalde onderneming verbinden.” Artikel 1638 BW (oud) bepaalde dat de “meester” op zijn woord werd geloofd wat de hoogte van de beloning en de duur van de overeenkomst betrof en artikel 1639 BW (oud) regelde de schadeplichtigheid van de meester of de dienst- of werkbode bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Van bescherming van de arbeidskracht was geen sprake

¹ Artikel 1637, 1638 en 1639 BW (oud).

en omdat een definitie ontbrak, was bovendien onduidelijk wanneer sprake was van een overeenkomst tot huur van dienstboden.² Daardoor was de arbeidsovereenkomst feitelijk niet gereguleerd en werd arbeid op basis van vraag en aanbod verhandeld op de vrije markt.

In het Nederland van de negentiende eeuw werden de uit de Napoleontische codificaties overgenomen beginselen van wilsautonomie en contractsvrijheid beschouwd als essentiële elementen voor de bescherming en realisatie van de wil van het individu. Toen in Nederland in de tweede helft van de negentiende eeuw de industrialisatie opkwam, leidden de wilsautonomie en contractsvrijheid echter tot een tegengesteld resultaat in de verhouding tussen de werknemer en de werkgever. Voor de met wilsautonomie en contractsvrijheid beoogde bescherming en realisatie van de wil van het individu diende sprake te zijn van een maatschappij van gelijken, waar goederen en kapitaal vrij circuleerden en personen vrij waren in het accepteren van werk. Omdat hiervan bij de overeenkomst tot het verrichten van arbeid geen sprake was op grond van de zeer zwakke sociaal-economische positie van de werknemer tegenover de veel sterkere werkgever, leidden deze wilsautonomie en contractsvrijheid tot erbarmelijke arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden voor werknemers. Dit arbeidsvraagstuk maakte deel uit van wat indertijd werd aangeduid met de term 'sociale quaestie' en leidde tot het ingrijpen van de overheid in de arbeidsverhouding.³ Nadat in de Arbeidswet 1889 en in de Veiligheidswet 1895 een begin werd gemaakt met de regulering van de arbeidstijden en -omstandigheden, werd in de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907⁴ de vermogensrechtelijke verhouding tussen de werkgever en de werknemer gereguleerd. De opsteller van het ontwerp voor de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907, H.L. Drucker, betoogde al in 1887 dat de overheid tussen beide diende te komen om de zwakkere partij te hulp te komen, nu de ongelijkheid van partijen inherent was aan de arbeidsovereenkomst.⁵ Door het stellen van dwingende regels kon de overheid, waar nodig, de werknemer beschermen tegen onbillijke eisen van zijn wederpartij. De arbeidsovereenkomst werd als bijzondere overeenkomst opgenomen in het BW. Naast vermogensrechtelijke bepalingen maakten personenrechtelijke en organisatorische bepalingen deel uit van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW.

Het opheffen van de door de industriële revolutie ontstane maatschappelijke wan-toestanden op de arbeidsmarkt als gevolg van de ongelijke machtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer vormde het belangrijkste oogmerk van de wettelijke

2 Voor 1907 was de rechtspraak verdeeld over de vraag of onder deze bepalingen, naast dienstboden en werklieden, ook fabrieksarbeiders en kantoorbedienden vielen. Zie hierover T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 9-11.

3 Zie hierover: A.Ph.C.M. Jaspers, *Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context*, SMA 1982/7/8, p. 533/534.

4 Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193. In werking getreden op 1 februari 1909 (Koninklijk Besluit van 21 oktober 2008, Stb. 1908/324).

5 H.L. Drucker, *Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract*, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 49-98.

regeling van de arbeidsovereenkomst van 1907.⁶ Daarnaast werd met de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 een ordening aangebracht in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. De reglementering en standaardisering van de ruilverhouding tussen de werkgever en de werknemer in de regeling van de arbeidsovereenkomst kwam tevens het economisch verkeer ten goede omdat dit de ondernemingsactiviteit beter berekenbaar maakte. De maatschappelijke betekenis van de in 1907 wettelijk geregelde arbeidsovereenkomst bestond, in de woorden van Jaspers, daarin “dat zij de arbeider enerzijds als vrije contractant, als persoon erkent, anderzijds hem voor zijn levensonderhoud, d.w.z. voor zijn bestaan, afhankelijk maakt van de bezitter van de productiemiddelen bij wie hij terecht moet voor het te gelde maken van zijn arbeidskracht”.⁷ De compensatie van de ongelijke positie van de werknemer tegenover de werkgever, dat wil zeggen, de bescherming van de werknemer tegen de sterkere werkgever, vormde echter de grondslag van de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. In de literatuur wordt vrijwel algemeen aangenomen dat deze ongelijkheidscompensatie nog steeds de kern is van het arbeidsrecht.⁸ De hierna besproken maatschappelijke en economische ontwikkelingen van de afgelopen honderd jaar hebben wel geleid tot bespiegelingen over de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de ongelijkheidscompensatie als grondslag van de regeling van de arbeidsovereenkomst.⁹

De eerste regeling van de arbeidsovereenkomst bevatte alleen nog bepalingen betreffende het loon, de collectieve arbeidsovereenkomst, het opzettelijk of door schuld handelen in strijd met verplichtingen, het concurrentiebeding, de veiligheid in de onderneming en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de loop van de twintigste eeuw werd deze regeling vele malen gewijzigd en telkens uitgebreid. Ingrijpend waren de invoering van het preventieve ontslagtoezicht in (1940, 1944 en) 1945, de wijzigingen en uitbreidingen van de regeling in het kader van de herziening van het ontslagrecht in 1953, de introductie van een vakantieregeling in 1966 en de Wet flexibiliteit en zekerheid uit 1998. Andere ingrijpende wijzigingen en uitbreidingen van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW waren het gevolg van een reeks Europese richtlijnen vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw op het gebied van gelijke behandeling, de herstructurering van ondernemingen (o.a. collectief ontslag en overgang van onderneming) en met betrekking tot de inrichting van de arbeidsovereenkomst zelf (o.a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd,

6 Zie G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 43 en de door hem aangehaalde passages uit de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907.

7 A.Ph.C.M. Jaspers, *Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context*, SMA 1982/7/8, p. 534.

8 Zie o.a. E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA 11 oktober 2002), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 6, Asser-Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 10, C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 37. Zie ook W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 373/374 en de daar genoemde literatuur.

9 Dit wordt door verschillende arbeidsrechtwetenschappers uitgewerkt in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (liber amicorum M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997. Zie hierover ook W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, Prof. mr. H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6/7.

arbeidsduur, vakantie en de organisatie van de arbeidstijd, informering van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst). Daarnaast werden in verscheidene publiekrechtelijke wetten en regelingen voorschriften opgenomen met betrekking tot bepaalde contractuele en veiligheidsaspecten van de arbeidsovereenkomst.¹⁰

2.3 Artikel 7:610 lid 1 BW

De arbeidsovereenkomst werd als bijzondere overeenkomst met een eigen regeling opgenomen in het BW. Voldeed de relatie tussen partijen aan de in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 geïntroduceerde definitie van de arbeidsovereenkomst dan was, ongeacht of partijen daar al dan niet voor hadden gekozen, sprake van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. De bedoelingen van de werknemer en de werkgever als contractspartijen bij de arbeidsovereenkomst werden destijds bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst niet van wezenlijk belang geacht omdat op grond van hun verschillende sociaal-economische posities geen gelijkwaardige verhouding bestond tussen deze partijen.¹¹ De compensatie van de zwakkere sociaal-economische positie van de werknemer vormde voor de regering de rechtvaardiging van deze inbreuk op de wilsautonomie en de contractsvrijheid van partijen.¹²

In de in 1907 geïntroduceerde definitie van de arbeidsovereenkomst die tot op de dag van vandaag in een vrijwel¹³ ongewijzigde redactie in artikel 7:610 lid 1 BW de toegangspoort vormt tot de in Titel 10 Boek 7 BW opgenomen regeling van de arbeidsovereenkomst, werd de arbeidsovereenkomst op dwingendrechtelijke materiële wijze geduid 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.”

10 Ook het recht op medezeggenschap in de WOR is gekoppeld aan de op basis van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame werknemers.

11 De regering lichtte dit toe met een citaat van De Courcy uit 'Le droit et les ouvriers': "gij kunt zoveel 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". A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 212.

12 Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 lichtte de regering dit als volgt toe: "Dit wetsontwerp gaat uit van de gedachte, dat de veel geroemde contractsvrijheid, een begrip waarmede men een 10, 20, 25 jaar geleden algemeen – men veroorlove mij het woord – schermde in een materie als deze, voor een groot deel onzer medeburgers in werkelijkheid niets is dan een fictie." A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 46.

13 Bij de invoering van Titel 10 Boek 7 BW op 1 april 1997 werd in artikel 7:610 lid 1 BW het woord arbeider uit artikel 1637a BW (oud) vervangen door het woord werknemer. In de memorie van toelichting merkte de regering hierover op dat in het dagelijks spraakgebruik de term werknemer gebruikelijk was en het woord arbeider vrijwel nooit meer gebruikt werd. Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 14.

Van een arbeidsovereenkomst kan slechts dan sprake zijn wanneer de werknemer de arbeid persoonlijk verricht.¹⁴ Het begrip arbeid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW wordt ruim opgevat in de jurisprudentie en kan zowel lichamelijk als geestelijk van aard zijn,¹⁵ maar dient wel van waarde te zijn voor de werkgever.¹⁶ Voorts dient de werknemer loon te ontvangen als tegenprestatie voor de door hem verrichte arbeid. De werkgever is dit loon verschuldigd aan de werknemer.¹⁷ Ten slotte¹⁸ dient de werknemer de arbeid in dienst van de werkgever te verrichten. In de woorden “in dienst van” uit artikel 7:610 lid 1 BW moet worden gelezen dat de werknemer de arbeid onder het gezag van de werkgever verricht, dat wil zeggen, in een ondergeschiktheidsverhouding tegenover de werkgever.¹⁹ De aanwezigheid van een gezagsverhouding onderscheidt de arbeidsovereenkomst van andere overeenkomsten waarbij tegen betaling arbeid wordt verricht en vormt daardoor het belangrijkste element bij de duiding van de arbeidsovereenkomst.²⁰ De gezagsverhouding vervult

-
- 14 Zie artikel 7:659 BW dat bepaalt dat de werknemer zich niet zonder toestemming van de werkgever kan laten vervangen. Zie ook HR 13 december 1957, NJ 1958, 35 (Zwarthoofd/Het Parool). In de memorie van toelichting op de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 wordt dit als volgt toegelicht: “De arbeidskracht toch is onafscheidelijk aan den arbeider verbonden. Arbeidskracht, hetzij spierkracht, hetzij denkvermogen, is niet anders dan de macht om arbeid te verrichten. Alleen de arbeider heeft over die macht te beschikken. Evenmin als b.v. zijn gehoor of zijn gezicht, kan de arbeider zijne arbeidskracht van het lichaam afzonderen en daarover eenen ander de beschikking geven. Hij kan niet meer dan zich verbinden, waar hij het hem geschonken vermogen tot arbeiden in actie brengt, het resultaat van die in werking gestelde arbeidskracht aan een ander af te staan.” A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 319/320.
- 15 Zo kan ook slapen als arbeid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW worden aangemerkt. Zie HR 15 maart 1991, NJ 1991, 417 (r.o. 3.4).
- 16 Dit van waarde zijn van de arbeid voor de werkgever kan bijvoorbeeld ontbreken bij stageovereenkomsten of bij de werkzaamheden van de au pair indien de arbeid gericht is op het uitbreiden van de eigen kennis en ervaring van de stagiair of op de kennismaking met de cultuur van Nederland. Zie HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 230, HR 10 juni 1983, NJ 1984, 60 en Hof Leeuwarden 11 februari 2004, JAR 2004/65.
- 17 In zijn arrest van 18 december 1953 overwoog de Hoge Raad dat “onder loon in artikel (7:610 lid 1 BW) dient te worden verstaan (...) de vergoeding door den werkgever aan den werknemer verschuldigd ter zake van den bedongen arbeid.” HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 (Zaal/Gossink) en bevestigd in HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (Huize Bethesda).
- 18 De woorden “gedurende zekere tijd” uit artikel 7:610 lid 1 BW impliceren geen aparte voorwaarde dan wel element bij de duiding van de arbeidsovereenkomst. Zie hierover onder meer Asser-Heerma van Voss 7-V* (2008), hoofdstuk 1, nr. 25.
- 19 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 is verschillende malen benadrukt dat de woorden in dienst van impliceren dat de arbeid onder het gezag van de werkgever wordt verricht. Zie A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 314: “(...) bij de arbeidsovereenkomst (moet) de werkgever gezag, leiding en toezicht (...) houden 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.” En A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 320: “Het karakteristieke verschil tusschen de arbeidsovereenkomst en de aanneming van werk is daarin gelegen, dat krachtens de eerste arbeid wordt verricht *in dienst* van den werkgever, wat niet het geval is krachtens de tweede. De verhouding van ondergeschiktheid, het gezags-element, bij de eerste op den voorgrond tredende, ontbreekt bij de tweede geheel.”
- 20 Meijers betoogde in 1924 dat de gezagsverhouding het gewichtigste kenmerk van de arbeidsovereenkomst vormt en datgene wat de arbeidsovereenkomst typeert. E.M. Meijers, De arbeidsovereenkomst, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 30. De Hoge Raad heeft dit herhaald in zijn arrest van 14 juni 1992, NJ 1992, 173 m.nt. Sniijders. In 2005 betoogde Verhulp dat het gezags-element “steeds meer” als belangrijkste kenmerk voor de arbeidsovereenkomst wordt beschouwd. E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!, SR 2005/3, p. 90.

niet alleen een doorslaggevende rol bij de duiding van een relatie of overeenkomst als arbeidsovereenkomst, maar bepaalt tevens wie voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW als werknemer en werkgever de partijen zijn bij de arbeidsovereenkomst. De werknemer is de degene die de arbeid persoonlijk verricht en de werkgever is degene onder wiens gezag de werknemer die arbeid verricht. Artikel 7:610 lid 1 BW spreekt van “de ene partij” en “de andere partij” en gaat daarmee uit van een tweepartijen-overeenkomst.

2.3.1 Gezagsverhouding

De werknemer moet zich verbinden de arbeid onder het gezag van de werkgever te verrichten. Daarmee heeft de definitie van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 lid 1 BW een feitelijke/inhoudelijke en een contractuele/formele zijde. Feitelijk verricht de werknemer onder het gezag van de werkgever arbeid en contractueel heeft de werknemer zich daartoe in een overeenkomst met de werkgever verbonden. Artikel 7:610 lid 1 BW bepaalt niet met zoveel woorden dat de werknemer zich verbindt met degene die de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin hij de arbeid verricht en die uit dien hoofde het feitelijke gezag heeft over de door de werknemer verrichte arbeid. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 volgt dat ervan uit werd gegaan dat de werknemer zich verbindt, een arbeidsovereenkomst aangaat, met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. Dat hield verband met het feit dat bij de arbeidsovereenkomst voor risico en rekening van de werkgever komt of het aan de werknemer betaalde loon in verhouding staat tot de opbrengst van de door hem verrichte arbeid²¹ en daardoor het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid dus steeds voor rekening van de werkgever komt.²² Dit economische risico bracht volgens de regering mee dat de werkgever gezag, leiding en toezicht diende te houden gedurende de arbeid en de arbeid daarom in dienst van de werkgever dient te worden verricht.²³ De gezagsverhouding kan daarmee worden aangemerkt als het tegenwicht van het voor risico en rekening van de werkgever

21 In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 deelde de regering mee, dat als gevolg van het feit dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid zelf, en niet het product van de arbeid het voorwerp van de overeenkomst is, het aan de arbeid verbonden economische risico “steeds aan de zijde van hem is die de beloning uitbetaalt” A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 313.

22 In die zin hebben de hierna geciteerde woorden uit de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 nog niet aan betekenis ingeboet: “Eensdeels bestaat gevaar dat de hoedanigheid van den verrichten arbeid tegenvallen. Laat zich al gemakkelijk eene arbeidsovereenkomst denken – b.v. het werken op stukloon – waarbij mede de arbeider de nadeelen, aan zijne tekortkomingen wat betreft de kwantiteit verbonden, zal gevoelen, de werkgever blijft daarvan nooit verschoond. Het gevaar voor onvoldoende kwaliteit van den verrichten arbeid wordt steeds door den werkgever gedragen.” A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 313.

23 “Dit oeconomisch verschil heeft ten gevolge, dat bij de arbeidsovereenkomst de werkgever gezag, leiding en toezicht moet houden 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.” A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 314.

komen van het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid. Omdat de werkgever de door de werknemer in zijn onderneming verrichte arbeid te gelde maakt en de werkgever de rekening betaalt wanneer dit niet lukt (omdat het door hem aan de werknemer betaalde loon niet in verhouding staat tot de opbrengst van de arbeid) dient hij aanwijzingen te kunnen geven over de wijze waarop de arbeid wordt verricht. Op grond van dit economische risico van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst is het element "in dienst" wezenlijk voor de arbeidsovereenkomst.²⁴ Daarin onderscheidde (en onderscheidt) de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van aanneming van werk en van de overeenkomst van opdracht,²⁵ waarbij het economische resultaat van de op basis van de overeenkomst verrichte werkzaamheden (ook) voor risico en rekening van de aannemer of opdrachtnemer kan komen.

Uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW volgt dat de werknemer de arbeid verricht onder het gezag van de werkgever waarmee hij zich in dat kader in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden. Wanneer sprake is van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap verricht de werknemer de arbeid in de onderneming van een ander dan de contractuele werkgever waarmee hij zich in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden. Omdat dan geen sprake is van feitelijk gezag van de contractuele werkgever over de door de werknemer verrichte arbeid is de vraag hoe in deze situatie het gezagsmoment moet worden uitgelegd als constitutief vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever.

2.3.2 Van een feitelijke naar een contractuele gezagsverhouding

In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werd meegedeeld dat het gezagsmoment in het maatschappelijke verkeer niet voor moeilijkheden zou zorgen bij de duiding van de arbeidsovereenkomst: "Waar in het dagelijksch leven de uitdrukkingen "betrekking", "dienstbetrekking", "in dienst treden", "in functie treden" en dergelijke worden gebezigd, vormen zij een onbedriegelijk kenteken, dat eene arbeidsovereenkomst is gesloten. Berekening van het loon per dag, week of jaar geeft eene aanwijzing in dezelfde richting."²⁶ Deze kentekens en aanwijzingen refereren aan de aanwezigheid van het gezagsmoment dat de arbeidsovereenkomst kenmerkt en onderscheidt van andere overeenkomsten op grond waarvan arbeid wordt verricht, zo deelde de regering mee.

24 Vgl. G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 49 en 63.

25 In de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 was tevens een definitie opgenomen van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (thans de overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW). Volgens de memorie van toelichting onderscheidde de arbeidsovereenkomst zich van deze overeenkomst doordat bij het sluiten van deze overeenkomst geen duurzame dienstbetrekking tot stand kwam omdat partijen bij het sluiten van een dergelijke overeenkomst een bepaalde dienst, een enkele prestatie, op het oog hadden met de verrichting of vervulling waarvan aan de overeenkomst gevolg was gegeven. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 313.

26 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 320.

In de literatuur uit de decennia na de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werd een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW aangenomen als de werkgever instructies kon geven bij de feitelijke uitvoering van de arbeid door de werknemer. Bij deze partij was de werknemer dan in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW.²⁷ Wanneer twijfel bestond over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst zou, zo betoogde Meijers in 1924, “voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst steeds beslissend zijn of degene, die den arbeid heeft opgedragen, eenig gezag kan doen gelden over dengene, die den arbeid verricht”.²⁸ Enkele decennia later, in 1956, omschreef Kamphuisen de gezagsverhouding als de bevoegdheid van de werkgever de werknemer (binnen redelijke en wettelijke grenzen) bevelen te geven ten aanzien van tijd, plaats, werkwijze et cetera.²⁹ Koopmans³⁰ stelde in zijn dissertatie uit 1962 dat de prestatie waartoe de werknemer zich verbindt steeds een element van onbepaaldheid bevat en de gezagsverhouding impliceert dat de werkgever bevoegd is op elk willekeurig moment instructies te geven ter zake van de uitvoering van de arbeid. In 1972 constateerde Van der Ven³¹ dat “de maatschappelijke werkelijkheid steeds meer arbeidsovereenkomsten te zien (geeft), waarbij de werkgever zich praktisch niet bemoeit met de individuele arbeidsverrichting, omdat zij is opgenomen in een zo goed als automatisch verlopend proces dan wel aan de deskundigheid van de functionaris kan worden overgelaten. Daarom is het voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet strikt noodzakelijk dat de werkgever werkvoorschriften feitelijk heeft gegeven of het geven daarvan zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden. Dat hij de bevoegdheid er toe bezit kan voldoende blijken uit het feit dat hij bij het contract of in een reglement of instructie concrete ordevoorschriften heeft opgenomen.” In 1977 betoogde Frenkel dat de gezagsverhouding geen uniform begrip was dat in elke arbeidsovereenkomst dezelfde zwaarte had en dat de betekenis van de gezagsverhouding afhing van de aard van de arbeidsovereenkomst.³² Hij meende dat uiteindelijk bepalend was of en in hoeverre de werkgever aan de werknemer opdrachten en instructies kan geven en of de werknemer verplicht is tegenover de werkgever verantwoording af te leggen omtrent hetgeen hij in zijn dienstbetrekking gedaan heeft en hoe en waarom hij iets op een bepaalde manier gedaan heeft.

In 1997 constateerde Van der Heijden³³ dat werknemers als gevolg van de toenemende professionalisering van veel beroepen meer en meer zelf uitmaakten hoe ze hun arbeid inrichtten en instructies van de werkgever daardoor steeds minder

27 Uiteraard alleen indien ook aan de overige voorwaarden van artikel 7:610 lid 1 BW werd voldaan.

28 E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 31.

29 P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire pers 1956, p. 71 n.a.v. HR 30 maart 1955, NJ 1955, 341.

30 T. Koopmans, *De begrippen werkmans, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

31 F.J.H.M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst in Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*. Samengesteld door H.L. Bakels, Deventer: Kluwer 1977, p. 253.

32 A. Pitlo in samenwerking met B.S. Frenkel, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Benoemde overeenkomsten; de arbeidsovereenkomst*, Gouda Quint Arnhem 1977, p. 6/7.

33 P.F. van der Heijden, *Een nieuwe rechtsorde van de arbeid: op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht*, NJB 7 november 1997, nr. 40, p. 1837-1844.

betrekking hadden op de inhoud van de arbeid. Hij sprak in dat kader van de erosie van de gezagsverhouding als het essentiële criterium van de arbeidsovereenkomst. In arresten uit 1994 en 1998 oordeelde de Hoge Raad dat wanneer geen sprake is van feitelijk gezag over de door de werknemer verrichte arbeid, ook op basis van andere aspecten van de arbeidsrelatie sprake kan zijn van in ondergeschiktheid verrichte arbeid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Loonstra en Zondag³⁴ noemen dit de formele benadering van de gezagsverhouding waarbij het niet draait om een instructiebevoegdheid ten aanzien van de inhoud van het werk, maar om een instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkdiscipline. Daarbij gaat het om de mogelijkheid de werknemer instructies te geven op organisatorisch gebied zoals de tijden waarop gewerkt moet worden, de plaats waar de arbeid moet worden verricht en de wijze van beloning. In het Imam-arrest van 17 juni 1994³⁵ 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 de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding.” Deze formele benadering impliceert niet dat bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een gezagsverhouding de omstandigheid dat al dan niet sprake is van feitelijk gezag over de verrichte arbeid niet meer relevant is. In latere arresten oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van een gezagsverhouding op grond van het feitelijke gezag van de werkgever over de door de werknemer verrichte arbeid terwijl een instructiebevoegdheid op organisatorisch gebied ontbrak (of slechts summier aanwezig was).³⁶ Als een dergelijk feitelijk gezag ontbreekt dan moet, zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 8 mei 1998,³⁷ wil sprake zijn van een gezagsverhouding, door de werkgever “enigerlei zeggenschap” zijn bedongen over de door de werknemer te verrichten arbeid.

Resumerend constateer ik dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding het belangrijkste element is gebleven bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar dat dit element afhankelijk van de omstandigheden, zoals de tussen partijen gemaakte contractuele afspraken en de aard van de door de werknemer verrichte arbeid, feitelijk/inhoudelijk en contractueel/formeel kan worden uitgelegd. Daarom is

34 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 97. Zie ook C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning*, Deventer: Kluwer 1997.

35 HR 17 juni 1996, JAR 1994/152.

36 HR 16 september 1994, JAR 1994/214 en HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168.

37 HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168. De Hoge Raad overwoog: “Uit de enkele omstandigheid dat de werktijden van (werkneemster) contractueel waren vastgelegd, kan evenwel niet worden afgeleid dat hier sprake is van een gezagsverhouding. Daartoe zou ten minste vereist zijn dat Victory Group B.V. enigelei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop (werkneemster) haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten”. De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn arrest van 1 december 1961 (NJ 1962, 79) waarin de vraag aan de orde was of een arbeidsovereenkomst bestond tussen een striptease-danseres en de eigenaar van de club waarin zij optrad. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een gezagsverhouding ontbrak omdat de eigenaar van de club geen zeggenschap had over de wijze waarop de striptease-danseres haar werkzaamheden verrichtte. Dat zij de nummers opvoerde in de club en op de door de eigenaar van de club vastgestelde tijden was daarvoor naar het oordeel van de Hoge Raad in dit arrest uit 1961 (nog) niet voldoende.

niet zozeer sprake van een erosie van de gezagsverhouding, maar is het element gezag thans een breder uitlegbaar begrip dan in de eerste helft van de twintigste eeuw het geval was.

2.3.3 *Veranderde positie werkgever en werknemer en pluraliteit van werkgeverschap*

Bij de wijze waarop de gezagsverhouding tot begin jaren zestig van de vorige eeuw werd geduid, werd vooral belang gehecht aan het feitelijke gezag van de werkgever bij de uitvoering van de werkzaamheden. Uit de hiervoor aangehaalde meer recente rechtspraak en literatuur volgt dat ook het (bij overeenkomst) bedingen van zeggenschap op organisatorisch gebied een gezagsverhouding kan impliceren.³⁸ Deze ontwikkeling ging gepaard met de sinds het begin van de twintigste eeuw geleidelijk, maar ingrijpend veranderde rollen van de werknemer en de werkgever binnen de arbeidsovereenkomst. Daardoor is de traditionele arbeidsverhouding die in beginsel het gehele werkzame leven beslaat van een volwassen man die op fulltime basis arbeid verricht in de onderneming van de werkgever waarmee hij zich in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden, en die het uitgangspunt vormde in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, van regel tot uitzondering geworden. In hun preadvies uit 2001 hebben Van der Heijden en Noordam vijf ontwikkelingen onderscheiden die leid(d)en tot een verandering van de wijze waarop de werknemer werkzaam is.³⁹ Het gaat daarbij om (i) economische ontwikkelingen als gevolg waarvan de werkgelegenheid van de agrarische via de industriële naar de dienstensector verschoof, (ii) maatschappelijke ontwikkelingen (toenemende individualisering en flexibilisering), (iii) veranderingen in het politieke denken (meer deregulering en privatisering), (iv) demografische ontwikkelingen (de vergrijzing en ontgroening van de Nederlandse bevolking) en (v) de zeer sterk toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen. In dit verband kunnen echter meer ontwikkelingen worden onderscheiden. Ik noem in dit kader de uitbouw van de Nederlandse verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog (met name de invoering van de Werkloosheidswet en de Algemene Bijstandswet) waardoor de bestaanszekerheid toenam en de stijging van het gemiddelde opleidingsniveau van de beroepsbevolking. Deze ontwikkelingen hebben ertoe bijgedragen dat de economische onafhankelijkheid van werknemers toenam, zij in toenemende mate zelfstandig en ook meer flexibel werkzaam werden

38 Zowel in de eerdere als in de latere rechtspraak en literatuur speelde bij de duiding van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding de vraag of het economische resultaat van de verrichte arbeid voor risico en rekening van de werkgever kwam en dat om die reden sprake moest zijn van gezag van – en daarmee een arbeidsovereenkomst met – die werkgever geen rol. Zie ook G.C. Boot, *Arbidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 49.

39 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies NJV, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 1/2. Vervolgens hebben Van der Heijden en Noordam aan de hand van zeventien “-eringen” beschreven welke belangrijke sociaal-culturele en sociaal-economische maatschappelijke veranderingen sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw invloed hadden op de arbeid, de arbeidsorganisatie en de organisatie van de arbeid.

en hun onderhandelingspositie tegenover de werkgever sterker werd. In de literatuur vormde dit aanleiding voor gedachtevorming over een vermindering⁴⁰ of zelfs afschaffing⁴¹ van arbeidsrechtelijke bescherming voor bepaalde categorieën werknemers. De wetgever heeft tot op heden geen gevolg gegeven aan deze gedachtevorming. Vooralsnog is dus sprake van een uniform arbeidsovereenkomstenrecht waarvoor de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW als dwingendrechtelijke toegangspoort fungeert.⁴²

Als gevolg van veranderingen in de wijze waarop ondernemingen worden geëxploiteerd, zijn ook de rol en de hoedanigheid van de werkgever als wederpartij van de werknemer bij de arbeidsovereenkomst veranderd. In het begin van de twintigste eeuw had de factor kapitaal nog een duidelijk, herkenbaar gezicht dat gemakkelijk geïdentificeerd kon worden met een persoon van vlees en bloed.⁴³ De werkgever was – al dan niet als grootaandeelhouder – de persoonlijke eigenaar van de fabriek of de winkel waarin, of het land waarop de werknemer de arbeid verrichtte. Deze persoon droeg het economische risico van de door de werknemer verrichte arbeid en oefende daarom gezag uit over de door de werknemer verrichte arbeid. Dit veranderde echter als gevolg van een ontwikkeling waarbij talrijke kleine ondernemingen, waarvan de productiemiddelen het persoonlijk eigendom van de hiervoor genoemde personen waren, verdwenen en daarvoor in de plaats minder talrijke en grotere ondernemingen kwamen waarvan het kapitaal over vele (anonieme) aandeelhouders verspreid was.⁴⁴ Werkgevers gingen hun bedrijven en vermogen onderbrengen in rechtspersonen met verschillende managementlagen die werden belast met het bestuur van de afdelingen, divisies of bedrijfsonderdelen waarin de onderneming werd opgedeeld. Doordat een steeds onpersoonlijkere grootheid als werkgever ging fungeren, werd de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer aan de kant van de werkgever van steeds minder persoonlijke aard.⁴⁵ Daarbij nam vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw concernvorming een grote vlucht en ging de werkgever als rechtspersoon steeds vaker deel uitmaken van een groep onder de centrale leiding van een andere rechtspersoon,

40 Zie o.a. T. van Peijpe, *Contractsvrijheid en de werknemer*, in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, E. Verhulp, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, SR 2005/3, P.F. van der Heijden, *Een nieuwe rechtsorde van de arbeid: op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht*, NJB 7 november 1997, nr. 40 en A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, *Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture*, ArA 2011/1.

41 Zie hierover A.T.J.M. Jacobs, *Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie*, in: *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht (liber amicorum M.G. Rood)*, Deventer: Kluwer 1997.

42 Ondanks deze uniformiteit bestaat thans een grote verscheidenheid aan bijzondere arbeidsverhoudingen waarbij al dan niet op basis van een arbeidsovereenkomst persoonlijk arbeid wordt verricht. Zie voor een overzicht van dergelijke bijzondere arbeidsverhoudingen, A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

43 Zie H. Naber, *De arbeidsovereenkomst in Nederland*, Kluwer Deventer 1985, p. 26.

44 Zie hierover ook de memorie van toelichting bij de WOR. Kamerstukken II 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 1.

45 W.F. de Gaay Fortman, *Arbeid, arbeidsovereenkomst en arbeidsverhouding*, in: *Hedendaags arbeidsrecht (liber amicorum M.G. Levenbach)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 116.

de moedermaatschappij. Daarnaast gingen werkgevers werkzaamheden uitbesteden of (onderdelen van) hun activiteiten overdragen aan andere ondernemingen en kon de werkgever als rechtspersoon fuseren met een andere rechtspersoon, zichzelf splitsen in twee of meer nieuwe rechtspersonen, of een deel van zichzelf afsplitsen naar een nieuwe rechtspersoon op grond van de respectievelijk in 1984 en 1998 in werking getreden regelingen van juridische fusie en juridische splitsing. Om tegemoet te komen aan de behoefte van werkgevers aan flexibele arbeid ontstonden voorts verschillende soorten leenverhoudingen waarbij uitzendbureaus en detacheerbedrijven werknemers aan opdrachtgevers ter beschikking gingen stellen om onder het feitelijke gezag van deze opdrachtgevers arbeid te gaan verrichten. Binnen – vooral grotere – groepen sloten de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst met de moedermaatschappij of een speciaal daartoe opgerichte ‘personeels-B.V.’ waarna zij ‘intra-concern’ gedetacheerd werden bij de groepsmaatschappij waarbij zij feitelijk werkzaam waren.

De hiervoor beschreven veranderingen aan werkgeverskant hebben in de hand gewerkt dat de werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW in maatschappelijke zin een steeds abstracter en veel meer contractueel begrip is geworden. Doordat het feitelijke gezag over de arbeid van de werknemer en het contractuele werkgeverschap niet meer automatisch verenigd zijn in één (rechts)persoon komen steeds vaker situaties voor waarin verschillende partijen als feitelijke en als contractuele werkgever betrokken zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer. In paragraaf 1.1 sprak ik in dit kader van pluraliteit van werkgeverschap. Hoewel bij pluraliteit van werkgeverschap de contractuele werkgever in beginsel wordt beschouwd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW,⁴⁶ is in deze situaties sprake van pluraliteit van aansprakelijkheid wanneer de hiervoor genoemde feitelijke werkgever die zonder dat hij partij is bij de arbeidsovereenkomst betrokken is bij de uitvoering daarvan, aansprakelijk kan worden gehouden voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

46 Zulk een arbeidsovereenkomst wijkt af van het normale type, hetgeen aan de rechtsgeldigheid niet afdoet, aldus W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011 p. 13. Verhulp stelt dat de partij waarmee de overeenkomst is gesloten de werkgever is en dat de contractuele werkgever de werkgever is in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW indien deze in de arbeidsovereenkomst een detachingsbevoegdheid bedong. E. Verhulp in P.F. van der Heijden e.a. (red.), Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Zesde druk, Deventer: Kluwer 2010, artikel 7:610 BW aant. 2, p. 6. In de rechtspraak blijkt dit onder meer uit arresten betreffende het werkgeverschap van de uitzender en detacheerder. Zie: HR 14 oktober 1977, NJ 1978, 31, HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.nt. Stein en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344. Ten aanzien van het werkgeverschap van de intra-concern detacherende groepsmaatschappij volgt dit o.a. uit HR 1 december 2000, JAR 2001/12 (Kenhuis/Fugro). De Hoge Raad overwoog reeds in zijn arrest van 16 april 1943 (NJ 1943, 352) dat “mogelijk is, dat ingevolge de overeenkomst tusschen den werkgever en den derde de arbeider niettegenstaande het voortduren van de dienstverhouding tot den werkgever – met het oog op de werkzaamheden waarvoor hij aan den derde ter beschikking wordt gesteld – uitsluitend is onderworpen aan de leiding van deze laatsten”.

2.3.4 Betekenis van bedoelingen van partijen bij kwalificatie arbeidsovereenkomst

De breder uitlegbare gezagsverhouding en de gewijzigde rollen van de werknemer en de werkgever binnen de arbeidsovereenkomst hebben er waarschijnlijk aan bijgedragen dat het belang van de door partijen gemaakte contractuele afspraken is toegenomen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.⁴⁷ In het arrest Groen/Schoevers⁴⁸ van 14 november 1997 oordeelde de Hoge Raad dat bij de duiding van de arbeidsovereenkomst niet alleen moet worden gekeken naar de elementen van artikel 7:610 lid 1 BW, maar ook naar de werkelijke bedoelingen van partijen bij het sluiten van de overeenkomst. De Hoge Raad oordeelde 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.”

Van belang is dus de wijze waarop partijen zich bij de uitvoering van de overeenkomst feitelijk tegenover elkaar hebben gedragen en of dit correspondeert met de wijze waarop zij hun (contractuele) verhouding (stellen te) hebben ingericht. Stemmen de door partijen gemaakte afspraken bij het aangaan van de overeenkomst niet overeen met de wijze waarop zij zich vervolgens bij de feitelijke uitvoering van de overeenkomst tegenover elkaar hebben gedragen, dan kan voorbijgaand aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst bestaat. Daarbij kan naar het oordeel van de Hoge Raad rekening worden gehouden met de maatschappelijke positie van degene die de

47 Reeds in 1940 werd door Levenbach betoogd dat aan de bedoelingen van partijen relevantie zou kunnen toekomen bij de vraag of een bijzondere arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd. Het ging daarbij om de beantwoording van de vraag of de werkverschaffingsverhouding, waarbij de werkloze als tegenprestatie voor de door hem te ontvangen 'steun' werd tewerkgesteld op overheidsprojecten, als een arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt. In dat kader vraagt Levenbach zich af “waarom het motief van een handeling niet beslissend voor de bepaling van zijn rechtskarakter zou kunnen zijn; de “bedoeling” van dengeen, die een rechtshandeling verricht, het “animus”-begrip, zijn in het privaatrecht toch werkelijk geen onbekende verschijnselen. “M.G. Levenbach, Arbeidsverhoudingen en arbeidscontracten, NJB 3 februari 1940, nr. 5, p. 103. Anderzijds voorzag Koopmans in 1965 – 25 jaar later – dat de arbeidsovereenkomst als privaatrechtelijk contract in steeds mindere mate het aanknopingspunt zou gaan vormen voor de toepasselijkheid van wettelijke regelingen die rechtsgevolgen verbinden aan het verrichten van arbeid. Volgens Koopmans zou (onder meer) de arbeidsovereenkomst als contractuele betrekking worden “*ingebed*, in reglementeringen van diverse herkomst, in reeksen van gelijkgerichte verhoudingen, in feitelijke situaties van verschillende geaardheid, in een maatschappelijke context die meer en meer rechtens relevant wordt.” T. Koopmans, Contractueel stippelwerk (oratie Leiden 19 november 1965), Alphen aan den Rijn: Samsom 1965.

48 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 en JAR 1997/263 (Groen/Instituut Schoevers B.V., h.o.d.n. Schoevers Opleidingen).

arbeid verricht.⁴⁹ In het arrest Diosynth/De Groot⁵⁰ voegde de Hoge Raad aan de hiervoor aangehaalde overweging uit het arrest Groen/Schoevers toe dat wanneer beide partijen bij het aangaan van hun overeenkomst “hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, (...) dat van belang – zij het niet zonder meer beslissend – (is) voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.” Dat partijen contractueel iets anders dan een arbeidsovereenkomst overeenkwamen, is dus van belang bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar alleen wanneer deze contractuele afspraken corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.⁵¹

In het arrest Van der Male/Den Hoedt⁵² was de omgekeerde situatie aan de orde. De Hoge Raad oordeelde in dit geval dat ondanks dat partijen de door hen gesloten overeenkomst als arbeidsovereenkomst hadden betiteld geen sprake was van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW omdat zij nimmer werkelijk hadden bedoeld een arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan.⁵³ De Hoge Raad overwoog dat het hof in eerdere instantie ten onrechte de tekst van de schriftelijke “arbeidsovereenkomst” doorslaggevend had geacht voor de conclusie dat sprake was van een arbeidsovereenkomst en bij het vaststellen van de overeengekomen verplichtingen op alle omstandigheden van het geval moet worden gelet en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst. Omdat partijen nooit hadden beoogd uitvoering te geven aan de “arbeidsovereenkomst” in die zin dat de ‘werknemer’ arbeid zou gaan verrichten voor de ‘werkgever’ en van dergelijke arbeid ook nimmer sprake was geweest, had de overeenkomst naar het oordeel van de Hoge Raad geen andere strekking dan aan de ‘werknemer’ een bijdrage in de kosten van levensonderhoud te verschaffen.⁵⁴ In dergelijke omstandigheden kan de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd.⁵⁵ Ook in de situatie waarin partijen hun rechtsverhouding zelf als arbeidsovereenkomst betitelden moet dus de wijze waarop partijen hieraan feitelijk uitvoering hebben gegeven, corresponderen met

49 Verhulp heeft in dat verband betoogd dat de werknemer zich binnen deze gedachte minder op het dwingende karakter van Titel 10 Boek 7 BW zal kunnen beroepen naarmate zijn economische zelfstandigheid toeneemt. E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!, SR 2005/3, p. 93. Zie over de betekenis van de maatschappelijke positie van partijen voor het gewicht dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst toekomt aan de door partijen gemaakte (contractuele) afspraken ook C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Art. 7:610 BW en de partijbedoeling, TAP 2010/1. Zie ook A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?, TAP 2011/5.

50 HR 10 december 2004, NJ 2005, 239, JAR 2005/15 en RAR 2005, 5 (Diosynth B.V./Groot-van Veen).

51 Zie ook r.o. 4.3.2 en 4.3.3 in HR 14 april 2006, NJ 2007, 447, JAR 2006/119 en RAR 2006, 74 (Beurspromovendi/UvA) en r.o. 3.3 in HR 15 december 2006, NJ 2007, 448, JAR 2007/19 en RAR 2007, 26 (Van Houdts/BBO International).

52 HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 en JAR 2003/263 (Van der Male B.V./Den Hoedt).

53 Zo ook HR 15 december 2006, JAR 2007/20 (Cosijn/Uninetwork Consultancy). Zie ook Ktr. Dordrecht 21 juli 2011, JAR 2011/248.

54 In casu sloot de ex-vrouw een arbeidsovereenkomst met de BV van haar ex-man als alternatief voor de betaling van alimentatie door de ex-man aan de ex-vrouw. Zij was echter vanaf het begin vrijgesteld van het verrichten van arbeid en had ook nooit arbeid verricht voor de BV van de ex-man.

55 De door de ex-echtelingen gesloten “arbeidsovereenkomst” werd in plaats daarvan na verwijzing naar het hof gekwalificeerd als een overeenkomst sui generis.

deze contractuele afspraken, wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW.⁵⁶

In het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM van 13 juli 2007⁵⁷ hadden partijen een managementovereenkomst gesloten waarbij de manager krachtens een opdracht-overeenkomst tussen zijn management-BV en Stichting Thuiszorg Rotterdam (STR) arbeid verrichtte bij STR. Juist ter omzeiling van een arbeidsovereenkomst met STR hadden partijen gekozen voor deze managementovereenkomst omdat dan voor de manager geen pensioenpremies behoeften te worden afgedragen aan pensioenverzekeraar PGGM. In eerdere instantie had het hof onder verwijzing naar het arrest Groen/Schoevers geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst bestond tussen de manager en STR omdat zij van meet af aan een arbeidsovereenkomst hadden beoogd en ook op deze wijze feitelijk uitvoering hadden gegeven aan de managementovereenkomst. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof en kwalificeerde de (feitelijke) relatie tussen de manager en STR als een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW ondanks de door de STR met de management-BV gesloten opdracht-overeenkomst. In zijn conclusie voor het arrest betoogde A-G Timmerman dat de omstandigheid, dat tussen STR en de management-BV een opdracht-overeenkomst bestond, geen belemmering hoefde te vormen voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen STR en de manager. De complicatie dat de partijen bij de opdracht-overeenkomst niet dezelfde waren als die bij de (eventuele) arbeidsovereenkomst vormde geen bij voorbaat onneembare hinderpaal om tot een arbeidsovereenkomst tussen STR en de manager te concluderen. De A-G betoogde hierover het volgende:

“De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die – alle omstandigheden in aanmerking nemend – niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In zo'n geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hierbij speelt ook een rol dat de definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.”

De Hoge Raad volgde de A-G hierin en oordeelde dat het hof, bij de beoordeling of tussen de manager en STR een arbeidsovereenkomst bestond, terecht had overwogen dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die de manager, zijn management-BV en STR aan hun respectievelijke verhoudingen hadden verbonden, in hun onderling verband moesten worden gezien, gelet op alle

56 Al in het arrest Agfa-Gevaert/Schoolderman, HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. Stein en JAR 1994/94, waarin de vraag centraal stond of ondanks de door partijen gesloten tijdelijke nulurencontracten sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de werknemer dienovereenkomstig diende te worden gehonoreerd, overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.3 dat “de Rechtbank genoegzaam gemotiveerd (had) dat de aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet doorslaggevend zijn, maar mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsovereenkomst uitvoering geven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.”

57 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 en RAR 2007, 123 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/ Stichting Pensioenfonds PGGM).

ter zake dienende omstandigheden van het geval. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof terecht aan de hand van de criteria uit het arrest Groen/Schoevers onderzocht of de tussen STR en de manager bestaande relatie als een arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd. Opvallend is dat hierbij, anders dan in het arrest Groen/Schoevers, niet de maatschappelijke positie van de manager wordt betrokken. Dat de manager een relatief sterke sociaal-economische positie had, bracht niet mee dat bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst een groter gewicht werd toegekend aan de door hem met STR gemaakte andersluidende contractuele afspraken. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat in casu niet de manager, maar PGGM zich als belanghebbende derde beriep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en STR. De Hoge Raad benadrukte echter in zijn arrest dat het er bij de beantwoording van de vraag of een arbeidsovereenkomst bestaat tussen partijen niet toe doet of partijen hierover twisten, of dat een derde zich hierop beroept. Mijns inziens heeft de Hoge Raad de Groen/Schoevers criteria daarmee objectiever gemaakt. Bij de beantwoording van de vraag of de relatie tussen partijen ondanks hun andersluidende contractuele afspraken als een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, is voor hem doorslaggevend de wijze waarop door partijen feitelijk uitvoering is gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken. Als daaruit blijkt dat in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst werd beoogd, brengt de omstandigheid dat degene die de arbeid verricht een sterke sociaal-economische positie heeft niet mee dat toch geen beroep kan worden gedaan op het dwingende karakter van artikel 7:610 lid 1 BW omdat in dat geval deze andersluidende contractuele afspraken zwaarder zouden wegen.

2.3.5 Betekenis van bedoelingen van partijen bij kwalificatie werkgever

Staat vast dat de werknemer de arbeid verricht op grond van een arbeidsovereenkomst, dan is de vraag of bij de kwalificatie van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW eveneens moet worden heengekeken door de met een contractuele werkgever gemaakte afspraken wanneer uit wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de arbeidsovereenkomst blijkt dat niet werkelijk werd beoogd dat de contractuele werkgever als werkgever van de werknemer zou gaan fungeren. Deze vraag is relevant in situaties waarin sprake is van pluraliteit van werkgeverschap. Zoals aan de orde kwam in het vorige hoofdstuk is immers bij de toepassing van verschillende bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW van belang dat de werknemer de arbeid verricht in de onderneming van de werkgever. De in deze bepalingen neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming heeft alleen het daarmee beoogde effect als de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht.

Reeds in arresten uit 1977, 1980 en 1988⁵⁸ oordeelde de Hoge Raad dat bij uitzending of detachering door uitzendbureaus of detacheerbedrijven⁵⁹ sprake kon zijn van een

58 HR 14 oktober 1977, NJ 1978, 31, HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.nt. Stein en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344.

59 Zie voor het onderscheid tussen uitzending en detachering paragraaf 4.10.1.

arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf wanneer de arbeidskracht op grond van de door hem gemaakte afspraken met de uitzender of detacheerder verplicht was arbeid te verrichten onder het gezag van door het uitzendbureau of uitleenbedrijf aan te wijzen derden. In deze situatie werd de feitelijke gezagsverhouding door de uitzender of detacheerder aan de derden gedelegeerd, zo volgt uit deze arresten. Het uitzendbureau of het detacheerbedrijf trad voor zichzelf op bij de werving en selectie van de werknemer en de derde had geen beslissende inspraak bij welke werknemer door de uitzender of detacheerder bij hem werd tewerkgesteld. Omdat de werknemer zich niet met die derden verbond, werd in deze situatie een arbeidsovereenkomst aangenomen met het uitzendbureau of met het detacheerbedrijf en niet met die derden.⁶⁰ Sinds 1999 worden deze uitzendbureaus en detacheerbedrijven in artikel 7:690 BW wettelijk geduid als werkgever van de uitzendkracht of gedetacheerde werknemer in de zin van Titel 10 Boek 7 BW. Wanneer de uitzendkracht of gedetacheerde zich verbindt met het uitzendbureau of detacheerbedrijf om ter beschikking te worden gesteld aan een derde en onder toezicht en leiding van de derde arbeid gaat verrichten krachtens een door de derde aan het uitzendbureau of detacheerbedrijf verstrekte opdracht, is het uitzendbureau of detacheerbedrijf en niet die derde de werkgever van de uitzendkracht of gedetacheerde.

De omstandigheid dat de uitzendkracht of gedetacheerde werknemer gedurende lange tijd ter beschikking wordt gesteld aan één opdrachtgever van het uitzendbureau of detacheerbedrijf doet op zich niet af aan het werkgeverschap van het uitzendbureau of detacheerbedrijf, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Malhi.⁶¹ In dit arrest was de werknemer door een uitzendbureau als uitzendkracht gedurende een periode van vijf jaar ter beschikking gesteld aan ABN AMRO. Gedurende deze langdurige terbeschikkingstelling werd de werknemer ten aanzien van zijn arbeidsvoorwaarden en de arbeid die hij verrichtte steeds meer behandeld alsof hij een werknemer van ABN AMRO was. Toen ABN AMRO de terbeschikkingstelling na vijf jaar beëindigde, stelde de werknemer zich op het standpunt dat inmiddels op enig moment gedurende de terbeschikkingstelling een arbeidsovereenkomst was ontstaan tussen hem en ABN AMRO. De Hoge Raad verwierp dit standpunt overwegende dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een dergelijke geruisloze vervanging op een niet aanwijsbaar tijdstip van de overeengekomen uitzendovereenkomst door een arbeidsovereenkomst met ABN AMRO.⁶² De Hoge Raad benadrukte daarbij dat voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst niet noodzakelijk

60 Vgl. HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 m.nt. Stein en JAR 1992/148 (Volvo/Braam).

61 Zie HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 m.nt. Heerma van Voss en JAR 2002/100 (ABN AMRO Bank N.V./Malhi).

62 Zie ook HR 28 juni 1996, NJ 1996, 711 en JAR 1996/153 (Verhoef/Van Zuijlen) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de enkele omstandigheid, dat in de loop van de uitvoering van een leerovereenkomst het accent was komen te liggen op productieve arbeid voor de patroon, niet meebracht dat de rechtsverhouding tussen partijen stilzwijgend was omgezet in een afzonderlijke arbeidsovereenkomst, naast of los van de nog slechts voor de vorm bestaande leerovereenkomst. Ook hier overwoog de Hoge Raad dat de rechtszekerheid zich verzet tegen het aannemen van een geruisloze, met een verandering van de toepasselijke rechtsregels gepaard gaande omzetting, waarvan voor geen van beide partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip deze zich zou hebben voltrokken.

is dat partijen zich uitdrukkelijk in een arbeidsovereenkomst met elkaar verbonden hebben. Of tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden.⁶³ In de lagere rechtspraak is aangenomen dat dit bijvoorbeeld het geval is wanneer aan de werknemer wordt meegedeeld dat hij voortaan volledig ten behoeve van de feitelijke werkgever werkzaam zal zijn en de feitelijke werkgever de loonbetalingsverplichting aan de werknemer op zich heeft genomen.⁶⁴

Is sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, dan is de contractuele werkgever de werkgever in de zin van Titel 10 Boek 7 BW. Tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst heeft de regering verschillende malen benadrukt dat deze regeling uitsluitend betrekking had op terbeschikkingstelling van werknemers door werkgevers die een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Die allocatiefunctie houdt in dat de werkgever zich in het kader van zijn beroep of bedrijf richt op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.⁶⁵ Het door een contractuele werkgever ter beschikking stellen van werknemers kan echter ook uit andere hoofde plaatsvinden dan in het kader van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. In paragraaf 4.9 betoog ik dat bij dergelijke driehoeksverhoudingen geen sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. De vraag is dan wie de werkgever is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW. Brengt het enkele gegeven dat de werknemer zich verbindt met een contractuele werkgever mee dat deze, en niet de feitelijke werkgever in wiens onderneming de werknemer de arbeid verricht, de werkgever is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW? Indien dit niet zo is, geldt dan in deze situatie bij de kwalificatie van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW hetzelfde als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, te weten dat, ook als partijen hun rechtsverhouding zelf als arbeidsovereenkomst betitelden, de wijze waarop zij hieraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven, moet corresponderen met deze contractuele afspraken?⁶⁶ De omstandigheid dat met de feitelijke werkgever slechts een feitelijke relatie bestaat terwijl de werknemer zich heeft verbonden met de contractuele werkgever, staat er daarbij niet aan in de weg dat deze relatie tussen de feitelijke werkgever en de werknemer wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst.⁶⁷

Wanneer voor de kwalificatie van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW hetzelfde geldt als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van de in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie van de Hoge Raad, zijn ook bij de kwalificatie van de werkgever binnen de

63 Hier geldt dus de Haviltex-maatstaf (zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Zie hierover nader paragraaf 2.4.2.

64 Zie bijvoorbeeld Ktr. Heerenveen 18 januari 2012, LJN: BV2617.

65 Zie hierover nader paragraaf 4.4 en 4.5.2.

66 Vgl. HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 en JAR 2003/263 (Van der Male B.V./Den Hoedt).

67 Vgl. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 en RAR 2007, 123 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/ Stichting Pensioenfonds PGGM).

arbeidsovereenkomst de werkelijke bedoelingen van partijen van belang. Dan moet aan de hand van de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de 'arbeidsovereenkomst' met de contractuele werkgever worden beoordeeld of partijen werkelijk hebben beoogd dat de contractuele werkgever als werkgever van de werknemer zou gaan fungeren. Bij uitzending zou dat het geval zijn omdat het uitzendbureau zelf een onderneming is, gericht op het werven van opdrachtgevers om de door hem geselecteerde (en thans vaak ook opgeleide) uitzendwerknemers aan ter beschikking te stellen tegen commerciële tarieven. Als de derde de inleenopdracht beëindigt met het uitzendbureau gaat het uitzendbureau op zoek naar een andere opdrachtgever voor de uitzendwerknemer. Dit behoort tot de gebruikelijke bedrijfsactiviteiten van het uitzendbureau en maakt ook deel uit van de bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken tussen het uitzendbureau en de uitzendwerknemer. Dat partijen werkelijk beoogden dat de contractuele werkgever als werkgever van de werknemer zou gaan fungeren, kan ook in andere situaties van pluraliteit van werkgeverschap worden afgeleid uit de ondernemingsactiviteiten van de contractuele werkgever en de inhoudelijke rol die de contractuele werkgever in verband daarmee speelt bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Evenals bij uitzending heeft het werkgeverschap van de contractuele werkgever dan zelfstandige en inhoudelijke betekenis bij de totstandkoming en bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Denkbaar is dat in situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap bij de kwalificatie van de werkgever eenzelfde betekenis toekomt aan de bedoelingen van partijen als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in situaties waarin in een gezagsverhouding persoonlijk arbeid wordt verricht, maar partijen hun rechtsverhouding (contractueel) niet als arbeidsovereenkomst betitelden. De contractuele werkgever kan dan uitsluitend worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wanneer uit de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven, en aldus daaraan inhoud hebben gegeven, volgt dat werkelijk een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever werd beoogd. Naar mijn mening betekent dit dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van de contractuele werkgever en naar op wiens initiatief de overeenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever tot stand kwam. Wanneer uit deze omstandigheden blijkt dat het werkgeverschap van de contractuele werkgever onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft (en dus in werkelijkheid nimmer een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever werd beoogd), moet naar mijn mening bij de kwalificatie van de werkgever door deze contractuele afspraken worden heengekeken. Op de voet van de hiervoor in paragraaf 2.3.4 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad zal in ieder geval sprake zijn van een onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis van het werkgeverschap van de contractuele werkgever wanneer uitsluitend of hoofdzakelijk ter voorkoming van een arbeidsovereenkomst met de feitelijke werkgever een arbeidscontract werd gesloten met de contractuele werkgever. Als de

rechter in deze situatie de feitelijke werkgever zou kwalificeren als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, dan zou niet de rechtsverhouding van de werknemer met de contractuele werkgever, maar de relatie tussen de werknemer en de feitelijke werkgever worden beheerst door de regeling van de arbeidsovereenkomst uit Titel 10 Boek 7 BW. Wanneer de relatie tussen de werknemer en de feitelijke werkgever wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst betekent dit niet dat de contractuele werkgever daardoor automatisch geen verplichtingen meer heeft jegens de werknemer. Mijns inziens zou de door de contractuele werkgever met de werknemer gesloten 'arbeidsovereenkomst' in deze situatie kunnen worden aangemerkt als een overeenkomst sui generis.⁶⁸ De werknemer kan dan, wanneer de feitelijke werkgever wordt gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, in beginsel ook bij de contractuele werkgever nakoming vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, zoals het overeengekomen loon, maar dan op basis van de hierover in deze overeenkomst sui generis met de contractuele werkgever gemaakte afspraken.⁶⁹

2.4 De arbeidsovereenkomst als meerzijdige rechtshandeling en overeenkomst

Het BW kent een gelaagde structuur. Deze brengt mee dat de algemene bepalingen met betrekking tot de geldigheid en nietig- en vernietigbaarheid van de rechtshandeling uit Titel 2 Boek 3 BW van toepassing zijn op de in Titel 1, 2 en 5 Boek 6 BW opgenomen algemene bepalingen inzake de verbintenis uit overeenkomst die een specialis vormt van de rechtshandeling uit Boek 3 BW. Deze bepalingen uit Boek 3 en Boek 6 BW zijn tezamen van toepassing op de in Boek 7 BW geregelde arbeidsovereenkomst die als bijzondere overeenkomst een specialis vormt van de wederkerige overeenkomst uit artikel 6:261 BW.⁷⁰

De tweepartijovereenkomst waarbij de ene partij zich tegenover de andere partij verbindt tot het leveren van een prestatie vormt het uitgangspunt in Boek 6 BW. Specifieke regels voor overeenkomsten tussen meer dan twee partijen ontbreken.⁷¹ Voorts zijn de in Boek 6 BW opgenomen algemene bepalingen gericht op eenmalige overeenkomsten. Deze overeenkomsten zijn voltooid nadat partijen over en weer gepresteerd hebben.⁷² Tegenover de eenmalige overeenkomst staat de zogenoemde

68 Zoals eveneens geschiedde met de door partijen gesloten 'arbeidsovereenkomst' in het arrest Van der Male B.V./Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 en JAR 2003/263). Zie paragraaf 2.3.4.

69 Zie hierover, alsmede over de betekenis van het loonelement uit artikel 7:610 lid 1 BW bij de kwalificatie van de feitelijke werkgever als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, paragraaf 4.12.3.

70 Zoals onder meer werd bevestigd in de notitie Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht van de Ministers van Justitie en van SZW van 23 juni 1997. Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 10.

71 Artikel 6:213 lid 2 BW bepaalt slechts dat op dergelijke overeenkomsten de bepalingen betreffende overeenkomsten in Titel 5 Boek 6 BW niet van toepassing zijn ingeval de strekking van deze bepalingen zich daartegen verzet in verband met de aard van de meerpartijovereenkomst. Voorts zijn in artikel 6:279 BW enkele bijzondere regels opgenomen voor het ontbinden van overeenkomsten waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien.

72 Vgl. A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, een horizontale vergelijking*, Monografieën Nieuw BW A-10, Deventer: Kluwer 2003, p. 62.

duurovereenkomst waarbij partijen over en weer gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd opeenvolgend of terugkerend gelijke of gelijksoortige prestaties verrichten. Specifieke bepalingen betreffende de duurovereenkomst ontbreken in Boek 6 BW. Die zijn wel te vinden in Boek 7 BW. Naast de in Boek 7 BW geregelde arbeidsovereenkomst zijn bijvoorbeeld ook de huurovereenkomst, de opdrachtovereenkomst en de overeenkomst van aanneming van werk duurovereenkomsten.⁷³ Indien bepalingen uit Boek 3 en Boek 6 BW en uit Titel 10 Boek 7 BW tegelijkertijd van toepassing zijn, is sprake van samenloop of cumulatie. De vraag is dan op welke wijze deze bepalingen zich tot elkaar verhouden en of werkgever en werknemer in bepaalde omstandigheden op de voet van bepalingen in Boek 3 en Boek 6 BW kunnen afwijken van bepalingen uit Titel 10 Boek 7 BW.

2.4.1 Cumulatie, alternativiteit of exclusiviteit

De cumulatie van algemene bepalingen uit Boek 3 en Boek 6 betreffende de rechtshandeling en de overeenkomst met bepalingen uit Boek 7 BW is inherent aan de gelaagde structuur van het BW, maar deze is niet wettelijk geregeld. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient, ook indien gelijktijdig een andere rechtsregel van toepassing is, een rechtsregel te worden toegepast op alle gevallen die onder de reikwijdte van haar formulering vallen.⁷⁴ Dit kan ertoe leiden dat de rechtsgevolgen van beide rechtsregels intreden, of dat de gerechtigde de keuze heeft. Volgens Janssen⁷⁵ valt uit het stelsel van de wet af te leiden dat wanneer dit in de wet niet wordt uitgesloten, bij cumulatie in beginsel alle rechtsregels tegelijk van toepassing zijn. Onder punt 8 van zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001⁷⁶ betoogt A-G Hartkamp dat een uitzondering op het uitgangspunt van cumulatie slechts gerechtvaardigd is indien hiervoor deugdelijke argumenten bestaan. Dat zou aan de orde zijn wanneer toepassing van de verschillende rechtsregels leidt tot resultaten die in strijd zijn met het stelsel of met de strekking van de wet, of die uit praktisch oogpunt onaanvaardbaar zijn. Sluiten rechtsregels uit het BW elkaar uit, of zijn zij onderling niet verenigbaar, dan kan de gerechtigde kiezen op welke bepaling hij zich beroept.⁷⁷ In de literatuur wordt bij een dergelijke keuzemogelijkheid voor de gerechtigde gesproken van alternatieve toepassing of alternativiteit. Leidt de cumulatieve of alternatieve toepassing van een rechtsregel tot onaanvaardbare gevolgen, dan gaat de bijzondere regel voor de algemene regel. De bijzondere regel is dan exclusief van toepassing. Van deze exclusieve toepassing zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn. Alleen wanneer dit volgt uit de wet of uit het wettelijke systeem mag

73 Zie over de redenen voor het treffen van bijzondere regelingen voor een aantal overeenkomsten in Boek 7 BW en de wijze waarop dit tijdens de parlementaire behandeling van Boek 7 BW in het kader van de invoering van het Nieuw BW werd toegelicht A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 93-99.

74 Zie C.A. Boukema, *Samenloop*. Monografieën Nieuw BW, A 21, Deventer: Kluwer 1992, p. 5 en de daar genoemde jurisprudentie en literatuur.

75 J.F.M. Janssen in: *Samenloop*, I.S.J. Houben e.a., Deventer: Kluwer 2007, p. 4/5.

76 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. Brunner.

77 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. Hijma en JOR 2002/152 (r.o. 3.7).

exclusiviteit worden aangenomen.⁷⁸ A-G De Vries Lentsch-Kostense betoogt in haar conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 15 november 2002⁷⁹ dat slechts wanneer “zowel cumulatie als alternativiteit in strijd zou komen met het systeem of de strekking van de wet dan wel tot gevolgen zou leiden die logisch onaanvaardbaar zijn” de bijzondere rechtsregel de algemene verdringt.

Of een bepaling met betrekking tot een bijzondere overeenkomst uit Boek 7 BW vóórgaat op een (meer) algemene bepaling uit Boek 3 of Boek 6 BW, moet worden vastgesteld aan de hand van de betrokken bepaling uit Boek 7 BW. Blijkt uit de tekst of strekking van de bepaling uit Boek 7 BW (of uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling) dat een uitputtende regel, een speciale regel, of een andere regel met exclusieve werking is beoogd, dan gaat deze bepaling voor.⁸⁰ Voor de situatie waarin de overeenkomst voldoet aan de definitie van twee of meer in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten bepaalt artikel 6:215 BW dat de bepalingen uit Boek 7 BW met betrekking tot deze bijzondere overeenkomsten cumulatief van toepassing zijn op de overeenkomst. Dat is volgens artikel 6:215 BW alleen niet zo wanneer deze bepalingen onderling niet goed verenigbaar zijn, of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Op grond van artikel 7:610 lid 2 BW gaan in die situatie de bepalingen uit de regeling van de arbeidsovereenkomst vóór op de bepalingen uit de regeling van de andere in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomst. Alternatieve toepassing ofwel ‘selectief winkelen’ door werkgever en werknemer in regelingen van andere bijzondere overeenkomsten is dus niet mogelijk. Wel kunnen de werkgever en de werknemer overeenkomen dat een (minder gunstige) bepaling uit de regeling van een andere bijzondere overeenkomst van toepassing is op de arbeidsovereenkomst indien deze bepaling niet in strijd is met (driekwart)dwingend recht uit Titel 10 Boek 7 BW.

2.4.2 Gebondenheid aan de (arbeids)overeenkomst en pluraliteit van werkgeverschap

Overeenkomsten komen tot stand door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 lid 1 BW) en kunnen in beginsel zowel schriftelijk als mondeling worden gesloten. Aanbod en aanvaarding moeten met elkaar overeenstemmen. Bij zowel de aanbiedende als de aanvaardende partij moet sprake zijn van een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Aanbod en aanvaarding behoeven niet uitdrukkelijk te geschieden, maar kunnen tevens besloten liggen in gedragingen (artikel 3:37 BW). Daarbij geldt dat partijen aan elkaars verklaringen en gedragingen over en weer de betekenis mogen toekennen die zij daaraan in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mochten toekennen (artikel 3:35 BW). Deze criteria gelden zowel bij de beantwoording van de vraag of een

78 Zie HR 28 juni 1957, NJ 1957, 51 en HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349.

79 HR 15 november 2002, NJ 2003, 48.

80 Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 67.

overeenkomst tot stand is gekomen als bij het bepalen van de inhoud van een tot stand gekomen overeenkomst.⁸¹ De partij die in redelijkheid had moeten begrijpen dat aan de verklaring van de andere partij geen zuivere wil ten grondslag lag, kan zich niet beroepen op het bestaan van een overeenkomst. Hierbij komt betekenis toe aan de deskundigheid van partijen waarbij naar mijn mening (dus) ook hun maatschappelijke positie een rol speelt. Hoe groter die deskundigheid, en/of hoe hoger die maatschappelijke positie, des te hoger de eisen zijn die worden gesteld aan dit in redelijkheid moeten begrijpen.

Wie als partij gebonden is aan de verbintenis uit overeenkomst wordt niet gedefinieerd in Boek 6 BW. Niettemin kan uit artikel 6:213 lid 1 BW in samenhang met de artikelen 3:33 en 3:35 BW (wilsvertrouwensleer) worden afgeleid dat dit degenen zijn die zich met en jegens elkaar hebben verbonden het met de overeenkomst beoogde rechtsgevolg te bewerkstelligen. Daarbij komt betekenis toe aan de aard van de desbetreffende overeenkomst en hetgeen ten aanzien van een dergelijke overeenkomst in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is.⁸² Het Hof Amsterdam overwoog in een procedure waarin een krantenbezorger zich beriep op het bestaan van een overeenkomst met de dagbladdistributeur in plaats van met de lokale distributeur, dat de krantenbezorger begrepen moest hebben dat de lokale distributeur zijn wederpartij was, onder meer omdat de krantenbezorger wist dat de dagbladdistributeur bij de verspreiding van kranten gebruik maakte van de diensten van lokale distributeurs en dat de krantenbezorger door die lokale distributeurs werden ingezet.⁸³

Wanneer de werknemer zich verbindt met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid gaat verrichten, is gegeven dat een arbeidsovereenkomst met deze werkgever het rechtsgevolg is dat door de werknemer wordt beoogd. De vraag is echter welke gevolgen deze wils- en vertrouwensleer uit Boek 3 BW heeft in situaties van pluraliteit van werkgeverschap waarbij een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een contractuele werkgever die niet de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Zijn aan de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever zwaardere eisen verbonden dan in de situatie waarin de werknemer zich verbindt met de partij die

81 Zie respectievelijk HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. Scholten (Bunde/Erckens) en HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. Brunner (Ermes en Langerwerf/Haviltex).

82 HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 m.nt. Scholten (Kribbebijter-arrest) en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (r.o. 4.12) m.nt. Vranken. Zie ook de conclusie van A-C Wissink voor HR 18 februari 2011, LJN: BO9575 en RvdW 2011, 291.

83 Zie HR 23 maart 2012, JAR 2012/113 (Bertrand/TMG). De krantenbezorger ging tegen de uitspraak van het hof in cassatie omdat hij meende dat het hof ten onrechte, dan wel ontoereikend gemotiveerd, met passering van zijn bewijsaanbod, zijn stelling had verworpen dat tussen hem en de dagbladdistributeur een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof dat van de krantenbezorger mocht worden verwacht dat hij, wilde hij worden toegelaten tot het bewijs van zijn stellingen, met betrekking tot de gang van zaken rond de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst meer had moeten stellen dan hij had gedaan en verwierp het cassatieberoep.

de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin hij de arbeid gaat verrichten? De omstandigheid dat aan Titel 10 Boek 7 BW en de op basis daarvan geldende bescherming van de werknemer het uitgangspunt ten grondslag ligt dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij die arbeid verricht, kan een grond zijn voor een bevestigende beantwoording van deze vraag. Dat zou aan de orde zijn wanneer de arbeidsovereenkomst met een ander dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht voor de werknemer tot nadelige gevolgen leidt die niet aan de orde zouden zijn wanneer hij een arbeidsovereenkomst was aangegaan met die feitelijke werkgever (of wanneer hij in dienst was gebleven van de feitelijke werkgever). Voor de invulling van deze zwaardere eisen kan mijns inziens worden aangesloten bij de overwegingen van de Hoge Raad in arresten waarin werd geoordeeld dat van de kant van de werknemer⁸⁴ een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist is in geval van een vrijwillige beëindiging⁸⁵ of ingrijpende wijziging⁸⁶ van de arbeidsovereenkomst en bij het door de werknemer afzien van de overgang van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen op grond van 7:663 BW bij overgang van onderneming.⁸⁷ In verband met de ernstige gevolgen die een beëindiging of ingrijpende wijziging van de arbeidsovereenkomst of het door de werknemer afzien van de bescherming bij overgang van onderneming voor de werknemer kunnen hebben, oordeelde de Hoge Raad dat in deze situaties op de werkgever een verzwaarde informatieverplichting rust richting de werknemer. Deze verzwaarde informatieverplichting komt erop neer dat de werkgever de werknemer volledig moet informeren over de gevolgen van de door de werknemer te nemen beslissing.

Naar analogie van deze arresten zou ook in de situatie waarin de werknemer een (arbeids)overeenkomst aangaat met een contractuele werkgever die niet de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, een verzwaarde informatieverplichting jegens de werknemer kunnen worden aangenomen wanneer aan de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever voor de werknemer nadelen zijn verbonden, die niet aan de orde zouden zijn wanneer de arbeidsovereenkomst was aangegaan (of blijven bestaan) met die feitelijke werkgever. Deze verzwaarde informatieverplichting heeft dan betrekking op de eventuele nadelige gevolgen die voor de werknemer verbonden (kunnen) zijn aan het hebben

84 Van de werkgever is in een dergelijke situatie geen ondubbelzinnige verklaring nodig, vgl. HR 10 juni 2005, NJ 2005, 395, JAR 2005/157 en RAR 2005, 79 (Al Hage Hussein/Zbir h.o.d.n. Grillroom Ramses II).

85 Zie HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 (Coolwijk/Kroes), HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (Hajziani/Van Woerden), HR 8 januari 1993, JAR 1993/33 (Osterholt B.V. en OWS Uitzendbureau B.V./De Groen), HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390 en JAR 1994/92 (Ritico/Stichting voor Maatschappelijke Dienstverlening in West Zeeuwsch-Vlaanderen) en HR 19 april 1996, JAR 1996/116 (U-A-Sai/Harteveld).

86 HR 12 februari 2010, JAR 2010/71 en RAR 2010, 52 (Van Beek e.a./Stichting Centrale Zorgverzekeraarsgroep Ziekenfonds).

87 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566 m.nt. Stein en JAR 2000/152 (Veenendaal/Van Vuuren B.V.), HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (Rabobank/Allard) en HR 26 juni 2009, NJ 2011, 154 m.nt. Verhulp, JAR 2009/183 en JIN 2009/571 m.nt. Zwemmer (Bos/ Pax Integrated Logistics B.V.). Zie hierover paragraaf 5.5.2.

van een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever in plaats van met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid gaat verrichten. Een dergelijke verzwaarde informatieverplichting, die dus verder gaat dan de informatieverplichting van de werkgever ex artikel 7:655 BW, zou mijns inziens uitsluitend aan de orde zijn in situaties waarin die nadelen redelijkerwijze niet als algemeen bekend kunnen worden verondersteld bij de werknemer. Dat is bijvoorbeeld niet het geval bij uitzending. Wanneer de werknemer als uitzendkracht een arbeidsovereenkomst aangaat met een uitzendbureau mag het uitzendbureau ervan uitgaan dat de uitzendkracht weet dat hij, omdat hij een arbeidsovereenkomst heeft met het uitzendbureau, minder ontslagbescherming heeft dan een gewone werknemer. Dat bij uitzending een arbeidsovereenkomst bestaat met het uitzendbureau is bovendien bepaald in artikel 7:690 BW. In andere situaties waarin de arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een contractuele werkgever die niet de eigenaar of exploitant is van de onderneming, kunnen de daaraan verbonden nadelen voor de werknemer echter minder duidelijk zijn. Informeerde de contractuele werkgever de werknemer hierover voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst, dan zou op de voet van de wils- en vertrouwensleer uit Boek 3 BW toch een 'arbeidsovereenkomst' tot stand komen met de contractuele werkgever. Dit impliceert echter niet dat de contractuele werkgever daarmee eveneens als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW kan worden beschouwd. De werkgever wordt in artikel 7:610 lid 1 BW immers dwingendrechtelijk geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht.

2.4.3 *Belanghebbende derden in het algemene vermogens- en verbintenissenrecht*

Het staat partijen vrij een overeenkomst in de zin van Boek 6 BW aan te gaan met wie zij wensen. Datzelfde geldt binnen de grenzen van de wet⁸⁸ voor de bepaling van de inhoud van de overeenkomst en voor het tijdstip van het aangaan van de overeenkomst. Anderen dan de partijen bij de overeenkomst (of rechtshandeling) worden in Boek 6 (en Boek 3) BW derden genoemd. Een derde kan belanghebbende zijn bij de door partijen gesloten overeenkomst, maar dat maakt hem geen partij bij de overeenkomst. De overeenkomst creëert uitsluitend rechten en verplichtingen voor degenen die partij zijn bij de overeenkomst. In beginsel zijn de verplichtingen uit de overeenkomst uitsluitend afdwingbaar voor, en kunnen uitsluitend worden afgedwongen bij, partijen die zich in de overeenkomst met elkaar hebben verbonden. Derden kunnen niet gehouden worden tot, en evenmin aanspraak maken op, nakoming van verplichtingen uit de overeenkomst. In de literatuur wordt in dit kader gesproken over het beginsel van de relativiteit van de contractswerking en het daaraan ten grondslag liggende autonomiebeginsel in het contractenrecht.⁸⁹ Dit houdt in dat de verbindende kracht van de overeenkomst – de afdwingbaarheid van de gemaakte afspraken – zich

88 Zo bepaalt artikel 6:248 lid 1 BW dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst uit de wet, gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

89 Zie voor een beschrijving van deze beginselen C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 9-35 en de daar genoemde literatuur.

uitsluitend over de partijen bij de overeenkomst uitstrekt.⁹⁰ Een derde kan wel partij worden bij de overeenkomst door één van de partijen bij de overeenkomst onder algemene of bijzondere titel op te volgen of door een derdenbeding te aanvaarden. Partijopvolging onder algemene titel vindt krachtens de in artikel 3:80 lid 2 BW gegeven limitatieve opsomming plaats bij erfopvolging, boedelmenging en bij juridische fusie en splitsing. Van opvolging onder bijzondere titel van een van de partijen bij de overeenkomst is sprake bij contractsoverneming ex artikel 6:159 BW. In geval van opvolging onder algemene titel gaat de overeenkomst van rechtswege over en bij opvolging onder bijzondere titel is daarvoor de medewerking van de wederpartij nodig. Het door de derde aanvaarden van een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW maakt hem op grond van artikel 6:254 lid 1 BW partij bij de eerder door andere partijen gesloten overeenkomst. In dit laatste geval vervangt de derde dus niet één van de partijen bij de overeenkomst, zoals het geval is bij partijopvolging onder algemene en bijzondere titel, maar wordt de derde – naast de partijen die de overeenkomst sloten – partij bij de overeenkomst.

2.4.4 *Het derdenbeding en de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding*

In situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap kan de feitelijke werkgever als belanghebbende derde worden aangemerkt bij de arbeidsovereenkomst van de contractuele werkgever met de werknemer omdat de werknemer krachtens deze arbeidsovereenkomst arbeid verricht in de door hem geëxploiteerde onderneming. Wordt de werknemer ter beschikking gesteld aan de feitelijke werkgever op grond van een door de feitelijke werkgever met de contractuele werkgever gesloten opdrachtsovereenkomst, dan kan de werknemer op zijn beurt als belanghebbende derde bij deze overeenkomst worden aangemerkt. De vraag is of de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever en de opdrachtsovereenkomst tussen de contractuele en de feitelijke werkgever derdenbedingen bevatten

90 Du Perron heeft in zijn dissertatie uitgewerkt dat in bepaalde omstandigheden op grond van het ongeschreven recht tussen partijen en derden verbintenissen en rechtsplichten kunnen ontstaan. Die omstandigheden vormen dan betrokkenheidsfactoren die de derdenwerking van de overeenkomst rechtvaardigen. In het algemeen kan echter niet gezegd worden wanneer een derde op deze wijze contractueel betrokken is en wat daarvan dan de gevolgen zijn. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 77-100 (zie hierover ook J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA 18 maart 2005), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005, p. 13/14). Du Perron noemt een derde ook contractueel betrokken wanneer geschreven recht tot derdenwerking van een overeenkomst leidt. In dat geval heeft volgens Du Perron een bepaalde betrokkenheidsfactor wettelijke erkenning gevonden. Hij noemt hier onder meer de “eenheid van de onderneming” als wettelijk erkende betrokkenheidsfactor voor het op grond van arbeidswetgeving naar derden laten doorwerken van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Zie C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 93. Zie met betrekking tot dat laatste tevens de hiervoor reeds aangehaalde oratie van Koopmans uit 1965 waarin Koopmans voorzag dat de arbeidsovereenkomst als privaatrechtelijk contract in steeds mindere mate het aanknopingspunt zou gaan vormen voor de toepasselijkheid van wettelijke regelingen die rechtsgevolgen verbinden aan het verrichten van arbeid. T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk* (oratie Leiden 19 november 1965), Alphen aan den Rijn: Samsom 1965.

waarop na aanvaarding direct een beroep kan worden gedaan door respectievelijk de feitelijke werkgever en de werknemer. Daarvoor moeten deze overeenkomsten voor respectievelijk de feitelijke werkgever en de werknemer het recht scheppen een prestatie van één van de partijen bij die overeenkomsten te vorderen, of op andere wijze het recht scheppen jegens één van hen een beroep te doen op de overeenkomst. In dit kader kan bij een beding ten behoeve van de werknemer in de opdrachtovereenkomst tussen de contractuele werkgever en de feitelijke werkgever met name worden gedacht aan de in de opdrachtovereenkomst door de opdrachtnemer – de contractuele werkgever – op zich genomen verplichting loon aan de werknemer te betalen. Bij een beding ten behoeve van de feitelijke werkgever in de arbeidsovereenkomst tussen de contractuele werkgever en de werknemer kan gedacht worden aan de verplichting van de werknemer arbeid te verrichten in de onderneming van en onder het gezag van de feitelijke werkgever.

Het derdenbeding is geregeld in de artikelen 6:253 tot en met 6:256 BW. Artikel 6:253 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst voor een derde het recht scheidt een prestatie van één van de partijen bij de overeenkomst te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep te doen op de overeenkomst indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt. Waar bij overeenkomsten doorgaans de ene partij zich verplicht tot een prestatie aan de andere partij, verplicht het derdenbeding die ene partij zich jegens die andere partij tot het leveren van een prestatie aan de derde. Die ene partij wordt de belover (promissor) genoemd en die andere partij de bedinger (stipulator). Het derdenbeding is vormvrij en kan in beginsel iedere inhoud hebben.⁹¹ Het kan bestaan uit een prestatie in de vorm van een geven, een doen of een laten, maar ook uit iets anders dan een prestatie.⁹² Indien dit niet uitdrukkelijk uit de overeenkomst tussen de bedinger en de belover blijkt, dient de vraag of sprake is van een derdenbeding te worden beantwoord aan de hand van een uitleg (van de bewoordingen) van de overeenkomst.⁹³ Het is de vraag of bij deze uitleg dan de Haviltex-maatstaf geldt die de Hoge Raad formuleerde in zijn arrest van 13 maart 1981.⁹⁴ In deze situatie zou deze Haviltex-maatstaf staan voor de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen aan de (bewoordingen van) de overeenkomst en voor wat zij op dat punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan volgens de Hoge Raad ook van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van partijen mag worden verwacht. De derde die zich beroept op een derdenbeding is echter geen partij bij de overeenkomst die – in eerste instantie – wordt gesloten door de bedinger en de belover. Daarom zal, indien partijen de overeenkomst schriftelijk hebben vastgelegd, bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een derdenbeding en wat de inhoud is

91 Vgl. F.A.M. van Dijk, Derdenbeding: de bedoeling van het bedingen, Nieuwsbrief BW 2004, p. 158.

92 Bijvoorbeeld een ten behoeve van een derde bedongen exoneratie, zoals onder meer wel door een aannemer ten behoeve van zijn onderaannemer(s) wordt bedongen. Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III* (2010), nr. 564.

93 Eventueel in combinatie met aanvulling van de inhoud van de overeenkomst conform artikel 6:248 lid 1 BW. Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III* (2010), nr. 566.

94 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. Brunner (Ermes en Langerwerf/Haviltex).

van het derdenbeding de tekst van de overeenkomst een belangrijke rol spelen. Dat is mijns inziens niet alleen het geval indien de derde zich roert, maar ook wanneer de bedinger en de belover van mening verschillen over de aard en de inhoud van de door hen met betrekking tot de derde gemaakte afspraken.⁹⁵

Het door de derde aanvaarden van het derdenbeding maakt hem op grond van artikel 6:254 lid 1 BW partij bij de overeenkomst. Op grond van artikel 6:253 lid 3 BW geschiedt de aanvaarding door de derde door een verklaring gericht tot één van de beide andere betrokkenen. Of sprake is van aanvaarding door de derde moet worden vastgesteld aan de hand van artikel 3:37 BW. Dat betekent dus dat de aanvaarding door de derde niet uitdrukkelijk of schriftelijk dient te geschieden, maar ook besloten kan liggen in één of meer gedragingen van de derde. Vanaf het moment van aanvaarding is de derde partij bij de overeenkomst tussen de belover en de bedinger en is dus sprake van een driepartijovereenkomst. Komt de belover zijn verplichtingen op grond van het derdenbeding niet na dan kan de derde hem aanspreken tot nakoming en schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW. Naast de derde kan de bedinger de belover aanspreken tot nakoming van het derdenbeding, tenzij de derde zich verzet tegen een beroep op nakoming jegens de derde door de bedinger bij de belover (artikel 6:256 BW).⁹⁶

Pluraliteit van werkgeverschap en aansprakelijkheid krachtens een derdenbeding

In artikel 7:610 lid 1 BW is de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, onder het gezag van de andere partij, de werkgever, arbeid verricht. Omdat de werknemer de arbeid ook in de onderneming/onder het feitelijke gezag van een opdrachtgever van de werkgever kan verrichten, is er naar mijn mening niets op tegen dat die opdrachtgever (feitelijke werkgever) de werknemer als belover direct zou kunnen aanspreken op deze verplichting. De werknemer is dan op grond van zijn arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever tot nakoming gehouden jegens de feitelijke werkgever. In geval van de hiervoor genoemde afspraak in de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever waarbij de werknemer zich ertoe verplicht de arbeid te verrichten bij en onder het gezag van de feitelijke werkgever, kan de feitelijke werkgever zich mijns inziens rechtstreeks tegenover de werknemer beroepen op deze door hem in de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever gedane 'belofte'. Dat is mijns inziens niet anders wanneer het gaat om de mogelijkheid voor de werknemer zich rechtstreeks te beroepen op een ten behoeve van hem gemaakt derdenbeding in de opdrachtovereenkomst van de contractuele werkgever met de feitelijke werkgever. De artikelen 7:400 e.v. BW hebben een regelend karakter.⁹⁷

95 Ik leid dit af uit het arrest van de Hoge Raad van 26 mei 2000, NJ 2000, 473 en JAR 2000/151 m.nt. Van der Heijden (Akzo Nobel Fibers B.V./FNV Bondgenoten), waarin de Hoge Raad overwoog dat een in een sociaal plan opgenomen beding niet op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd – de grammaticale uitleg of de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf – al naar gelang wie zich bij een geschil daaromtrent tot de rechter wendt; een partij bij het sociaal plan of een werknemer die rechten ontleent aan het sociaal plan.

96 De belover en de bedinger kunnen echter ook overeenkomen dat de bedinger niet de medewerking van de derde nodig heeft indien hij de belover wil aanspreken tot nakoming. Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III* (2010), nr. 573.

97 Zie Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 3.

Daardoor is mogelijk dat de werknemer zich ten aanzien van de door de feitelijke of contractuele werkgever jegens hem gedane 'belofte' in deze opdrachtovereenkomst rechtstreeks tegenover de feitelijke of de contractuele werkgever kan beroepen op nakoming. Als hiervoor gesteld, denk ik bij een derdenbeding ten behoeve van de werknemer in de opdrachtovereenkomst van de contractuele met de feitelijke werkgever met name aan de door de contractuele werkgever op zich genomen verplichting (een bepaald bedrag aan) loon aan de werknemer te betalen. De werknemer kan dan echter uitsluitend de contractuele werkgever – als zijnde de belover – aanspreken op grond van het derdenbeding. Aangenomen dat de contractuele werkgever de werkgever van de werknemer is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW, zal de werknemer zich dan bij een beroep op loonbetaling direct op de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever beroepen (en niet op een ten behoeve van hem gemaakt (loonbetalings)beding in de opdrachtovereenkomst van zijn contractuele werkgever met de feitelijke werkgever). Dat kan anders zijn wanneer de contractuele werkgever met de werknemer een lager loon overeenkwam dan het loon dat hij in de opdrachtovereenkomst met de feitelijke werkgever beloofde te betalen aan de werknemer en wanneer (naderhand) niet de contractuele maar de feitelijke werkgever wordt gekwalificeerd als de werkgever van de werknemer ex artikel 7:610 lid 1 BW.⁹⁸

2.5 Europese en (andere) internationale invloeden op het werkgeverschap

Hoewel in of op basis van het VWEU of andere internationale verdragen geen sprake is van een communautaire of internationale definitie van de arbeidsovereenkomst of van het begrip werkgever, gaat hiervan wel invloed uit op de wijze waarop het werkgeverschap in het nationale recht moet worden uitgelegd bij de toepassing van op deze verdragsbepalingen en richtlijnen gebaseerde arbeidswetgeving. De Europese Unie kent een eigen communautaire rechtsorde die vóórgaat op het nationale recht van de lidstaten.⁹⁹ Een Europese definitie van de arbeidsovereenkomst, en daarmee een communautaire duiding van het begrip werkgever, bestaat echter niet.¹⁰⁰ Bij Europese regels die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst en op het verrichten van arbeid gaat het om verdragsbepalingen in het VWEU en om op grond van (de voorgangers van) dit verdrag uitgevaardigde richtlijnen betreffende het vrij verkeer van werknemers, de sociale politiek (waaronder gelijke behandeling) en de bevordering van de gemeenschappelijke markt. Bij (andere) internationale verdragen gaat het om met het verrichten van arbeid verband houdende (elementaire) rechten van werkenden, of van bepaalde (kwetsbare) groepen van werkenden.

98 Zie hierover paragraaf 4.12.3.

99 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, Jur 1963, p. 8 (Van Gend en Loos) en HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur 1964, p. 1199 (Costa/ENEL).

100 Een Europese definitie van de arbeidsovereenkomst zou wel deel kunnen gaan uitmaken van een nog te ontwikkelen Europees Burgerlijk Wetboek. Gelet echter op de inspanningen die het kostte het uiteindelijke verdrag van Lissabon (hierna VWEU) door alle lidstaten geratificeerd te krijgen, is het niet waarschijnlijk dat het daar in de nabije toekomst van zal komen.

2.5.1 De werkgever in het Europese recht

Het werkgeverschap en het vrij verkeer van werknemers

Bij de uitleg van het begrip werknemer in het kader van het vrij verkeer van werknemers in artikel 45 VWEU¹⁰¹ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het begrip werknemer in deze bepaling een communautaire inhoud heeft en niet verschillend mag worden uitgelegd naar gelang het nationale recht, omdat het vrije verkeer van werknemers één van de grondbeginselen van de gemeenschap is.¹⁰² Naar het oordeel van het Hof van Justitie dient “bij de omschrijving van dit begrip (te) worden uitgegaan van objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. 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.”¹⁰³ De ‘communautaire werkgever’ zou dan die ‘ander’ zijn voor en onder wiens gezag de werknemer in de zin van artikel 45 VWEU gedurende een bepaalde tijd prestaties levert tegen betaling van een vergoeding. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding op grond van de nationale wetgeving acht het Hof van Justitie niet relevant bij de toepassing van artikel 45 VWEU omdat, zoals het Hof van Justitie overwoog in een later arrest,¹⁰⁴ “de aard van de rechtsbetrekking die de werknemer en de werkgever verbindt niet beslissend (is) voor de bepaling van de hoedanigheid van werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht.” Daardoor vallen ook personen die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst naar nationaal recht onder gezag en tegen betaling van een vergoeding prestaties verrichten onder het bereik van artikel 45 VWEU. Degene voor wie en onder wiens gezag zij die prestaties tegen betaling verrichten, zou dan op grond van artikel 7:610 lid 1 BW geen werkgever zijn, maar wel als ‘communautaire werkgever’ kunnen worden aangemerkt voor de toepassing van artikel 45 VWEU. Het communautaire werknemersbegrip bij de toepassing van artikel 45 VWEU wint ook terrein in de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de uitleg van gelijke behandelingsrichtlijnen in het kader van de sociale politiek.¹⁰⁵

101 Artikel 45 VWEU was eerst neergelegd in artikel 48 EEG-Verdrag en vervolgens in artikel 39 EG-Verdrag.

102 HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (Lawrie-Blum) overweging 16. Herhaald in o.a. HvJ EG 13 april 2000, NJ 2000, 543 (Lehtonen) overweging 45 en HvJ EG 30 maart 2006, NJ 2007, 479 (Mattern en Cikotic) overweging 18.

103 HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (Lawrie-Blum) overweging 17.

104 HvJ EG 26 november 1998, NJ 1999, 522 (Birden).

105 In recente arresten naar aanleiding van prejudiciële vragen met betrekking tot de uitleg van richtlijnen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft het Hof van Justitie eveneens overwogen dat het begrip werknemer een communautaire betekenis heeft en dat in dat kader onder werknemer dient te worden verstaan iemand die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt. Het Hof van Justitie verwees hierbij uitdrukkelijk naar de hiervoor aangehaalde arresten waarin hij dit werknemersbegrip voor de toepassing van artikel 45 VWEU introduceerde. Op grond hiervan constateer ik voorzichtig dat het (communautaire) werknemersbegrip in de zin van artikel 45 VWEU ook een rol zou kunnen gaan spelen bij de uitleg van op andere grondslagen in het VWEU uitgevaardigde richtlijnen. Zie HvJ EG 13 januari 2004, NJ 2005, 48 en JAR 2004/70 (Allonby/Accrington & Rossendale College e.a.) overweging 67, HvJ EG 20 september 2007, NJ 2008, 50 (Kiiski) overweging 25 en HvJ EU 11 november 2010, JAR 2011/24 (Danosa/LKB Lizings SIA) overweging 39.

Het werkgeverschap in het kader van de sociale politiek en de bevordering van de interne markt

Op grond van artikel 153 VWEU¹⁰⁶ is de Europese Unie bevoegd richtlijnen uit te vaardigen ter aanvulling op en ter ondersteuning van de in Titel X VWEU opgenomen sociale politiek van de lidstaten.¹⁰⁷ De sociale politiek heeft als doel: “de bevordering van de werkgelegenheid, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting.”¹⁰⁸

Ter ondersteuning van dit doel kan de Europese wetgever onder meer richtlijnen uitvaardigen die (i) betrekking hebben op de feitelijke inrichting van de arbeid en (ii) op de contractuele relatie tussen de werkgever en de werknemer. Tot die eerste categorie behoren de onder a, e, f en i en j onder artikel 153 lid 1 VWEU genoemde bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemer op de werkvloer, de informatie en raadpleging van werknemers, medezeggenschap en andere wijzen van collectieve belangenbehartiging van werkgevers en werknemers en op gelijke behandeling. Tot de tweede categorie behoren de onder artikel 153 lid 1 sub b en d VWEU genoemde arbeidsvoorwaarden en de bescherming van werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Sinds het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw is door de Europese wetgever binnen beide categorieën een groot aantal richtlijnen uitgevaardigd. Richtlijnen met voorschriften op het gebied van de feitelijke inrichting van de arbeid werden meestal gebaseerd op de in Titel X VWEU opgenomen sociale politiek. In richtlijnen met voorschriften die verband houden met de contractuele relatie tussen de werkgever en de werknemer wordt veelal gerefereerd aan artikel 115 VWEU.¹⁰⁹ Dit artikel geeft de Europese wetgever een meer algemeen geformuleerde bevoegdheid tot het uitvaardigen van richtlijnen voor de onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt. In richtlijnen die betrekking hebben op de inrichting van de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer

¹⁰⁶ Voorheen artikel 137 EG Verdrag en artikel 118 EEG Verdrag.

¹⁰⁷ De voorganger van artikel 153 VWEU werd met het Verdrag van Amsterdam (1999) opgenomen in artikel 137 van het EG Verdrag. Daarvoor werden maatregelen in het kader van het sociaal beleid van de Europese Unie, waaronder de harmonisatie van het arbeidsrecht van de lidstaten, genomen op basis van meer algemene rechtsgrondslagen in het kader van de bevordering van de gemeenschappelijke markt, nu opgenomen in artikel 115 en 352 VWEU (voorheen artikel 94 en artikel 308 EG-Verdrag). Dit gebeurt overigens nog steeds. Zo wordt ook in de laatste versie van de Richtlijn overgang van onderneming uit 2001 nog verwezen naar artikel 94 EG-Verdrag (artikel 115 VWEU).

¹⁰⁸ Artikel 151 VWEU. In de derde alinea van artikel 151 VWEU is bepaald dat dit doel onder meer zal worden bereikt door de werking van de interne markt waardoor de harmonisatie van de sociale stelsels in de lidstaten wordt bevorderd en door het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.

¹⁰⁹ Voorheen artikel 94 EG Verdrag en artikel 100 EEG Verdrag.

wordt voor de invulling van het werkgeverschap verwezen naar het nationale arbeidsrecht.¹¹⁰ In deze categorie richtlijnen is de werkgever dan dezelfde als de civielrechtelijke werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. Datzelfde geldt voor de uit de sociale dialoog voortgekomen kaderrichtlijnen,¹¹¹ de richtlijn betreffende de informatie en raadpleging van werknemers¹¹² en de richtlijn betreffende uitzendarbeid.¹¹³ In richtlijnen met voorschriften op het gebied van de feitelijke inrichting van de arbeid, van gelijke behandeling¹¹⁴ en van de organisatie van arbeidstijd¹¹⁵ worden de daarin gehanteerde begrippen werknemer en werkgever toegelicht noch gedefinieerd.

Alleen de Arbo-kaderrichtlijn¹¹⁶ bevat een eigen definitie van wat onder werkgever wordt verstaan. Deze definitie van werkgever sluit weliswaar aan bij het werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW, maar is daardoor wel beperkter van opzet dan de definitie van werkgever in de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet.¹¹⁷ In een aanvullende richtlijn¹¹⁸ worden echter ter bevordering

110 Zie Richtlijn 75/129/EEG van 17 februari 1975 (betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag) gewijzigd bij Richtlijn 92/56/EEG van 24 juni 1992 en vervangen door Richtlijn 98/59/EG van 20 juli 1998, Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977 (inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan) vervangen door Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998 en daarna door Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, Richtlijn 80/987/EEG van 20 oktober 1980 (betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever) gewijzigd in Richtlijn 2002/74/EG en Richtlijn 91/533/EEG 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).

111 O.a. Richtlijn 96/34/EG van 3 juni 1996 (betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof) en Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999 (betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd).

112 Richtlijn 2002/14/EG van 11 maart 2002 (inzake de vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap).

113 Richtlijn 2008/104/EG van 19 november 2008 (betreffende uitzendarbeid). Zie hierover paragraaf 4.6.

114 Richtlijn 75/117/EEG van 10 februari 1975 (betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers), Richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 (betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden) vervangen door Richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002, Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 (houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming) en Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 (tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (in het kader van de bestrijding van discriminatie wegens godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid)).

115 Richtlijn 93/104/EG van 23 november 1993 (betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd). Gewijzigd bij Richtlijn 2000/34/EG van 22 juni 2000 en vervangen door Richtlijn 2003/88/EG van 4 november 2003.

116 Richtlijn 89/391/EEG van 12 juni 1989 (betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk). Veelal aangeduid als Arbo-kaderrichtlijn.

117 In de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet wordt als werkgever aangemerkt de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, ongeacht of de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met deze eigenaar of exploitant.

118 Richtlijn 91/383/EEG van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeid-betrekkingen.

van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van uitzendwerknemers verplichtingen gelegd op de inlenende “onderneming en/of vestiging” wanneer sprake is van “uitzendarbeid-betrekkingen”. Van een uitzendarbeid-betrekking in de zin van deze richtlijn is sprake wanneer de werknemer aan een inlenende onderneming en/of vestiging ter beschikking wordt gesteld om voor en onder toezicht van deze onderneming en/of vestiging te werken.¹¹⁹

Dat in richtlijnen in het kader van de sociale politiek ten aanzien van de invulling van het werkgeversbegrip wordt aangesloten bij de nationale wetgeving van de lidstaat correspondeert met het in artikel 151 VWEU en in artikel 153 VWEU bepaalde. Volgens de tweede alinea van artikel 151 VWEU moet bij het nemen van maatregelen in het kader van de sociale politiek rekening worden gehouden met de verscheidenheid van de nationale gebruiken, met name op het gebied van contractuele betrekkingen,¹²⁰ en artikel 153 lid 2 sub b VWEU schrijft voor dat deze maatregelen worden genomen in de vorm van richtlijnen waarin minimumvoorschriften worden vastgesteld met inachtneming van de in de lidstaten bestaande omstandigheden en technische voorschriften.¹²¹ Doordat de lidstaten de richtlijnen in hun eigen nationale wettelijke systeem implementeren, is geen communautair arbeidsrechtelijk systeem ontstaan met eigen definities van de begrippen werknemer, werkgever en arbeidsovereenkomst. Dat impliceert niet dat deze richtlijnen geen enkele invloed hebben op wie voor de toepassing van de daarin neergelegde voorschriften moet worden beschouwd als ‘werkgever’ in het nationale recht van de lidstaat. De richtlijn is voor elke lidstaat verbindend ten aanzien van het daarmee beoogde resultaat en de nationale rechter moet het recht van de lidstaat zoveel mogelijk uitleggen en toepassen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.¹²² Staat het nationale werkgeversbegrip in de weg aan het doel van de richtlijn, dan zou de lidstaat niet hebben voldaan aan zijn implementatieverplichting. Of dit het geval is, is een vraag van rechterlijke uitleg. De nationale rechter moet het werkgeversbegrip

119 Zie hierover ook paragraaf 3.2.1.

120 Artikel 288 VWEU (voorheen artikel 249 EG-Verdrag) bepaalt voorts dat het aan de lidstaten is de vorm en middelen te kiezen waarin en waarmee de voorschriften uit de Richtlijn in nationale wet- en regelgeving worden omgezet.

121 Het staat de lidstaten vrij maatregelen met een hogere graad van bescherming te handhaven of in te voeren, mits deze verenigbaar zijn met Europees recht (Artikel 153 lid 4 VWEU). Zo werd in Nederland bij de implementatie van Richtlijn 91/533 betreffende de informatieplicht van de werkgever in artikel 7:655 lid 6 BW deze informatieplicht eveneens van toepassing verklaard op een voorovereenkomst of een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst waarbij de ene partij zich als natuurlijk persoon verbindt voor een andere partij tegen beloning arbeid te verrichten, tenzij de overeenkomst wordt aangegaan in beroep of bedrijf. Ook het werkgevers- en werknemersbegrip in bijvoorbeeld de WAV is aanzienlijk ruimer dan het werkgevers- en werknemersbegrip als gedefinieerd in de sanctierichtlijn illegaal verblijvende derdelanders.

122 De plicht tot richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter geldt bij de uitleg van de nationale implementatiewetgeving, maar ook wetgeving die niet ter uitvoering van de betrokken richtlijn is opgesteld moet door de nationale rechter zoveel mogelijk richtlijnconform worden uitgelegd. Zie HvJ EG 13 november 1990, NJ 1993, 163 (Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA). Zie over de wijze waarop deze verplichting de uitleg en toepassing van het Nederlandse burgerlijk recht heeft beïnvloed, M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001. Zie ook J.M. Prinszen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004.

verdrags- of richtlijnconform uitleggen. Het Hof van Justitie is bevoegd in een prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitleg van op het verrichten van arbeid of de inrichting van de arbeidsovereenkomst betrekking hebbende bepalingen in het VWEU en de op basis daarvan uitgevaardigde richtlijnen.¹²³ Sinds 2002 heeft het Hof van Justitie zich een enkele maal uitgelaten over de wijze waarop het nationale werkgeversbegrip in de betrokken lidstaat zich verhoudt tot het doel van enkele van de hiervoor aangehaalde richtlijnen.¹²⁴ In Nederland leidde dat tot de uitbreiding van het werkgeversbegrip ex artikel 7:663 BW bij overgang van onderneming.¹²⁵

2.5.2 De werkgever in internationale (grondrechten)verdragen

In internationale verdragen zijn afspraken gemaakt die verband houden met het verrichten van arbeid. Deze verdragen bevatten in de meeste gevallen een opdracht aan de verdragssluitende staat om bepaalde elementaire rechten van werkenden of van bepaalde kwetsbare categorieën van werkenden te waarborgen. Dergelijke met het verrichten van arbeid verband houdende grondrechten komen voor in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM), het Europees Sociaal Handvest (ESH) en in het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). Veel van de in de hiervoor genoemde verdragen opgenomen met het verrichten van arbeid verband houdende grondrechten zijn eveneens opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat dezelfde rechtskracht heeft als het VWEU.¹²⁶ Hierdoor zijn de Europese instellingen verplicht deze grondrechten te waarborgen bij het uitoefenen van hun bevoegdheden op grond van het VWEU en moeten de lidstaten deze grondrechten waarborgen bij het toepassen van Europese regelgeving. Een andere bron van invloed vormen de verdragen en aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), een organisatie van de Verenigde Naties die zich bezighoudt met arbeidsvraagstukken en sociaal beleid. Door de IAO worden in verdragen en aanbevelingen arbeidsnormen vastgelegd op het gebied van vakbondsrechten en het bevorderen van de sociale dialoog tussen werkgevers, werknemers en de overheid; werkgelegenheidsbeleid (voor mannen en voor vrouwen); uitzending en sociale zekerheid. Omdat de verdragssluitende staat zich in deze verdragen heeft verplicht de – onder meer – in deze verdragen opgenomen grondrechten van werkenden te waarborgen en deze grondrechten veelal een universeel karakter hebben, zijn in deze verdragen geen

123 Artikel 267 VWEU.

124 Zie HvJ EG 17 september 2002, JAR 2002/262 (Lawrence e.a./Regent Office Care Ltd. e.a.) in het kader van de toepassing van bepalingen inzake gelijke beloning bij gelijke of gelijkwaardige arbeid door mannen en vrouwen (zie ook HvJ EG 13 januari 2004, NJ 2005, 48 en JAR 2004/70 (Allonby/Accrington & Rossendale College e.a.), HvJ EG 10 september 2009, JAR 2009/252 (Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a./Fujitsu Siemens Computers Oy) in het kader van de richtlijn betreffende de aanpassing van de wetgeving van de lidstaten inzake collectief ontslag (het laatste arrest komt nader aan de orde in paragraaf 3.4.5) en HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 m.nt. Mok en JAR 2010/298 (Albron/FNV en Roest) in het kader van de Richtlijn overgang van onderneming.

125 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 m.nt. Mok en JAR 2010/298 (Albron/FNV en Roest). Dit arrest komt nader aan de orde in hoofdstuk 5.

126 Artikel 6 lid 1 VWEU.

definities opgenomen van wat voor de toepassing van het verdrag onder arbeidsovereenkomst of werkgever moet worden verstaan.

De in internationale verdragen opgenomen grondrechten en arbeidsnormen hebben in beginsel geen directe invloed op de individuele arbeidsovereenkomst omdat deze eerst moeten worden omgezet in nationale (arbeids)wetgeving. Wanneer een verdragsbepaling zich daarvoor leent, is het echter mogelijk dat hierop een rechtstreeks beroep kan worden gedaan binnen de individuele arbeidsovereenkomst. In dat geval werkt de verdragsbepaling door in het nationale arbeidsrecht. In een enkel geval brengt dit mee dat de in de rechtstreeks werkende verdragsbepaling neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming kan worden ingeroepen tegenover een ander dan de werkgever op grond van het nationale arbeidsrecht. De doorwerking van de arbeidsrechtelijke verdragsbepaling leidt dan tot pluraliteit van (werkgevers) aansprakelijkheid. Een voorbeeld hiervan vormt artikel 6 ESH. Artikel 6 aanhef en lid 4 ESH, dat het stakingsrecht van werknemers erkent in geval van een “belangengeschil” met de werkgever dat zich leent voor een oplossing door “collectieve onderhandelingen”, is een rechtstreeks werkende verdragsbepaling.¹²⁷ Elke vorm van onderhandelen tussen werkgevers en werknemers(verenigingen), gericht op het oplossen van een probleem van gezamenlijk belang op het gebied van de arbeidsvoorwaarden kan, ongeacht de aard van dat probleem, als collectief onderhandelen in de zin van artikel 6 ESH worden geduid. De ruime invulling van de begrippen collectieve onderhandelingen en belangengeschil in dit artikel heeft als gevolg dat het recht op staking van werknemers niet slechts van toepassing is bij door de werkgever naar nationaal arbeidsrecht (voor)genomen besluiten die een belangengeschil opleveren. Daardoor kan voor werknemers eveneens een recht op staken bestaan naar aanleiding van door een andere partij dan de werkgever, zoals de overheid of de moeder- of een andere groepsmaatschappij, (voor)genomen besluiten die leiden tot een belangenschil.

2.6 Conclusie

Aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW die de toegangspoort vormt van de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werknemer zich heeft verbonden met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. Als gevolg van de door de economische en maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen eeuw gewijzigde rollen van de werkgever en de werknemer binnen de arbeidsovereenkomst sluit dit uitgangspunt in verschillende situaties niet meer aan bij de realiteit. Dat de werknemer de arbeid verricht onder het feitelijke gezag van de werkgever in de door de werkgever geëxploiteerde onderneming, voldoet niet meer als aanknopingspunt voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Ook de omstandigheid, dat met de werknemer contractuele afspraken zijn gemaakt over de wijze waarop de arbeid wordt verricht of over de organisatie van de arbeid, kan meebrengen dat sprake is van in een gezagsverhouding verrichte arbeid.

¹²⁷ Zie HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 m.nt. Stein (NS/Vervoersbonden).

In het algemene vermogens- en verbintenissenrecht zijn partijen vrij in zowel het bepalen van de inhoud van de overeenkomst als in de keuze met wie zij de overeenkomst aangaan. In beginsel kunnen uitsluitend zij die partij zijn bij de overeenkomst worden gehouden tot nakoming hiervan. Voor de afdwingbaarheid van verplichtingen uit een overeenkomst bij een derde is in het algemene vermogens- en verbintenissenrecht altijd de medewerking van de derde nodig. Ook de arbeidsovereenkomst komt als overeenkomst in de zin van het BW tot stand na aanbod en aanvaarding door partijen. Partijen zijn in beginsel vrij in de keuze een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk contractueel anders in te richten dan een arbeidsovereenkomst. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW kan echter meebrengen dat een relatie of rechtsverhouding, voorbijgaand aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken, wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst of juist niet. Dat is aan de orde wanneer de gemaakte afspraken bij het aangaan van de overeenkomst niet overeenstemmen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven. Wezen gaat voor schijn in het arbeidsovereenkomstenrecht. Voldoet in deze situatie een relatie of rechtsverhouding aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW dan wordt deze relatie of rechtsverhouding gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. In dat geval is de partij die als gevolg hiervan heeft te gelden als de werkgever, verplicht de voorschriften uit Titel 10 Boek 7 BW in acht te nemen jegens de werknemer.

In dit verband zijn tevens op de arbeidsovereenkomst betrekking hebbende bepalingen in of op basis van internationale verdragen relevant. Het gaat daarbij met name om op de arbeidsovereenkomst en het verrichten van arbeid betrekking hebbende bepalingen in en op basis van het VWEU. Hoewel in het communautaire recht geen definitie bestaat van wie als werkgever gehouden is tot nakoming van op de arbeidsovereenkomst betrekking hebbende voorschriften in of op basis van het VWEU, gaat hiervan wel een indirecte invloed uit op de duiding van de werkgever in het nationale recht. Staat het nationale werkgeversbegrip in de weg aan het met een verdragsbepaling (of een op basis daarvan uitgevaardigde richtlijn) beoogde doel, dan moet de nationale rechter het begrip werkgever in de betrokken nationale regeling verdrags- of richtlijnconform uitleggen. Daardoor bestaat de mogelijkheid dat voor de toepassing van een verdragsbepaling of een in de nationale wetgeving geïmplementeerde richtlijn een andere partij naast, of in plaats van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW gehouden wordt tot nakoming van de in een verdragsbepaling of richtlijn neergelegde arbeidsrechtelijke verplichting.

Wanneer bij gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap de contractuele werkgever wordt gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, is tussen de werknemer en de feitelijke werkgever sprake van een feitelijke relatie. Op grond van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht (artikel 6:217 lid 1 jo. 3:33 BW) komt in deze situatie tussen de contractuele werkgever en de werknemer een arbeidsovereenkomst tot stand wanneer het door de werknemer gaan verrichten van arbeid voor en in de onderneming van de feitelijke werkgever het rechtsgevolg is dat door hen wordt beoogd met de door hen aangegane overeenkomst. Dat slechts sprake is van een feitelijke relatie tussen de werknemer en de feitelijke werkgever levert spanning op

bij de toepassing van in Titel 10 Boek 7 BW neergelegde voorschriften die betrekking hebben op de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid. Arbeidsrechtelijke bescherming in of op basis van deze voorschriften heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. In paragraaf 2.4.2 stelde ik dat in de situatie waarin de werknemer een (arbeids)overeenkomst aangaat met een contractuele werkgever die niet de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, een verzwaarde informatieverplichting jegens de werknemer kan worden aangenomen wanneer aan de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever voor de werknemer nadelen zijn verbonden die niet aan de orde zouden zijn geweest wanneer de arbeidsovereenkomst was aangegaan (of blijven bestaan) met die feitelijke werkgever. Vanuit algemeen vermogens- en verbintenissenrechtelijk oogpunt zou dan ondanks deze nadelen voor de werknemer toch een 'arbeidsovereenkomst' tot stand komen met de contractuele werkgever wanneer de werknemer over deze nadelen werd geïnformeerd. Dat impliceert echter niet dat daarmee tevens een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW bestaat tussen de contractuele werkgever en de werknemer.

Ik acht denkbaar dat bij de kwalificatie van de werkgever in situaties waarin deze een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, op een zelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst betekenis toekomt aan wat partijen in werkelijkheid hebben beoogd (blijkens de wijze waarop zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken). Hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, brengt het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW mijns inziens mee dat wezen ook voor schijn dient te gaan bij de kwalificatie van de werkgever in de zin van dit artikel. Dat betekent dat sprake is van een begrensde contractsvrijheid ten aanzien van het bij overeenkomst aanwijzen van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst in situaties waarin deze een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Begrensd omdat door de contractuele afspraken kan worden heengekeken wanneer uit de wijze waarop uitvoering is gegeven aan deze overeenkomst volgt dat partijen niet werkelijk beoogden dat een arbeidsovereenkomst tot stand zou komen met deze contractuele werkgever. Contractsvrijheid omdat bij de kwalificatie van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst in beginsel wordt aangeknoopt bij de in dat kader door partijen gemaakte contractuele afspraken. Op de voet van de in paragraaf 2.3.4 besproken 'kwalificatie-arresten' zou de contractuele werkgever gelden als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, wanneer zijn rol bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om aan te kunnen nemen dat partijen werkelijk hebben beoogd dat een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever tot stand zou komen. In situaties waarin het werkgeverschap van de contractuele werkgever een dergelijke zelfstandige en inhoudelijke betekenis niet heeft, zou de rechter, ondanks de met de contractuele werkgever gesloten

'arbeidsovereenkomst', kunnen oordelen dat een arbeidsovereenkomst bestaat met de feitelijke werkgever. Gelet op de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer tegenover de (contractuele en feitelijke) werkgever en op het feit dat de compensatie van deze ongelijke positie de grondslag vormt van het arbeidsovereenkomstenrecht, zou daarbij de omstandigheid dat de werknemer goed geïnformeerd akkoord ging met de 'arbeidsovereenkomst' met de contractuele werkgever niet tot een andere uitkomst mogen leiden.