



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Arbeidsrechtelijke bescherming

Boot, G.C.

Citation

Boot, G. C. (2005, January 27). *Arbeidsrechtelijke bescherming*. SDu Uitgevers, Den Haag.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/602>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/602>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ARBEIDSRECHTELIJKE BESCHERMING

Inhoudsopgave

Deel 1 Algemeen

Hoofdstuk 1 Vraagstelling

- 1.1 Inleiding
- 1.2 Vraagstelling: aanleiding, uitwerking en verantwoording
- 1.3 Opzet van dit boek
- 1.4 Zes groepen werkers

Deel 2 Arbeid in het burgerlijk wetboek

Hoofdstuk 2 De arbeidsovereenkomst in de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907

- 2.1 Inleiding
- 2.2 De Wet op de arbeidsovereenkomst 1907: geschiedenis
- 2.3 Drie soorten overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van arbeid
- 2.4 De wet op de arbeidsovereenkomst 1907: het bereik
- 2.5 In dienst/gezagsverhouding
- 2.6 Conclusie

Hoofdstuk 3 De wetsgeschiedenis van boek 7 titel 10

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Totstandkoming titel 10 boek 7
- 3.3 Handhaving definitie
- 3.4 Rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst
- 3.5 Het rechtsvermoeden in de praktijk
- 3.6 Adviesaanvraag aan SER d.d. 1 december 2003 en SER-advies d.d. 18 juni 2004
- 3.7 Conclusie

Hoofdstuk 4 De opdrachtovereenkomst

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Geschiedenis van de opdrachtovereenkomst
- 4.3 Verschillende soorten opdrachtnemers: personen en vennootschappen
- 4.4 Definitie opdrachtovereenkomst
- 4.5 Aanwijzingsbevoegdheden en rekenschap geven
- 4.6 Met het oog op de persoon gesloten opdrachtovereenkomst
- 4.7 Agentuurovereenkomst
- 4.8 Conclusie

Hoofdstuk 5 Positie Statutair Directeur

- 5.1 Inleiding
- 5.2 Wettelijke regeling statutair directeur
- 5.3 Waarom aparte regels?
- 5.4 Arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst
- 5.5 Gevolgen opdrachtovereenkomst
- 5.6 Aparte positie bestuurders beursgenoteerde vennootschappen?
- 5.7 Concept Code Corporate Governance
- 5.8 Reacties op concept Code
- 5.9 Definitieve Code
- 5.10 Beschouwingen over de Code Corporate Governance
- 5.11 Conclusie

Hoofdstuk 6 De arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst volgens de Hoge Raad

- 6.1 Inleiding

- 6.2 Jurisprudentie in de eerste helft van de twintigste eeuw
- 6.3 Latere jurisprudentie: persoonlijk verrichten van arbeid en gezagsverhouding
- 6.4 Conclusie

Hoofdstuk 7 Conclusies deel 2 Arbeid in het burgerlijk wetboek

Deel 3 De verzekerden in het sociaal zekerheidsrecht

Hoofdstuk 8

- 8.1 Inleiding
- 8.2 Mogelijkheden om sociale risico's te verzekeren
- 8.3 Verzekerd risico
- 8.4 Staatsregeling, verzekering of privé-risico's
- 8.5 Kring van verzekerden
- 8.6 Verplichte of vrijwillige verzekering
- 8.7 Uitvoering

Hoofdstuk 9 Historisch overzicht sociale verzekeringswetten

- 9.1 Inleiding
- 9.2 Ongevallenwet
 - 9.2.1 Algemeen
 - 9.2.2 Ontstaan
 - 9.2.3 Kring van verzekerden
 - 9.2.4 Aanspraken en uitvoering
 - 9.2.5 Tussenconclusie Ongevallenwet
- 9.3 Ziektewet
 - 9.3.1 Algemeen
 - 9.3.2 Ontstaan
 - 9.3.3 Kring van verzekerden
 - 9.3.4 Aanspraak en uitvoering
 - 9.3.5 Tussenconclusie Ziektewet
- 9.4 Invaliditeitswet
 - 9.4.1. Algemeen
 - 9.4.2. Ontstaan
 - 9.4.3. Kring van verzekerden
 - 9.4.4. Aanspraak en uitvoering
 - 9.4.5. Tussenconclusie Invaliditeitswet
- 9.5 Werkloosheidswet
 - 9.5.1 Algemeen
 - 9.5.2 Ontstaan
 - 9.5.3 Kring van verzekerden
 - 9.5.4 Aanspraak en uitvoering
 - 9.5.5 Tussenconclusie Werkloosheidswet
- 9.6 Conclusie

Hoofdstuk 10 Niet alleen werknemers

- 10.1 Redenen om anderen dan werknemers onder sociale zekerheidswetten te laten vallen
- 10.2 Commissie Van Rhijn: voor- en nageschiedenis
 - 10.2.1 Staatscommissie Van Bruggen
 - 10.2.2 Installatie Commissie Van Rhijn
 - 10.2.3 Rapport Commissie Van Rhijn 1945
 - 10.2.4 Na het rapport
- 10.3 Pensioenen: AOW
- 10.4 Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor niet-werknemers: AAW en WAZ

- 10.4.1 AAW
- 10.4.2 WAZ
- 10.5 Conclusie

Hoofdstuk 11 De arbeidsovereenkomst volgens de Centrale Raad van Beroep

- 11.1 Inleiding
- 11.2 Verzekerdenbegrip
- 11.3 Criteria
- 11.4 Andere aspecten dan partij-afspraken
- 11.5 Conclusie

Hoofdstuk 12 De statutair directeur in de sociale verzekeringswetten

Hoofdstuk 13 De “nieuwe werknemer”: een nadere precisering van het bereik van de sociale verzekeringswetten

- 13.1 Inleiding
- 13.2 Algemeen
- 13.3 Brancheafspraken
- 13.4 Artikel 3.156 IB en wetsvoorstel 27 686
- 13.5 Het begrip arbeidsovereenkomst volgens de WAZ
- 13.6 Opting in en opting out
- 13.7 Beleidsregels Fiscus en UWV 4 december 2002
- 13.8 Brief Minister SZW 17 december 2002
- 13.9 Wijziging Beleidsregels 22 juli 2003
- 13.10 Conclusie

Hoofdstuk 14 Conclusies deel 3

Deel 4 Vijf specifieke onderwerpen

Hoofdstuk 15 Inleiding

Hoofdstuk 16 Loon

- 16.1 Inleiding
- 16.2 Loon in de arbeidsovereenkomst
- 16.3 Loon in de opdrachtovereenkomst
- 16.4 Loon voor de agent
- 16.5 Conclusie

Hoofdstuk 17 Ontslagbescherming

- 17.1 Inleiding
- 17.2 BBA
 - 17.2.1 Inleiding
 - 17.2.2 Werknemers met een zwakke rechtspositie
 - 17.2.3 De gewone werknemer
 - 17.2.4 De hoogbetaalde werknemer
 - 17.2.5 Statutair directeur
 - 17.2.6 De afhankelijke opdrachtnemer
 - 17.2.7 De onafhankelijke opdrachtnemer
- 17.3 Toetsingscriterium
- 17.4 Civiel ontslagrecht voor de werknemer: algemeen
- 17.5 Einde opdrachtovereenkomst
- 17.6 Einde agentuurovereenkomst

Hoofdstuk 18 Het waarom van de ontslagbescherming van werknemers

- 18.1 Causaal stelsel
- 18.2 Grondslag van ontslagvergoedingen: algemeen
- 18.3 De grondslag van de kennelijk onredelijk vergoeding
- 18.4 De grondslag van de ontbindingsvergoeding
- 18.5 Wel of niet redelijke ontslaggrond
- 18.6 Rol Sociale verzekeringen
- 18.7 Zeven mogelijke gronden tot ontslagvergoedingen
- 18.8 Conclusie

Hoofdstuk 19 Arbeidsomstandigheden

- 19.1 Inleiding
- 19.2 Veiligheidsvoorschriften en arbeidsomstandigheden
- 19.3 Invoering Ongevallenwet, art. 1638x BW en Veiligheidswet 1934
- 19.4 Arbowet 1980
- 19.5 Niet-werknemers onder Arbowet 1980
- 19.6 Aanpassing regelgeving
- 19.7 Conclusie

Hoofdstuk 20 Schade en aansprakelijkheid

- 20.1 Inleiding
- 20.2 Kwalitatieve aansprakelijkheid: algemeen
- 20.3 Artikel 6:170 BW: reikwijdte en omvang aansprakelijkheid
- 20.4 Artikel 6:171 BW
- 20.5 Link tussen kwalitatieve aansprakelijkheid en artikel 7:658 BW
- 20.6 Werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten
 - 20.6.1 Algemeen
 - 20.6.2 Zorgplicht werkgever
 - 20.6.3 Beperkt eigen schuld verweer
 - 20.6.4 Reikwijdte: personenkring en omvang aansprakelijkheid
 - 20.6.5 Art. 7:658 lid 4 BW
 - 20.6.6 Gelijke behandeling werknemers en afhankelijke opdrachtnemers
 - 20.6.7 Aparte positie statutair directeur
- 20.7 Conclusie

Hoofdstuk 21 Arbeidstijden en vakantie

- 21.1 Inleiding
- 21.2 Arbeidstijdenwet 1996
- 21.3 Conclusie Arbeidstijdenwet
- 21.4 Vakantieregeling
- 21.5 Vakantie voor niet-werknemers
- 21.6 Conclusie vakantieregeling

Deel 5 Conclusies

Hoofdstuk 22 Conclusies

- 22.1 Vraagstelling
- 22.2 Definitie arbeidsovereenkomst
 - 22.2.1 Gezagsverhouding
 - 22.2.2 Persoonlijk verrichten van arbeid
 - 22.2.3 Loonniveau
 - 22.2.4 Economische afhankelijkheid
 - 22.2.5 Aard werkzaamheden
 - 22.2.6 Financieel risico

- 22.2.7 Andere criteria
- 22.2.8 Toepassing
- 22.2.9 Verdere rol rechtsvermoedens?
- 22.2.10 Omvang werkzaamheden
- 22.2.11 Nieuwe definitie arbeidsovereenkomst
- 22.3 Toepassing op de zes categorieën werkers
- 22.4 Eindconclusies

Deel 1 Algemeen

Hoofdstuk 1 Vraagstelling

1.1 Inleiding

Dit boek gaat over de verschillende vormen van arbeidsrechtelijke bescherming die diverse groepen van werkenden hebben, en ook over de bescherming die deze groepen, gelet op de doelstelling van de betreffende arbeidsrechtelijke regelingen, zouden moeten hebben.

Een van de belangrijkste doelstellingen van het arbeidsrecht is ongelijkheidscompensatie¹.

Juridische ongelijkheidscompensatie voor werknemers is er op gebaseerd dat, omdat werkgevers in een maatschappelijk gezien sterkere positie verkeren dan werknemers, het recht aan werknemers waarborgen dient te verschaffen om te voorkomen dat de uiteindelijk tussen werkgevers en werknemers gemaakte afspraken op een voor de werknemer onacceptabel ongunstig niveau uitkomen. Dat het arbeidsrecht deze beschermende functie heeft, sluit niet uit dat het – op een ander vlak - ook een ordenende rol heeft². Vanuit juridisch perspectief is arbeidsrecht echter beschermingsrecht.

De eerste aanleiding voor dit onderzoek is de afgelopen twaalf jaar meermalen gestelde vraag of sommige groepen hooggeplaatste werknemers niet teveel arbeidsrechtelijke bescherming genieten en dus of ten aanzien van hen wettelijke ongelijkheidscompensatie nog wel in de huidige omvang nodig is. In 1993 vond in het toen pas opgerichte Hugo Sinzheimer Instituut een conferentie plaats, waarbij in een aantal lezingen³ de vraag aan de orde kwam of het gerechtvaardigd is hooggeplaatste werknemers onder alle aspecten van het huidige arbeidsrecht te laten vallen. Er werd stilgestaan bij het begrip ‘nieuwe werknemer’. Rood beschrijft deze als “more mature, more self-assured, far less a persona miserabilis and on top of that with less confidence in collectivities to act on his behalf.”⁴ Rood is van mening dat deze moderne werker op het sociale vlak minder afhankelijk is geworden, maar op het economisch en financieel vlak nog niet de gelijke is van zijn werkgever. Ook Van der Heijden beschouwt de (nieuwe) werknemer als nog steeds economisch afhankelijk, hoewel hij, onderscheiden naar de verschillende groepen werknemers, in de werkgever/werknemer verhouding op sommige onderdelen ruimte ziet voor meer autonomie voor de werknemer⁵. Jacobs pleit er in 1994 in een korte passage in een artikel in het Nederlands Juristenblad voor om de arbeidsovereenkomst niet te laten gelden voor werknemers boven een bepaald opleidings- dan wel inkomensniveau⁶. Van der Heijden wijst dat voorstel in 1995 af, maar verdedigt later tezamen met Noordam het niet onder de arbeidsovereenkomst laten vallen van de statutair directeur, omdat die geacht wordt zijn eigen boontjes te kunnen doppen⁷. Duk vraagt zich in 1996 af ten aanzien van welke regels het dwingend karakter van het arbeidsrecht ter discussie kan worden gesteld en voor welke specifieke groep(en) werknemers dat dwingende karakter geheel of gedeeltelijk zou kunnen verdwijnen⁸. In juli 2003 stelt de Commissie Corporate Governance (Commissie Tabaksblat)⁹ voor om de managers van beursgenoteerde vennootschappen niet meer onder het bereik van de arbeidsovereenkomst te laten vallen, en de aan hen uit te betalen ontslagvergoeding wettelijk te maximeren. Nadat deze concept-code tot een veelheid aan reacties heeft geleid wordt in de uiteindelijke Gedragscode het eerste voorstel

¹ Duk 1996, p. 26; bijdragen van Asscher-Vonk, Van der Heijden, Jacobs, Noordam en Huls in de Rood-bundel 1997; Van der Heijden 1997, p. 1838; Van der Heijden 1999, p. 3; Van der Heijden Tekst & Commentaar, titel 10, algemene opmerkingen; Themanummer Sociaal Recht november 1996; De Laat 2004

² Jacobs 1997, p. 72

³ Wedderburn, Rood, Lyon-Caen, Daubler en Van der Heijden

⁴ Rood in: Wedderburn 1994, p. 88

⁵ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 120 e.v.

⁶ Jacobs 1994, p. 1035-1044

⁷ Van der Heijden, 1995, p. 13-17; Van der Heijden & Noordam 2001, p. 121. Fase 2001 p. 252 geeft aan dat ten aanzien van de directeur van een BV best de vraag kan worden gesteld of het sociaal recht wel van toepassing moet zijn, nu die veelal in staat zijn om de eigen boontjes te doppen. Tenslotte staat ook Huizink hier positief tegenover

⁸ Duk 1996, p. 25 e.v.

⁹ Commissie Corporate Governance Concept Code

niet herhaald maar slechts voorgesteld de vorm van beloning en de hoogte van een te betalen ontslagvergoeding te reguleren. Het idee dat het arbeidsrecht er alléén is of zou moeten zijn voor diegenen die niet of onvoldoende geacht worden voor zichzelf te kunnen opkomen vindt in de literatuur dus bijval¹⁰.

Tegelijkertijd kan de vraag gesteld worden – een tweede aanleiding - of sommige groepen van werkenden, vanuit het beginsel van ongelijkheidscompensatie, wellicht onvoldoende beschermd worden. In 2001 verschijnt een rapport van het Sinzheimer Instituut met als vraagstelling in welke mate en op welke wijze aan kleine zelfstandigen zonder personeel arbeidsrechtelijke bescherming en (sociale) zekerheid dient te worden geboden. In de arbeidsrechtelijke literatuur is van oudsher de vraag gesteld naar het bereik van de arbeidsovereenkomst. Uit het boek Van Sociale Politiek naar Sociaal Recht, welk boek een bundeling van arbeidsrechtelijke oraties geeft over de periode 1885 tot 1962, blijkt dat de vraag naar het aan kleine zelfstandigen wellicht behoren te geven van een zekere arbeidsrechtelijke bescherming, er een is die door de jaren heen vrijwel constant is gesteld en zeker niet altijd negatief is beantwoord¹¹. Er is ook vanwege het door de overheid gevoerde beleid aanleiding stil te staan bij de rechtspositie van kleine zelfstandigen. Wanneer in het Meerjarenbeleidsplan Emancipatie wordt voorzien dat uit emancipatie- en levensloopbenadering toename van mensen die hun loopbaan in de vorm van zelfstandig ondernemerschap met zich mee zal brengen¹², dan zal in dat verband ook moeten worden nagedacht in welke mate die toename van zelfstandig ondernemerschap gevolgen moet hebben voor de aan deze nieuwe groepen toekomende arbeidsrechtelijke bescherming. In de Sociale Nota 2002 wordt in dat verband al gesproken over de nieuwe werknemer en de nieuwe werkgever¹³.

Ook de grondwetgever heeft er oog voor gehad dat arbeidsrechtelijke bescherming niet beperkt dient te blijven tot de bescherming van werknemers. Artikel 19 lid 2 Grondwet luidt sinds 1983: “De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap.”

De Staatscommissie Cals/Donner had deze tekst ook voorgesteld. Desalniettemin opperde de verantwoordelijke minister de bepaling te beperken tot de ‘werknemers’. De reden daartoe was dat in het spraakgebruik bij een wettelijke regeling van de rechtspositie van werkenden, in de eerste plaats aan arbeid in dienstverband zou worden gedacht¹⁴. Bij de rechtspositie in dienstverband gaat het volgens de bewindsman bijvoorbeeld om regelingen met betrekking tot loon, de werk- en rusttijden, en die laten zich niet zonder meer transponeren naar de positie van zelfstandigen. Op de beperking van het grondwetartikel tot werknemers komt van diverse zijden kritiek: de Raad van State en de SER achten die beperking minder juist, en leden uit de Tweede Kamer wijzen er op dat uit deze beperking a contrario zou kunnen worden geconcludeerd dat zelfstandigen en vrije beroepsuitoefenaren in hun werk niet zouden hoeven worden beschermd¹⁵. De minister gaat ‘om’, en in de Memorie van Antwoord wordt aangegeven dat bij Nota van Wijziging de thans geldende tekst wordt voorgesteld en vervolgens ook aangenomen. Opgemerkt wordt dat daarmee de term ‘rechtspositie’ een andere, namelijk ruimere, betekenis krijgt: hij omvat daarmee immers ook de juridische positie van beoefenaren van beroepen en zelfstandigen¹⁶.

Om het onderwerp van dit boek op een zinvolle manier te kunnen bespreken wordt een onderscheid gemaakt tussen werknemers en opdrachtnemers, uitgesplitst naar diegenen met een (nader te definiëren) zwakke en diegenen met een sterke maatschappelijke positie. Het onderzoek met betrekking tot opdrachtnemers wordt beperkt tot de opdrachtnemers die een natuurlijk

¹⁰ Ook niet afwijzend bijvoorbeeld W.J.P.M. Fase, Sociale rechtsvorming of scharrelrecht, SMA 2001/5, p. 249/255

¹¹ Aangeboden ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Levenbach, Levenbach-bundel

¹² Sociale Nota 2002, p. 44-56

¹³ Sociale Nota 2002, p. 46

¹⁴ Wetsvoorstel 13.873, MvT, nr. 3, p. 10

¹⁵ Wetsvoorstel 13.873, VV, nr. 5, p. 10

¹⁶ Wetsvoorstel 13.873, MvA, nr. 7, p. 14

persoon zijn. De zes verschillende groepen – vier groepen werknemers en twee groepen opdrachtnemers - die aldus worden onderscheiden worden in paragraaf 2.4 besproken. De verschillende regelingen waaraan van ieder van die groepen de arbeidsrechtelijke bescherming wordt getoetst hebben betrekking op loon en ontslagbescherming, als ook op arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden.

1.2 Vraagstelling: aanleiding, uitwerking en verantwoording

“In het arbeidsrecht gaat het om het regelen van de verhouding tussen degene die in afhankelijkheid arbeid verricht en degene die van die arbeid gebruik maakt”, zo werd in de wetsgeschiedenis Flexibiliteit en Zekerheid gesteld. Deze omschrijving geeft aan wat de bedoeling was van het arbeidsrecht bij de totstandkoming ervan in het begin van de twintigste eeuw, en getuige de achtergrond van de passage uit 1995, legitimeert zij bijna een eeuw later ook de totstandkoming van een extra vorm van bescherming voor een zwakke groep werkenden, namelijk de oproepkrachten en de nulurencontractanten. De omschrijving geeft ook impliciet aan wat het arbeidsrecht zou moeten doen. Waar in deze studie gesproken wordt over het normatief karakter van het arbeidsrecht, wordt – zoals hiervoor al is aangegeven - gedoeld op een van de belangrijkste grondslagen van het arbeidsrecht, namelijk die van de ongelijkheidcompensatie. De vraag is óf dat ook gebeurt: doet het arbeidsrecht, zoals neergelegd in het BW, het BBA, de Arbeidstijden- en de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet Minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM), de werknemersverzekeringswetten en nog vele anderen regelingen, voor sommigen niet te weinig, en voor anderen niet te veel?

Kijkend naar de situatie zoals die zich thans voordoet op de arbeidsmarkt, spitst de vraag naar het kwalitatieve en kwantitatieve bereik van de arbeidsrechtelijke bescherming en de gerechtvaardigheid van die bescherming zich dus zowel uit naar diegenen die tot voor kort of nog steeds weinig specifieke rechtsbescherming genieten terwijl zij deze, gelet op hun van anderen maatschappelijk afhankelijke positie, wel zouden behoeven, als ook heeft die vraag betrekking op diegenen die thans wel volledige arbeidsrechtelijke bescherming hebben, maar dat gelet op hun sterke maatschappelijke positie vanuit de hiervoor genoemde doelstelling misschien niet nodig meer nodig hebben, of wellicht zelfs niet meer wensen.

Gedurende lange tijd was er een groep werkenden, met een evident zwakke maatschappelijke positie, die amper gebruik kon maken van de rechten van het arbeidsrecht. Dit betrof oproepkrachten, nulurencontractanten of thuiswerkers, van wie lange tijd werd aangenomen dat zij geen echte arbeidsovereenkomst hadden, en dus ook niet de daarbij behorende rechten. Bij anderen met een zwakke maatschappelijke positie kan worden gedacht aan leerlingen of stagiaires. Bij de positie van deze laatsten zal ik niet apart stilstaan. De groep werkenden met een zwakke maatschappelijke positie die soms wel, soms niet onder de bescherming van het arbeidsrecht valt, vormt de onderkant van de arbeidsmarkt. De discussie over deze onderkant van de arbeidsmarkt werd vooral gevoerd in de jaren tachtig en begin jaren negentig van de twintigste eeuw. De zwakke economische positie die deze werkenden in die tijd hadden kon bestaan vanwege de in de eerste helft van de jaren tachtig groeiende werkloosheid. Met de Wet Flexibiliteit en zekerheid, waarvan de hoofdlijnen in 1995 tot stand kwamen, werd aan deze evident zwakkeren op de arbeidsmarkt een iets sterkere rechtspositie verleend. Naast werknemers met een zwakke maatschappelijke positie zijn er ook opdrachtnemers met een niet veel betere maatschappelijke positie.

Het arbeidsrecht kent ook een bovenkant van allerlei groepen werkenden waarvan het de vraag is of zij alle bescherming van het arbeidsrecht behoeven of daar zelfs ook maar prijs op stellen. Die bovenkant vormt een evenzo bont en divers gezelschap. Vanwege de doorgaans hoge beloning die zij weten te bedingen behoren tot de bovenkant van de arbeidsmarkt zeker de statutair directeurs van de beursgenoteerde vennootschappen. Tot deze bovenkant behoren ook de directeurs groot-aandeelhouders, die hun eigen ontslag als het ware zelf in de hand hebben. Voor de titulair directeur ligt dat al iets genuanceerder, omdat het directeurschap betrekking kan hebben op heel grote maar ook op heel kleine bedrijven, met een navenant verschillend beloningsniveau. Tot die bovenkant kunnen ook gerekend worden sommige categorieën hoog

opgeleide of hoog betaalde werknemers die zo'n machtspositie ten opzichte van hun werkgever hebben, dat zij geacht moeten worden hun eigen boontjes te kunnen doppen. Aan de bovenkant van het arbeidsrecht zijn tenslotte te vinden een gedeelte van de – maar niet alle - zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers), freelancers en andere opdrachtnemers.

De in dit onderzoek te beantwoorden vraag luidt daarom: **welke arbeidsrechtelijke bescherming genieten bepaalde groepen werkenden en op welke bescherming zouden deze groepen, vanuit de achtergrond van deze regelingen, aanspraak moeten kunnen maken? Bij de bepaalde groepen werkenden wordt een onderscheid gemaakt tussen werknemers en opdrachtnemers met een zwakke respectievelijk met een sterke maatschappelijke positie. Het onderzoek omtrent de arbeidsrechtelijke bescherming wordt beperkt tot de bescherming op de onderwerpen loon en ontslag, arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden.**

Ik zal mij, omwille van de omvang van dit boek, in deze studie grotendeels beperken tot het individuele arbeidsrecht¹⁷. Dat ik dus slechts in beperkte mate stil zal staan bij het CAO-recht en het medezeggenschapsrecht heeft dus niet als reden dat het collectieve arbeidsrecht voor de onderhavige problematiek niet belangrijk zou zijn¹⁸.

Ik zal ook niet uitgebreid stilstaan bij de welzijnskant van het arbeidsrecht of van de arbeid in het algemeen. Ik doel hiermee op de notie dat de arbeid het welzijn van de werkenden bevordert of zou moeten bevorderen, en de arbeid bijdraagt tot hun ontplooiing. Dit aspect van het verrichten van arbeid ligt op andere wetenschappelijke gebieden dan het mijne, zodat ik daarvoor verwijs naar reeds verschenen studies¹⁹.

Met een vraagstelling als hierboven genoemd haal ik nogal wat overhoop: het gaat daarmee immers bijna om de vraag naar het waarom van het individuele arbeidsrecht. Is er reden zoiets fundamenteels ter discussie te stellen?

In het huidige arbeidsrecht, dit in de ruimste zin van het woord, doen zich een aantal situaties voor die een dergelijk onderzoek rechtvaardigen:

- (i) aan hooggeplaatste werknemers worden rechten toegekend waar zij geen behoefte aan lijken te hebben c.q. die in hun situatie moeilijk toepasbaar lijken, dan wel die voor hen vanuit de gedachte van ongelijkheidscompensatie niet nodig lijken te zijn. Een voorbeeld van dat laatste zijn de in ontslagsituaties aan hen soms (hoge) toegekende vergoedingen. Dit niet-meer-nodig-hebben of kunnen gebruiken van bepaalde rechten voor hooggeplaatste en goedbetaalde werknemers is het gevolg van de uitbouw van het stelsel van het arbeidsrecht. Bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 werd ook al wel een discussie gevoerd over het bereik van de arbeidsovereenkomst, maar omdat het niveau van bescherming toen veel geringer was dan nu, en het verschil in bescherming tussen werknemers en de overige werkers – dus - ook geringer was dan nu, was het belang van de vraag naar het bereik van de arbeidsovereenkomst minder groot. Het onderwerp van de aan hooggeplaatste werknemers toe te kennen ontslagvergoedingen is vooral vanaf 2002 sterk in de – negatieve - belangstelling komen te staan. Eerder al werden door rechtswetenschapsbeoefenaren of door praktijkjuristen

¹⁷ Ik beperk mij dus hoofdzakelijk tot de eerste twee door Fase (Fase 2001, p. 251) genoemde pijlers, namelijk de beschermingswetgeving en het herstel van het contractuele evenwicht tussen werkgever en werknemer, en besteed weinig aandacht aan medezeggenschap

¹⁸ In een overigens Engelse context hierover bijvoorbeeld O. Kahn-Freund in *Labour and the law*, Londen 1977, p. 6: the main object of labour law has always been, and I venture to say will always be, to be a countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship

¹⁹ o.a. P.J. Mulders, *Arbeid om te leven en arbeidsleven*, diss. 1993, met diverse literatuurverwijzing naar onder andere Achterhuis, Ilich en Arends.

kritische vragen gesteld bij de hoogte van de (al dan niet op basis van de Kantonrechtersaanbeveling toegekende) ontslagvergoedingen aan werknemers in het algemeen. De wat dit laatste betreft te onderzoeken deelvraag is derhalve of de hoogte van de aan werknemers (meer in het bijzonder hooggeplaatste werknemers) door de rechter of door partijen zelf toegekende ontslagvergoedingen zich verdraagt met de doelstellingen van het arbeidsrecht.

- (ii) sommige werkenden – in het bijzonder zelfstandigen zonder personeel, verder te noemen: zzp-ers - wensen niet onder de vlag van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn; de diverse (civiele en sociaal zekerheidsrechtelijke) rechters die hierover oordelen honoreren deze wens niet altijd, en concluderen op grond van de feitelijke arbeidssituatie tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dat er ten aanzien van deze zelfstandigen onduidelijkheid bestaat over het bereik van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder hun sociale verzekeringsplicht, wordt onderkend in de Adviesaanvraag over de afbakening en de reikwijdte van het begrip werknemer in de werknemersverzekeringen van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d 1 december 2003²⁰ en in het daarop op 18 juni 2004 gegeven advies van de Sociaal Economische Raad²¹.
- (iii) Sommige kleine zelfstandigen zouden bepaalde rechten, die slechts aan werknemers toekomen, wel willen hebben, dan wel ligt er – vanuit de gedachte dat het arbeidsrecht beschermingsrecht is - een maatschappelijke verantwoordelijkheid hen deze bescherming (bijvoorbeeld op het gebied van arbeidsomstandigheden) te geven, maar op basis van hun status (zelfstandige/opdrachtnemer) komen zij hier in de huidige situatie domweg niet voor in aanmerking.

Zoals hierboven is aangegeven, is de vraag naar het bereik van de arbeidsovereenkomst voor wat betreft de bovenkant van de arbeidsmarkt, door individuele schrijvers al langere tijd gesteld. Dat het arbeidsrecht wellicht aan een nieuwe ordening toe is, bleek uit de diverse bijdragen ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het Hugo Sinzheimer Instituut, gebundeld onder de naam “Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?”. Het aftasten van het kwalitatieve en kwantitatieve bereik van de arbeidsovereenkomst zoals in de onderhavige studie gebeurt, past binnen die door het Sinzheimer-instituut gestelde grotere vraagstelling²².

²⁰ SV/F&W/2003/92571

²¹ SER-advies Personenkring Werknemersverzekeringen

²² Het onderzoek raapt ook enigszins de door Fase 2001a, p. 252 geworpen handschoen op, waar hij aangeeft dat het aardig zou zijn een analyse te maken wat harde sociale basiswaarden zijn en wat waarden zijn waarbij water in de wijn kan worden gedaan. Het onderwerp van deze studie past wellicht ook binnen het onderzoeksgebied van het nieuwe Groningse (Bakels)instituut voor grensverkennend arbeidsrecht (Zondag 2004, p. 41)

De vraag naar het bereik van de arbeidsovereenkomst is daarbij niet alleen in Nederland aan de orde, maar ook daarbuiten, zoals bleek op de ILO-conferentie van juni 2003²³.

Tenslotte stelt de Minister van SZW in de hierboven genoemde adviesaanvraag aan de SER op 1 december 2003 dat als derde mogelijkheid ('derde spoor') om tegemoet te komen aan de door zzp-ers en hun opdrachtgevers gewenste duidelijkheid dat 'ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, waarbij het onderscheid tussen verschillende arbeidsrelaties steeds minder scherp wordt. (...) een meer fundamentele benadering van de vraag naar de invulling en afbakening van het werknemersbegrip wenselijk (maken)'²⁴.

De als tweede punt genoemde problematiek wordt veroorzaakt door de 'wezen-boven-schijn' jurisprudentie. In deze jurisprudentie wordt voor de kwalificatie van een bepaalde rechtsverhouding geen doorslaggevende betekenis toegekend aan de partijbedoeling, maar aan de feitelijke situatie zoals die zich in de betreffende arbeidsverhouding voordoet. De betreffende, door de Hoge Raad sinds 1934²⁵ en door de Centrale Raad van Beroep sinds 1939²⁶ gevoerde jurisprudentie, wordt als wezenlijk voor het arbeidsrecht gezien. Zo is Rood in een van zijn laatste geschriften van mening dat het 'de partijwens doorslaggevend laten zijn' voor de duiding van een arbeidsrelatie, niet alleen niet past bij de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907, maar ook niet bij eventuele toekomstige wetten: het gaat er – volgens hem - niet om hoe partijen hun contract noemen, maar wat het, getoetst aan de definitie, rechtens is'²⁷. Ook de Minister van SZW gaat er in zijn adviesaanvraag aan de SER van 1 december 2003 als vanzelfsprekend van uit 'dat het voor de materiële beoordeling ... uitsluitend laten afhangen van de contractuele afspraken die tussen partijen gemaakt zijn, een veel te smalle en formele basis vormt die ook te veel ruimte laat voor oneigenlijk gebruik'²⁸; de SER neemt die opvatting ook over²⁹. Het probleem van deze wezen-boven-schijn jurisprudentie is dat partijen opgezadeld kunnen worden met rechten en verplichtingen waar zij niet om gevraagd hebben. Het afschaffen van die 'wezen-boven-schijn' jurisprudentie kan echter ook niet zonder meer geschieden, omdat deze – in ieder geval in een aantal gevallen – is ontstaan ter bescherming van zwakkeren op de arbeidsmarkt. Naar mijn mening wordt bij de wezen-boven-schijn discussie te weinig onderscheid gemaakt in de maatschappelijke positie die de betrokken werker inneemt. Voor de werker met een zwakke maatschappelijke positie, past de wezen-boven-schijn gedachte vaak binnen het streven naar ongelijkheidscompensatie³⁰. Juist hier vanuit kon de rechtsverhouding van Schoolderman in het bekende arrest Agfa/Schoolderman³¹ als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op voltijdsbasis worden gekwalificeerd, omdat zij al jarenlang feitelijk als zodanig had gewerkt. Voor een werker met een sterke maatschappelijke positie kan de wezen-boven-schijn-constructie echter onnodig betuttelend zijn en ik zie ook niet in waarom de constructie voor die groep werkers wezenlijk voor het arbeidsrecht zou zijn. Wel kunnen er vanuit het

²³ Van Peijpe 2003, p. 247/249

²⁴ Brief Minister SZW 1 december 2003, SV/F&W/2003/92571, p. 3.

²⁵ Koopmans, p. 68

²⁶ Koopmans, p. 37

²⁷ Rood 2000, p. 125

²⁸ Minister SZW d.d. 1 december 2003, p. 2

²⁹ SER-advies 18 juni 2004, p. 26

³⁰ Wezen boven schijn betekent een schending van de rechtszekerheid. In dat verband is het opvallend dat Jansen aangeeft dat juist in het arbeidsrecht rechtszekerheid een groot goed is, dat meestal het belang van de economisch zwakke part, de werknemer, dient (Jansen 2002, p. 44)

³¹ HR 8 april 1994, JAR 1994/94

sociaal-zekerheidsrecht pragmatische argumenten (het voorkomen van negatieve risico-selectie) vóór de constructie naar voren worden gebracht. Onderzocht zal worden of die argumenten overtuigend zijn.

De derde aanleiding (verdienen andere werkers dan reguliere werknemers inmiddels niet ook enige extra bescherming³²) heeft twee kanten. Door de toegenomen welvaart en de daarmee toegenomen werknemersbescherming, dient zich de vraag aan of andere werkers niet ook voor een vergelijkbare vorm van bescherming in aanmerking behoren te komen. Die gedachte vindt ook van overheidswege bijklank, bijvoorbeeld in het streven (kleine) zelfstandigen meer dan voorheen onder de bescherming van regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden te brengen³². Zo werd in april 2003 door de Regering aan de SER de vraag voorgelegd of bepaalde groepen zelfstandigen niet in verdergaande mate dan thans onder de Arbeidsomstandighedenwet zouden moeten komen te vallen en de betreffende SER-commissie beantwoordt deze vraag bevestigend³³.

In de tweede plaats is er in het gehele civiele recht een ontwikkeling gaande waarbij de zwakkere partij beschermd wordt. Het streven naar ongelijkheidscompensatie is wel de belangrijkste, eigenlijk enige werkelijk belangrijke ontwikkeling in het civiele recht sinds 1838 genoemd³⁴. De ongelijkheidscompensatie heeft in het civiele recht ook op tal van plaatsen uitvoering gekregen, zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving. Voor wat betreft de jurisprudentie mag als voorbeeld dienen het Haviltex-arrest³⁵, waarin tot uitdrukking komt dat voor de uitleg van overeenkomsten rekening dient te worden gehouden met hetgeen partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Uit dit Haviltex-arrest blijkt ook dat daarbij onder meer een rol toekomt aan de maatschappelijke positie van partijen. Ten aanzien van het specifieke onderwerp (beëindiging van) duurovereenkomsten is van groot belang het Mattel-arrest³⁶, waarin tot uitdrukking komt dat bij opzegging van een duurovereenkomst op regelmatige wijze, de opzeggende partij desalniettemin aan de wederpartij (schade)vergoeding verschuldigd kan zijn. Op het gebied van wetgeving springen in het oog de beschermende bepalingen voor niet alleen werknemers en huurders, maar ook voor handelingsonbekwamen, consumenten en patiënten. Hartlief constateert in de inleiding van de bundel Contractvrijheid daarom dat paradoxaal genoeg er op de klassieke terreinen van bescherming van zwakkeren (arbeidsrecht en huurrecht) er een zekere flexibilisering en deregulering wordt doorgevoerd, althans gewenst, terwijl op andere terreinen juist nieuwe ‘zwakkere’ partijen naar voren worden geschoven³⁷. Voorlopig uitgaande van de juistheid van deze constatering zou het daar in passen om (sommige groepen) werknemers minder dan thans dwingende rechten toe te kennen, en aan anderen (opdrachtnemers met een zwakke maatschappelijke positie) meer bescherming te geven.

1.3 Opzet van dit boek

De opzet van dit boek is de volgende. In deel 2 wordt in de hoofdstukken 2 en 3 een overzicht gegeven van de achtergrond en totstandkoming van de regeling – en daarmee het bereik - van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek, als ook welke wijzigingen met betrekking tot het bereik van de arbeidsovereenkomst nadien in die wettelijke regeling zijn doorgevoerd. In hoofdstuk 4 gebeurt hetzelfde met betrekking tot de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, tegenwoordig geheten de opdrachtovereenkomst. In hoofdstuk 5 wordt stilgestaan bij de wettelijke regeling van een specifieke groep werknemers, de statutair directeur. Uit deze hoofdstukken zal blijken dat het door de wetgever tot stand gebrachte onderscheid tussen de werknemer en de opdrachtnemer niet altijd duidelijk is. In hoofdstuk 6 zal daarom

³² De door Popma geconstateerde tendens tot decentralisering of privatisering van de arbeidsomstandighedenwetgeving doet zich ten aanzien van hen juist niet voor; zie Popma 1999, p. 149-190.

³³ SER advies 2004/04, 20 februari 2004

³⁴ Langemeijer & Schrage 1994, p. 90

³⁵ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635

³⁶ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742

³⁷ Hartlief & Stolker 1999, p. 12/13.

worden onderzocht of de Hoge Raad dit onderscheid wel helder weet te maken, waarna in hoofdstuk 7 enkele conclusies worden getrokken.

Het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst speelt ook een belangrijke rol in het sociaal zekerheidsrecht. Dit is het onderwerp van deel 3 van deze studie. Vanwege hun afhankelijke positie zijn de meeste werknemers en sommige groepen opdrachtnemers door de wetgever onder de bescherming van de sociale verzekeringswetten gebracht. In de hoofdstukken 8 en 9 zal onderzocht worden voor welke groepen werkenden dat bij de verschillende sociale verzekeringswetten het geval was. Halverwege de twintigste eeuw won de gedachte terrein dat het sociale verzekeringsrecht er in verdergaande mate dan tot op dat moment het geval was, ook zou moeten zijn voor niet-werknemers. In hoofdstuk 10 zal onderzocht worden hoe deze gedachte in die tijd in wetgeving is neergelegd. Omdat ook volgens de sociaal zekerheidsrechtelijke wetgeving het onderscheid tussen de werknemer en de opdrachtnemer, en daarmee veelal tussen de wel of niet verzekerden, niet eenduidig wordt omschreven, wordt in hoofdstuk 11 onderzocht of de Centrale Raad van Beroep die duidelijkheid wel weet te verschaffen. In hoofdstuk 12 komt de recente regelgeving met betrekking tot de verzekerden volgens de sociale verzekeringswetten aan de orde.

Met deze hoofdstukken is aangegeven welke groepen werkenden volgens de wetgever en de hoogste rechters onder de bescherming van het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht vallen en welke niet.

In deel 4, de hoofdstukken 15 tot en met 21 wordt vervolgens gekeken naar twee groepen van rechten die werkenden in meer of mindere mate hebben. De eerste groep rechten heeft betrekking op bepalingen omtrent loon en ontslagbescherming. Onderzocht wordt welke specifieke regelingen er zijn voor werknemers en opdrachtnemers op het gebied van loonaanspraken en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. In de daarop volgende hoofdstukken 17 en 18 wordt een overzicht gegeven van de diverse vormen van ontslagbescherming die de verschillende groepen van werknemers en opdrachtnemers hebben, en hoe en waarom dat zo is gekomen. De tweede groep van rechten heeft betrekking op arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden. Hiertoe wordt in hoofdstuk 19 voor de diverse groepen werkenden gekeken naar de beschermende bepalingen zoals neergelegd in de Ongevallenwet en de Arbeidsomstandighedenwet. In hoofdstuk 20 komt de vraag naar schade en aansprakelijkheid verband houdend met de verrichte arbeid aan de orde. Hoofdstuk 21 behandelt de arbeidstijdenregeling zoals geregeld in de Arbeidstijdenwet en de bepalingen omtrent vakantie in het Burgerlijk Wetboek.

In deel 5 worden de conclusies uit het daaraan voorafgaande met elkaar verbonden. Er wordt per categorie werkenden (maatschappelijk zwakke en sterke werknemers, maatschappelijk zwakke en sterke opdrachtnemers) een conclusie getrokken ten aanzien van de vraag of de in de huidige wettelijke regelingen aan die groepen toegekende rechten op het gebied van loon, ontslagbescherming, arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden, voor hen nog stroken met de bedoeling die aan het destijds toekennen van die bescherming is gegeven, of niet meer. Dit boek besluit met een algehele conclusie. De tekst van dit boek is afgesloten op 1 oktober 2004.

1.4. Zes groepen werkers

Om de vraag naar het gerechtvaardigd niveau van arbeidsrechtelijke bescherming op een zinvolle manier te kunnen behandelen, kunnen niet alle werknemers of andere werkers over één kam worden geschoren. Ik zal daarom een aantal groepen werkenden onderscheiden zoals die zich thans in de praktijk voordoen, althans zich tot voor kort voordeden. De betreffende groepen zijn:

1. de werkenden met een evident zwakke maatschappelijke positie, die aangewezen zijn op het arbeidsrechtelijke kruimelwerk in de vorm van oproepwerk;
2. de 'gewone' werknemers, met een soms tijdelijk maar meestal vast arbeidscontract, met een niet extravagant salaris, en van wie zowel voor henzelf als voor hun werkgever duidelijk is dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werken;
3. de hoog betaalde werknemers, veelal leidinggevend en veelal hoog opgeleid;

4. de statutair directeuren, al dan niet groot-aandeelhouders dan wel van beursgenoteerde vennootschappen.
Buiten het huidige, reguliere arbeidsrecht staan de opdrachtnemers. Zoals eerder aangegeven beperk ik mij tot de opdrachtnemers bij wie het gaat om het leveren van arbeid door een natuurlijke persoon. Omdat deze groep opdrachtnemers ook een zeer uiteenlopende groep vormt, wil ik hen onderscheiden in twee categorieën:
5. de afhankelijke opdrachtnemers. Dit zijn werkers die er, in ieder geval ‘op papier’ voor kiezen geen werknemer te willen zijn, doch die in de praktijk feitelijk afhankelijk zijn van een enkele opdrachtgever, vaak hun ex-werkgever.
6. de onafhankelijke opdrachtnemers.

Deze zes groepen kunnen als volgt nader worden beschreven.

1.

De werkenden met een zwakke maatschappelijke positie, die aangewezen zijn op de ‘restjes’ arbeid, zoals bijvoorbeeld oproepwerk of thuiswerk. Deze groep stond sterk in de belangstelling in de jaren tachtig van de twintigste eeuw, toen tijdens de economische recessie en de daaruit voortvloeiende werkloosheid bedrijven zich genoodzaakt zagen (of hun kans schoon zagen) om werk te laten verrichten door werkers aan wie een minimale arbeidsrechtelijke bescherming werd gegeven. Oproepkrachten en nulurencontractanten waren veel gehoorde en gebruikte termen in die jaren. Er werd toen door een groot aantal arbeidsrechtjuristen voor geijverd ook deze groep arbeidsrechtelijke bescherming te geven, hetzij de volledige bescherming van de arbeidsovereenkomst, hetzij een beperkte bescherming. Wat betreft dat laatste stelde Rood in 1988 voor deze groep een ‘werkovereenkomst’ te geven. Het niveau van bescherming zou daarbij tussen dat van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst liggen. Hij maakte een onderscheid met de arbeidsovereenkomst, omdat voor deze groep werkenden de gezagsverhouding afwezig zou zijn³⁸. Tijdens de hoogconjunctuur van het midden en einde van de jaren negentig en de eerste jaren van de eenentwintigste eeuw raakte deze groep niet in de belangstelling. De reden hiervoor bestond er in de eerste plaats uit dat aan de betreffende werkers in de rechtspraak vaak al de bescherming van het arbeidsrecht werd toegekend, doordat de relaties als arbeidsovereenkomsten werden aangemerkt, en in de tweede plaats doordat als gevolg van de hoogconjunctuur en de daaruit voortvloeiende krapte op de arbeidsmarkt, bedrijven het zich niet konden permitteren werkers een op papier dermate onaantrekkelijk aanbod te doen. Gelet op de sinds 2002 toenemende werkloosheid valt te voorzien dat een nieuwe groep zwakkeren op de arbeidsmarkt weer genoeg zal moeten nemen met de minst aantrekkelijke contractsvormen.

In de jurisprudentie is de bekendste representant van deze groep mevrouw Schoolderman, van het baanbrekende arrest Agfa/Schoolderman.

Deze categorie 1-werker onderscheidt zich van de opdrachtnemers, doordat hij (of in de praktijk vooral: zij) niet pretendeert een ‘echte’ zelfstandige te zijn. Hij wordt ook niet als zodanig door zichzelf en derden beschouwd en behandeld en hij heeft geen zelfstandigheidsverklaring aangevraagd. Dat betekent dat er ook geen inschrijving bij de Kamer van Koophandel zal zijn, evenmin als een zelf afgesloten en betaalde arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Het onderscheid tussen deze categorie 1 en de hierna te bespreken categorie 2 is niet altijd duidelijk te maken. In perioden van economische laagconjunctuur, waarbij het vóórkomt dat er werkenden zijn die er niet zelf voor kiezen om zelfstandige te zijn, die een maatschappelijk gezien zwakke positie hebben en die toch niet de volle bescherming van het arbeidsrecht hebben, is categorie 1 als zodanig apart herkenbaar. Het onderscheid met categorie 2 is dan immers het gevoelde gebrek aan arbeidsrechtelijke bescherming. In perioden van hoogconjunctuur genieten werkenden zoals oproepkrachten in de praktijk de bescherming van het arbeidsrecht.

³⁸ M.G. Rood, Over flexibele arbeidsrelaties, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Alphen a/d Rijn 1988, p. 57 en 58.

Gelet op een van de doelstellingen van het arbeidsrecht (bescherming van de maatschappelijk zwakke partij) ligt het voor de hand categorie 1 zoveel mogelijk als ‘gewone’ werknemer (dus categorie 2) te behandelen.

Werkenden met een evenzo zwakke rechtspositie zijn leerlingen en stagiaires. Voor zover in hun relatie met de werkverschaffer het leerelement overheerst sta ik bij hen niet apart stil, omdat in dat geval geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar van een leerovereenkomst³⁹ dan wel het leerelement in die arbeidsrelatie een sterke rol speelt.

Een aparte categorie zijn werkenden zonder geldige verblijfs- en/of werkvergunning. Zij zijn ook in perioden van hoogconjunctuur de wellicht kansarmsten op de arbeidsmarkt. Hun problematiek is echter slechts in zeer beperkte mate op te lossen vanuit het arbeidsrecht⁴⁰.

2.

De in dit onderzoek te bespreken ‘gewone’ werknemer, heeft een soms tijdelijk maar meestal vast arbeidscontract, een niet extravagant salaris, is niet in het bezit van een zelfstandigheidsverklaring en zowel voor hemzelf als voor zijn werkgever is duidelijk dat hij op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Binnen de groep gewone werknemers zijn er wel weer groepen die op onderdelen een aparte rechtspositie hebben. Te denken valt bijvoorbeeld aan onderwijzend personeel. Zij worden in alles als gewone werknemers beschouwd, behalve voor wat betreft hun ontslagbescherming; omdat die geacht wordt op andere wijze te zijn geregeld, vallen zij buiten de bescherming van het BBA. Omdat het hier slechts om een afwijking op een enkel onderdeel gaat, en er vaak een vervangende vorm van bescherming aanwezig is, zal ik deze specifieke groepen slechts summier bij dat betreffende onderdeel bespreken.

Op de vraag welke vorm van ontslagbescherming (preventief of repressief, duaal of via een enkele instantie) aan de gewone werknemer behoort toe te komen, ga ik in dit boek niet uitgebreid in. Ik ga uit van de huidige situatie van een preventief ontslagstelsel, waarbij de toets wordt verricht door een administratief orgaan (thans CWI) dan wel de (kanton)rechter. Op grond van het advies van de Stichting van de Arbeid van juli 2003 valt overigens ook niet te verwachten dat dit preventief stelsel op korte termijn zal komen te vervallen.

3.

Een aparte groep onder de werknemers vormen de hoogbetaalde, veelal leidinggevende en veelal hoog opgeleide werknemers. Betwijfeld kan worden of zij maatschappelijk gezien afhankelijk zijn; in juridische zin zijn zij dat wel, vooral doordat zij door hun werkgever tegen hun zin in ontslagen kunnen worden. In economische zin is het minder duidelijk of en in hoeverre zij van hun werkgever afhankelijk zijn. Van Peijpe stelt in zijn proefschrift: ‘Sommige werknemers (met name hoger opgeleiden) hebben wat meer economische macht dan andere’, zonder aan te (kunnen) geven in welke mate dat dan is⁴¹. De vraag naar die economische afhankelijkheid wordt – maar dat geldt ook voor de ‘gewone’ werknemer - sterk bepaald door de conjunctuur. In de jaren vlak voor en na de millenniumwisseling (tot en met 2001) kon deze groep werknemers bij wijze van spreken vragen wat zij aan salaris wilden ontvangen, en wanneer hun werkgever hen wilde ontslaan, dan was dat in financiële zin een feest, want naast de te ontvangen ontslagvergoeding was een nieuwe baan elders onmiddellijk voorhanden. Dit laatste bleek vanaf 2002 niet meer het geval te zijn: in hoeverre deze groep in de praktijk economisch afhankelijk blijkt te zijn, is daarom op dit moment moeilijk te zeggen. Van der Heijden en Rood veronderstellen in de beroemde bundel *Labour law in the post-industrial era*⁴² dat deze groep in theorie onafhankelijk is, maar dat betekent nog niet dat dat in de praktijk ook het geval is.

³⁹ HR 28 juni 1996, JAR 1996/153

⁴⁰ Een voorbeeld waarbij rechters “illegalen” arbeidsrechtelijk gezien wel te hulp komen vormt de jurisprudentie waarbij het niet mogen werken als gevolg van het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning, gezien wordt als een omstandigheid die in de risicosfeer van de werkgever ligt.

⁴¹ Van Peijpe 1985, p. 51

⁴² Van der Heijden in: Wedderburn, p. 144; Rood in: Wedderburn, pag. 86.

Een vraag die apart moet worden onderzocht is waar de grens tussen de 'gewone' en de 'hoogbetaalde, hoogopgeleide of hooggeplaatste' werknemers dient te worden gelegd. Naar mijn mening kan uitsluitend het inkomenscriterium een zinvol en bevredigend onderscheid geven.

Het door Jacobs⁴³ bepleite opleidingsniveau van een werknemer vormt geen bevredigend onderscheid omdat de bescherming van het arbeidsrecht er niet zozeer op gebaseerd is dat de werknemer 'dom' is, doch dat deze, gelet op zijn economische positie, van de werkgever afhankelijk is. Ook universitair opgeleiden kunnen een heel zwakke positie op de arbeidsmarkt hebben, bijvoorbeeld in situaties waarin zij niet werkzaam zijn in hun eigen vakgebied, maar – soms vanwege de slechte arbeidsmarktpositie op dat vakgebied – laaggekwalificeerd werk elders moeten verrichten. In tegenstelling tot het loonniveau (dat op basis van harde maatstaven en desnoods per dag kan worden beoordeeld) is de uitwerking van het element opleiding ook veel meer arbitrair (wanneer is de opleiding geheel of bijna afgerond; moeten de werkzaamheden ook op dat gebied worden verricht?).

Ook het functieniveau (anders dan het apart behandelen van de statutair directeur) biedt niet een bevredigend onderscheid tussen 'gewone' en 'overige' werknemers. Ik zie namelijk niet in hoe een voor de gehele werknemersbevolking zinvolle scheidslijn zou kunnen worden getrokken. Het aspect 'leidinggeven' is te vaag, net als het maken van onderscheid al naar gelang de verantwoordelijkheden. Hoewel een dergelijk onderscheid per CAO, en daarmee per branche of bedrijf, wel gemaakt wordt, acht ik dat nationaal gezien niet goed uitvoerbaar.

Wel een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt aan de hand van de door de werknemer ontvangen beloning. In diverse wettelijke regelingen (Wet Minimum Loon en Minimum Vakantiebijslag – WMM - diverse sociale zekerheidswetten en de Ziekenfondswet) wordt namelijk al een dergelijk onderscheid gemaakt. Ieder van die wetten kent zijn eigen financiële grenzen. (i) De WMM kent als norm voor de betaling van de vakantiebijslag driemaal het wettelijk minimumloon (WML) (ii) In diverse sociale zekerheidswetten is sprake van een maximum dagloon; daarboven wordt verzekering een eigen verantwoordelijkheid van de werknemer genoemd⁴⁴. (iii) De Ziekenfondswet kent de Ziekenfondsgrens; boven die grens wordt men geacht zichzelf te kunnen verzekeren⁴⁵. Gemeten naar het inkomensniveau in 2004 bedraagt driemaal het WML ongeveer EUR 3.780 bruto per maand, exclusief vakantiebijslag. Het maximum dagloon verschilt iets per wet, maar bedraagt – in 2004 - ongeveer EUR 165 bruto per dag inclusief vakantietoeslag, dat wil zeggen EUR 3.322 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. De Ziekenfondsgrens lag voor werknemers in 2004 op EUR 32.600 bruto per jaar, dat wil zeggen ruim EUR 2.530 bruto per maand exclusief vakantietoeslag; voor zelfstandigen lag die ziekenfondsgrens op EUR 20.800 belastbaar inkomen per jaar⁴⁶.

Wanneer gekeken wordt naar de inkomensverdeling van de Nederlandse beroepsbevolking, dan blijkt – uitgaande van het bruto inkomen⁴⁷ - van de mensen met een inkomen⁴⁸ ruwweg 33% meer te verdienen dan de Ziekenfondsgrens; ruwweg 17% verdient meer dan het maximum dagloon; ruwweg 10% verdient meer dan drie maal het minimumloon en ruwweg 1,8% meer dan vijf maal het minimumloon⁴⁹. Vooral de Ziekenfondsgrens en het maximum dagloon laten dus betrekkelijk hoge percentages zien, hetgeen betekent dat indien voor deze studie die grens zou

⁴³ Jacobs 1994, p. 1035-1044

⁴⁴ MvT bij de Wet van 2 februari 1967, Stbl. 1967, 104 (Wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering); overigens leek met de vaststelling in 1967 van het maximum dagloon op 77 gulden, maar 1,2% van de werknemers een inkomen te hebben wat daar boven zat

⁴⁵ Heerma van Voss 2002, p. 207; Noordam 2002

⁴⁶ Het verschil in bedragen vloeit daar uit voort dat de wetgever voor beide groepen een materieel vergelijkbaar inkomen wilde aangeven; het belastbaar inkomen van zelfstandigen bleek ten tijde van de verplichte invoering van de Ziekenfondswet voor de armere zelfstandigen in 1999, 64% van hun bruto inkomen te bedragen

⁴⁷ Bruto inkomen: het bruto inkomen bestaat uit het primair inkomen verhoogd met de bruto ontvangen overdrachten. De bruto ontvangen overdrachten bestaan uit: - overdrachten rechtstreeks van de overheid, bijvoorbeeld bijstanduitkeringen en kinderbijslag; - overdrachten via de sociale verzekeringen, zoals de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Werkloosheidswet (WW) en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) - andere overdrachten, zoals pensioen en lijfrenten.

⁴⁸ Zogenaamd 52-weken inkomen volgens CBS

⁴⁹ Bron: Langman Economen, 17 maart 2004

worden gehanteerd een grote groep werknemers onder de uitzonderingscategorie van hoogbetaalde werknemers zou worden geschaard.

Een andere manier is te kijken op welke wijze CAO-partijen omgaan met hooggeplaatste en hoogbetaalde werknemers. Hiertoe heb ik een zeventigtal CAO's⁵⁰ onderzocht en gekeken naar hun werkingssfeer. Ik ben tot de keuze van deze zeventig CAO's gekomen door de CAO's te bekijken die op grote groepen werknemers betrekking hebben (zoals Metaalnijverheid, Metaalindustrie, Levensmiddelenhandel, Horeca, Grafisch Bedrijf, Welzijn, Ziekenhuiswezen), verder die CAO's die betrekking hebben op branches waar veel zzp-ers en freelancers werkzaam zijn (zoals de Kappers-CAO, de Bouw-CAO en het Beroepsgoederenvervoer) en tenslotte een aantal bedrijfstak- en bedrijfs-CAO's om een nog breder beeld te krijgen van de Nederlandse arbeidsmarkt (zoals diverse bank-CAO's, Woningcorporaties, Ambulance-vervoer).

Vrij algemeen blijken (statutair) directeuren van de werkingssfeer van CAO's uitgezonderd te worden. Een algemene conclusie met betrekking tot het uitzonderen van andere functiegroepen valt echter niet te trekken. Sommige CAO's hebben expliciet slechts betrekking op werknemers in bepaalde functieschalen en zonderen de daarboven ingedeelde werknemers van de werkingssfeer van de CAO uit. Andere CAO's zonderen op papier niemand uit, doch kennen – uiteraard – functieschalen die tot een bepaald maximum gaan. De grote meerderheid der CAO's blijkt functieschalen te hebben waarvan de hoogste een bereik heeft in de orde van grootte van EUR 5.000 tot 6.500 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag. Er zijn maar weinig CAO's die geen enkele functie kennen met een salaris boven EUR 5.000 bruto en waar dat dan het geval is (zoals bij de Bouw-CAO) worden boven op het basissalaris tal van toeslagen betaald.

Indien de grens tussen gewone en hoogbetaalde werknemers op driemaal het Wettelijk minimum loon zou worden gelegd⁵¹, betekent dat dat aan de hoogbetaalde werknemers een ten opzichte van gewone werknemers andere rechtspositie wordt toegekend, terwijl de CAO-partijen expliciet zijn overeengekomen een groot deel van deze groep werknemers onder de werking van de CAO en daarmee minimaal onder de reguliere bescherming van het arbeidsrecht te laten vallen. Een dergelijk voorstel van mijn kant zou een (te) grote verstoring van de rechtspositie van die grote groep werknemers betekenen.

Het ligt daarom voor de hand de grens voor de hoogbetaalde werknemers te laten samenvallen met diegenen die over de bank genomen niet meer, althans niet meer volledig, onder de werking van CAO's vallen. Daarbij moet naar het hele verloop van de hoogste schaal van de verschillende CAO's worden gekeken: indien bijvoorbeeld in een standaard-CAO de hoogste schaal bij één dienstjaar aanspraak geeft op een salaris van EUR 5.000 en bij vijftien dienstjaren op EUR 7.000 bruto, dan valt iemand met één dienstjaar en een salaris van EUR 6.000 buiten zo'n CAO, hoewel bij een salaris van EUR 6.000 bruto per maand in feite het maximum van de hoogste schaal niet is bereikt. Wanneer gekeken wordt naar de middelste trede van iedere hoogste loonschaal, dan ligt dat voor de diverse CAO's genomen op gemiddeld plusminus EUR 5.500 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag, dat wil zeggen ongeveer 4,5 maal het minimum loon. Het gemiddelde van de top van alle hoogste loonschalen ligt iets boven de EUR 6.000 bruto per maand exclusief vakantietoeslag, zijnde vijf maal het minimumloon.

Het lijkt daarom gerechtvaardigd als grens tussen de 'gewone' en de 'hoogbetaalde' werknemer te nemen vijf maal het minimumloon. Het voordeel van het koppelen van genoemde grens aan een veelvoud van het wettelijk minimumloon, in plaats van het noemen van een bedrag, is dat geen ingewikkelde discussies over indexering van de loongrens hoeven plaats te vinden.

Indien de grens op vijf maal het WML wordt gelegd, valt ongeveer 1,8% van de bevolking met een positief inkomen onder deze (uitzonderings)categorie. Dit komt goed overeen met het uitzonderingskarakter van de betreffende groep.

4.

Een bijzondere vorm van de hooggeplaatste werknemer is de statutair directeur. Ik behandel de statutair directeur apart, omdat deze, naast een arbeidsrechtelijke, ook een

⁵⁰ De volledige lijst van onderzochte CAO's is als bijlage achterin dit boek opgenomen

⁵¹ zoals Duk 1996, p. 33 suggereert

vennootschapsrechtelijke positie heeft. De titulair directeur heeft dat niet, en valt voor wat betreft dit onderzoek veelal onder categorie 3, de hoogbetaalde werknemer. De statutair directeur heeft grotere verantwoordelijkheden dan de gewone werknemer, omdat hij op basis van het vennootschapsrecht aansprakelijk kan worden gehouden voor schade als gevolg van gevoerd wanbeleid. De statutair directeur heeft onder het huidige recht een arbeidsovereenkomst, maar – wanneer het om de statutair directeur van een BV of NV gaat - een vergeleken met andere werknemers iets geringer vorm van ontslagbescherming: het BBA is niet van toepassing en herstel van het dienstverband kan niet bevolen worden. Binnen de groep statutair directeurs kan onderscheid worden gemaakt tussen de statutair directeur van een beursgenoteerde onderneming, de directeur groot aandeelhouder, overige directeurs van een BV of NV en alle andere statutair directeurs. De Commissie Tabaksblat maakt dat onderscheid op pregnante wijze. In de concept code werd aanvankelijk voorgesteld de directeurs van beursgenoteerde ondernemingen niet meer op basis van een arbeidsovereenkomst te laten werken. Nadat op dit voorstel veel kritiek werd geuit en ook de regering aangaf hier niet achter te staan werd dit voorstel in de definitieve code nog slechts in overweging gegeven. In de definitieve code wordt wel voorgesteld de ontslagvergoeding van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen aan bepaalde maxima te verbinden.

5.

De afhankelijke opdrachtnemer. Een opdrachtnemer is degene die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst of aanneming van werk, arbeid voor een ander verricht. De afhankelijke opdrachtnemer is een werker die er, in ieder geval ‘op papier’ voor kiest geen-werknemer te willen zijn, doch die in de praktijk feitelijk afhankelijk is van een enkele opdrachtgever; vaak is dat de ex-werkgever. Verheul noemt deze economisch afhankelijke zelfstandige ‘schijnzelfstandige’⁵². Het onderscheid tussen de afhankelijke en de onafhankelijke opdrachtnemer bestaat daarmee vooral uit het aantal opdrachtgevers van betrokkene, en het onderscheid uit zich veelal in het loonniveau. Gelet op de al eerder genoemde belangrijke doelstelling van het arbeidsrecht (het bieden van bescherming aan hen die in afhankelijkheid arbeid verrichten) is er – anders dan Verheul voorstelt⁵³ - alle aanleiding de groep afhankelijke opdrachtnemers onder gedeelten van de bescherming van het arbeidsrecht te brengen. Deze groep werkenden verricht immers arbeid in een situatie van materiële afhankelijkheid. Een vraag is vervolgens wanneer iemand als ‘afhankelijke’ opdrachtnemer moet worden beschouwd. Welke criteria dienen daarbij te worden gehanteerd? Wat betreft het aantal opdrachtgevers noemt Rood⁵⁴ het slechts hebben van één opdrachtgever. Ik vind dat te beperkt, omdat bij het hebben van een kleine opdracht naast de ‘hoofdopdracht’ betrokkene van die hoofdopdracht toch nog geheel afhankelijk kan zijn. Het BBA spreekt sinds 1945 over het hebben van maximaal drie opdrachtgevers; wanneer daarvan sprake is, kan het BBA van toepassing zijn. Over deze BBA-bepaling bestaat amper jurisprudentie. Dat zou er op kunnen duiden dat de bepaling helder is en in de praktijk goed werkt, maar dat betwijfel ik. Er bestaat immers sowieso amper jurisprudentie over het door opdrachtnemers vallen onder het BBA. Het hebben van drie opdrachtgevers betekent, indien de opdrachten van gelijke omvang zijn en er voltijds gewerkt wordt, dat er per opdracht ongeveer 13 uur per week wordt gewerkt. Hoewel de grens arbitrair blijft, valt te verdedigen dat, indien er voor maximaal drie opdrachtgevers wordt gewerkt, betrokkene van ieder van deze opdrachtgevers afhankelijk is. Een afhankelijke positie blijkt echter vooral uit hetgeen feitelijk wordt overeengekomen. Indien dat een hoge vergoeding voor voltijds werk is, bestaat weliswaar een wat betreft het aantal opdrachtgevers bestaande afhankelijkheid, maar dat vertaalt zich niet in een ‘slecht’ contract. Ik zal in deze studie daarom slechts spreken van een afhankelijke opdrachtnemer indien betrokkene zowel gedurende drie maanden niet meer dan drie

⁵² Verheul 1999, p. 21-43

⁵³ Haar (enige) argument om dat (nog) niet te doen is dat de groep schijn-zelfstandigen zeer divers is en in ieder geval een deel van hen die bescherming niet op prijs zou stellen. Ik vind dat argument niet overtuigend aangezien zij zelf aangeeft dat in de door het HSI geïnterviewde groep ZZP-ers zich géén – wat zij noemt – schijnzelfstandigen bevonden.

⁵⁴ Rood 2000, p. 129

opdrachtgevers heeft, en hij tevens bij deze opdrachtgever op uurbasis⁵⁵ niet meer verdient dan twee maal het Wettelijk Minimumloon. Indien de beloning van de opdrachtnemer niet op uurbasis plaatsvindt, zal deze beloning, net zoals thans voor de toepassing van de WMM het geval is, naar objectieve maatstaven op uurbasis moeten worden herleid. Overigens zal in veel van die situaties sprake zijn van een onafhankelijke opdrachtnemer. Wanneer een opdrachtnemer vier of meer opdrachtgevers heeft, is hij volgens mijn definitie een onafhankelijke opdrachtnemer. Wanneer hij maximaal drie opdrachtgevers heeft is hij in de relatie met een bepaalde opdrachtgever een afhankelijke opdrachtnemer, wanneer de beloning aldaar minder dan twee maal het minimumloon bedraagt. Het is daarmee in theorie mogelijk dat een bepaalde opdrachtnemer in de ene relatie beschouwd moet worden als afhankelijke opdrachtnemer en in een andere relatie als onafhankelijke opdrachtnemer. De reden van het stellen van de drie-maandsgrens is dat de thans in het BBA voorkomende term 'in de regel' (te) vaag is. De periode van drie maanden doet recht aan het criterium dat gedurende een behoorlijke periode⁵⁶ de betreffende opdrachtnemer van deze opdrachtgever afhankelijk is (geweest). De hoogte van de beloningsgrens (tweemaal minimumloon) is er op gebaseerd dat de afhankelijke opdrachtnemer een opdrachtovereenkomst heeft, en geen arbeidsovereenkomst. Derhalve mist hij doorbetaalde vakantiedagen (ter waarde van minimaal 1/13^e van het uurloon, zijnde minimaal 7,7%) alsmede vakantietoelage (ter waarde van 8%) als ook hoeven voor hem geen werkgeverspremies voor de sociale zekerheidswetgeving te worden afgedragen. Daarnaast moet de opdrachtgever in de regel opdraaien voor alle productiekosten. Ook blijft de algehele rechtspositie van de opdrachtnemer zwakker dan die van de werknemer; dit alles rechtvaardigt dat een opdrachtnemer zolang hij niet op uurbasis het dubbele van het wettelijk minimumloon verdient, als maatschappelijk zwak, en derhalve als afhankelijke opdrachtnemer, wordt aangemerkt.

6.

De onafhankelijke opdrachtnemer. Van een onafhankelijke opdrachtnemer is sprake bij een opdrachtnemer die niet voldoet aan de criteria van een afhankelijke opdrachtnemer. Het onderscheid tussen de afhankelijke en de onafhankelijke opdrachtnemer bestaat daarmee uit het aantal opdrachtgevers van betrokkene en het overeengekomen loonniveau. In de regel zal een dergelijke werker er 'vrij' voor kiezen om als zelfstandige te werken. Ook daar waar dat niet of slechts in bepaalde mate het geval is, is gelet op het loonniveau, zijn maatschappelijke positie blijkbaar zodanig, dat gelet op de doelstelling van het arbeidsrecht (bescherming aan hen die in afhankelijkheid arbeid verrichten) zijn keuze met betrekking tot de vorm waarin hij een arbeidsrelatie is aangegaan, kan worden gerespecteerd.

⁵⁵ zijnde het WML gedeeld door de in de bedrijfstak gebruikelijke arbeidsduur; Nederland kent geen vast minimum uurloon; zie hierover recentelijk de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 3 maart 2004 (ASEA\LIV\2004\9323).

⁵⁶ Om die reden werd dezelfde termijn ook gehanteerd bij de rechtsvermoedens van art. 7:610a en b BW

Deel 2 Arbeid in het burgerlijk wetboek

Hoofdstuk 2 De Arbeidsovereenkomst in de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de achtergrond en totstandkoming van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek in 1907, als ook wordt aangegeven welke wijzigingen in die wettelijke regeling nadien tot in de jaren negentig van de twintigste eeuw zijn doorgevoerd. De specifieke vragen die hierbij zullen worden onderzocht hebben er betrekking op wie door de wetgever in het civielrecht onder het bereik van de arbeidsovereenkomst wordt gebracht en waarmee de arbeidsovereenkomst zich wat dat betreft van de overige werkovereenkomsten onderscheidt.

De vraag welke werkenden onder de bescherming van het arbeidsrecht behoren te vallen, is er een die al lang gesteld wordt⁵⁷. De Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907 kende een forse uitbreiding van het arbeidersbegrip ten opzichte van de vóór de invoering van die Wet in 1909 geldende regelgeving. Aan de definitie van de arbeidsovereenkomst, en daarmee de omschrijving van ‘de werknemer’ in de Wet in 1907 ging dan ook uitvoerige discussie vooraf. Aan die definitie en dus het bereik van de arbeidsovereenkomst veranderde eigenlijk niets tot aan 1994, toen Boek 7 titel 10 BW in het kader van de invoering van het NBW werd vastgesteld. Hoewel bij deze invoering enkele inhoudelijke wijzigingen werden doorgevoerd⁵⁹, behoorde de omschrijving van de arbeidsovereenkomst als zodanig daar niet toe. Pleidooien voorafgaand aan de invoering om de definitie van de arbeidsovereenkomst aan te passen aan de sinds 1907 ingrijpend gewijzigde maatschappelijke situatie, hadden geen effect. Slechts de term ‘arbeider’ werd vervangen door ‘werknemer’, maar de kernelementen uit die omschrijving: arbeid, loon, tijdsduur en vooral gezagsverhouding (hetgeen gelezen werd in de woorden: in dienst) bleven, zonder dat hier in het Parlement veel aandacht aan besteed werd, gehandhaafd.

Iets eerder dan de vaststelling van Boek 7 titel 10, werd titel 7 van Boek 7, de Opdracht, geformuleerd. Omdat de opdrachtovereenkomst van de arbeidsovereenkomst moest worden afgebakend, kwam ook hierbij de vraag naar de definitie van de arbeidsovereenkomst naar voren, en ook hierbij leidde die vraag niet tot een aanpassing van die definitie.

Wat wel tot een wijziging van het bereik van de arbeidsovereenkomst leidde, was in 1999 de invoering van het rechtsvermoeden omtrent het bestaan van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610a BW). Wanneer gedurende een periode van drie maanden wekelijks dan wel minimaal 20 uur per maand arbeid wordt verricht, wordt dat vermoed op basis van een arbeidsovereenkomst te zijn geschied. Hoewel deze bepaling bedoeld was als een processueel steuntje in de rug voor de zwaksten op de arbeidsmarkt (namelijk om aan te tonen dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkten en daarmee de reguliere arbeidsrechtelijke bescherming hadden), wijzigde de definitie van de arbeidsovereenkomst hier niet mee. In hoeverre de rechtspositie van deze groepen met de invoering van het rechtsvermoeden daadwerkelijk is verbeterd zal verderop worden behandeld. Eerst zal ik ingaan op de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst en in het bijzonder aandacht schenken aan de vragen omtrent het bereik van die wet.

⁵⁷ Zie zowel Levenbach in 1926 (p. 70), Romme in 1934 (p. 110), F.J.H.M. van der Ven in 1938 (p. 166) Mok en Slotemaker in 1946 (p. 220) Esveld in zijn dissertatie in 1941 en zijn oratie in 1953, als ook De Vries in 1955 in: Levenbachbundel, die allen in hun oraties bij dit onderwerp hebben stilgestaan. Zij waren allen van mening dat kleine zelfstandigen niet op voorhand van de bescherming van het arbeidsrecht uitgesloten dienden te worden. Tot een zelfde conclusie komt Noordam op basis van de wetsgeschiedenis uit het begin der twintigste eeuw van de sociale zekerheidswetten, zoals beschreven in Sociaal en zeker, Veldkamp-bundel, p. 183.

⁵⁸ Dat bescheidenheid op zijn plaats is bij het bedenken van een nieuwe wettelijke regeling mag blijken uit de opmerking die voorafgaand aan de totstandkoming van de Wet in 1907 werd gemaakt: “Algehele bevrediging op het terrein, waarop de arbeidsovereenkomst zich beweegt, is niet te verwachten van welke wettelijke voorziening dan ook” (MvT 1905, Bles I, p. 7)

⁵⁹ zoals de wijziging van art. 7:658 BW; de invoering van titel 10 werd overigens overwegend als technische en dus niet inhoudelijke operatie aangemerkt.

2.2 De wet op de arbeidsovereenkomst 1907: geschiedenis

Over de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907, zelfs al over de definitie van de arbeidsovereenkomst en daarmee die van de arbeider, valt gemakkelijk een dik boek te schrijven, en gelukkig is dat al gebeurd. Naast de vooral spreekwoordelijk bekende Bles⁶⁰ valt daarbij te denken aan de dissertatie van Koopmans⁶¹ uit 1962. Ook recentelijk is onderzoek gedaan naar die wetsgeschiedenis uit 1907, door o.a. Wüst⁶² en door Jansen en Loonstra⁶³.

Vóór 1907 werd de positie van de arbeider slechts zeer summier geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Naast art. 1640, dat handelde over de aanneming van werk, was slechts in een drietal artikelen 1637, 1638 en 1639 BW onder het opschrift ‘Van huur van dienstboden en werklieden’ een materiële regeling te vinden⁶⁴. De regeling was zeer summier, doordat zij naast een beperking van de duur van de arbeidsovereenkomst, slechts een bewijsvoorschrift (“de meester wordt op zijn woord geloofd”) en een bepaling omtrent de beëindiging van de dienst bevatte⁶⁵. Het gebruikmaken van arbeid werd gezien als het huren van arbeidskracht. Dat juist in de eerste helft van de 19^e eeuw in Nederland, maar ook daarbuiten, dergelijke regelingen tot stand kwamen was gevolg van de beginnende industrialisering, waarmee de band tussen de arbeid en het zelf plukken van de vruchten daarvan, lossier werd, en er dus in veel grotere mate behoefte ontstond aan het – door industriëlen – gebruik gaan maken van de arbeidskracht van anderen⁶⁶.

De rechtspraak vóór 1907 was verdeeld over de vraag of onder de betreffende artikelen naast de dienst- en werkboden ook fabrieksarbeiders en kantoorbedienden moesten worden begrepen, terwijl juist het aantal fabrieksarbeiders een enorme vlucht had genomen⁶⁷. De Hoge Raad⁶⁸ toonde zich in 1859 voorstander van een restrictieve uitleg van genoemde bepalingen.

Overwogen werd door de Raad dat de artikelen 1637-1639 volgens hun exceptionele aard, volgens het spraakgebruik en volgens de bedoeling van de wetgever, alleen tot onderwerp konden hebben de huur der “bepaaldelijk zogenoemde dienstboden en werklieden of werkboden, met uitsluiting van alle andere bedienden die een meer verheven taak te vervullen hebben”. Op een kantoorbediende met een salaris van *f* 750 tot *f* 1.000 werden de artikelen daarom niet van toepassing geacht. Of sprake was van het verrichten van een “verheven” taak of niet, werd op zo willekeurige manier uitgelegd, dat al vóór het eind van de 19^e eeuw werd uitgesproken dat een “zo subjectieve toetssteen niet behouden” kan worden⁶⁹. Als maatstaf voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst wordt het element ‘ondergeschiktheid’, geplaatst tegenover zelfstandigheid, gebruikt, zij het op een naar huidige maatstaven nogal negatieve wijze: Advocaat-Generaal Gregory sprak in zijn conclusie bij het arrest van de HR uit 1859 van “zodanige personen, die in een ondergeschikte betrekking, tegen het genot van een bepaald loon, ten behoeve van hun meester diensten verrichten van nederige aard, waarvoor geen bijzondere geestbeschaving of ontwikkeling en bijzondere kundigheden vereist worden”⁷⁰.

⁶⁰ Bles I

⁶¹ Koopmans

⁶² Wüst 1993, pag. 179-193

⁶³ Jansen & Loonstra 1997

⁶⁴ J.J.M. van der Ven wijst er – onder verwijzing naar G.F. Ornstein, de arbeidsovereenkomst in het ontwerp BW van 1820 - op dat in het ontwerp BW van 1820 een moderner, uitvoeriger, regeling over de arbeid was voorgesteld. In de artikelen 2635 t/m 2668 werd de arbeider omschreven als degene die zich verbindt om zijn tijd, arbeid en zorg te besteden ten behoeve van de huurder: Van der Ven in Levenbach-bundel, p. 193

⁶⁵ Bles I, p. 259

⁶⁶ Zie voor de economische achtergrond van de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst (en in het vervolg daarvan van de CAO) T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht (diss.), Nijmegen 1985, pag. 80 e.v., als ook M.G. Levenbach, Arbeidsrecht als deel van het recht (in: Van Sociale Politiek naar Sociaal recht, pag. 55-72) en A.N. Molenaar, Bronnen van Arbeidsrecht (in: Van Sociale Politiek naar Sociaal recht, pag. 72-88).

⁶⁷ Koopmans, p. 9

⁶⁸ HR 16 december 1859 W. 2125l Koopmans, p. 10

⁶⁹ Opzomer VIII, p. 267

⁷⁰ HR 16 december 1859, W 2125

Niet alleen gaven de wettelijke bepalingen uit 1838 een onduidelijk criterium wanneer sprake was van “huur van diensten”; de bescherming die werkenden ondervonden was selectief⁷¹ en minimaal, zowel op het gebied van veiligheid als dat van bestaanszekerheid.

Meerdere auteurs hebben een rol gespeeld bij de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907. In 1891 werd aan Drucker opdracht gegeven een wettelijke regeling hiervoor te bedenken. In 1898 was het ontwerp klaar: het Ontwerp van wet tot regeling van de Arbeidsovereenkomst, in opdracht van den Minister van Justitie bewerkt door Mr H.L. Drucker, Lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. In 1901 werd een grotendeels hiermee overeenkomend Wetsontwerp onder verantwoordelijkheid van minister Cort van der Linden ingediend. In een volgend kabinet werd onder verantwoordelijkheid van minister Loeff een nieuw ontwerp opgesteld. In weer een volgend kabinet werd door minister Van Raalte het ontwerp verdedigd dat uiteindelijk het staatsblad haalde.

Voor een goed begrip van de betekenis van het begrip ‘arbeidsovereenkomst’ in de wet van 1907 is van belang te kijken naar de maatschappelijke situatie in de tijd dat die wet werd voorbereid. Zoals hierboven werd aangegeven werd de basis voor de wet gelegd in de jaren negentig van de 19^e eeuw. Hoewel begin 21^e eeuw misschien het denkbeeld heerst dat de belangrijkste reden voor invoering van de Wet 1907 het “opheffen der wantoestanden”, veroorzaakt door de industriële revolutie was, moet men in de diverse Memoriën van Toelichting goed zoeken om dat motief te onderkennen. In de MvT van Drucker, als ook die uit 1901 en 1905, worden de volgende argumenten genoemd om tot een afzonderlijke, uitgebreide wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te komen: 1. de arbeidsovereenkomst is de meest gebruikte overeenkomst (daarom moest de regeling ook een plaats krijgen in het BW); 2. wegneming van rechtsonzekerheid en 3. de ongunstige positie waarin de arbeider verkeert ten opzichte van de werkgever. Een bijkomend argument daarbij is dat de arbeider ‘ongebruikte’ arbeid later niet meer kan ‘verkopen’. De noodzaak voor het treffen van zo’n regeling wordt dan het sterkst gevoeld voor diegenen, “voor wie het loon wegens de aard van hun arbeid en de graad hunner ontwikkeling karig is, voor wie ten gevolge van hun zwakke financiële toestand toetreding tot het aangeboden arbeidscontract een gebiedende noodzakelijkheid is”⁷². Over de politieke wenselijkheid aan de onder andere door de Staatscommissies in het eind van de 19^e eeuw gesignaleerde wantoestanden iets te doen door middel van een wettelijke regeling, werd verschillend gedacht. Niet alleen waren er – ter rechter zijde - degenen die vonden dat het overdreven was te stellen dat de positie van arbeiders vergeleken bij die der werkgevers ongunstig was⁷³; vanuit de geheel linkerzijde van het politiek spectrum kwam – de vanuit de klassenstrijd ingegeven – kritiek dat de “machtsverhoudingen door een wet als deze niet noemenswaard veranderd worden” en zelfs “waar ... de arbeiders, ten gevolge van aaneensluiting in vakverenigingen, economisch sterk zijn tegenover de werkgever, zullen voorschriften van dwingend recht hun actie vaak belemmeren”⁷⁴. Toch kan het opheffen van maatschappelijke wantoestanden wel als belangrijkste drijfveer van de wettelijke regeling genoemd worden, gelet op de navolgende overwegingen in de MvT 1905: “Terwijl zulks regeling ... er mede toe zal kunnen bijdragen, om aan de economische strijd onzer dagen, voor een deel althans, zijn bittere scherpte te ontnemen” en: “in arbeiderskringen in de allereerste plaats wordt een regeling van het arbeidscontract en urgent en van grote sociale betekenis geacht. (...) als ook: “...onbetwist is in elk geval, dat het juist de grote massa der arbeiders is, die op de sterke arm des wetgevers haar hoop heeft gevestigd om in die machtsverhoudingen, ten gunste van de arbeid, wijziging te brengen.”⁷⁵

⁷¹ Bles I, p. 132

⁷² Bles I, p. 2-7

⁷³ Bles, I, p. 10

⁷⁴ Bles I, p. 9

⁷⁵ Bles I, p. 8; 11/12

2.3 Drie soorten overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van arbeid

De Wet van 1907 kent zoals bekend een drietal overeenkomsten van arbeid waarbij de ene partij voor de andere tegen beloning arbeid kan verrichten: de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. De eerste twee groepen zijn gedefinieerd, de derde is daarmee restcategorie.

Van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten werden geen grote juridische problemen verwacht. Hoewel erkend wordt dat zich ten aanzien hiervan afbakeningsvragen zouden kunnen voordoen, wordt een nadere definiëring niet nodig gevonden: “Doch al mocht er enige moeilijkheid rijzen, hier gelden niet die klemmende redenen voor wettelijke behandeling, welke ten aanzien der arbeidsovereenkomst hierboven werden ontwikkeld; hier staan geen grote maatschappelijke belangen op het spel⁷⁶. Tegelijkertijd wordt bij het geven van voorbeelden wat geen arbeidsovereenkomst is, zonder de naam expliciet te noemen, verwezen naar de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Als voorbeeld van een arbeidsovereenkomst wordt genoemd: de bezoldigde secretaris ener vereniging; de rechtskundige; de wiskundige adviseur, die door een levensverzekeraar tegen vast salaris is aangesteld om hem in alle voorkomende gevallen ten dienste te staan; de redacteur van een dagblad; de ingenieur van een waterschap. Hiertegenover worden geplaatst de overeenkomst tussen de geneesheer en de zieke die hem raadpleegt; de overeenkomst tussen de advocaat en de cliënt⁷⁷. Beide laatsten werken op basis van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

Ten opzichte van de algemene “overeenkomst van arbeid” is het kenmerkende van de arbeidsovereenkomst dat de arbeid “in dienst” van de andere partij wordt verricht en ook dat dit gedurende een zekere tijd⁷⁸ - in tegenstelling tot: in een enkele handeling - gebeurt. Kenmerkend voor de aanneming van werk is dat tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand wordt gebracht.

De in Nederland gemaakt driedeling wijkt daarmee af van de daarvóór⁷⁹ tot stand gekomen wetgeving in België, Frankrijk en Duitsland. In België en Frankrijk kende men enerzijds de louage de services of contrat de travail, de arbeidsovereenkomst, en anderzijds de louage d’industrie of contrat d’entreprise, de overeenkomst van de zelfstandige. In België ging vervolgens wel een verschillend regime gelden al naar gelang het om arbeiders ging, om bedienden ‘laag’ en bedienden ‘hoog’ met de daarbij behorende afbakeningsproblemen. In Duitsland kende de wettelijke regeling enerzijds de aanneming van werk (Dienstvertrag), anderzijds de Leistung von Diensten, waaronder dan zowel de Nederlandse arbeids- als opdrachtovereenkomst valt. De regering is zich van deze afwijkingen bewust aangezien veelvuldig naar al die verschillende, ook recent daarvoor tot stand gekomen, nationale stelsels⁸⁰ wordt verwezen.

2.4 Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907: het bereik

Een van de belangrijkste doelstellingen van Drucker was het tot stand brengen van een algemene regeling. Vooral de problemen die zich in Engeland, Zwitserland en Duitsland voordeden bij de afbakening van begrippen als ‘manual labour’ (Engeland), ‘gewone arbeid’ of ‘arbeid van hoger gehalte’ (Zwitserland), handelsbedienden, diensten van hogere soort, duurzame dienstbetrekkingen, tijdsbestek (Duitsland) brachten hem hiertoe⁸¹. Dit vormt de achtergrond van de Wet 1907 waarbij de arbeidsovereenkomst zo’n breed bereik heeft gekregen. Immers, zowel de Rotterdamse bootwerker, als ook de directeur van de Nederlandse Bank werd geacht hier onder te vallen⁸². Dat tegenstanders hiervan zich niet onmiddellijk gewonnen gaven bleek uit

⁷⁶ Bles I, p. 311

⁷⁷ Bles I, p. 318

⁷⁸ Bles I, p. 326

⁷⁹ Voor Frankrijk o.a. in 1890; voor Duitsland in o.a. 1897; België in 1900

⁸⁰ Franse, Italiaanse, Belgische, diverse Duitse, Oostenrijkse en Zwitserse regelingen; Bles I, p. 256

⁸¹ Wüst geeft in haar interessante artikel in SMA aan hoe Drucker zijn aanvankelijke opvatting uit 1887, onder andere op grond van jurisprudentieonderzoek in de jaren negentig der negentiende eeuw, wijzigde: Wüst 1993, p. 183 t/m 185

⁸² Bles I, p. 141 ; Koopmans, p. 78

discussie in de Eerste Kamer, waar werd voorgesteld voor drie groepen werkers drie afzonderlijke regelingen tot stand te brengen⁸³.

Uitgesloten groepen.

Niet alle werkenden vielen onder de Wet van 1907. Voor Drucker behoort de arbeidsovereenkomst van toepassing te zijn op degene die niet als zelfstandige optreedt in het economisch leven; de arbeidsovereenkomst staat hiermee tegenover de overeenkomst waarbij iemand op zich neemt, tegen betaling, ten behoeve van een ander een handeling of enige handelingen te verrichten, de zogenaamde zelfstandige⁸⁴. Bij de buiten het bereik van de Wet 1907 gehouden kleine zelfstandigen in de eerste helft van de 20^e eeuw valt te denken aan winkeliers, venters, ambulante verkopers: een breed scala aan werkenden dat een groot deel van de beroepsbevolking besloeg. In de nog in forse mate agrarische maatschappij van 1907 viel onder het bereik ook niet de grote groep (zelfstandige) boeren⁸⁵. Het was al een hele stap dat de landarbeiders onder de werking van de Wet 1907 werden gebracht, getuige het nog lange tijd aangehouden verzet hiertegen⁸⁶.

Ook binnen de groep niet-zelfstandigen werd een aantal groepen van de arbeidsovereenkomst uitgesloten. Van de werking van de artikelen 1637 tot en met 1639 BW werden expliciet uitgezonderd personen in dienst van een publiekrechtelijk lichaam. Voor hen golden aparte regelingen, die als adequaat werden beschouwd. Voor de zeevaart gold ook een aparte regeling. Aanvankelijk was van de Wet ook uitgezonderd de overeenkomst tussen enerzijds reder, en anderzijds kapitein en schepelingen; die beperking is in 1937 teruggebracht tot zeevaart en zeevisserij en dan slechts voor zover het Wetboek van Koophandel voor deze groep een aparte regeling gaf.

De positie van de handelsreiziger was aanvankelijk niet geregeld maar werd in 1916 in het Wetboek van Koophandel opgenomen.

Een laatste groep, die na 1907 niet onder het BW viel, was het spoorwegpersoneel. Op hen was, blijkens een uitspraak van de Hoge Raad uit 1927, van toepassing het Reglementen Dienstvoorwaarden, nadat het spoorwegpersoneel in 1907 op grond van gemaakte Overgangsbepalingen van de Wet 1907 was uitgesloten.

De hierboven genoemde groepen die van de Wet 1907 werden uitgesloten vallen in twee gedeelten uiteen: zij voor wie een (ten opzichte van de Wet 1907 vergelijkbare) beschermende regeling gold (overheidspersoneel, spoorwegpersoneel, later: handelsreiziger en zeevaart), en zij voor wie dat niet het geval was (vooral: de zelfstandigen).

Wat zijn nu de belangrijkste op dat moment genoemde argumenten om de 'zelfstandigen' van de bescherming van de Wet 1907 uit te sluiten? De wet was er immers op gericht maatschappelijke misstanden tegen te gaan? Deed zich dan geen armoede of honger voor bij een keuterboer die een ongeval overkwam, of bij een winkelier, die feitelijk gedwongen was werkweken van meer dan 80 uur te maken? Die argumenten komen in de wetsgeschiedenis slechts zijdelings aan de orde. Drucker onderzoekt het toepassingsgebied van de oude artikelen 1583 en 1585, huur van diensten, en concludeert dat de problemen zich vooral voordoen bij degenen die zich voor zekere tijd ter beschikking stellen van een ander om onder diens toezicht of leiding te gaan werken. Voor hen creëert Drucker de arbeidsovereenkomst. De andere categorie, waarbij iemand op zich

⁸³ Wüst, p. 187

⁸⁴ Wüst, p. 184

⁸⁵ Over de achtergrond om boeren buiten het bereik van de arbeidsovereenkomst te houden, merkte F.J.H.M. van der Ven op dat landarbeid oorspronkelijk niet zo zeer als 'arbeid' werd beschouwd, maar als het deelhebben aan de altijd vruchtbare natuur; Levenbach-bundel p. 399

⁸⁶ Koopmans, p. 85. Voor landarbeiders werd overigens ook een andere voorziening getroffen, in de zin van de in 1911 ingediende en in 1918 aangenomen Landarbeiderswet (Stbl. 20 april 1918), waarbij aan landarbeiders de mogelijkheid werd gegeven een klein stukje grond te kopen of te pachten, door middel van door het Rijk te verschaffen hypotheekverstrekking, en welke grond daartoe in uiterste gevallen kon worden onteigend. Meer hierover: De Jonge 1926. Over de desondanks gebleven misstanden: Kees Slager, Landarbeiders, Uitgeverij Link, 1980; Kees Slager, Zeven Zeeuwse vrouwen, De Koperen Tuin, Goes, 1995, p. 7-30.

neemt tegen betaling ten behoeve van een ander een handeling of enige handelingen te verrichten, zorgt volgens Drucker voor weinig praktische problemen met betrekking tot de vraag waar men deze overeenkomst moet indelen⁸⁷. Drucker is van mening dat voor deze groep zelfstandigen ook geen nieuwe regeling tot stand behoeft te komen, omdat zij niet een economisch afhankelijke positie innamen⁸⁸. Nog afgezien er van dat deze laatste opvatting voor betwisting vatbaar is: Drucker acht dus het criterium economische afhankelijkheid relevant. Het lijkt er op alsof het reeds zoveel moeite kostte alle werknemers onder het bereik van de arbeidsovereenkomst te krijgen, dat het in het civiele recht beschermen van zelfstandigen nog een brug te ver was. Ook in 1926 gaat Levenbach er nog zonder nadere verklaring van uit dat 'het arbeidsrecht niet op alle arbeid betrekking heeft. De rechtsregeling betreffende de werkzaamheden van de zelfstandig handwerker, van de boer, van de ondernemer vallen er niet onder... De arbeid welke het onderwerp van het arbeidsrecht uitmaakt is die waarbij de arbeidskracht rechtstreeks voor een ander wordt aangewend, waarbij de arbeidsverrichting niet direct voor de persoon zelf geschiedt'⁸⁹. In de reeks arbeidsrechtelijke oraties is Romme de eerste die nadrukkelijk de vraag stelt – maar overigens niet duidelijk beantwoordt - waarom het (civiele) arbeidsrecht zich beperkt tot de loonarbeider, en niet betrekking heeft op de pachtboer of de kleine handeldrijvende middenstander⁹⁰.

In de Wet 1907 wordt geen onderscheid gemaakt tussen werknemers die werkzaam zijn in een onderneming of bij een particuliere werkgever. Ook wordt geen verschil gemaakt tussen kleine of grote bedrijven en eveneens niet al naar gelang de precieze economische positie van de arbeider of de aard van de verrichte arbeid. Koopmans verwoordt de gedachte hierachter, namelijk dat de meerderheid van de bevolking voor haar levensonderhoud is aangewezen op de uit het verrichten van inkomsten voortvloeiende arbeid. In beginsel gold dus voor alle werknemers dezelfde civiele regeling. Wel werd binnen het raam van de arbeidsovereenkomst enig onderscheid gemaakt al naar gelang de hoogte van het salaris van betrokkenen. Voor de arbeider die meer dan f 4,- per dag verdiende – het dagloon van de Ongevallenwet – was contractuele afwijking van een aantal dwingend rechtelijke bepalingen mogelijk. Op zich zelf werd tussen de verschillende soorten werknemers geen onderscheid gemaakt. Het voorstel van een groep Eerste Kamerleden om voor de werknemers drie afzonderlijke regelingen te treffen - één voor arbeiders in fabriek en handwerknijverheid, waaronder ook de inwonende; de tweede voor dienstboden en de derde voor alle overige in loondienst zijnde personen waarvan dan uitgezonderd moeten worden directeuren van vennootschappen, omdat die laatsten feitelijk als werkgevers fungeerden⁹¹ - werd niet overgenomen.

2.5 In dienst/gezagsverhouding

In de definitie van de arbeidsovereenkomst in de uiteindelijke wet van 1907 wordt gesproken over het in dienst van de andere partij arbeid moeten verrichten. Het ontwerp Drucker luidde anders. Drucker schreef: "Een arbeidscontract is, ..., alleen daar, maar ook altijd daar aanwezig, waar iemand tegen loon zijn arbeidskracht voor zekere tijd ter beschikking stelt van een ander..." Hij gebruikte in de definitie dus slechts het 'ter beschikking stellen' van arbeidskracht, waarbij hij het "overbodig" achtte om in de omschrijving op te nemen dat de arbeider "zal arbeiden onder toezicht, leiding, gezag van de werkgever of voor rekening van de werkgever"⁹². Juist op dit punt wijkt de Memorie van Toelichting 1901 en 1905 af van de voor het overige bijna letterlijke Memorie van Toelichting Drucker. Een bezwaar tegen de omschrijving van Drucker werd gevonden dat zijn definitie "de arbeidsovereenkomst tegenover de aanneming van werk niet

⁸⁷ Wüst, p. 183

⁸⁸ Wüst, p. 184

⁸⁹ Levenbach 1926 in Levenbach-bundel,

⁹⁰ Romme 1934, in Levenbach-bundel, p. 109

⁹¹ Bles, I, p. 152

⁹² Bles I, p. 315

scherp begrenst”⁹³. Daarom wordt in het Ontwerp 1905 de term (in) ‘dienst’ gebruikt, om het “aan de arbeidsovereenkomst karakteristieke element van gezag en leiding tot uitdrukking te brengen. Koopmans acht daarmee specifiek voor de arbeidsovereenkomst dat deze voor de werknemer een binding met zich meebrengt die de persoon treft, en niet slechts het vermogen raakt”⁹⁴. Dat in de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907 sprake is van een door de gezagsrelatie gekenmerkt contract, wordt ook aanvaard door Bles⁹⁵.

Wüst en Loonstra menen op basis van de wetsgeschiedenis van 1907 dat het gezagslement niet als doorslaggevend kenmerk voor de arbeidsovereenkomst moest worden beschouwd. Loonstra beroept zich daarbij op een passage in de MvT: “Het mag overbodig geacht worden, in de omschrijving op te nemen, dat de dienstverhuurder zal arbeiden onder toezicht, leiding, gezag van de werkgever *of voor rekening van de werkgever*”. Hij concludeert hieruit dat de MvT het standpunt van Drucker, dat slechts sprake hoefde te zijn van het ‘ter beschikking stellen’ door de arbeider van zijn werkkraft, en dat een gezagsrelatie daarbij niet per se nodig was, niet volledig verwierp. Loonstra concludeert daarmee dat uit de wetsgeschiedenis 1907 blijkt dat met de woorden ‘in dienst van’ niet uitsluitend bedoeld wordt op het aspect van het geven van leiding en dus het verstrekken van aanwijzingen door de werkgever⁹⁶.

Aangezien de MvT 1905/1907 nadrukkelijk is teruggekomen op het voorstel van Drucker het dienst/gezag-element niet op te nemen, en dit in verband met het onderscheid tussen aanneming van werk en arbeidsovereenkomst wél te doen, acht ik dit betoog van Loonstra niet overtuigend⁹⁷.

Belangrijker lijkt mij echter de MvT 1901, over de achtergrond van het stellen van dat gezagsvereiste. Het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de aanneming van werk is volgens de MvT dat bij de eerste de arbeid zelf, en bij de tweede het product van de arbeid voorwerp van de overeenkomst is. Een gevolg hiervan is, economisch, dat het risico van de arbeid (bij de arbeidsovereenkomst) geheel of gedeeltelijk steeds aan de zijde van hem is die beloning betaalt (de werkgever), terwijl bij de aanneming van werk alleen de aannemer het risico zal hebben te dragen. Dit economisch verschil heeft ten gevolge dat bij de arbeidsovereenkomst de werkgever gezag, leiding en toezicht moet houden gedurende de arbeid. Juridisch is dit element derhalve in de omschrijving onmisbaar, vandaar dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid in dienst van de werkgever moet zijn verricht⁹⁸.

In deze benadering wordt de gezagsrelatie niet vooropgesteld, maar is zij noodzakelijk, omdat de werkgever bij de arbeidsovereenkomst het risico loopt van een ondeugdelijk door de werknemer afgeleverd product, terwijl de aannemer van werk zelf het risico draagt voor dat product, en de afnemer/aanbesteder dus geen gezagsrelatie nodig heeft.

In de latere literatuur, jurisprudentie en wetgeving is deze achtergrond van het stellen van het gezagsvereiste nogal veronachtzaamd.

2.6 Conclusie

De Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 kent een drietal overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van werk: aanneming van werk waar het gaat om het tot stand brengen van een stoffelijk werk, de arbeidsovereenkomst wanneer in dienst van een ander wordt gewerkt en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten wanneer het om een zelfstandige gaat. Daar waar in dienst wordt gewerkt geldt de arbeidsovereenkomst – behoudens enkele uitzonderingen - voor alle werknemers, ongeacht rang of stand. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat bij de arbeidsovereenkomst de arbeid het voorwerp van de overeenkomst is, en bij de aanneming van werk het product. Bij de arbeidsovereenkomst ligt het economische risico bij de werkgever. Die economische omstandigheid brengt met zich mee dat de werkgever gezag, leiding en toezicht

⁹³ Bles I, p. 318

⁹⁴ a.w. p. 28

⁹⁵ Bles, I, p. 314, 320 en 326

⁹⁶ Loonstra 1990, p. 33/46, m.n. p. 41

⁹⁷ Ik zie het ook niet meer gehandhaafd in zijn tezamen met Jansen geschreven Jansen & Loonstra 1997

⁹⁸ Bles I, p. 312

moet kunnen uitoefenen. Het element 'in dienst' is daarom wezenlijk voor de arbeidsovereenkomst vanwege het door de werkgever te dragen economische risico. Bij de aanneming van werk draagt de aannemer het economisch risico; de mogelijkheid voor de aanbesteder om gezag uit te oefenen is dan niet nodig.

Uitgesplitst naar de in mijn vraagstelling genoemde zes categorieën werkenden kan op basis van de wetsgeschiedenis 1907 het volgende worden geconcludeerd:

- a. De positie van de flexwerkers (in de terminologie van die tijd wellicht: losse arbeidskrachten) is niet apart geregeld. In veel gevallen zal er van worden uitgegaan dat zij voor de duur dat zij in dienst van een ander werkten, een arbeidsovereenkomst hadden⁹⁹. Dit was anders voor de thuiswerkers, van wie Koopmans aangeeft dat zij een 'weinig bevredigende rechtspositie' innamen¹⁰⁰.
- b. De gewone werknemer valt onder de bescherming van het BW. Een aantal groepen werknemers is uitgezonderd, maar dat is niet zo zeer ingegeven door de gedachte dat zij geen bescherming behoeven, doch door die dat zij die bescherming al op andere manier genieten (overheids- en spoorwegpersoneel).
- c. De hoger betaalde werknemers vallen onder de bescherming van het BW, zij het dat een aantal dwingend rechtelijke bepalingen voor hen niet geldt.
- d. Dat de statutair directeur van een vennootschap met deze vennootschap ook een arbeidsovereenkomst heeft, wordt eveneens aangenomen¹⁰¹.
- e. De 'arme of afhankelijke' zelfstandige mist de bescherming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst. De vraag of zij die civielrechtelijke bescherming toch niet op enigerlei wijze zouden moeten krijgen, wordt door de wetgever niet gesteld.
- f. De 'gegoede' zelfstandige, zoals de vanouds bestaande beroepsuitoefenaren als artsen, advocaten en notarissen, krijgt van de wetgever in 1907 geen afzonderlijke arbeidsrechtelijke bescherming.

⁹⁹ Wüst wijst nog op categorieën 'flexwerkers-avant-la-lettre' van wie werd gevonden dat een arbeidsovereenkomst van toepassing moest zijn, zoals veenarbeiders die tegen stukloon arbeid verrichten, en kelners en portiers, die geen loon ontvingen, maar wel fooien: Wüst 1993 p. 189 met verwijzing naar Bles I, p. 326-328.

¹⁰⁰ Koopmans, a.w., p. VII

¹⁰¹ Koopmans, pag. 211, met verwijzing naar Bles I, p. 206, 214

Hoofdstuk 3 De wetsgeschiedenis van boek 7 titel 10

3.1 Inleiding

De definitie en daarmee het bereik van de arbeidsovereenkomst blijft gedurende het grootste deel van de 20^e eeuw ongewijzigd. De werknemers krijgen in de loop van de twintigste eeuw wel steeds meer rechten (1927 Wet CAO; 1944/45 BBA; 1954 kennelijk onredelijk ontslag; jaren zeventig: diverse opzegverboden) zodat het verschil tussen hun rechtspositie en die van de overige werkenden, die die extra rechten amper krijgen, steeds groter wordt. De discussie over het specifiek karakter van de arbeidsovereenkomst laait op in de jaren zeventig, maar leidt bij de vaststelling van titel 10 van Boek 7 (de arbeidsovereenkomst) van het Nieuw Burgerlijk Wetboek nog niet tot wijzigingen. De definitie van de arbeidsovereenkomst blijft in grote lijnen ongewijzigd, ook met de invoering in 1999 van het rechtsvermoeden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Met dat rechtsvermoeden wordt de werknemer wel geholpen om aan te tonen dat hij op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht op basis van welke argumenten de voorstellen tot wijziging van de definitie van de arbeidsovereenkomst door de wetgever zijn beoordeeld. Ook zal worden onderzocht of de invoering van genoemd rechtsvermoeden invloed heeft gehad op de rechtspositie van werknemers met een zwakke maatschappelijke positie.

3.2 Totstandkoming boek 7 titel 10

Het wetsvoorstel van Boek 7 titel 10 zoals in 1993 ingediend is gebaseerd op het door prof. M.G. Levenbach opgestelde en onder de eindredactie van prof. F.J. De Jong in 1972 gepubliceerde voorontwerp. Het wetsvoorstel 1993 bedoelde slechts een technische herziening te geven voor de regeling van de arbeidsovereenkomst. Politiek gevoelige onderwerpen werden buiten het voorstel gehouden, om te voorkomen dat politieke meningsverschillen de behandeling van het wetsvoorstel zouden ophouden of tegenhouden¹⁰². Wel werden verbeteringen die niet of nauwelijks omstreden waren, ingevoerd¹⁰³.

Levenbach had een geringe wijziging van de definitie van de arbeidsovereenkomst voorgesteld, namelijk door de woorden ‘gedurende zekere tijd’ te schrappen¹⁰⁴. Die wijziging wordt in het wetsvoorstel 1993 niet overgenomen.

In de Memorie van Toelichting van wetsvoorstel 23438 wordt hierover het volgende opgemerkt¹⁰⁵. Ik geef dit uitvoerige citaat, omdat de wetgever zich hier vrij recentelijk en uitvoerig uitspreekt over het wezen van de arbeidsovereenkomst.

De definitie van de arbeidsovereenkomst in lid 1 van dit artikel is dezelfde als die in artikel 1637a van het huidige wetboek. De wijziging in het voorontwerp, waarin in artikel 7.10.1.1 de woorden “gedurende zekere tijd” geschrapt waren, is niet overgenomen.

Al in de memorie van toelichting bij artikel 7.10.1.1 van het voorontwerp is, naar aanleiding van een artikel van H. Versloot¹⁰⁶ de vraag besproken of de karakterisering van de arbeidsovereenkomst aan de hand van het element “in dienst van” een ander arbeid verrichten niet vervangen zou moeten worden door een karakterisering van de arbeidsovereenkomst als het “arbeid verrichten in een bedrijf of huishouding van een ander”. Het doel dat met een dergelijke wijziging beoogd werd, was, aldus de toelichting, vooral om aan degene die arbeid verricht voor een ander en wiens juridische ondergeschiktheid onzeker is of moeilijk te bewijzen valt, doch die kennelijk maatschappelijk afhankelijk is van die ander, de bescherming van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst deelachtig te doen worden. In het voorontwerp is het element “in dienst van” behouden. Als argumentatie werd onder meer gegeven dat dit element, waaruit het begrippenpaar “ondergeschiktheid” van de werknemer en “gezagsbevoegdheid”

¹⁰² MvT TK, 23 438, nr. 3, p. 1

¹⁰³ MvA, TK, 23 438, nr. 5, p.2

¹⁰⁴ Zijn voorstel is daarmee tegengesteld aan dat van Van der Ven en Asser-De Leede, die aan het tijd-element een doorslaggevende betekenis wilden toekennen

¹⁰⁵ 23 438, MvT TK, nr. 3, p. 13/14

¹⁰⁶ Versloot 1952, p. 162 e.v.

van de werkgever wordt afgelezen, een bruikbaar criterium gevormd heeft om de arbeidsovereenkomst van andere overeenkomsten – aanneming van werk en overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten – te onderscheiden. Wel was het in grensgevallen niet zonder onzekerheden. Maar die grensgevallen waren, aldus nog steeds de toelichting, onvermijdelijk in een situatie waarin een rechtsbegrip een grote hoeveelheid van maatschappelijk variërende verhoudingen omvatte. In de toelichting werd er tenslotte op gewezen dat in andere landen soortgelijke begrippen gehanteerd worden ter karakterisering van de arbeidsovereenkomst.

Veel van het bovenstaande is nog steeds actueel. In de na de publicatie van het voorontwerp verschenen literatuur is door sommige schrijvers¹⁰⁷ betoogd dat de “gezagsverhouding” bij de arbeidsovereenkomst niet centraal gesteld behoort te worden, omdat het gezagsselement, ook door de medezeggenschap van werknemers, steeds betrokkelijker is geworden. Deze schrijvers zien de essentie van de arbeidsovereenkomst hierin dat de werknemer zich voor zekere tijd ter beschikking van de werkgever stelt. In hun visie verschuift het zwaartepunt van het gezagsselement naar het duurelement.

In het ontwerp is, zoals boven al bleek, de definitie van de arbeidsovereenkomst niet gewijzigd. Bij de beslissing om het element “in dienst van” een ander arbeid te verrichten te handhaven hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld.

De hierboven – kort – weergegeven opvatting in de literatuur is niet de heersende leer¹⁰⁸. Die opvatting raakt trouwens de wettelijke definitie in zoverre niet dat de wet niet het woord “gezag” gebruikt, maar de woorden “in dienst van”. De begrippen “gezagsverhouding” en “ondergeschiktheid” zijn uit de wettelijke definitie afgeleid. Bovendien speelt de medezeggenschap niet in de individuele relatie van werkgever en werknemer, waarop de arbeidsovereenkomst betrekking heeft, maar op een ander, collectief, niveau¹⁰⁹. Een reden om de definitie van de arbeidsovereenkomst te wijzigen leveren de ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap daarom niet op. Een reden tot wijziging van de definitie zou ook kunnen zijn dat deze te eng is gebleken. De jurisprudentie laat echter zien dat de bestaande omschrijving in artikel 1637a geen obstakel vormt om zeer uiteenlopende verhoudingen als arbeidsovereenkomst aan te merken¹¹⁰. Ook uit dit oogpunt gezien is er geen grond voor een herformulering van het artikel.

3.3 Handhaving definitie

De wetgever handhaaft hiermee in 1993 de definitie van de arbeidsovereenkomst, zoals deze sinds 1907 geldt. De redenen om de in de literatuur voorgestelde wijzigingen niet over te nemen zijn de volgende:

- Voorstel om ‘in dienst van’ te vervangen door: ‘in het bedrijf of de huishouding van’. De achtergrond van dit wijzigingsvoorstel was om in de plaats van het gezagscriterium, de plaats aan te geven waar de arbeid wordt verricht. De reden om dit voorstel niet over te nemen is volgens de wetgever dat de oude definitie ‘bruikbaar’ is gebleken. Het hangt er echter van af wat onder ‘bruikbaar’ wordt verstaan. Zoals hierna zal worden geconstateerd, is de Hoge Raad-jurisprudentie over het begrip gezagsverhouding niet consistent. In zoverre was de bestaande definitie dus niet bruikbaar; hooguit klonk het protest om er iets aan te doen niet al te luid. Een ander argument om het voorstel niet over te nemen is, dat er volgens de wetgever – ook met een nieuwe definitie - altijd grensgevallen zullen blijven bestaan. Dat argument is juist wanneer de nieuwe definitie

¹⁰⁷ Van der Ven 1972; I.A.C. van Haaren, De betekenis van de arbeidsovereenkomst in deze tijd, Sociaal Maandblad Arbeid 1972, p.785 e.v.;Werkgroep Vereniging voor Arbeidsrecht, Opdracht, arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst. Beschouwingen bij boek 7, titels 7.10 en 11 van het ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek, z.j. (1976) p. 32-37; een deel van de werkgroep bepleit op p. 33, 34 deze visie; Asser-Coehorst-de Leede-Thunnissen, Bijzondere overeenkomsten 111, Zwolle 1988, p. 12

¹⁰⁸ Asser-Coehorst-de Leede-Thunnissen, a.w., p.10. Naast de daar aangehaalde literatuur kan verwezen worden naar Werkgroep Vereniging voor Arbeidsrecht, a.w., p. 34, 35 (een ander deel van de werkgroep) en F.F.M. Stolwijk, De definitie van de arbeidsovereenkomst, Alphen aan den Rijn, 1977.

¹⁰⁹ Vgl. Stolwijk, a.w., p. 8; P.A. Stein, noot onder H.R. 17 november 1978, N.J. 1979, 140.

¹¹⁰ Zie, behalve veel lagere rechtspraak, bijv. H.R. 17 november 1978, N.J. 1979, 140 m.o. P.A.S. (thuiswerker); H.R. 25 januari 1980, N.J. 264 m.o. P.A.S. (los dienstverband); H.R. 23 mei 1980, N.J. 633 m.o. P.A.S. (uitzendkracht); H.R. 2 april 1982, N.J. 321 (filiaalhouder); H.R. 5 november 1982, N.J. 1983, 231, (thuiswerker); K.R. 17 april 1984, N.J. 1985, 19 (animeermeisjes en stripteasedanseressen); H.R. 18 november 1988, H.J. 1989, 344 m.n., P.A.S. (uitzendkracht).

een open criterium kent; bij een gesloten criterium hoeven er maar weinig grensgevallen te zijn.

- Voorstel om het ‘tijdselement’ doorslaggevend te maken. Argumenten om dit niet te doen worden door de wetgever niet afzonderlijk gegeven. Er wordt volstaan met de opmerking dat er onvoldoende reden is om de bestaande definitie ‘in dienst van’ te veranderen. Zoals hierboven aangegeven vormt het verwijzen naar de bestaande, blijkbaar goed genoeg bevonden situatie niet een erg sterk argument. De bestaande situatie roept immers, zoals uit de jurisprudentie blijkt, veel onduidelijkheden op. Iets anders is, of het hanteren van het tijdselement in de definitie van de arbeidsovereenkomst wel een verbetering zou zijn: ook de advocaat, of de kapper, of de schilder ‘verhuren’ zich immers voor enige tijd aan de opdrachtgever, en ‘doen’ binnen die tijd, met inachtneming van zekere grenzen, wat die opdrachtgever wil.
- In de derde plaats wordt door de wetgever in 1993 het argument behandeld dat het criterium van de gezagsverhouding niet meer strookt met de toenemende medezeggenschap van werknemers. Dit argument wordt verworpen met de opmerking dat medezeggenschap betrekking heeft op een ander, namelijk collectief niveau, en dus niet op het niveau van de individuele werknemer. Het is juist dat medezeggenschap zich op een ander niveau afspeelt dan dat van de individuele werknemer. Dat het genoemde argument daarmee overtuigend zou zijn ontkracht valt echter nog te bezien. De enorme technologische en bedrijfs-organisatorische ontwikkelingen die zich in de tweede helft van de twintigste eeuw hebben voorgedaan hebben er immers zowel voor gezorgd dat het element ‘gezagsverhouding’ voor de arbeidsovereenkomst minder karakteristiek is geworden, als ook hebben zij het ontwikkelen van medezeggenschap mogelijk gemaakt. De lopende band met mechanisch functionerende werknemers is bijna verleden tijd. Van werknemers wordt ten aanzien van de uitvoering van hun werk allerlei initiatieven verwacht: de werknemer is daarmee niet meer een volledig ‘ondergeschikte’. Het is begrijpelijk dat deze werknemers als groep vervolgens ook niet meer alleen willen nadenken over hun eigen individuele werkzaamheden, maar ook over tal van andere zaken binnen het bedrijf. Van der Heijden pleit er voor, vanwege de toegenomen medezeggenschap van werknemer, het criterium ‘gezagsverhouding’ te vervangen door ‘onder zeggenschap van’¹¹¹. De wetgever spreekt zich over dit voorstel niet verder uit.

In het Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer worden nog eens vragen gesteld over de afbakening van de arbeids- en de opdrachtovereenkomst, als ook over het standpunt in Asser-De Leede om een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten in alle gevallen waarin iemand zijn gehele werktijd of een belangrijk deel daarvan voor langere tijd ter beschikking stelt van een ander, ongeacht of vaneen gezagsverhouding aanwezig is. In de Memorie van Antwoord was echter al erkend¹¹² dat het dienstbegrip helemaal niet zo onderscheidend is. Aangegeven wordt dat, terwijl een gezagsverhouding aanwezig is wanneer de werkgever de bevoegdheid heeft om aanwijzingen te geven, de opdrachtgever blijkens art. 7:402 lid 1 BW ook zo’n aanwijzingsbevoegdheid heeft. Ook wordt erkend dat sommige werknemers in loondienst níet gehouden zijn aanwijzingen op te volgen, wanneer dat uit de aard van hun functie voortvloeit (artsen, advocaten, architecten etc). In dat geval heeft de werkgever volgens de regering slechts de bevoegdheid aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde in de onderneming (art. 7:660 BW). Hoewel uit dit betoog van regeringszijde juist valt af te leiden dat

¹¹¹ Van der Heijden is het er in grote lijnen mee eens om het gezagsselement in de definitie van de arbeidsovereenkomst te handhaven. Hij constateert dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst de ondergeschiktheid nog steeds karakteristiek is; met Bakels is hij van mening dat de instructiebevoegdheid van de werkgever de maatschappelijke essentie van de arbeidsovereenkomst goed weergeeft. Hij stelt wel voor om de definitie iets aan te passen, namelijk door het tijdelement helemaal te schrappen en de woorden ‘in dienst’ te vervangen door ‘onder de zeggenschap’. Verder doet hij de aanbeveling dat arbeidsverhoudingen die maatschappelijk gezien op één lijn moeten worden gesteld met de arbeidsovereenkomst, vermoed worden een arbeidscontract te behelzen. Hierbij denkt Van der Heijden aan situaties waarin een persoon zijn arbeid met een zekere continuïteit als loonafhankelijke ter beschikking stelt van een arbeidsorganisatie en ten behoeve van die organisatie arbeid verricht.

¹¹² 23 438, MvA TK, p. 4

de afbakening van de arbeidsovereenkomst niet helder is, concludeert de regering toch: de arbeidsovereenkomst wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van een instructiebevoegdheid, hetzij werkinhoudelijk, hetzij met betrekking tot de werkdiscipline, hetzij beiden.

3.4 Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

In zijn Voorontwerp stelde zoals hierboven aangegeven Levenbach voor om het tijdselement uit de definitie van de arbeidsovereenkomst te schrappen. Tevens bepleit hij een rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de wet op te nemen. Een kleine meerderheid in de SER is - in 1991¹¹³ -, net als de Emancipatieraad¹¹⁴, ook voorstander voor het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In 1993¹¹⁵ vond de regering het opnemen van deze rechtsvermoedens, gelet op de ontwikkeling in de jurisprudentie, niet nodig, maar daarin komt ook gelet op de zich verder ontwikkelende jurisprudentie (Agfa/Schoolderman¹¹⁶) in 1995 verandering. In de MSZW-Nota¹¹⁷ Flexibiliteit en zekerheid wordt in 1995 het volgende gesteld. In het arbeidsrecht gaat het om het regelen van de verhouding tussen degene die in afhankelijkheid arbeid verricht en degene die van die arbeid gebruik maakt. Het in te voeren rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst heeft de functie van de verlichting van de bewijslast die anders in beginsel bij de werknemer ligt; een werknemer die zich doorgaans in een zwakkere bewijspositie bevindt. Het rechtsvermoeden is daarmee een steun in de rug van de zwakke arbeidsmarktpartij (ongelijkheidscompensatie). Voorgesteld wordt in de MSZW-Nota een rechtsvermoeden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst; omtrent de duur van de arbeidsovereenkomst wordt een nadere studie aangekondigd¹¹⁸.

De Stichting van de Arbeid neemt het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst over, net als het door een meerderheid van de SER in 1991 al geopperde rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsovereenkomst. De STAR verwijst daarbij ook naar de zich inmiddels ontwikkelde jurisprudentie.

Het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610a BW) zoals dat vervolgens per 1 januari 1999 wordt ingevoerd houdt in, dat “hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende tenminste twintig uren per maand arbeid verricht, vermoed (wordt) deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.” Tevens wordt voorgesteld het rechtsvermoeden ‘omvang arbeidsovereenkomst’¹¹⁹. Omdat dit laatste rechtsvermoeden een minder direct verband houdt met mijn vraagstelling zal ik hier niet verder op ingaan.

Voor wat betreft de genoemde getallen (referteperiode; aantal uren) wordt aangegeven dat het rechtsvermoeden op die manier wordt gekoppeld aan een arbeidspatroon, waarin in een redelijke

¹¹³ SER advies 1991/19; de werkgevers waren tegen

¹¹⁴ ER adv.nr. V/26/95

¹¹⁵ TK 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 14

¹¹⁶ HR 8 april 1994, JAR 1994/94

¹¹⁷ TK 1995/96, 24 543, nr. 1, 4 December 1995, p. i

¹¹⁸ Kuip/Scholtens 1999, p. 302

¹¹⁹ art. 7:610b BW: Het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsovereenkomst luidt: Indien een arbeidsovereenkomst tenminste drie maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden. Het bijzondere van het rechtsvermoeden ‘omvang arbeidsovereenkomst’ is dat het uitsluitend gunstig is voor de werker: wanneer de omvang van de arbeidsovereenkomst niet duidelijk is afgesproken, dan zal op basis van het rechtsvermoeden die omvang in de praktijk alleen maar uitbreiden ten opzichte van datgene wat de werkgever bereid was te bieden: het rechtsvermoeden kan niet worden ingeroepen om een overeengekomen arbeidsomvang te verminderen. Het rechtsvermoeden werkt derhalve in een aantal gevallen opwaarts en het werkt nooit neerwaarts. De STAR geeft aan dat het invoeren van het rechtsvermoeden ‘omvang arbeidsovereenkomst’ aansluit bij de in de rechtspraak ontwikkelde lijn. Dat is optimistisch gedacht: weliswaar werd in het merendeel van de vóór 1999 gepubliceerde rechterlijke uitspraken bij het aanmerken van de rechtens geldende omvang van de arbeidsovereenkomst, niet alleen gekeken naar de contractuele duur, maar ook naar het feitelijk aantal gewerkte uren, maar deze rechtspraak hanteerde in het algemeen een duidelijk langere referteperiode dan 3 maanden.

periode met een regelmatige frequentie dan wel gedurende een substantiële periode per maand, arbeid is verricht¹²⁰.

Met het rechtsvermoeden wordt geen inhoudelijke wijziging van de definitie van de arbeidsovereenkomst beoogd; het gaat slechts om het versterken van de processuele positie van de werknemer. Wanneer aan de criteria van het rechtsvermoeden is voldaan, wordt aangenomen dat er sprake is van een gezagsverhouding, dat degene ten behoeve van wie arbeid wordt verricht daartoe rechtens verplicht loon betaalt en dat, zo de arbeid incidenteel door een plaatsvervanger wordt verricht, zulks geschiedt met toestemming van degene ten behoeve van wie arbeid wordt verricht¹²¹. De minister wil ook geen nieuw inhoudelijk of kwalitatief criterium invoeren, zo blijkt uit zijn antwoord op een daarover door TK-leden gestelde vraag¹²². Tegenbewijs tegen het aldus ontstane rechtsvermoeden is echter mogelijk.

De STAR verwijst voor het rechtsvermoeden ‘bestaan arbeidsovereenkomst’ naar de bestaande jurisprudentie. Er zijn echter maar betrekkelijk weinig gevallen gepubliceerd waarin op basis van het feitelijk hebben gewerkt wordt geconcludeerd tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In het bekende arrest Agfa/Schoolderman was sprake van een vele jaren geduurd hebbend arbeidspatroon; uit de gepubliceerde rechtspraak over de periode voorafgaand aan 1999 kan zeker geen referentieperiode korter dan één jaar worden afgeleid¹²³. Aan de andere kant blijkt uit de rechtspraak vóór 1999 dat in die situaties waarbij discussie bestaat over de vraag of er wel of niet een arbeidsovereenkomst is, en het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet wordt aangenomen, er stevast wordt geconcludeerd dat daarentegen een opdrachtovereenkomst aanwezig is. Met andere woorden: ook al zou in die situaties het rechtsvermoeden van art 7:610a al hebben bestaan, dan zou dat vermoeden toch zijn ontkracht doordat (positief) wordt geconcludeerd tot het bestaan van een opdrachtovereenkomst.

3.5 Het rechtsvermoeden in de praktijk

Het rechtsvermoeden zoals neergelegd in art. 7:610a BW, brengt geen wijziging in de definitie van de arbeidsovereenkomst.

Op het rechtsvermoeden is slechts in een beperkt aantal gevallen een beroep gedaan. Het trefwoordenregister van de JAR geeft in de periode 1999 tot en met 2003 maar twee¹²⁴ ‘hits’, en dat betreft dan beiden situaties dat er geen beroep op het rechtsvermoeden wordt toegestaan. In het ene geval ging het om een au pair, die feitelijk vrijwel voltijds aan het werk was; in het tweede geval ging het om een pensioenfonds die ten aanzien van een managementovereenkomst met een beroep op art. 7:610a claimde dat pensioenpremies verschuldigd waren, omdat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In het eerste geval oordeelt de kantonrechter – op zich zelf: ten onrechte - dat art. 7:610a niet van toepassing is, omdat het niet de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest iedere au pair overeenkomst op grond van het rechtsvermoeden in een arbeidsovereenkomst te laten verkeren. Naar mijn mening is het rechtsvermoeden van art. 7:610a ook op de au pair overeenkomst van toepassing: aan de definitie van artikel 7:610a, dat er gedurende drie maanden wekelijks arbeid wordt verricht, wordt immers voldaan. Au pair werk is ook arbeid, en geen ‘scholing’ of iets dergelijks. Echter, ook ten aanzien van een au pair kan het rechtsvermoeden worden ontkracht, en wanneer het om een ‘zuivere’ au pair overeenkomst gaat, zal dat veelal het geval zijn. Ik ben met de betreffende kantonrechter te Sneek bereid te aanvaarden dat zo’n zuivere au pair overeenkomst, waar in het kader van een culturele uitwisseling voor een periode van maximaal een jaar, gedurende enkele uren per dag licht huishoudelijk of verzorgend werk wordt gedaan, en betrokkene naast zakgeld kost en inwoning geniet, alsmede in staat wordt gesteld in het kader van

¹²⁰ 25 263, MvT, nr. 3, p. 2

¹²¹ 25 263, MvT, nr. 3, p. 22-23

¹²² 25 263, EK, nr. 132a, p. 10; 25 263, EK, nr. 132b, p. 16-17

¹²³ Boot 1998

¹²⁴ Het artikelsgewijs register levert bij art. 7:610a BW nog de uitspraak op van Ktr Utrecht (3 oktober 2001, JAR 2002/225) waar op grond van de feiten wel wordt geconcludeerd dat aan de criteria van het rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst is voldaan, als ook dat dit rechtsvermoeden niet ontkracht is.

diezelfde culturele uitwisseling onderwijs te volgen, een overeenkomst sui generis vormt, en geen arbeidsovereenkomst. Het aardige in de Sneekse zaak is dat de kantonrechter, hoewel niet via het rechtsvermoeden, toch oordeelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat er wel degelijk sprake was van opdrachten en dus een gezagsrelatie¹²⁵.

In de andere zaak waren partijen, een vennootschap en de directeur groot aandeelhouder nadrukkelijk geen arbeidsovereenkomst maar een opdrachtovereenkomst met elkaar aangegaan. De kantonrechter¹²⁶ oordeelt dat het rechtsvermoeden van art. 7:610a “blijkens de wetsgeschiedenis alleen geschreven is om de werknemer (en in een enkel geval de werkgever) te beschermen in situaties waarin – al dan niet met opzet – onduidelijkheid blijft bestaan over de aard van de rechtsverhouding tussen partijen.” Die onduidelijkheid bestond er in casu volgens de rechter niet, omdat partijen nu juist geen arbeidsovereenkomst tussen hen tot stand wilden laten komen. Op zich betekent dit niet dat aan art. 7:610a geen rol toekomt, doch wederom dat het rechtsvermoeden ontkracht wordt.

De kantonrechter overweegt verder dat derden zich niet op het rechtsvermoeden kunnen beroepen. Ten onrechte wordt dit gebaseerd op de mogelijkheid die voor de fiscus en de sociale zekerheidsinstanties bestaan om een fictief dienstverband aan te nemen. Dat art. 4 van de sociale zekerheidswetten inderdaad bepaalde categorieën niet-arbeidsovereenkomsten toch onder de verzekeringsplicht van de betreffende wetten brengt, heeft immers niets van doen met de vraag wie zich op het rechtsvermoeden kan beroepen¹²⁷.

In een aantal andere zaken waarbij het om de vraag ging of een werkrelatie een arbeidsovereenkomst was of niet, komt het rechtsvermoeden (slechts) zijdelings aan de orde. Op zich is dat merkwaardig, want de bedoeling van het betreffende wetsartikel is nu juist dat indien aan het getalscriterium is voldaan, de bewijslast van het niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, direct bij de werkgever komt te liggen. Met andere woorden: de toets van art. 610a BW zou de allereerste en dus prominente toets moeten zijn. In de praktijk gebeurt dat dus niet.

In de periode 2000 t/m 2002 speelden een 19-tal¹²⁸ zaken over de vraag of een arbeidsrelatie – die zich feitelijk mede afspeelde onder het nieuwe recht, dus na 1 januari 1999 - een arbeidsovereenkomst was of niet. Van die 19 zaken zou in 17¹²⁹ gevallen aan het rechtsvermoeden van art. 7:610a zijn voldaan. Toch werd maar in 10 gevallen¹³⁰ op het rechtsvermoeden een beroep gedaan, en van die 10 beroepen werden er maar 3¹³¹ gehonoreerd. In de andere 7 situaties werd het rechtsvermoeden dus ontkracht. In de 9 gevallen waarin er geen beroep op het rechtsvermoeden werd gedaan, werd daarentegen in 5¹³² gevallen toch een arbeidsovereenkomst aangenomen. In één geval¹³³ werd niet aan de referte-eis van art. 7:610a

¹²⁵ Kantonrechter Sneek, 6 februari 2002, JAR 2002/58 en 31 juli 2002, JAR 2002/237. de uitspraak wordt in hoger beroep door het Gerechtshof Leeuwarden op 11 februari 2004 (JAR 2004/65) voor wat betreft het aanmerken van de relatie als arbeidsovereenkomst in stand gelaten

¹²⁶ Kantonrechter Rotterdam, 14 augustus 2002, JAR 2002/217

¹²⁷ De vraag of derden zich op het rechtsvermoeden kunnen beroepen is in de wetsgeschiedenis wel expliciet aan de orde geweest. Op de door mr Kuip gesignaleerde knelpunten ('kunnen derden zich beroepen op rechtsvermoedens van artikelen 610a en 610b?') antwoordt de minister: “nee, rechtsvermoedens gelden in relatie tussen werkgever en werknemer. Welk kunnen UVI en fiscus werkgever/werknemer er op wijzen dat zij zich op deze rechtsvermoedens kunnen beroepen”. Het probleem met dit antwoord is dat een en dezelfde relatie in een geschil tussen werknemer en werkgever – met de steun van het rechtsvermoeden - wel als arbeidsovereenkomst kan worden geduid en diezelfde relatie in een geschil tussen bijvoorbeeld enerzijds het slachtoffer van handelingen van de ‘werknemer’ en anderzijds diens ‘werkgever’, niet.

¹²⁸ JAR 2000/57; JAR 2000/166; JAR 2000/167; JAR 2000/257; JAR 2001/55; JAR 2001/72; JAR 2001/73; JAR 2001/91; JAR 2001/155; JAR 2001/196; JAR 2001/198; JAR 2002/32; JAR 2002/33; JAR 2002/62; JAR 2002/74; JAR 2002/100; JAR 2002/115; JAR 2002/225; JAR 2002/264.

¹²⁹ Alle hiervoor genoemde zaken, behalve JAR 2000/57 en JAR 2002/32

¹³⁰ JAR 2000/166, 167 en 257; JAR 2001/196 en 198 en JAR 2002/33, 74, 115, 225 en 264.

¹³¹ JAR 2001/196 en 198 en 2002/225

¹³² JAR 2001/55, 72, 73 en 155; JAR 2002/264

¹³³ JAR 2000/57

voldaan en dus ook geen beroep op het rechtsvermoeden gedaan, maar werd wel een arbeidsovereenkomst aangenomen.

De merkwaardige conclusie dient zich dan aan dat het zich niet beroepen op het rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst, een grotere kans geeft dat de arbeidsrelatie wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst, dan wanneer er wel een beroep op het rechtsvermoeden wordt gedaan. Die conclusie lijkt mij onhoudbaar, omdat het aantal uitspraken waarop zij gebaseerd is, daarvoor veel te klein is.

Wel kan worden geconstateerd dat er geen positief verband is tussen het een beroep doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst, en het aangemerkt krijgen van de arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst. Tot op heden en gebaseerd op de gepubliceerde jurisprudentie beantwoordt het rechtsvermoeden van art. 7:610a dus niet aan zijn doelstelling, het de werker met de zwakke rechtspositie vergemakkelijken aan te tonen dat een arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is.

Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst heeft tot op heden, 5 jaar na zijn invoering, dus nog geen rol van betekenis gespeeld¹³⁴. De omstandigheid dat gedurende het eerste deel van deze periode sprake was van een krappe arbeidsmarkt kan daarbij van invloed zijn geweest. De werkenden hadden in deze periode immers een sterke onderhandelingspositie en hadden de baantjes voor het kiezen. Een bedrijf maakte dus weinig kans werk aan te bieden zonder de zekerheid van een arbeidsovereenkomst te geven. Met de toename van de werkloosheid in het begin van de 21^e eeuw kan in die situatie vanzelfsprekend verandering komen.

3.6 Adviesaanvraag aan SER d.d. 1 december 2003 en SER-advies d.d. 18 juni 2004

De Minister van SZW heeft op 1 december 2003¹³⁵ aan de SER een adviesaanvraag gestuurd over de afbakening en de reikwijdte van het begrip werknemer in de werknemersverzekeringen.

Centraal in die adviesaanvraag staat de vraag hoe het werknemersbegrip in de werknemersverzekeringen zodanig kan worden afgebakend dat bij het aangaan van een arbeidsrelatie vooraf duidelijkheid bestaat over de verzekering van de persoon die de arbeid zal verrichten en de premieplicht van de (rechts)persoon die daartoe opdracht geeft. In dat kader schets de Minister een drietal sporen. Het eerste spoor ziet op het door het UWV en de belastingdienst ontwikkelen van een gezamenlijk toetsingskader; het tweede spoor ziet op een wetwijziging die het mogelijk maakt om op aanvraag een beschikking ('Verklaring Arbeids Relatie') te verkrijgen die volledig uitsluitel geeft over het werknemerschap en daarmee over de verzekeringsplicht en premieplicht. In het derde spoor wordt de vraag gesteld of, gelet op ontwikkelingen in de arbeidsmarkt, waarbij het onderscheid tussen verschillende arbeidsrelaties steeds minder scherp wordt, een meer fundamentele benadering van de vraag naar de invulling en afbakening van het werknemersbegrip wenselijk is. De minister vraagt zich af wat het beslissend onderscheid dient te zijn om te beoordelen of iemand zelfstandige is of werknemer. De minister noemt hierbij een viertal deelaspecten: (i) kan de beantwoording uitsluitend afhangen van de aard van de contractuele afspraken die tussen zelfstandige/werknemer en opdrachtgever/werkgever bestaan; (ii) kan het onderscheid gevonden worden in de mate van risico dat de opdrachtnemer

¹³⁴ Wanneer de situaties van de in hoofdstuk 6 te bespreken Hoge Raad-arresten tegen de meetlat van de criteria "rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst" wordt gelegd, dan komt de uitkomst van de zaken striptease-danseres, ponstypiste, wasserettehoudster, Motelzangeressen, animeermeisjes, Curaçoise bestuurders en zuster Van der Vlies daarmee overeen

Niet strokend met het rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst is de uitkomst in de arresten Zwarthoofd, Nationale Nederlanden/Woudsend, Peuterleidsters, Leerlinghovenier, Groen/Schoevers en ABN-AMRO/Malhi (zie voor de exacte data en vindplaatsen hoofdstuk 6). Het rechtsvermoeden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst is op zich zelf gezien bepaald dus niet doorslaggevend. Dat is niet vreemd, aangezien het om een rechtsvermoeden gaat dat kan wijken voor tegenbewijs. Dat bij een geringe en onregelmatige werkverhouding op basis van het rechtsvermoeden niet wordt uitgegaan van een arbeidsovereenkomst past wel erg goed in de uitkomst van de striptease-danseres en de motel-zangeres.

¹³⁵ Adviesaanvraag 1 december 2003, SV/F&W/2003/92571, p. 2

draagt; (iii) is het zinvol niet aan te sluiten bij iedere arbeidsrelatie op zich, maar op de personen die werken: de hoofdbron van inkomsten is dan bepalend voor de verschillende arbeidsrelaties die zo'n persoon aangaat; (iv) kan opting out worden toegestaan: het hebben van een inkomensbron als zelfstandige geeft dan de keuzevrijheid om ook voor de overige inkomensbronnen als zelfstandige te worden aangemerkt.

In dit hoofdstuk (de arbeidsovereenkomst in civielrechtelijke zin) gaat het vooral om de eerste twee aspecten.

De Minister is maar kort over het eerste aspect. Indien de materiele beoordeling van de arbeidsrelatie uitsluitend afhangt van de aard van de contractuele afspraken die tussen partijen gemaakt worden, dan lijkt hem dat een veel te smalle en formele basis die ook teveel ruimte laat voor oneigenlijk gebruik. Een nadere onderbouwing van dat standpunt wordt niet gegeven. Opvallend genoeg laat de SER¹³⁶ deze – wat genoemd wordt – variant geheel buiten beschouwing vanwege deze negatieve kanttekeningen in de adviesaanvraag. Er wordt daarom niet onderzocht of het voor de beoordeling van de kwalificatie van een arbeidsrelatie laten afhangen van het label dat partijen daar zelf aan geven, in alle situaties het risico van misbruik met zich meebrengt, of dat dit voor sommige groepen werkenden wellicht wel een hanteerbaar criterium is, desnoods onder het stellen van nadere voorwaarden. Deze door de SER niet beantwoorde vraag zal in hoofdstukken 7 en 22 van dit boek wel verder worden onderzocht.

Ten aanzien van het door de werker te lopen risico als onderscheidend criterium merkt de SER op dat de uitwerking van dit criterium allerlei vragen zal oproepen, zoals die om welke risico's het dan moet gaan en over welke periode dat het geval moet zijn. De SER is daarom sceptisch over het gebruik van het begrip risico als toetsingscriterium. De door de Minister genoemde derde en vierde variant komen in deel 3 (sociaal verzekeringsrecht) verder aan de orde.

Op de deelvraag of de dienstbetrekking in het BW het leidende principe dient te blijven voor de werknemersverzekeringen erkent de SER dat het element 'gezagsverhouding' uit die definitie discussie oplevert. De SER volstaat echter met de opmerking dat de NBW-wetgever er voor gekozen heeft dit element te handhaven als constituerend element van de definitie van de arbeidsovereenkomst, als ook dat dit element in andere landen als onderscheidend criterium voorkomt.

Zoals in dit hoofdstuk is aangegeven vond de handhaving door de NBW-wetgever van het gezagscriterium juist plaats zonder een fundamentele discussie. Ook beroept de SER er zich op dat de gezagsverhouding in vele andere landen een onderscheidend criterium is. Verwezen wordt daarbij naar een studie uit 1998, zonder dat melding wordt gemaakt van de omstandigheid dat juist ook in andere landen dat gezagscriterium als problematisch wordt ervaren¹³⁷.

3.7 Conclusie

De definitie van de arbeidsovereenkomst is met de invoering van boek 7 titel 10 niet wezenlijk veranderd. Goede redenen daarvoor zijn niet gegeven, anders dan dat de oude definitie 'een bruikbaar criterium' was gebleken. Met de kritiek op de definitie van de arbeidsovereenkomst, namelijk dat deze (i) tot onduidelijkheid en onzekerheid aanleiding geeft en (ii) niet meer aansluit bij de sinds 1907 veranderde maatschappelijke situatie, wordt door de wetgever niets gedaan. Dat het 'tijdselement' niet een prominenter rol in de definitie van de arbeidsovereenkomst heeft gekregen, zoals in de jaren 70 en 80 van de twintigste eeuw wel werd voorgesteld, hoeft niet te worden betreurd. Ook de opdrachtnemer stelt zijn tijd immers aan de opdrachtgever ter beschikking, dus een duidelijk onderscheidend criterium tussen beide overeenkomsten vormt het tijdselement niet. Het is jammer dat de voorstellen om het afhankelijkheids criterium méér voorop te stellen, in plaats van de gezagsrelatie, het niet hebben gehaald. Zoals uit de wetsgeschiedenis 1907 al bleek vloeit het vereiste van de gezagsrelatie voort uit het economische risico (in de zin van het kunnen opdraaien voor verliezen, maar ook het incasseren van de winst) dat de werkgever loopt, en daarmee samenhangend de economische afhankelijkheid van de werknemer.

¹³⁶ SER-advies Personenkring Werknemersverzekeringen, 18 juni 2004, p. 26

¹³⁷ Van Peijpe 2003, p. 247-249

Het benadrukken van de economische afhankelijkheid van de werknemer sluit niet uit dat aan het werknemerscollectief medezeggenschapsrechten worden toegekend: die medezeggenschap heeft immers wel tot gevolg dat de economische afhankelijkheid enigszins wordt ingeperkt, maar toch in overwegende mate blijft bestaan.

Tussen het een beroep doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst, en het aangemerkt krijgen van de arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst bestaat, afgaande op de gepubliceerde jurisprudentie, geen positief verband. Tot op heden en gebaseerd op de gepubliceerde jurisprudentie beantwoordt het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW dus niet aan zijn doelstelling, namelijk om het de werker met de zwakke rechtspositie gemakkelijker te maken aan te tonen dat een arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is.

Hoofdstuk 4 De opdrachtovereenkomst

4.1 Inleiding

Deze studie gaat over het bereik van de arbeidsovereenkomst, over de achtergrond van de op een aantal gebieden aan werknemers toe te kennen rechten en de vraag of de situatie van specifieke groepen werknemers overeenkomt met die achtergrond. Tevens zal worden onderzocht of sommige groepen niet-werknemers, gelet op hun specifieke situatie, niet ook een vorm van arbeidsrechtelijke bescherming zouden behoeven. Om dat laatste te kunnen onderzoeken is het allereerst noodzakelijk te bezien welke arbeidsrechtelijke positie die niet-werknemers thans bezitten. Wanneer een overeenkomst waarbij arbeid verricht wordt, geen arbeidsovereenkomst is, en ook geen aanneming van werk vormt, is het, naar geldend recht, een opdrachtovereenkomst. Het bereik van de opdrachtovereenkomst is daarmee complementair ten opzichte van die van de arbeidsovereenkomst. In dit hoofdstuk zal daarom worden onderzocht hoe de wetgever het bereik van de algemene opdrachtovereenkomst heeft aangegeven. De wet kent daarnaast een aantal specifieke opdrachtovereenkomsten, zoals de lastgeving, de bemiddelingsovereenkomst, de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling en de agentuurovereenkomst. De agentuurovereenkomst kent van oudsher een aantal op de arbeidsovereenkomst gelijkende bepalingen. Er zal daarom in dit hoofdstuk ook onderzocht worden wat het bereik en de uitwerking van deze regeling is.

De opdrachtovereenkomst is de jongste loot aan de stam van de in het BW geregelde arbeidsrechtelijke overeenkomsten: de specifieke bepalingen voor de lastgeving zijn per 1 januari 1992 ingevoerd, het overige algemene gedeelte¹³⁸ van de titel per 1 september 1993. De opdrachtovereenkomst neemt sindsdien een met de oude overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten enigszins vergelijkbare, maar niet geheel gelijke positie in. De opdrachtovereenkomst bestrijkt namelijk een ruimer terrein: zij kan betrekking hebben op persoonlijke dienstverlening maar dat hoeft niet¹³⁹. Ook commerciële dienstverrichtingen tussen ondernemingen vallen daarom onder de opdrachtovereenkomst. Deze uitbreiding was niet voorzien in het oorspronkelijk ontwerp van wet in 1972, maar is nadien opgenomen. Onder andere door Van der Grinten¹⁴⁰ en Kamphuis¹⁴¹ werd daarom de kritiek geuit dat de opdrachtovereenkomst een te ruim bereik had om nog als abstracte wettelijke regeling te kunnen fungeren.

De overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten uit de Wet van 1907 vormde een restcategorie¹⁴². De groep Overeenkomsten tot het verrichten van Arbeid (art. 1637 BW) bestond uit de arbeidsovereenkomst, de aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. De eerste twee overeenkomsten waren gedefinieerd, zodat de derde, die tot het verrichten van enkele diensten, restgroep was. Met ingang van 1 januari 1992 zijn drie soorten overeenkomsten gedefinieerd, de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en de opdrachtovereenkomst. Aanneming van werk ziet op het vervaardigen of bewerken van stoffelijke voorwerpen, de arbeidsovereenkomst op het persoonlijk en tegen loon verrichten van arbeid in een gezagsverhouding, zodat de opdrachtovereenkomst feitelijk nog steeds een restcategorie is¹⁴³.

De opdrachtovereenkomst kan gesloten worden tussen een niet- of een wel professionele opdrachtgever, en tussen een niet- of een wel professionele opdrachtnemer. De opdracht is zoals

¹³⁸ Te weten de artikelen 7:400, 409, 410 en 413.

¹³⁹ Asser-Kamphuis vraagt zich daarom af of een rechtsfiguur waaronder zoveel verscheidens kan schuilgaan, zich wel voor het opstellen van algemene regels leent. Aangezien ik mij beperk tot een specifieke opdrachtovereenkomst (namelijk die met een met de werknemer vergelijkbare opdrachtnemer) doet zich dat bezwaar voor deze studie niet voor.

¹⁴⁰ Schoordijk 1973, p. 42; Van der Grinten 1991, p. 90-91.

¹⁴¹ MvT, TK, 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 4; hierover o.a. Wessels 1993, p. 313

¹⁴² Het voorstel van Drucker tot het definiëren van de dienstenovereenkomsten werd niet overgenomen; RM 1894, p. 535.

¹⁴³ Zo ook : Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen 1994, p. 34

hierboven aangegeven niet beperkt tot particulieren; zij kan ook gesloten worden tussen twee bedrijven. De aanvankelijke bepaling ('De opdrachtnemer moet zelf de arbeid, nodig voor de uitvoering van de opdracht, verrichten, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit') is immers vervangen door een bepaling, art. 404, die het nadrukkelijk mogelijk maakt dat de opdracht niet is verleend met het oog op een bepaalde persoon. Art. 404 luidt: 'Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.' Het woord 'indien' brengt met zich mee dat het verleend zijn van de opdracht met het oog op één persoon niet altijd hoeft te zijn geschied¹⁴⁴¹⁴⁵.

Zoals in hoofdstuk 1 aangegeven zal ik mij in het kader van dit onderzoek beperken tot de opdrachtovereenkomst die 'lijkt' op de arbeidsovereenkomst, dat wil zeggen tot de opdrachtovereenkomst tussen een professionele opdrachtgever en de professionele natuurlijke opdrachtnemer, waarbij deze laatste tevens contractspartij is en gecontracteerd wordt vanwege zijn specifieke persoon. Onderzocht zal worden welke arbeidsrechtelijke bescherming de 'afhankelijke' en de 'onafhankelijke' opdrachtnemer op basis van de regeling in Boek 7 titel 7 BW momenteel hebben, en of die bescherming in een gelet op de achtergrond van de diverse arbeidsrechtelijke bepalingen acceptabele verhouding staat tot de bescherming die de diverse categorieën werknemers in het BW toegekend hebben gekregen.

4.2 Geschiedenis van de opdrachtovereenkomst

De aanzet voor de huidige regeling met betrekking tot de opdrachtovereenkomst is – na schetsen voor een regeling van de opdrachtovereenkomst van de hand van Meijers¹⁴⁶ - gelegen in het Voorontwerp van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek uit 1972, ingevolge een opdracht van het Ministerie van Justitie opgesteld onder leiding van Mr F.J. de Jong¹⁴⁷. Op basis hiervan werd een Regeringsontwerp in 1983 opgesteld, waarvan titel 7 was ontworpen door prof. W.C.L. van der Grinten, onder eindredactie van mr. F.J. de Jong. Deze stukken worden aangeduid als RO (regeringsontwerp)¹⁴⁸.

Terwijl het de bedoeling was per 1 januari 1992 het gehele titel boek 7 in te voeren, dreigde dit ten aanzien van de daartoe behorende onderwerpen niet te lukken: Zo was het ontwerp voor de titels 7: Opdracht en 15: Vaststellingsovereenkomst in 1983 nog onvoldoende gereed om door de Tweede Kamer te kunnen worden behandeld; de geneeskundige behandelingsovereenkomst volgde pas in 1995. De onderwerpen 7. Lastgeving, 9. Bewaarneming en 14. Borgtocht werden, vanwege hun nauwe samenhang met andere in de Boeken 3,5 en 6 geregelde onderwerpen, wel besproken en konden bij Wet van 28 december 1989¹⁴⁹ worden vastgesteld. Omdat de titel over Lastgeving als species van de opdrachtovereenkomst moeilijk kon worden vastgesteld zonder dat de algemene bepalingen uit afdeling 1 van titel 7 omtrent de opdrachtovereenkomst waren vastgesteld, werd ook deze afdeling 1 bij zelfde Wet van 28 december 1989 aangenomen. Tot een wijziging van die afdeling 1 in verband met de vaststelling van de nog ontbrekende onderwerpen van titel 7 is het niet gekomen. Wel werd de definitie van de opdrachtovereenkomst in art. 7:400 BW veranderd met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999.

¹⁴⁴ Desalniettemin is Van Neer-van den Broek (Opdrachtovereenkomst) van mening dat de opdrachtnemer in beginsel verplicht is de opdracht zelf uit te voeren, 'indien hij als uitvoerder er van beoogd is'; zulks zou volgen uit de zorg om als goed opdrachtnemer te werken.

¹⁴⁵ Du Perron 1993, p. 1046 e.v en Wessels 1993, p. 315 e.v. hebben er op gewezen dat dit artikel een uitbreiding van aansprakelijkheid betekent voor degene met het oog op wie de opdrachtovereenkomst is aangegaan maar die zelf niet contractspartij is.

¹⁴⁶ Genaamd het Ontwerp Meijers (OM) en Toelichting Meijers (TM)

¹⁴⁷ Dit voorontwerp uit 1972 wordt aangeduid het zogenaamde Groene Boek;

¹⁴⁸ Het betreffende wetsontwerp is genummerd 17.779.

¹⁴⁹ Wet 28 december 1989, Stb. 616

Titel 7 van boek 7, waarin de opdrachtovereenkomst thans is geregeld, kent daarmee een algemene afdeling, Opdracht in het algemeen (welke de artikelen 7:400 tot en met 413 omvat) en enkele specifieke vormen van opdrachtovereenkomsten, te weten de lastgeving (afdeling 2, de artikelen 414 tot en met 424), de bemiddelingsovereenkomst (afdeling 3, de artikelen 425 tot en met 427), de agentuurovereenkomst (afdeling 4, de artikelen 428 tot en met 445) en de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling (afdeling 5, de artikelen 446 tot en met 468). Het gros van de bepalingen in afdeling 1 van het RO is van regelend recht; er wordt opgemerkt dat het in de bedoeling ligt in een later stadium, zo mogelijk in samenhang met titel 7.12 (aanneming van werk) te bezien of de eventuele behoefte aan dwingend consumentenrecht tot een aanpassing daarvan moet leiden¹⁵⁰. Meest opvallend is dat daar waar bescherming aan een der beide partijen wordt gegeven, dit niet zozeer de opdrachtnemer (de werker) is, maar juist de opdrachtgever. Een belangrijke verfijning daarbij is, overeenkomstig andere bepalingen in het NBW, het al dan niet in de uitoefening van een bedrijf of beroep hebben verricht van een opdracht of daartoe opdracht hebben gegeven. De ‘particuliere leek’ krijgt van de Nieuw Burgerlijk Wetgever meer bescherming, de beroepsmatige werker minder.

4.3 Verschillen soorten opdrachtnemers: personen en vennootschappen

Hoewel onder de ‘opdracht’ een zeer uiteenlopende categorie diensten valt, is het gemeenschappelijke van deze prestaties dat zij dienstverlening betreffen, die, in beginsel, persoonlijk wordt verricht. Het is echter ook mogelijk dat de opdracht niet-persoonlijk hoeft te worden verricht, doch door een vennootschap. Verder kan de opdrachtovereenkomst om baat, en om niet worden aangegaan. Tenslotte kan zij zich, zowel voor de opdrachtnemer als voor de opdrachtgever, in of buiten de uitoefening van bedrijf of beroep voordoen. Het raakvlak met de arbeidsovereenkomst doet zich voor waar de arbeid persoonlijk en om baat wordt verricht. Het onderscheid met de arbeidsovereenkomst is dat daarbij de dienstverrichting in ondergeschiktheid geschiedt, terwijl bij de opdracht juist de zelfstandigheid van de opdrachtnemer wezenlijk is¹⁵¹. Het onderscheid met de aanneming van werk bestaat er uit dat het aldaar gaat om het tot stand brengen van een bepaald werk van stoffelijke aard¹⁵².

Bij de diverse soorten opdrachtnemers wordt in de regeling van boek 7 titel 7 BW een aantal malen onderscheid gemaakt tussen de professionele en de niet-professionele opdrachtnemer. De professionele opdrachtnemer is degene die de opdracht in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep is aangegaan. De niet-professionele opdrachtnemer is daarmee iemand die bepaalde diensten als ‘vriendendienst’ verricht. Wie tot welke categorie moet worden gerekend wordt uit de wetsgeschiedenis niet helemaal duidelijk. Mijns inziens moet het begrip ‘beroep’ vrij ruim worden opgevat, in die zin dat daaronder al diegenen worden verstaan die ‘om den brode’ opdrachten verrichten: slechts de professionele opdrachtnemer heeft immers als uitgangspunt (art. 405) recht op loon, terwijl dat uitgangspunt voor de niet-professionele opdrachtnemer niet geldt. Dit zou betekenen dat zowel de onafhankelijke opdrachtnemer (categorie 6 uit hoofdstuk 1) als de afhankelijke opdrachtnemer (categorie 5) tot de groep van professionele opdrachtnemers gerekend moet worden. Die indeling is overigens voor de afhankelijke opdrachtnemer op andere onderdelen niet gunstig: de niet-professionele opdrachtnemer wordt namelijk sterker beschermd tegen de schade ontstaan bij het vervullen van de opdracht: de professional wordt tegen die schade slechts beschermd wanneer sprake was van een buitensporig risico; de niet-professional wordt al beschermd bij een ‘gewoon’ bijzonder gevaar. De niet-professionele opdrachtnemer kan de opdracht ook makkelijker opzeggen (art. 7:407). Ter zake van de loonbetaling heeft de professionele opdrachtnemer dus een sterkere rechtspositie; ten aanzien van het kunnen claimen van schade bij de uitoefening van de opdracht en het kunnen beëindigen van de opdracht heeft de niet-professionele opdrachtnemer een betere positie.

¹⁵⁰ Van Neer-Van den Broek 1998, p. 333 noemt de bepalingen van 7:416 lid 3 en 7:417 lid 2 ook bepalingen van consumentenbescherming

¹⁵¹ Parlementaire Geschiedenis Boek 7, p. 307

¹⁵² Boek 7A, art. 1639 BW

4.4 Definitie opdrachtovereenkomst

Artikel 400 van boek 7 definieert de opdrachtovereenkomst als: de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

De opdrachtovereenkomst verbindt in de regel slechts tot het verrichten van arbeid, niet tot het bereiken van een resultaat. De opdrachtovereenkomst verschilt wat dat betreft niet van de arbeidsovereenkomst, en wel van aanneming van werk¹⁵³.

In de TM wordt opgemerkt dat het positief element van deze omschrijving is, dat de prestatie van de ene partij in een verrichting moet bestaan; het negatief element dat er geen ondergeschiktheid bestaat¹⁵⁴. Om te benadrukken dat de werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst verricht een ruim bereik kunnen hebben, werden ten opzichte van de term 'verrichtingen doen' uit het OM, in het RO opgenomen de woorden 'werkzaamheden verrichten'. Aan de hierboven genoemde voorbeelden van opdrachten wordt dan nog toegevoegd de overeenkomst met accountant, repetitor, makelaar, veilinghouder of een kapper. Ook wordt benadrukt dat het om niet-persoonlijke dienstverlening kan gaan, namelijk die tussen twee rechtspersonen. Tijdens de Parlementaire Behandeling in de Tweede Kamer worden vragen gesteld over de invulling van het begrip 'buiten dienstbetrekking' en 'zonder dat er een ondergeschiktheidsverhouding bestaat'.

De CDA-fractie vroeg de minister om een reactie op de opvatting van Van der Ven¹⁵⁵, Van der Grinten¹⁵⁶, Schut¹⁵⁷, Schoordijk¹⁵⁸ en Asser-Kamphuisen¹⁵⁹, als ook op een uitspraak van de Hoge Raad¹⁶⁰, waarbij minder of geen nadruk wordt gelegd op het element 'gezagsverhouding' maar meer op dat van tijd: kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst zou zijn het feit dat de werknemer zijn tijd of zijn werkkraft voor een zekere tijd ter beschikking van de werkgever stelt. De Hoge Raad had in die uitspraak overwogen dat er een arbeidsovereenkomst tussen (moet zijn: met, gb) de bestuurder van een vennootschap (natuurlijk persoon) bestaat indien de bestuurder zijn arbeidkracht gedurende zekere tijd tegen loon ten dienste stelt van de vennootschap. Ook Brunner wees er in 1974 op dat het onderscheid tussen arbeids- en opdrachtovereenkomst niet altijd eenvoudig te trekken is, en dat het daarom voor de hand ligt de gevolgen van beide overeenkomsten naar elkaar toe te trekken¹⁶¹.

De Minister houdt de vraag echter af met zijn opmerking dat de vraag of 'ondergeschiktheid' (nog) als onderscheidend criterium kan gelden, in het kader van titel 7.10 behandeld dient te worden. Hij voegt daar aan toe: Met de omschrijving van de opdracht in art. 7.7.1.1. ... is niet beoogd dienaangaande in enigerlei zin positie te kiezen.

Het antwoord van de minister was daarmee niet erg bevredigend. De discussie over de definitie van de arbeidsovereenkomst en daarmee het bereik van de opdrachtovereenkomst wordt immers wel erg makkelijk naar voren geschoven. Het antwoord is ook niet terecht, omdat het voor de definitie van de opdrachtovereenkomst, waarin immers het element 'buiten dienstbetrekking' voorkomt, noodzakelijk is te weten wat dat element dan betekent, en wanneer er sprake is van 'in dienstbetrekking'.

Met het voorgaande wil ik niet gezegd hebben het met het standpunt Van der Ven c.s. eens te zijn. Hetgeen door hem opgemerkt wordt over het zijn tijd of werkkraft ter beschikking stellen, kan namelijk evenzeer gelden voor de opdrachtnemer. Wanneer je de kapper vraagt je haar roze

¹⁵³ Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen, p. 44

¹⁵⁴ Parlementaire Geschiedenis Boek 7, p. 318

¹⁵⁵ Van der Ven 1972

¹⁵⁶ Van der Grinten 1974, p. 15/16

¹⁵⁷ Schut 1977, nr 3

¹⁵⁸ Schoordijk 1973, p. 43/44

¹⁵⁹ Asser-Kamphuisen, Bijzondere Overeenkomsten III (1983), p. 12 e.v.

¹⁶⁰ Hoge Raad, 28 september 1983, BNB 1983, 293

¹⁶¹ Brunner 1974, p. 784 e.v.

te verven, of dit helemaal af te knippen, dan doet hij dat. Wanneer een cliënt aan zijn vaste advocaat vraagt een middag naar het bedrijf te komen, dan doet die advocaat dat. Wellicht speelt hierbij ook een rol de veranderde positie van de destijds vrije beroepen. In 1970 verleende de advocaat audiëntie op zijn kantoor; in 2004 is de advocaat een vrij ondernemer die – binnen bepaalde grenzen - zijn tijd verkoopt aan wie daarvoor betaalt.

Bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is de definitie van de opdrachtovereenkomst in die zin aangepast, dat de woorden ‘buiten dienstbetrekking’ zijn vervangen door ‘anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst’¹⁶². Deze wijziging betekent waarschijnlijk geen inhoudelijke verandering.

4.5 Aanwijzingsbevoegdheid en rekenschap geven

Dat ook de opdrachtgever aanwijzingsbevoegdheid had werd verwoord in de TM: “de diensten van de opdrachtnemer worden verricht ten behoeve van de opdrachtgever. De opdrachtgever is de meester in de verhouding, in de zin waarin de term meester in ons huidige recht bij de lastgeving wordt gebezigd. Dit meester-zijn zal in vele gevallen meebrengen dat de opdrachtgever nadere instructies kan geven. ... Deze bevoegdheid zal echter beperkt zijn tot aanwijzingen binnen het kader van de opdracht. Hiermede is vooreerst bedoeld dat de opdrachtnemer niet tot diensten gehouden is, welke niet door de aanvaarde opdracht is gedekt. Voorts zal de aard van de opgedragen verrichtingen of de overeenkomst van partijen kunnen medebrengen dat binnen het kader van de opdracht geen nadere aanwijzingen mogen worden gegeven. Zo zal de medicus die opdracht tot operatie krijgt, deze naar eigen inzicht kunnen verrichten”¹⁶³. Ten slotte geldt als norm dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen.

In deze toelichting van Meijer komen drie elementen aan de orde: 1. het uitgangspunt van de aanwijzingsbevoegdheid; 2 de beperking tot de binnen de opdracht vallende werkzaamheden en 3. de specifieke deskundigheid of beroepsregels van de opdrachtnemer.

De aanwijzingsbevoegdheid van de opdrachtgever wijkt op zich niet wezenlijk af van de instructiebevoegdheid van de werkgever. Beiden vertellen de werker wat deze, in het kader van een bepaalde te verrichten werkzaamheid, moet doen. De werknemer is gehouden zo’n (redelijke) opdracht uit te voeren, zo volgt uit art. 7:611, 7:661 en 7:678 BW; de opdrachtnemer is ook gehouden aanwijzingen uit te voeren; hij heeft zelfs een nog wat sterkere uitvoeringsverplichting dan de werknemer. De werknemer die het met een aanwijzing niet eens is, mag sinds 1 januari 1999 de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn ‘altijd’ opzeggen; de professionele opdrachtnemer mag op grond van art. 7:402 lid 2 slechts opzeggen wanneer hij voor het niet willen uitvoeren van die aanwijzingen een redelijke grond heeft, of wanneer het een opdracht voor onbepaalde tijd betreft (art. 7:408 lid 2).

Bij de onderwerpgerijze behandeling van afdeling 1 is het van belang te beseffen dat in het RO voor ogen stond slechts een regeling voor de lastgeving tot stand te brengen, en afdeling 1 daar noodzakelijkerwijs bij hoorde. Lastgeving betreft het verrichten van rechtshandelingen; de opdrachtovereenkomst in het algemeen (zoals bijvoorbeeld uitgevoerd door een advocaat, een notaris, een architect) bestaat hoofdzakelijk uit feitelijke verrichtingen. Dit is merkbaar bij de discussie over artikel 7.7.1.3, het huidige art. 7:402. De vraag was, in hoeverre het de opdrachtgever vrij stond de opdrachtnemer aanwijzingen te geven over de uitvoering van de opdracht en daarmee vanzelfsprekend in hoeverre die opdrachtnemer gehouden was die aanwijzingen uit te voeren. In het RO wordt de vraag opgeworpen of aan een dergelijk artikel behoefte bestaat voor de regeling van lastgeving. Enerzijds werd gedacht aan situaties als bij

¹⁶² De totstandkoming van deze wijziging is te danken aan mr S.W. Kuip. Kuip signaleerde in een aantal aan de Tweede kamer gerichte faxberichten dat de beoogde vervanging van de woorden ‘arbeider’ door ‘werknemer’ en ‘dienstbetrekking’ door ‘arbeidsovereenkomst’ niet consequent was doorgevoerd. Op zijn fax van 10 november 1998 werd op 13 november 1998 positief gereageerd door de fractie van D’66 en reeds een week later berichtte de regering bij Nota naar aanleiding van het verslag II dat ‘dit punt’ ‘in de nota van wijziging is meegenomen’ Kuip & Scholtens 1999, p. 1159.

¹⁶³ Parlementaire Geschiedenis Boek 7, p. 323/324

advocaten, notarissen en medici, waarbij de opdrachtnemer op grond van eigen beroepsregels niet gehouden kan worden alle nadere aanwijzingen uit te voeren; anderzijds werd gevreesd dat de opdrachtnemer (bijvoorbeeld een architect) te gemakkelijk – en op een daartoe niet geëigend moment – zijn opdracht neer zou kunnen leggen. Dit leidde tot de toevoeging dat de opdrachtnemer de opdracht slechts wegens gewichtige redenen kon opzeggen wanneer hij op redelijke grond niet bereid was een hem door de opdrachtgever gegeven aanwijzing uit te voeren. Buiten zo'n redelijke grond kon de beroepsmatige opdrachtnemer slechts opzeggen wanneer de opdracht voor onbepaalde tijd gold en niet door volbrenging eindigt. Met andere woorden: de beroepsmatige opdrachtnemer mag zonder zo'n gewichtige reden niet 'tussentijds' opzeggen.

Dat de aanwijzingsbevoegdheid zich niet verder uitstrekt dan tot het kader van de opdracht, is ook niet echt onderscheidend: hoe ver dat dan gaat hangt immers geheel af van de omvang van de opdracht. Wanneer die beperkt is ('het opstellen van een processtuk') dan kan de opdrachtgever van zijn advocaat inderdaad niet verlangen dat deze gedurende de dag waarop hij op zijn eigen kantoor dit processtuk opstelt, op bepaalde wijze gekleed dient te gaan. Maar net zoals het bedrijf zijn hoogopgeleide en professionele medewerkers in hoge en wellicht steeds hogere mate vrij laat hun werkzaamheden naar eigen goeddunken uit te voeren, zo worden 'zelfstandige' professionals al naar gelang de aard en – vooral – omvang van hun voor het bedrijf verrichte werkzaamheden, in bepaalde zin in dat bedrijf geïntegreerd voor wat betreft de wijze en het tijdstip van communiceren en van de bedrijfscultuur. Een opdrachtgever die in het kader van een grote bedrijfsovername aan zijn advocatenkantoor duidelijk wil maken dat de opdrachtgever de 'lead' heeft en niet andersom, drukt dat kernachtig uit met de term "we want you to jump", hetgeen menig advocaat dan ook doet. Asser-De Leede kenschetst de moderne opdrachtnemer als een verkoper van zijn diensten, op wie het zelfde regime als van andere verkopers van toepassing zou kunnen zijn: "opdrachtnemers interesseert het in de regel weinig voor wie zij hun diensten verrichten"¹⁶⁴; bij een dergelijke opmerking diene men zich af te vragen in hoeverre dat ook opgaat voor werknemers.

Dat sommige beroepsuitoefenaren dan een specifieke deskundigheid of beroepsethiek hebben en dientengevolge ook aan hun eigen beroepsregels gebonden zijn staat buiten kijf, maar is ook niet doorslaggevend voor de arbeidsovereenkomst. Het is al lange tijd geaccepteerd dat artsen op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam kunnen zijn, terwijl zij gebonden blijven aan hun artscodes; evenzo is dit sinds 1996 aanvaard in de advocatuur¹⁶⁵. In dat verband past dan ook het aanvaarden van een arbeidsovereenkomst met een geestelijke: naast de puur religieuze aspecten – ten aanzien waarvan er geen ondergeschiktheid of instructiebevoegdheid kan zijn – zijn er ook arbeidsorganisatorische onderdelen in zijn taak, waar die instructiebevoegdheid er wel is.

De opdrachtnemer is gehouden aan de opdrachtgever rekenschap te geven over de wijze waarop de opdracht is vervuld, art. 7:403. Een dergelijke verantwoordingsplicht is voor de werknemer niet expliciet vastgelegd, maar vloeit – in ieder geval wanneer de werkgever daar om vraagt - wel voort uit art. 7:611, het goed werknemerschap.

4.6 Met het oog op de persoon van de opdrachtnemer gesloten opdrachtovereenkomst

Art. 7:404 luidt: Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden, nodig voor de uitoefening van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zo ver uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtgever.

In dit artikel zitten daarmee twee elementen: 1. het geeft voor de opdrachtovereenkomst een van de arbeidsovereenkomst echt afwijkende bepaling, daar waar de mogelijkheid wordt opengelaten

¹⁶⁴ Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen, p. 85

¹⁶⁵ E.V.A. Henssen, Twee eeuwen advocatuur in Nederland, Kluwer 1998, pag. 270-274

dat een opdrachtovereenkomst wordt gesloten niet met het oog op de persoon van de opdrachtnemer; 2. er zit een aansprakelijkheidsuitbreiding in voor de niet-contractant, met het oog op wie diens ‘werkgever’ de opdrachtovereenkomst met de opdrachtgever is aangegaan. Voor het kader van deze studie is niet zo zeer belangrijk de directe strekking van art. 7:404 (namelijk dat in dat geval zowel de rechtspersoon-opdrachtnemer, maar ook degene die de opdracht feitelijk uitvoert¹⁶⁶ gebonden is) als wel dat een opdrachtovereenkomst ‘niet met het oog op de persoon van de opdrachtnemer’, bijvoorbeeld met een rechtspersoon, *kan* worden aangegaan.

4.7 Agentuurovereenkomst

Hierboven werd er op gewezen dat de recente regeling aangaande de opdrachtovereenkomst in die zin liberaal is, dat de opdrachtnemer geacht wordt zijn belangen te kunnen behartigen, en van de wetgever amper enige extra steun krijgt in de vorm van te zijnen behoeve geschreven dwingendrechtelijke bepalingen. Integendeel, juist de opdrachtgever – en vooral de niet-professionele opdrachtgever – wordt extra beschermd.

Anders ligt het bij de veel oudere regeling met betrekking tot agenten: in zijn relatie met de principaal is het vooral de agent die wordt beschermd. De sinds 1 september 1993 in de artikelen 428 tot en met art. 445¹⁶⁷ boek 7 BW neergelegde regeling¹⁶⁸, was daarvoor in slechts weinig gewijzigde vorm te vinden in de artikelen 74 e.v. Wetboek van Koophandel¹⁶⁹. Door de plaatsing van de agentuurovereenkomst als Afdeling 4 van boek 7, na Afdeling 1: Opdracht in het algemeen, is de agentuurovereenkomst een species van de opdrachtovereenkomst. De belangrijkste verschillen van de rechtspositie van de agent ten opzichte van de gewone opdrachtnemer betreffen zijn aansprakelijkheid (art. 7:429), zijn beloningsvorm (provisie, art. 7:431) en de formele verplichtingen die de principaal daarbij heeft (informatieplicht, tijdstip betaling, verschuldigdheid betaling bij niet kunnen werken), opzegtermijnen (art. 7:437 en 7:438), de ontbindingsmogelijkheid (vergelijkbaar met die van art. 7:685), vooral de goodwill-regeling, en ten slotte de bepaling omtrent het non-concurrentiebeding (art. 7:443).

De agentuurovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij, de principaal, aan de andere partij, de handelsagent, opdraagt, en deze zich verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ondergeschikt te zijn (art. 7:428 lid 1). Het gaat daarbij, anders dan de ‘gewone’ opdrachtovereenkomst, om een vaste relatie tussen agent en principaal; indien slechts sprake is van een of meer bepaalde bemiddelingen, is het geen agentuurovereenkomst¹⁷⁰. De agentuurovereenkomst lijkt daarmee, nog meer dan de ‘gewone’ opdrachtovereenkomst, op een arbeidsovereenkomst. De agent werkt echter niet in ondergeschiktheid. Daar waar wel sprake is van een ‘werker’, die namens zijn ‘principaal’/werkgever goederen of diensten verkoopt, en dit wél doet op basis van een arbeidsovereenkomst, wordt deze handelsreiziger genoemd. Echter ook hiervan constateert Asser-De Leede dat het niet altijd gemakkelijk zal zijn de agentuurovereenkomst en de handelsreizigersovereenkomst van elkaar te onderscheiden¹⁷¹.

De gevolgen van de agentuurovereenkomst lijken, voor wat betreft de beëindiging ervan, sterk op die van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast zijn ook duidelijke verschillen aan te geven tussen agentuur- en arbeidsovereenkomst.

¹⁶⁶ Dat dit de strekking van genoemd artikel is, blijkt uit het Nader Rapport, Parlementaire Geschiedenis Boek 7, p. 330/331

¹⁶⁷ Waarbij ook de algemene artikelen 7:400/413 en 425/427 van toepassing zijn, voor zo ver daarvan in de artikelen 428/445 niet wordt afgeweken

¹⁶⁸ Wet van 27 mei 1993, Stb. 309

¹⁶⁹ De positie van de agent is ook internationaal geregeld: in 1974 in de Benelux-modelwet betreffende de agentuurovereenkomst (Trb. 1974, 4), en verder door de Tweede Richtlijn van de EG van 18 december 1986 betreffende zelfstandige handelsagenten (PbEG L 382/17).

¹⁷⁰ Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen, p. 166

¹⁷¹ Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen, p. 168

Als uitgangspunt geldt dat de agent geen verantwoordelijkheid heeft voor de goede afloop van door hem bemiddelde of afgesloten transacties, tenzij hij handelt met derden die notoir insolvent zijn of van wie die financiële situatie bekend had moeten zijn, dan wel indien door partijen schriftelijk anders wordt overeengekomen. De schriftelijke agentuurovereenkomst kan de aansprakelijkheid voor verplichtingen voortvloeiend uit door de agent bemiddelde of afgesloten overeenkomsten op de agent leggen, maar deze aansprakelijkheid kan als uitgangspunt niet hoger zijn dan de uit de overeenkomst genoten provisie. Ook in gevallen wanneer de agent op grond van zijn contractuele verplichtingen een verdergaande aansprakelijkheid heeft, kan de rechter, wanneer daarmee een kennelijke wanverhouding ontstaat met de te genieten provisie, die aansprakelijkheid matigen (art. 429).

De regeling omtrent het loon van de agent en de beëindiging van de agentuurovereenkomst komt in deel 3 aan de orde

4.8 Conclusie

Uit de wettekst en wetsgeschiedenis komt niet een duidelijke definitie naar voren, aan de hand waarvan de opdrachtovereenkomst af te bakenen is van de arbeidsovereenkomst. Uit de wetsgeschiedenis wordt zelfs duidelijk dat de wetgever er zich van bewust was dat dat onderscheid *niet* duidelijk is. Voor de duiding van de ene of de andere overeenkomst wordt gekeken naar de feitelijke situatie, en niet naar de benaming door partijen¹⁷². Gelet op de gevolgen die het voor een werker heeft om op basis van een arbeids- of opdrachtovereenkomst te werken, is die onzekerheid niet wenselijk. Gelet op de onduidelijkheid in die afbakening, is het opvallend dat de rechtspositie van de opdrachtnemer en de werknemer sterk van elkaar verschillen. De wettelijke regeling aangaande de opdrachtnemer is vrijwel geheel van regelen recht. De weinige bepalingen in de regeling van de opdrachtovereenkomst beschermen veeleer de opdrachtgever, en vooral de niet-professionele opdrachtgever, en niet de professionele opdrachtnemer.

Aangezien de agent een species is van de opdrachtovereenkomst, en de juridische positie van de agent in veel situaties te vergelijken is met die van de opdrachtnemer (beiden werken niet in een gezagsverhouding, terwijl zij wel beiden arbeid verrichten en daarvoor loon ontvangen) is het opvallend dat de agent een duidelijker sterkere – met de werknemer te vergelijken - rechtspositie heeft dan de opdrachtnemer. Een verklaring daarvoor kan zijn dat de agent in het algemeen in een enigszins afhankelijke positie verkeert ten opzichte van de principaal, terwijl onder de noemer opdrachtovereenkomst zoveel verschillende situaties vallen, dat niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de opdrachtnemer in een afhankelijke positie van de opdrachtgever verkeert. Daar waar dat wel het geval is, is er echter aanleiding de opdrachtnemer – en in ieder geval de afhankelijke opdrachtnemer - een met de agent meer overeenkomstige rechtspositie te verschaffen.

¹⁷² Vgl. de hierboven genoemde Hoge Raad-jurisprudentie over het onderscheid tussen de arbeids- en opdrachtovereenkomst, waaronder Groen/Schoevers; vgl. ook Hof Den Haag, 7 maart 1941, NJ 1941,604

Hoofdstuk 5. Positie Statutair Directeur

5.1 Inleiding

Wanneer onderzocht wordt of het niveau van arbeidsrechtelijke bescherming strookt met de status van de betrokken werkende, springt één categorie werknemer in het bijzonder in het oog: dat betreft de statutair directeur. De statutair directeur heeft als werknemer een bijzondere wettelijke positie, omdat hij met de onderneming zowel een arbeidsrechtelijke als een vennootschapsrechtelijke band heeft. Verder wordt de statutair directeur in de literatuur bij uitstek genoemd als een representant van de economisch niet- of weinig-afhankelijke werkenden, die om die reden geen of minder arbeidsrechtelijke bescherming zou behoeven. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de specifieke wettelijke regelingen die gelden voor de statutair directeur. Ook wordt stilgestaan bij een aantal van de voorstellen die de afgelopen jaren zijn gedaan om de juridische positie van de statutair directeur te wijzigen.

5.2 Wettelijke regeling statutair directeur

De statutair directeur neemt een aparte arbeidsrechtelijke positie in omdat hij (of zij), volgens geldend recht, naast een vennootschapsrechtelijke band (hij is bestuurder van de ondernemer, in de zin van Boek 2 BW) ook een arbeidsrechtelijke band heeft¹⁷³. Indien het bestuur van een vennootschap wordt uitgeoefend door (een andere) rechtspersoon, bestaat tussen de vennootschap en die rechtspersoon geen arbeidsovereenkomst, aangezien een rechtspersoon niet werknemer kan zijn¹⁷⁴. Wanneer ik het hierna over de statutair directeur heb, doel ik daarom op de directeur zijnde een natuurlijke rechtspersoon.

Dat de statutair directeur (ook) een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap, wordt aangenomen sinds de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst¹⁷⁵. Koopmans geeft in zijn dissertatie een overzicht van de ontwikkeling in de opvattingen daaromtrent. In de 19^e eeuw werd de directeur meestal geacht krachtens lastgeving werkzaam te zijn. Gaandeweg¹⁷⁶ kreeg de opvatting de overhand dat de verhouding als dienstbetrekking moest worden beschouwd. Bij de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst huldigde de regering ook die opvatting, en in 1928 werd, bij de herziening van het vennootschapsrecht, neergelegd dat de rechtsvorderingen gebaseerd op de overeenkomst tussen de naamloze vennootschap en de directeur, behoren tot de vorderingen betrekkelijk tot een arbeidsovereenkomst (art. 47w WvK). Het bijzondere van het werknemerschap van de statutair directeur is echter dat hij in een aantal situaties niet als ondergeschikte, maar juist als leidinggevende beschouwd wordt. Verder is het de vraag wie als leidinggevende van de statutair directeur moet worden beschouwd. Wat betreft het eerste wordt aangenomen dat de omstandigheid dat de statutair directeur soms (bijvoorbeeld voor de toepassing van de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet op de Ondernemingsraden) als leidinggevende resp. bestuurder wordt aangemerkt, zich er niet tegen verzet dat hij anderszins ook ondergeschikte van de vennootschap kan zijn. De leidinggevende positie binnen de vennootschap jegens de statutair directeur wordt daarbij uitgeoefend door – afhankelijk van de soort vennootschap – de Algemene vergadering van Aandeelhouders of de Raad van Commissarissen.

Volgens de wetgever is de statutair directeur weliswaar werknemer, maar een aantal werknemersbepalingen zijn niet op hem van toepassing. De statutair directeur van de B.V. en de N.V. is van

¹⁷³ een vrij recent overzicht omtrent de opvattingen hierover wordt gegeven door De Bock 2002, p. 7

¹⁷⁴ HR 9 juli 1990, NJ 1991,215; Koopmans p. 137 en 211 met verdere literatuurverwijzingen

¹⁷⁵ En eigenlijk al iets daarvoor: Koopmans (p. 211) verwijst in zijn dissertatie naar een rechtspraakoverzicht van Molengraaff in RM 1889, p. 412, waaruit blijkt dat in de jaren vóór 1907 gaandeweg de mening de overhand kreeg dat de verhouding met de statutair directeur van een NV als dienstbetrekking moet worden beschouwd.

¹⁷⁶ Koopmans, pag. 211/212, met verwijzing naar Molengraaf, RM 1889, p. 412; HR 7 maart 1913, NJ 1913, p. 625 en Bles I, p. 206

de werking van het BBA uitgesloten¹⁷⁷ en de rechter kan de vennootschap niet veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking met die bestuurder. Omdat op het gebied van het ontslagrecht voor de statutair directeur daarmee een aantal belangrijke uitzonderingen golden, was het lange tijd de vraag of de statutair directeur wel de overige volledige ontslagbescherming, waaronder de nietigheidssancties, genoot. De Hoge Raad beantwoordt die vraag in 1992¹⁷⁸ bevestigend. De Hoge Raad stelt in dit Levison-arrest voorop dat een geldig vennootschapsrechtelijk ontslag “niet tot gevolg behoeft te hebben dat ook de dienstbetrekking eindigt”. Dat betekent volgens de Hoge Raad - op voorspraak van Advocaat-Generaal Langemeijer – dat de reguliere arbeidsrechtelijke bescherming, voor zo ver niet expliciet uitgezonderd, ook van toepassing is op de bestuurder, omdat “niet valt in te zien dat de positie van een in dienstbetrekking werkzame bestuurder zo wezenlijk verschilt van die van andere werknemers, waaronder niet tot bestuurder benoemde, maar wel met leidinggevende taken belaste werknemers, dat de bestuurder/werknemer niet in aanmerking zou behoren te komen voor de bescherming die art. 1639h lid 3 beoogt”. Evenzo kan de opzegging aan een statutair directeur kennelijk onredelijk zijn¹⁷⁹.

Juist de toekenning aan de statutair directeur van die (vrijwel) volledige arbeidsrechtelijke bescherming vormde aanleiding voor de discussie over de positie van de statutair directeur en zijn behoefte aan al die bescherming¹⁸⁰.

5.3 Waarom aparte regels

De niet toepasselijkheid van het BBA en de artikelen 134 en 244 lid 3 boek 2 drukt uit dat vanwege de positie die de statutair directeur van de BV en de NV bekleedt, aan hem niet dezelfde arbeidsrechtelijke bescherming behoort te worden gegeven. Waarom is dat zo?

De achtergrond van artikel 2:134 lid 1 (en 244 lid 1) BW, namelijk dat de bestuurder te allen tijde kan worden geschorst of ontslagen, is een oude. De regel als zodanig bestond al vóór 1928, en is op dat moment als art. 48b lid 1 in het Wetboek van Koophandel neergelegd, om te voorkomen dat bestuurders voor bepaalde tijd of voor het leven benoemd werden. De regel laat overigens onverlet dat er andere arbeidsrechtelijke bepalingen zijn die aan die opzegmogelijkheid een beperking kunnen geven. In de eerste plaats betrof dat het in 1945 ingevoerde BBA, waarvan echter zoals aangegeven de statutair directeur van de BV of NV in 1954 werd uitgezonderd. In de tweede plaats gold dat de in 1953 ingevoerde opzegverboden. Bij die invoering en de daaraan voorafgaande parlementaire behandeling werd niet apart stilgestaan bij de positie van bestuurders van vennootschappen¹⁸¹. Bij de totstandkoming van boek 2 NBW is vervolgens, zonder al te veel debat, besloten de werking van de bepalingen omtrent herstel van de dienstbetrekking uit te schakelen voor bestuurders van vennootschappen¹⁸².

Advocaat-Generaal Strikwerda¹⁸³ noemt als het bijzondere van de positie van de statutair directeur, dat de benoeming, schorsing en ontslag in handen ligt van een vennootschapsrechtelijk orgaan, doorgaans de algemene vergadering van aandeelhouders. Ik vind dat echter niet een reden voor een zo uitzonderlijke behandeling. In veel ondernemingen zullen er regels gelden welke persoon of orgaan beslist over (het voornemen tot) ontslag van een bepaalde functionaris. Het bijzondere van de positie van de statutair directeur zou er ook in kunnen liggen dat deze andere verantwoordelijkheden en dus aansprakelijkheden kent dan de gewone werknemer. De gewone werknemer is slechts aansprakelijk voor in verband met de uitoefening van zijn functie ontstane schade wanneer zijnerzijds sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid (zie hierover ook Deel 4, hoofdstuk 3). De statutair directeur (en iedere ander die een vennootschapsrechtelijke positie bekleedt) is krachtens art. 2:9 BW gehouden tot een behoorlijke

¹⁷⁷ deze uitzonderingen zullen uitgebreider worden besproken in hoofdstuk 17.2.5

¹⁷⁸ HR 13 november 1992, NJ 1993, 265

¹⁷⁹ HR 4 december 1992, JAR 1992/149

¹⁸⁰ Grapperhaus 2003b

¹⁸¹ zo ook Koopmans, in zijn conclusie bij HR 13 november 1992, JAR 1992/133

¹⁸² Parlementaire Geschiedenis Boek 2, p. 626

¹⁸³ in zijn conclusie bij HR 15 september 1995, JAR 1995/213, NJ 1996, 234

vervulling van de hem opgedragen taak. Volgens de Hoge Raad¹⁸⁴ betekent dat dat hij op zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Het verschil in aansprakelijkheden zal in hoofdstuk 20.6.7 verder worden uiteengezet. Geconcludeerd zal dan worden dat de statutair directeur een verdergaande aansprakelijkheid kent dan de gewone werknemer; waar de gewone werknemer een inspanningsverbintenis heeft met betrekking tot de door hem te leveren werkzaamheden, kent de verplichting van de statutair directeur elementen van een resultaatsverbintenis.

Bovengenoemde drie argumenten (de benoeming is een uit de aard tijdelijke; voor de statutair directeurs gelden veelal afwijkende bepalingen ten aanzien van het orgaan dat kan beslissen over zijn ontslag en de statutair directeur heeft verdergaande verantwoordelijkheden dan een gewone werknemer) vormen de juridische grond voor de afwijkende regeling voor de statutair directeur. Of dit een gradueel of een fundamenteel verschillende regeling rechtvaardigt is daarmee nog niet gezegd.

5.4 Arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst

Volgens de wetgever in 1907 heeft de statutair directeur met de vennootschap een arbeidsovereenkomst. Dat de statutair directeur naast zijn vennootschapsrechtelijke relatie ook een arbeidsovereenkomst heeft, werd uitgemaakt om duidelijk te maken dat die directeur naast zijn vennootschapsrechtelijke-relatie, ook enige andere rechtsband heeft, waaruit rechtsbescherming voortvloeit. Dat de directeur die bescherming nodig heeft of nodig kan hebben, vloeit er uit voort dat die directeur ook maar een mens is, die werkt om te leven. In een tijd dat de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten vooral werd gezien als behorend bij de klassieke vrije beroepsuitoefenaren als artsen, advocaten en notarissen, lag het niet voor de hand de statutair directeur ook onder die noemer te scharen. Omdat zijn werkzaamheden niet gericht zijn op de tot stand koming van een werk, bleef destijds de arbeidsovereenkomst over. Vanwege de toegenomen arbeidsrechtelijke bescherming voor werknemers in het algemeen en onder andere vanwege het expliciet op de statutair directeur van toepassing laten zijn van de ontslagverboden in het Levison-arrest, wordt recentelijk de vraag weer gesteld of de statutair directeur naast zijn vennootschapsrechtelijke band, niet werkzaam zou kunnen zijn op basis van een opdrachtovereenkomst. De arbeidsrechtelijke bescherming kan voor een statutair directeur namelijk als overdreven betuttelend worden gezien. Veel hoger geplaatsten of leidinggevendenden houden hun opgebouwde en opgenomen vakantiedagen helemaal niet bij, en er is in die situaties soms ook niemand die taalt naar hun stipte aanwezigheid op de vaste bedrijfstijden: zij worden door hun bazen, de aandeelhouders of Commissarissen, eerder afgerekend op de behaalde resultaten dan op de manier waarop dat geschiedt. De statutair directeur heeft méér dan een gewone werknemer een resultaatsverbintenis, in plaats van een inspanningsverplichting. Past daar dan eerder een opdrachtovereenkomst bij, dan een arbeidsovereenkomst?

Het verschil tussen een arbeids- en een opdrachtovereenkomst bestaat, naar geldend recht, wanneer het om een individuele werker gaat, uit de mate van gezagsuitoefening. Is het denkbaar dat een statutair directeur zijn werkzaamheden verricht op basis van een opdrachtovereenkomst, of brengt de aard van zijn vennootschapsrechtelijke relatie met de vennootschap mede dat automatisch sprake is van een gezagsverhouding en daarmee – omdat tevens (persoonlijk) arbeid moet worden verricht en loon wordt ontvangen – van een arbeidsovereenkomst?

Zoals art. 7:402 BW bepaalt, is de opdrachtgever bevoegd de opdrachtnemer aanwijzingen te geven. Gaat de band tussen vennootschap en statutair directeur zo ver dat dat altijd meer is dan het enkele aanwijzingen kunnen geven? Ik geloof niet dat op die vraag zonder meer bevestigend kan worden geantwoord. De gezagsverhouding van art. 7:610 BW is voor de Hoge Raad een vorm van ‘verzwaarde aanwijzingsbevoegdheid’. Die verzwaaring kan liggen op het gebied van het stelselmatig geven van instructies, bijvoorbeeld over de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. De verzwaaring kan ook liggen op de ‘huisregels’ welke gelden binnen een bedrijf, bijvoorbeeld aangaande werktijden, bedrijfsstijl, kledingvoorschriften enz. Deze

¹⁸⁴ Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997,360

bevoegdheid van de werkgever om de werknemer te instrueren, ligt mede verankerd in art. 7:661 BW, ook wel directiebevoegdheid genaamd. Dat laatste woord geeft al aan, dat het niet aannemelijk is dat de statutair directeur zelf getroffen wordt door een jegens hem door de commissarissen of aandeelhoudersvergadering uitgeoefende directiebevoegdheid.

Een tweede argument dat de relatie tussen de vennootschap en de statutair directeur niet per se een arbeidsovereenkomst hoeft te zijn wordt gevormd door de omstandigheid dat ook een vennootschap bestuurder van een andere vennootschap kan zijn, en tussen die twee vennootschappen onbetwist geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Welke argumenten zijn er tégen de opvatting dat de statutair directeur ook op basis van een opdrachtovereenkomst zou kunnen werken?

De belangrijkste reden op grond waarvan mijns inziens zou kunnen worden bepleit dat de statutair directeur altijd een arbeidsovereenkomst heeft, en geen sprake kan zijn van een opdrachtovereenkomst, ziet op zijn vertegenwoordigende rol die hij ten opzichte van het bedrijf in neemt. De statutair directeur maakt als geen ander deel uit van de organisatie van het bedrijf. Dat laatste is juist, maar is voor mij op zich zelf niet doorslaggevend. Ook een accountant of advocaat kan een voor het bedrijf essentiële rol spelen die materieel de positie nadert deel van de organisatie te zijn.

Een ander argument zou er uit kunnen bestaan dat een vennootschap er misbruik van zouden kunnen maken door werknemers tot statutair directeur te benoemen, wanneer deze daarmee hun werknemerstatus zouden verliezen. De kans dat zo iets zich zal voordoen is weliswaar niet ondenkbeeldig¹⁸⁵, maar ook op andere manier te ondervangen, namelijk minimum grenzen aan te geven, waaraan het remuneratiepakket van een directeur moet voldoen, wil worden afgezien van het werknemerschap.

Dat de statutair directeur met een arbeidsovereenkomst meer gebonden zou zijn aan de onderneming en dus niet plotseling kan opstappen, vormt geen overtuigend argument. Ook in een opdrachtovereenkomst kan een opzegtermijn worden overeengekomen. Bovendien leert de ervaring vaak dat de directeur die te kennen besloten te hebben weg te gaan, in de visie van de vennootschap het best zo snel mogelijk kan vertrekken.

Ik zie daarom geen principiële redenen waarom er tussen een vennootschap en de statutair directeur, naast de vennootschapsrechtelijke band, perse een arbeidsovereenkomst aanwezig zou moeten zijn.

5.5 Gevolgen van het door de statutair directeur werken op basis van een opdrachtovereenkomst

Stel dat de statutair directeur geen arbeidsovereenkomst zou hebben, welke overeenkomst zou hij dan hebben, naast de vennootschapsrechtelijke band? De meest voor de hand liggende mogelijkheid is de opdrachtovereenkomst, zijnde de restcategorie wanneer er gewerkt wordt en er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst of aanneming van werk. Gedacht zou echter ook kunnen worden aan een overeenkomst sui generis¹⁸⁶. Het aanmerken van de betreffende relatie als een overeenkomst sui generis leidt tot een cirkelredenering. De vervolgvraag is immers, welk niveau van bescherming daar dan bij hoort? Tenzij als antwoord gegeven zou worden: 'geen enkele specifieke vorm van bescherming', is enige vorm van specifieke bescherming nodig, waarmee sprake moet zijn van een benoemd contract. Gelet op het restkarakter van de opdrachtovereenkomst waar het gaat om het verrichten van werk, zal tussen de vennootschap en de natuurlijke persoon-statutair directeur, indien geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dus sprake moeten zijn van een opdrachtovereenkomst.

¹⁸⁵ Uit het boek *De blinde vlekken van Nederland*, Van Gennep 1994 van Stella Braam blijkt dat het niet ondenkbeeldig is dat personen met een zeer zwakke maatschappelijke positie als stroman worden ingeschakeld. Iets dergelijks heeft niet alleen gevolgen voor de vennootschap en zijn crediteuren, maar ook voor de betreffende stroman, die met allerlei aansprakelijkheden kan worden opgescheept

¹⁸⁶ Advocatenkantoor Van Doorne wijst er in zijn reactie op de concept code van de Commissie Tabaksblad op dat in het nieuwe Antilliaanse Boek 2 BW voor de bestuurder een overeenkomst sui generis wordt voorzien

Indien sprake is van een opdrachtovereenkomst, wat voor gevolgen zou dat voor de diversen betrokken partijen (kunnen) hebben?

Wanneer de directeur bij of na indiensttreding voldoende onderhandelingspositie heeft tegenover de vennootschap, is het waarschijnlijk dat het totale pakket aan rechtspositie wat hij weet te bedingen, 'goed genoeg' is. Als geen ander mag er van worden uitgegaan dat de statutair directeur weet waarvoor hij tekent. Dat is nu ook al het geval, doordat de persoon die naast zijn titulair directeurschap ook statutair directeur wordt, er verantwoordelijkheden en verplichtingen (onder andere op het gebied van aansprakelijkheden ex art. 2:9 BW) bij krijgt. Niemand betwist dat de directeur niet in staat zou zijn die consequenties te overzien. In een opdrachtovereenkomst kan de opdrachtnemer een (nog) veel grotere aansprakelijkheid voor door hem veroorzaakte schade op zich nemen. Op zich is daar niets op tegen, mits de directeur zich ook daarbij bewust is van datgene waarvoor hij tekent.

De vennootschap vormt wat dit betreft uiteraard de keerzijde. Bij het sluiten van de opdrachtovereenkomst zal geen sprake mogen zijn van het misbruik maken van een machtspositie. Van zo'n misbruik zou sprake kunnen zijn, wanneer de directeur potentieel grote aansprakelijkheden naar zich toegeschoven krijgt, zonder dat daar een adequate compensatie tegenover staat, in de vorm van zelf te ontvangen honorering in combinatie met een verzekering tegen de schade die gevolg kan zijn van deze verzwaarde risico's. Een adequate juridische regeling van de positie van de statutair directeur zal daarom de mogelijkheid van een dergelijk misbruik indien enigszins mogelijk moeten zien te beperken.

Derden zouden er nadeel van kunnen hebben, wanneer de directeur niet werkt op basis van een arbeidsovereenkomst maar als opdrachtnemer, wanneer zij daarmee een debiteur kwijt raken in geval van door de betreffende directeur tegenover hen toegebrachte schade. Het kwijtraken door de derde van zo'n debiteur kan betrekking hebben op twee situaties: de derde raakt de directeur als verhaalsobject kwijt, of de derde raakt de vennootschap als debiteur kwijt. Van het eerste zou alleen sprake kunnen zijn indien in de door de directeur met de vennootschap te sluiten opdrachtovereenkomst, de aansprakelijkheid van de eerste nog verder is weggecontracteerd dat de op de werknemer rustende aansprakelijkheid. Het zal in de praktijk niet vaak voorkomen dat de vennootschap er mee akkoord gaat dat de statutair directeur ook de aansprakelijkheid voor opzettelijk of bewust roekeloos veroorzaakte schade wegcontracteert. Van het tweede kan sprake zijn, wanneer in de interne verhouding de directeur alle aansprakelijkheid naar zich toegeschoven krijgt. De vraag wordt dan tot hoever de aansprakelijkheid van het bedrijf ex art. 6:170 en 6:171 BW voor zijn opdrachtnemers zich uitstrekt. Zoals wij in hoofdstuk 20.4 zullen zien, is de aansprakelijkheid van het bedrijf voor zijn opdrachtnemer ex art. 6:171 BW vergelijkbaar met die van art. 6:170 BW voor zijn eigen werknemers, mits de derde de betreffende opdrachtnemer als representant van het bedrijf mocht beschouwen. Dat laatste nu is bij de statutair directeur bij uitstek het geval.

Een derde (wanneer hij slachtoffer zou worden van fouten of schade toegebracht door de statutair directeur) zal er daarom in de regel geen nadeel van hebben indien de statutair directeur als opdrachtnemer werkt.

Er zijn daarmee eigenlijk weinig redenen, anders dan dat de statutair directeur tegen een misbruik positie van het bedrijf beschermd moet worden, om het niet mogelijk te maken dat de statutair directeur op basis van een opdrachtovereenkomst zijn werkzaamheden verricht.

Wanneer er geen bezwaren zijn om de statutair directeur de mogelijkheid te geven in plaats van op basis van een arbeidsovereenkomst, op basis van een opdrachtovereenkomst werkzaam te zijn: komt de vraag op of de statutair directeur verplicht op basis van een opdrachtovereenkomst (in plaats van op die van een arbeidsovereenkomst) zou moeten werken. Een dergelijk voorstel is, door de hierna te bespreken Commissie Tabaksblat, wel geopperd in de concept-Code, maar in de uiteindelijke Corporate Governance Code niet gehandhaafd. Tegen een dergelijk verplicht opdrachtnemerschap voor de statutair directeur bestaan – naast de hiervoor genoemde mogelijkheid van het door de vennootschap maken van misbruik van haar machtspositie - een aantal bezwaren. De commissie Tabaksblat had haar voornemen beperkt tot de statutair directeur van de beursgenoteerde vennootschap. Wanneer er zich een wijziging voordoet in de positie van

de vennootschap (van of naar de beurs) zou dat ingrijpende gevolgen hebben voor de rechtspositie van de statutair directeur: de directeur zou in geval van zo'n wijziging ineens zijn arbeidsovereenkomst 'kwijtraken' of juist weer 'terugkrijgen'. In de tweede plaats kan het voor sommige statutair directeuren heel onbillijk zijn indien zij hun arbeidsrechtelijke bescherming 'verplicht' kwijt zouden raken. De groep statutair directeuren is namelijk divers: er kan sprake zijn van een werknemer met een zeer langdurig dienstverband, die aan het eind van zijn carrière, wanneer hij al is opgeklommen tot titulair directeur, tevens statutair directeur wordt; er kan ook sprake zijn van een extern geworven statutair directeur, die het leiderschap van het ene grote bedrijf inruilt voor het leiderschap van een ander. De eerste persoon staat veel dichterbij een gewone werknemer dan de tweede; voor de eerste persoon kan het zeer onbillijk zijn (tenzij voor die benoeming weer allerlei vormen van compensatie wordt betaald) aan het eind van zijn carrière zijn werknemerschap gedwongen kwijt te raken. Het verplicht opdrachtnemerschap van de statutair directeur is daarmee niet reëel.

De diversiteit in directeurenschap brengt wel de vraag naar voren of voor de directeuren van beursgenoteerde vennootschappen een wellicht apart regime zou moeten worden ingesteld.

5.6 Aparte positie statutair directeur van een beursgenoteerde vennootschap?

Op uitnodiging van de Ministers van Financiën en Economische Zaken hebben een aantal private instellingen¹⁸⁷ de Commissie Corporate Governance (naar haar voorzitter ook genoemd Commissie Tabaksblat) ingesteld, onder andere met de bedoeling het vertrouwen van het publiek in een eerlijke, integere en transparante gang van zaken binnen Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen te herstellen¹⁸⁸. Deze commissie heeft op 9 december 2003 een Nederlandse Corporate Governance Code (CGC) opgesteld. In maart 2004 heeft de regering aangegeven de in deze CGC opgestelde aanbevelingen in een AMvB te zullen overnemen. Voor een dergelijke toepassing was op 9 september 2003 door de Tweede Kamer een wettelijke basis gegeven¹⁸⁹. De code is van toepassing op alle beursgenoteerde in Nederland gevestigde vennootschappen. De CGC hanteert het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is, waarbij de belangen van werknemers, aandeelhouders, zakelijke relaties, de overheid en maatschappelijke groeperingen tegen elkaar moeten worden afgewogen en waarbij de vennootschap streeft naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn. De commissie wenst te komen tot breed gedragen opvattingen over een goede corporate governance. Zij neemt als uitgangspunt de bestaande wetgeving betreffende de externe en interne verhoudingen van beursgenoteerde vennootschappen, hoewel zij de wetgever wel in overweging geeft de (sterk bekritiseerde) wetgeving inzake de verplichte toepassing van de structuurregeling te schrappen. De code bevat principes en concrete bepalingen die de bij zo'n vennootschap betrokken personen en partijen tegenover elkaar in acht zouden moeten nemen en waar ook verslag van dient te worden gedaan. De code bevat geen bindende normen, maar gaat uit van de regel: pas toe of (in geval van afwijking) leg uit. Dat betekent dat beursgenoteerde vennootschappen verplicht¹⁹⁰ zullen worden in hun jaarverslag gemotiveerd uit te leggen of en zo ja waarom en in hoeverre zij afwijken van de best practice bepalingen van de code. Aan de definitieve code is een op 1 juli 2003 gepubliceerde concept-code voorafgegaan. Het publiek werd in de gelegenheid gesteld hierop tot 5 september 2003 te reageren. Van deze inspraakmogelijkheid is op ruime schaal¹⁹¹ gebruik gemaakt en deze commentaren zijn grotendeels ook openbaar gemaakt. In de definitieve code zijn een aantal van de in deze commentaren voorgestelde wijzigingen overgenomen.

¹⁸⁷ Euronext Amsterdam, het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor Pensioenfondsen, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen en de Vereniging VNO-NCW

¹⁸⁸ Commissie Corporate Governance, Code, pag. 38

¹⁸⁹ TK, 2002/03, 28 179, nr. 31

¹⁹⁰ Het wetsvoorstel 28 179, nr. 309 zou hiertoe een wettelijke basis moeten geven

¹⁹¹ 257 reacties

5.7 Concept-code Commissie Tabaksblad

In de concept-code werden een aantal voorstellen gedaan met betrekking tot de positie van de statutair directeur. Deze voorstellen waren op zich zelf niet beperkt tot beurs-genoteerde vennootschappen; ten aanzien van een aantal specifieke onderwerpen werd wel aangegeven dat die slechts betrekking hadden op beursgenoteerde vennootschappen. De voorstellen aangaande de bestuurder hadden betrekking op zijn juridische status, op de duur van zijn aanstelling, zijn beloning en zijn de ontslagbescherming.

Ten aanzien van zijn juridische status werd de wetgever aanbevolen de toepassing van het arbeidsrecht op bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen te herzien¹⁹². In annex 1 (Aanbevelingen voor de wetgever) beval de commissie de wetgever aan om de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders in het algemeen en zeker die van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij ontslag te heroverwegen, in het bijzonder om ervoor zorg te dragen dat een vergoeding bij ontslag niet hoger wordt gesteld dan één jaarsalaris. De commissie was tevens van mening dat een bestuurder van een beursvennootschap niet langer als werknemer moest worden beschouwd. De commissie voerde daartoe aan dat “de positie van de bestuurder (nu al) niet gelijk is aan de positie van een “gewone” werknemer. De algemene vergadering van aandeelhouders of de raad van commissarissen kan de bestuurder te allen tijde ontslaan en de bestuurder kan geen herstel van de dienstbetrekking vorderen (art. 2:134 BW). Ontslag door de algemene vergadering of de raad van commissarissen brengt in beginsel ook beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zich.”

Ten aanzien van de duur van zijn aanstelling werd voorgesteld hem voor een periode van maximaal vier jaar te benoemen, welke termijn telkens (dus een onbeperkt aantal keren) voor een periode van maximaal vier jaar kan worden verlengd¹⁹³.

Ten aanzien van zijn beloning werd voorgesteld dat deze wat betreft hoogte en structuur zodanig is dat gekwalificeerde en deskundige bestuurders kunnen worden aangetrokken en behouden, maar de bezoldigingsstructuur niet aanzet tot gedrag dat de belangen van de vennootschap veronachtzaamt. Dit principe werd als volgt uitgewerkt: (i) aandelenopties mogen niet binnen drie jaar na toekenning worden uitgeoefend en aandelen moeten tenminste tot het einde van het dienstverband worden aangehouden; (ii) de economische waarde van de variabele beloningscomponent bedraagt niet meer dan 50% van de totale bezoldiging¹⁹⁴. Het bezoldigingsbeleid van de vennootschap moet verder in de jaarrekening openbaar worden gemaakt¹⁹⁵.

Ten aanzien van zijn ontslagbescherming en –vergoeding werd voorgesteld dat de maximale vergoeding bij ontslag maximaal eenmaal het vaste jaarsalaris bedraagt, ongeacht de lengte van het dienstverband¹⁹⁶.

5.8 Reacties op de concept-code Commissie Corporate Governance

Ten aanzien van de voorgestelde wijziging van de juridische status komt veel kritiek. In de eerste plaats wordt door Even aangegeven dat niet duidelijk is of de voorstellen van de commissie zich alleen richten op de bestuurders van beursvennootschappen of ook op die van andere vennootschappen. In de tweede plaats wordt vrij algemeen geoordeeld dat het voorstel tot het afschaffen van de werknemerstatus door de commissie onvoldoende (immers niet meer dan met de enkele hierboven geciteerde regels) is gemotiveerd of zelfs doordacht¹⁹⁷. Ook de FNV¹⁹⁸ vindt

¹⁹² voetnoot 1 bij aanbeveling I.1.1 en voetnoot 3 bij aanbeveling I.2.11

¹⁹³ aanbeveling I.1.1

¹⁹⁴ aanbeveling I.2.1; I.2.2; I.2.3; I.2.9

¹⁹⁵ aanbevelingen I.2.12/17

¹⁹⁶ aanbeveling I.2.10

¹⁹⁷ Reactie VNO

de afschaffing van de werknemersstatus niet perse nodig. Advocatenkantoor Van Doorne is van mening dat de geldende duale positie van de bestuurders voldoende is uitgekristalliseerd en er daarom geen behoefte aan bestaat de werknemersstatus voor bestuurders af te schaffen. Bovendien acht Van Doorne het opdrachtnemerschap geen goed alternatief, omdat de contractvrijheid die daaraan eigen is tot allerlei uitwassen kan leiden.

Tegen de voorgestelde duur van de vennootschapsrechtelijke aanstelling van 4 jaar komt niet heel veel kritiek: slechts advocatenkantoor Van Doorne wijst er op dat voor een dergelijke beperking geen reden wordt genoemd.

De meeste commentaren¹⁹⁹ betreffen de bezoldiging, en de kritiek betreft vooral het voorstel dat de economische waarde van de variabele beloningselementen niet meer dan 50% van de totale bezoldiging mag bedragen. In dit verband geven het advocatenkantoor Allen & Overy²⁰⁰ als ook de voorzitters van de acht grootste in Nederland gevestigde multinationals aan dat met een dergelijk limiteren van het maximale variabele beloningsdeel, Nederland internationaal uit de pas loopt, aangezien in Engeland en Duitsland juist gestimuleerd wordt bestuurders meer variabel en minder vast salaris uit te betalen.

Ten aanzien van de ontslagbescherming en –vergoeding van bestuurders geeft Grapperhaus²⁰¹ aan dat het belangrijkste bezwaar tegen de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders is dat jegens hen de opzegverboden gelden. Grapperhaus (en velen met hem) zijn van mening dat slecht functionerende bestuurders geen goudgerande vergoedingen mee zouden moeten krijgen. Scholtens merkt daarover op dat dan wel moet vaststaan dát de bestuurder slecht gefunctioneerd heeft. Grapperhaus ziet wel redenen om bestuurders enige ontslagvergoeding toe te kennen, vanwege de niet-in-acht-te-nemen opzegtermijn, de bijdrage in achterstallige pensioenkosten en vanwege het onderscheid tussen werknemers en bestuurders. Maximaal een jaarsalaris als ontslagvergoeding vindt hij daarom acceptabel, waarbij hij er van uit gaat dat hierin de (niet-in-acht-genomen) opzegtermijn verdisconteerd zit. Hij pleit er daarbij voor delen van de code toe te passen op alle (en dus niet slechts de beurs-) vennootschappen. Ook het VNO is van mening dat aan falende bestuurders geen bovenmatige ontslagvergoedingen zouden moeten worden betaald. De maximaal uit te keren vergoeding van een jaarsalaris zou echter een hardheidsclausule moeten kennen voor situaties dat bestuurders geen verwijt te maken valt.

Allen & Overy wijst er op dat het onbillijk kan zijn wanneer aan een werknemer die na een lang dienstverband bestuurder wordt, bij diens ontslag slechts de voor bestuurders geldende gemaximeerde ontslagvergoeding zou mogen worden betaald. Allen & Overy pleit er daarom voor in die situaties de afrekening over het dienstverband voorafgaand aan het bestuurderschap, buiten de voor bestuurders geldende maximum ontslagvergoeding te houden.

Advocatenkantoor Van Doorne pleit er voor om een verbod in te stellen van de in de arbeidsovereenkomst opgenomen ‘golden parachute’ omdat daarbij per definitie hogere ontslagvergoedingen worden bedongen dan door de rechter zou worden vastgesteld.

Even²⁰² wijst op het verschil in onderhandelingspositie tussen de ‘gewone’ statutair directeur en die van een beursgenoteerde vennootschap in geval van ontslag: de voor het vennootschapsrechtelijke ontslag geldende hoorplicht brengt met zich mee dat aan het voorgenomen ontslag grote publieke bekendheid moet worden gegeven. Vooral de vennootschap wil iets dergelijks in de praktijk voorkomen, zodat de ontslagbescherming van de betreffende directeur moet worden afgekocht, tegen een grotendeels door deze te bepalen prijs. Even wijst er

¹⁹⁸ die in de rest van haar commentaar ongemeen fel is, en het kabinet ten aanzien van het onvoldoende terugdringen van bovenmatige vergoedingen ‘grootspraak, lafhartigheid en een gebrek aan daadkracht’ verwijt

¹⁹⁹ Definitieve Code, Verantwoording, pag. 51

²⁰⁰ in een zeer uitvoerige, meer dan 100 pagina’s tellende reactie, die mede inhoud een alternatieve, afgeslankte Code

²⁰¹ Grapperhaus 2003b

²⁰² Even 2003, p. 271-278

op dat zelfs dat echter niet rechtvaardigt dat voor deze statutair directeur in het geheel geen arbeidsovereenkomst meer zou mogen gelden.

5.9 Definitieve Code Commissie Corporate Governance

De Commissie spreekt nadrukkelijk uit zich, vanwege de aan haar gegeven opdracht, te beperken tot het geven van een code voor beursgenoteerde vennootschappen.

Ten aanzien van zijn juridische status wordt de overweging dat een bestuurder zou dienen te werken op basis van een opdrachtovereenkomst losgelaten. De code laat haar voorstel tot afschaffing van de werknemersstatus voor bestuurders los, maar benadrukt dat de toepasselijkheid van het arbeidsrecht niet in de weg mag staan aan haar overige aanbevelingen op het gebied van beloning en ontslagbescherming²⁰³.

Ten aanzien van de duur van zijn aanstelling wil de commissie wel een maximale benoemingsperiode mogelijk maken. De Aanbevelingen II.1.1 en II.2.7 luiden daarom dat de bestuurder voor een periode van maximaal vier jaar kan worden benoemd en (een ongelimiteerd aantal malen) voor een periode van maximaal vier jaar kan worden herbenoemd²⁰⁴. Bij goed functioneren is herbenoeming de gebruikelijke situatie.

Ten aanzien van zijn beloning wordt voorgesteld dat bestuurders een zodanige bezoldiging ontvangen die wat betreft hoogte en structuur zodanig is dat gekwalificeerde en deskundige bestuurders kunnen worden aangetrokken en behouden. Dat betekent dat marktconform moet (kunnen) worden betaald. Er wordt geen nadere specificering meer gegeven van de verhouding vast/variabel inkomen. De hoogte van de variabele beloning moet wel zijn gekoppeld aan vooraf bepaalde, meetbare en beïnvloedbare doelen, die deels op de korte en deels op de lange termijn moeten worden gerealiseerd. Opties zouden voorwaardelijk moeten zijn, en pas ten minste drie jaar na toekenning mogen worden uitgeoefend²⁰⁵. De hoogte en structuur van het inkomen van individuele bestuurders zou bekend moeten worden gemaakt.

Ten aanzien van zijn ontslagbescherming en –vergoeding wordt voorgesteld dat de ontslagvergoeding niet meer dan een jaarsalaris bedraagt, tenzij sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag voor een bestuurder die in zijn eerste benoemingsperiode ontslagen wordt én²⁰⁶ die voorafgaand aan deze functie een lange arbeidsrelatie met de vennootschap heeft gehad: in dat geval mag de ontslagvergoeding maximaal twee jaarsalarissen bedragen²⁰⁷. Tevens wordt benadrukt dat falend beleid (onbehoorlijk bestuur of fraude) van een bestuurder niet behoort te worden beloond.

5.10 Beschouwingen over de Corporate Governance Code

Daar waar ten aanzien van werknemers met een sterke maatschappelijke positie (waartoe de statutair directeur van een beursgenoteerde vennootschap in het algemeen zeker moet worden gerekend) er regelmatig voor wordt gepleit de dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen af te schaffen of te versoepelen, wordt ten aanzien van de statutair directeur van een beursgenoteerde vennootschap voorgesteld dwingende regels op te stellen die hun vrijheid juist aan banden leggen. Zonder dat dit voor enige andere groep werkenden geldt, wordt voorgesteld voor hen een maximum contractuele ontslagvergoeding in het leven te roepen, als ook wordt de

²⁰³ Commissie Corporate Governance Code, Verantwoording, pag. 53; Aanbeveling 3 (pag. 62)

²⁰⁴ Best Practice II.1.1

²⁰⁵ Best Practice II.2.1 en II.2.2

²⁰⁶ In de verantwoording van het werk van de Commissie wordt op pag. 42 evenwel aangegeven dat de situatie van het voorafgaand aan zijn bestuurderschap langdurig als werknemer in dienst van deze vennootschap hebben gewerkt slechts een voorbeeld is van zo'n kennelijk onredelijk ontslag.

²⁰⁷ Best Practice II.2.7

contractvrijheid ten aanzien van de salariering aan banden gelegd, doordat aan de vrijheid tot het toekennen van een variabele beloning procedurele en inhoudelijke grenzen worden gesteld. Zoals door de Commissie wordt gesteld is de Code vooral bedoeld om het vertrouwen van het publiek in een eerlijke, integere en transparante gang van zaken binnen Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen te herstellen. Dit vertrouwen was naar aanleiding van een aantal schandalen ernstig geschaad. Juist dit 'effectbejag' maakt dat de Code minder op juridische principes is gebaseerd, en meer een politiek statement vormt.

Vooraf de aanbevelingen over de aan de statutair directeur maximaal toe te kennen ontslagvergoeding is moeilijk te rijmen met het huidige recht. Het is in strijd met de uitgangspunten van ontslagrecht (maar ook met de door de Hoge Raad zoals in het Mattel-arrest geformuleerde regels van het algemeen verbintenissenrecht) dat de maximale ontslagvergoeding afneemt, naarmate het dienstverband langer duurt. Weliswaar zijn er situaties denkbaar dat dat gerechtvaardigd is (namelijk daar waar de als bestuurder in de looptijd van het bestuurderschap ontvangen honorering zodanig hoog is, dat daarin een – deel van de – ontslagvergoeding in verdisconteerd moet worden geacht), maar daar staat een veelheid aan situaties tegenover dat het afnemen van die ontslagvergoeding naarmate het bestuurderschap heeft geduurd niet gerechtvaardigd is. Een complicatie volgt uit de omstandigheid dat de Code bij het maken van de uitzondering (maximaal twee jaarsalarissen ontslagvergoeding in plaats van één) slechts aangeeft dat daarvan sprake kan zijn 'in' de periode van eerste benoeming, terwijl in de verantwoording van de Code wordt aangegeven dat die uitzondering ziet op de situatie dat aan het bestuurderschap een langdurige periode van werknemerschap is voorafgegaan. Niet duidelijk is dus of voor die uitzondering zo'n voorafgaand werknemerschap als bijkomende voorwaarde geldt. In algemene zin is de aanbeveling ('best practice') omtrent die maximale contractuele vergoeding daarom veel te ongenueanceerd. Een en ander laat bovendien onverlet dat in een inhoudelijke procedure de rechter een andere (hogere) vergoeding toekent.

Ook zijn de consequenties van het de bestuurder slechts voor de periode van maximaal vier jaar benoemen niet uitgewerkt. Naar huidig recht betekent het eenmaal verlengen van een contract van drie jaar of langer, met een ander contract langer dan drie maanden, dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Indien ten aanzien van de statutair directeur een uitzondering zou worden gemaakt op art. 7:668a BW, dan wordt zijn rechtspositie wel weer ongewis, omdat zo'n herhaald contract voor bepaalde tijd dan van rechtswege afloopt, zonder dat hij – behoudens afwijkende contractuele afspraken – aanspraak heeft op enige ontslagvergoeding. Met het van toepassing worden van de Code komt de juridische positie van de statutair directeur van de beursvennootschap dus wel zeer sterk te verschillen van die van de overige statutair directeurs en de overige hooggeplaatste functionarissen.

5.11 Conclusie

Naar het huidig recht wijkt de rechtspositie van de statutair directeur niet principieel af van die van de 'gewone' werknemer. De statutair directeur heeft een extra rechtsband met de vennootschap (namelijk een vennootschapsrechtelijke) en draagt uit dien hoofde extra verantwoordelijkheid; zijn ontslagbescherming is – voor zo ver het de statutair directeur van een vennootschap betreft - , door het niet van toepassing verklaren van het BBA en de mogelijkheid herstel van het dienstverband te vorderen, anders geregeld dan die van de 'gewone' werknemer -. Echter, door de toepasselijkheid van art. 7:681 BW betekent die afwijkende regeling in de praktijk niet dat de feitelijke ontslagbescherming van de statutair directeur minder is dan die van een vergelijkbare werknemer. In een aantal publiekrechtelijke regelingen komt aan de directeur of de leidinggevende wel een aparte positie toe, in die zin dat hij er aansprakelijkheden bij krijgt (bijvoorbeeld in geval van overtreding van de Arbeidstijdenwet).

Er wordt de laatste jaren regelmatig geopperd om de statutair directeur een andere rechtspositie te geven, omdat diens maatschappelijke positie niet meer als die van de ongelijkheidcompensatie behoevende werknemer wordt beschouwd²⁰⁸. Blijkbaar is dat pleidooi méér ingegeven door de

²⁰⁸ Bijvoorbeeld Van der Heijden & Noordam 2001 en Fase 2001

gedachte dat zo iemand in staat moet worden geacht niet-afhankelijk te zijn, dan dat zijn situatie in juridische zin zo afwijkend zou zijn.

Dat er voor de statutair directeur ook in het huidige recht toch een iéts andere regeling is gemaakt, heeft als achtergrond dat zijn positie – gelet op het leidinggevende karakter daarvan - als anders wordt gezien als die van de gewone werknemer. Waar dat dan exact uit bestaat wordt niet duidelijk gemaakt.

Naar mijn mening is het gelet op de diversiteit van de groep statutair directeuren onjuist om de statutair directeur dwingend uit te sluiten van het hebben van een arbeidsovereenkomst met zijn vennootschap. Aan de andere kant zijn er onvoldoende redenen – en de gedachte van de ongelijkheidscompensatie verzet zich daar ook niet tegen – om tegen te gaan dat – mits onder bepaalde voorwaarden - de statutair directeur er voor kiest om niet op basis van een arbeidsovereenkomst, maar van een opdrachtovereenkomst te werken. In deel 3 zal blijken dat de statutair directeur alleen die mogelijkheid dient te worden gegeven indien hij voldoet aan de criteria om een zelfstandigheidsverklaring te verkrijgen. Voldoet hij niet aan die criteria dan werkt hij op basis van een arbeidsovereenkomst. Indien hij daarbij een salaris van minimaal vijf maal het WML ontvangt, ligt het voor de hand hem net als de andere hoogbetaalde werknemers in een nieuwe wettelijke regeling meer keuzevrijheid dan thans toe te kennen. De uitwerking hiervan komt in hoofdstuk 22 aan de orde.

Hoofdstuk 6 Het bereik van de arbeids- en de opdrachtovereenkomst volgens de Hoge Raad

6.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is uiteengezet hoe de wetgever in 1907 de arbeidsovereenkomst heeft gedefinieerd en daarmee het bereik van de arbeidsovereenkomst heeft aangegeven.

Geconstateerd werd dat de arbeidsovereenkomst zich van de opdrachtovereenkomst onderscheidt door de aanwezigheid van een gezagsverhouding tussen degene die het werk verschafft en degene die het werk verricht. De werknemer verricht zijn werkzaamheden in dienst van de werkgever; de opdrachtnemer is ten opzichte van de opdrachtgever zelfstandig in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Hoewel de maatschappij en daarmee de werkgevers-werknemersverhoudingen in de loop van de twintigste eeuw ingrijpend veranderden, en aan de werknemer in de loop van die eeuw steeds meer rechten werden toegekend, heeft de wetgever de definitie van de arbeidsovereenkomst na 1907 niet ingrijpend aangepast: volgens de wetgever bleef het gezagscriterium het onderscheidend element van de arbeidsovereenkomst. Met de invoering van de opdrachttitel werd echter in die wettelijke regeling vastgelegd dat ook de opdrachtgever aan de opdrachtnemer aanwijzingen kan verstrekken. Afgaande op die wettelijke bepaling wordt het onderscheid tussen de arbeids- en de opdrachtovereenkomst daarmee kleiner. De in dit hoofdstuk te onderzoeken vraag is of de Hoge Raad dat onderscheid tussen de arbeids- en de opdrachtovereenkomst duidelijker weet te maken dan de wetgever. Daarbij zal dan worden onderzocht wanneer de Hoge Raad een arbeidsovereenkomst aanwezig acht en wanneer niet en of daarbij een aparte rol speelt of het gaat om een zwakke werknemer of een afhankelijke opdrachtnemer, dan wel het gaat om werkers met een sterke maatschappelijke positie. Tevens zal worden onderzocht in welke gevallen de Hoge Raad doorslaggevende betekenis toekent aan de feitelijke situatie van een arbeidsverhouding, en in welke niet. Dit zal gebeuren aan de hand van de hypothese dat in die situaties waarbij getwijfeld kan worden over het wel of niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, meer bepalend is de maatschappelijke positie die de werker inneemt, dan het precieze juridische criterium op basis waarvan getoetst wordt.

6.2 Hoge Raad-jurisprudentie in de eerste helft der twintigste eeuw

In de oudere Hoge Raad-jurisprudentie, in dit verband op te vatten als die uit de eerste helft van de twintigste eeuw, lag het accent sterk op het al of niet bestaan van een instructiebevoegdheid van de werkgever. Kenmerkend zijn twee op sinterklaasdag 1934 gewezen arresten met betrekking tot artiesten. In het ene geval was de aard van de op te voeren nummers vooraf vastgelegd; in het andere geval niet. Voor het overige verschilden de situaties van betrokkenen niet. Toch was dat verschil over de vooraf vastgelegde aard van de nummers voor de Hoge Raad voldoende in het ene geval wel en in het andere geval geen arbeidsovereenkomst aanwezig te achten²⁰⁹. Uitgaande van die arresten moet uit die oudere jurisprudentie de conclusie worden getrokken dat het vooral de rechtlijnige interpretatie van de situatie (wel of geen instructiebevoegdheid) is, die maakt of wel of geen arbeidsovereenkomst aanwezig wordt geacht. Het arrest uit 1949²¹⁰, over de actrice in het toneelstuk *Boefje*, kon daarom door Koopmans als passend binnen deze jurisprudentie worden geduid: een onder een regisseur optredende toneelspeelster behoort veel meer tot een gecoördineerd geheel, dan de solistisch werkende goochelaar. De overigens niet zo talrijke Hoge Raad-jurisprudentie in deze periode is daarom wellicht onder één noemer te plaatsen, namelijk dat stringent bezien wordt of ten aanzien van de werker, rekening houdend met diens functie, zodanige instructies gegeven kunnen worden dat dit als een voor de arbeidsovereenkomst noodzakelijke gezagsverhouding kan worden aangemerkt.

6.3 Latere jurisprudentie: persoonlijk verrichten van arbeid en gezagsverhouding

²⁰⁹ Hoge Raad 5 december 1934, NJ 1934 p. 1677 resp. 1679.

²¹⁰ Hoge Raad 11 november 1949, NJ 1950, 140

Ten aanzien van de veel talrijker jurisprudentie in de tweede helft van de 20^e eeuw is een dergelijke eenduidige lijn niet te trekken. Naast het element gezagsverhouding komt in de definitie van de arbeidsovereenkomst ook voor dat de werknemer zich verbindt om zekere arbeid te verrichten, hetgeen veelal wordt uitgelegd dat dat hij die arbeid ook persoonlijk moeten verrichten.

Advocaat-Generaal Leijten²¹¹ maakt, om de Hoge Raad-jurisprudentie te kunnen duiden een onderscheid tussen werkdiscipline en werkinhoud. Jansen en Loonstra²¹² onderscheiden de materiële en de formele gezagsrelatie. Naar mijn mening bieden deze opvattingen, zoals hierna uiteen zal worden gezet, onvoldoende aanknopingspunten om de betreffende Hoge Raad-jurisprudentie te kunnen verklaren.

Allereerst zullen daartoe een aantal van die belangrijkste arresten eerst kort worden besproken.

In het arrest Zwarthoofd/Parool²¹³ gaat het om het criterium zelfstandig moeten verrichten van arbeid.

Zwarthoofd werkt 's middags voor Het Parool en is 's ochtends elders koffiejuuffrouw. Haar werkzaamheden voor het Parool bestaan er uit dat zij gedurende ongeveer drie kwartier per dag de bezorging van kranten regelt: zij was daarbij niet verplicht de kranten zelf te bezorgen; zij mocht dit werk geheel aan anderen overlaten. Naast het bezorgen van kranten inde zij abonnementsgelden voor zo ver die niet rechtstreeks aan Het Parool werden betaald, en gaf zij adreswijzigingen van abonnees door aan Het Parool. Toen zij in 1954 na acht jaar werken het door Het Parool gegeven ontslag aanvocht, oordeelde de rechtbank dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst met de overweging 'dat de door Zwarthoofd overeengekomen arbeid geen persoonlijk karakter droeg, aangezien hij ook door anderen dan Zwarthoofd mocht worden verricht'.

De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van het cassatiemiddel dat de rechtbank de overeenkomst aldus had verstaan dat deze niet slechts inhield dat Zwarthoofd sommige van de toegezegde werkzaamheden door anderen mocht laten verrichten, doch dat zij zich ten aanzien van *al* deze werkzaamheden door anderen mocht laten vervangen²¹⁴; dat Zwarthoofd derhalve weliswaar aan de op haar rustende verbintenis kon voldoen door zelf arbeid te verrichten doch zij zich niet tot het verrichten van arbeid heeft verbonden; dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat een overeenkomst van deze inhoud niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt daar het blijkens art. 1637a een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is, dat een contractspartij zich verbindt arbeid te verrichten.

Opvallend is dat in dit arrest uit 1957 doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de verplichtingen waartoe betrokkene zich in 1946 had verbonden, zonder dat wordt stilgestaan of van de contractuele vervangingsmogelijkheid in de praktijk gebruik werd gemaakt. In zoverre past het arrest dus in de oude jurisprudentie, waar sterk naar de letter van de overeenkomst wordt gekeken.

In een vijftal daarna gegeven arresten gaat het over de instructiebevoegdheid of zeggenschap van de werkverschaffer.

²¹¹ Conclusie bij Hoge Raad 17 april 1984, NJ 1985,18

²¹² Jansen & Loonstra 1997

²¹³ Hoge Raad 13 december 1957, NJ 1958, 35

²¹⁴ De overweging van de Hoge Raad, dat de rechtbank 'de overeenkomst aldus had verstaan ... dat Zwarthoofd zich ten aanzien van al deze werkzaamheden mocht laten vervangen' is voor discussie vatbaar, aangezien de rechtbank nu juist had geoordeeld dat Zwarthoofd niet alleen de kranten bezorgde 'waarmee omstreeks $\frac{3}{4}$ uur gemoeid was' maar ook 'dat zij abonnementsgelden, welke niet door de abonnees rechtstreeks aan Het Parool voldaan werden, in haar rayon inde en aan de agent afdroeg; dat zij de agent in kennis stelde van wijzigingen in de adressen van abonnees in haar rayon'. Weliswaar spreekt de rechtbank in algemene termen over 'deze' arbeid als ook dat 'Zwarthoofd behoefde al die arbeid niet persoonlijk te verrichten', maar uit die formulering blijkt niet dat het Zwarthoofd was toegestaan ook de verantwoordelijker gedeeltes van haar taak (zich uitend in direct contact met de agent) over te laten aan anderen.

In 1961 moest de Hoge Raad oordelen over de aard van de rechtsbetrekking tussen een nachtclub en een voor de periode van één maand gecontracteerde striptease danseres, Marty²¹⁵. De verplichtingen van betrokkene bestonden uit het in de periode van 1 tot en met 28 februari 1959 dagelijks geven van drie ongewijzigde voorstellingen op de door de nachtclub aan te geven tijden, waarbij zij de benodigde repetities moest meemaken, welke repetities door de nachtclub werden geregeld. Hier stond een – royale - beloning tegenover van f 100 netto per dag. De nachtclub ontsloeg de danseres op 16 februari op staande voet. In de door de danseres gestarte procedure tot betaling van het resterende salaris oordeelt de kantonrechter een arbeidsovereenkomst aanwezig. De Hoge Raad is van oordeel dat dat niet het geval is met de overweging dat de club geen enkele zeggenschap²¹⁶ had over de wijze waarop zij deze werkzaamheden verrichtte en daarmee het voor de arbeidsovereenkomst onontbeerlijke element van een tussen partijen bestaande gezagsverhouding ontbrak. De Hoge Raad gaat daarbij nauwelijks in op de door de Advocaat-Generaal Langemeijer aangedragen argumenten – waaronder de zeggenschap van de nachtclub over de aanvangstijden en het aanwezig moeten zijn bij de repetities – om, onder verwijzing naar het Boefje-arrest uit 1949, tot een tegenovergesteld oordeel te komen. De lijn van de arresten uit 1934 en 1949, namelijk dat de exacte bepaling van de mate van aanwijzingsbevoegdheid doorslaggevend is, wordt hiermee kennelijk verlaten.

Voor dit onderzoek is vervolgens van belang de uitspraak over de pons-typiste in 1978²¹⁷. Mevrouw Queijssen was met ingang van november 1974 als thuiswerkster/ponstypiste in dienst genomen door IVA, voor welk bedrijf het laten verrichten van ponstypewerk een reguliere bedrijfsactiviteit was. In februari 1975 verhuist betrokkene van Amsterdam naar Hoorn wat tot gevolg had dat het door IVA wegbrengen en ophalen van de kaarten een probleem werd. Door IVA werd daarom met onmiddellijke ingang de dienstbetrekking beëindigd, waarmee de vraag aan de orde kwam of hier sprake was van een arbeidsovereenkomst. Contractueel lag vast dat betrokkene een minimale dagproductie moest leveren van ‘1500 kaarten ca 40 kolommen’. Er gold 7% vakantiegeld, geen gratificatie en geen proeftijd ‘omdat de werkverhouding op freelance-basis is’; in geval van niet werken (bijvoorbeeld tijdens vakantie of feestdagen) werd er niet betaald. Hieraan wordt in de overeenkomst toegevoegd: ‘Dagelijks kunnen de werkzaamheden worden gestopt. Uiteraard moet hiervoor een duidelijke motivatie zijn, omdat het IVA er bijzonder bij gebaat is, dat u uw dagelijkse productie realiseert.’ Het IVA stelde de pons-machines ter beschikking. De projectbegeleiding berustte bij een werknemer van IVA maar tussen partijen bestond verschil van mening of deze ook daadwerkelijk instructies heeft moeten geven; Queijssen was namelijk een ervaren pons-typiste.

De kantonrechter beoordeelt de rechtsverhouding niet als arbeidsovereenkomst, de rechtbank van wel. Dat laatste oordeel wordt door de Hoge Raad op voor deze kwestie alle principieel belangrijke onderdelen in stand gelaten²¹⁸, terwijl de Advocaat-Generaal Franx tot gegrondverklaring van meerdere cassatiemiddelen had geconcludeerd. Franx was van mening dat geen instructiebevoegdheid aanwezig kón zijn, omdat betrokkene thuis werkte. De Hoge Raad volgt zijn standpunt niet maar hanteert ook een iets andere redenering dan de rechtbank. Terwijl de rechtbank als belangrijkste aanknopingspunt voor het bestempelen van de overeenkomst tot arbeidsovereenkomst heeft aangenomen dat de betreffende arbeid ‘gewone bedrijfsarbeid’ voor IVA vormde, buigt de Hoge Raad dat om tot het ondergeschiktheids criterium. De Hoge Raad schrijft namelijk: ‘Hetzelfde – niet schenden van een rechtsregel, gb – geldt voor het laten meewegen van de omstandigheid dat de door Queijssen verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van IVA, waarmee de rechtbank kennelijk bedoeld heeft de arbeid die in het bedrijf van IVA werkende ondergeschikten verrichten’. De Hoge Raad stelt dus de

²¹⁵ Hoge Raad 1 december 1961, NJ 1962, 79

²¹⁶ Anders dan wel is opgemerkt is deze terminologie dus niet in Nationale Nederlanden/Woudsend voor het eerst gebruikt.

²¹⁷ Hoge Raad 17 november 1978, NJ 1979, 140

²¹⁸ Slechts het middel over het tijdstip waarvan af verdragingsrente kan worden gevorderd wordt gegrond verklaard

ondergeschiktheid voorop, en leidt die af uit de vergelijkbaarheid van Queijssens positie met die van de overige werknemers²¹⁹.

Wasserettehoudster

Net als de ponstypiste uit 1978 was de wasserettehoudster uit 1982²²⁰ iemand van wie gesteld zou kunnen worden dat het een 'kleine zelfstandige' was, maar aan wie de Hoge Raad toch de bescherming van de arbeidsovereenkomst geeft. Het ging in 1982 om de filiaalhoudster – De Jong - van een wasserij, die verplicht 41 uur per week in de wasserij aanwezig moest zijn, en als beloning 10% van de omzet ontving, plus het gebruik van de boven de wasserij gelegen woning. Betrokkene claimt bijbetaling van salaris tot het voor haar geldende minimumloon. De vraag is daarmee aan de orde of hier sprake is van een arbeidsovereenkomst²²¹ dan wel van het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige. De wasserij-eigenaar beriep zich er op dat betrokkene werkzaamheden verrichtte voor eigen rekening en risico, maar dat standpunt wordt door de rechtbank niet gedeeld. De Hoge Raad verwerpt het tegen dat rechtbank-oordeel gericht cassatieberoep: gelet op de aard van de door De Jong voor de wasserij verrichte werkzaamheden kon de rechtbank op grond van de vastgestelde feiten, waaronder de omstandigheid dat De Jong zich gedurende de openingstijden te weten 41 uur per week beschikbaar moest houden voor de wasserij en de omstandigheid dat er geen sprake van was dat De Jong het filiaal voor eigen rekening en risico exploiteerde, aannemen dat sprake was van 'in dienst' zijn en daarmee aan de vereisten van art. 1637a was voldaan. De Hoge Raad neemt hier genoegen met een minimaal aantal omstandigheden, waarvan de belangrijkste om 41 uur per week aanwezig te zijn, om een gezagsverhouding aan te nemen.

Opvallend is dat in het Hoge Raad-arrest van 8 mei 1998²²² (motelzangeres) de vastgelegde arbeidstijden onvoldoende zijn om een gezagsverhouding uit af te luiden. Aldaar was sprake van een zangeres die met een motel een schriftelijke overeenkomst ('contract') had gesloten. De inhoud daarvan was dat zij gedurende het hele jaar 1991 elke zondag zal optreden voor f 200 netto zou per optreden, excl. reiskosten, waarbij de werkzaamheden zullen plaatsvinden tussen 18.00 en 22.00 uur. Het motel beëindigt de overeenkomst voortijdig en de zangeres claimt dan het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de daarbij behorende betaling, met als argument dat zij verplicht is tot het zelf verrichten van arbeid en dat zij niet zelfstandig kan beslissen wanneer zij werkt. De Hoge Raad oordeelt anders dan de rechtbank dat uit de enkele omstandigheid dat de werktijden van betrokkene contractueel waren vastgelegd, niet kan worden afgeleid dat hier sprake is van een gezagsverhouding. Daartoe zou volgens de Hoge Raad, onder verwijzing naar het striptease-arrest uit 1961, immers vereist zijn dat het motel enigerlei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop betrokkene haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten.

Dat de Hoge Raad erkent dat ook buiten de situatie van een gezagsverhouding en daarmee arbeidsovereenkomst, sprake kan zijn van het als werkende moeten voldoen aan eisen van de opdrachtgever en organisatorische regels, bleek uit het (fiscale) arrest van 4 juni 1986²²³. Het ging hierbij om een uit particulier initiatief voortgekomen peuterspeelzaal, waar twee opgeleide peuterleidsters werkzaam waren, die tegelijkertijd in het bestuur van de exploiterende stichting zaten. Aan hen was zonder inhouding van loonbelasting loon uitbetaalde. Ook stond vast dat

²¹⁹ Opvallend is dat in deze hele casus de vraag niet opgeworpen wordt dat nergens uit blijkt dat de typiste verplicht was de productie zelf te leveren. De tijden van Zwarthoofd/Parool blijken dus lang voorbij. Nieuw is ook dat zo wel door kantonrechter en rechtbank weliswaar naar voren wordt gebracht dat voor de duiding van een overeenkomst in de eerste plaats moet worden uitgegaan van de tekst van de overeenkomst zelf, 'omdat deze in beginsel geacht mag worden de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst weer te geven' maar verder in de beoordeling tevens dient 'te worden betrokken de feitelijke verhouding tussen partijen zoals deze bij de uitvoering van de overeenkomst tot uiting is gekomen'.

²²⁰ Hoge Raad 2 april 1982, NJ 1982, 321

²²¹ Op het ten opzichte van de 'arbeidsovereenkomst' ruimere begrip 'dienstbetrekking' in art. 2 WML wordt voor zo ver uit de publicatie van het arrest blijkt geen beroep gedaan

²²² Hoge Raad, 8 mei 1998, JAR 1998/168

²²³ Hoge Raad, 4 juni 1986, NJ 1986,797

betrokkenen over die inkomsten wel inkomstenbelasting hadden betaald. Het Hof was desalniettemin van mening dat loonbelasting had moeten worden ingehouden. Volgens het Hof betrof het hier werkzaamheden die gedurende een zekere tijd waren vervuld, waarbij aan de leidsters noodzakelijkerwijs eisen en organisatorische regels moesten worden gesteld. Een gezagsverhouding werd volgens het Hof niet doorkruist vanwege de omstandigheid dat betrokkenen ook in het bestuur van de stichting zaten: het gezag over hen kon ook door het bestuur als geheel, dan wel door de overige bestuursleden worden uitgeoefend.

De Hoge Raad acht het oordeel van het Hof zonder nadere redengeving niet begrijpelijk, aangezien de betreffende omstandigheden (moeten voldoen aan eisen en organisatorische regels) zich ook kunnen voordoen buiten een gezagsverhouding, zoals bij een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

Dit oordeel van de Hoge Raad mag juist zijn, en vormt een voorloper op het arrest Groen/Schoevers, maar het maakt het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en die tot het verrichten van enkele diensten extra moeilijk.

In het in 1994 gewezen zeer belangrijke Hoge Raad-arrest Agfa/Schoolderman²²⁴ ging het, in de woorden van de Advocaat-Generaal, om de vraag of de burgerlijke (arbeids)rechter de werkelijke verhoudingen moet laten prevaleren boven de vorm waarin partijen die verhoudingen hebben gestoken. Het antwoord daarop luidt dan, anders dan in het hierboven besproken Zwarthoofd/Het Parool, bevestigend. In het Agfa-arrest ging het om een afroepkracht aan wie het op papier vrij stond wel of niet te werken, maar die in de jarenlange praktijk vrijwel zonder onderbreking voltijds voor Agfa had gewerkt. De rechtbank ging daarom niet af op de contractvoorwaarden – op grond waarvan Agfa betrokkene ook geen werk hoefde aan te bieden – maar op de betekenis die daarin in de praktijk door partijen was gegeven.

De Hoge Raad steunt de werkneemster, maar in bewoordingen die in mindere mate afbreuk deden aan de partijautonomie dan door de Advocaat-Generaal voorgesteld²²⁵. De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank kennelijk en begrijpelijkerwijs (hieruit) heeft afgeleid dat de volgens de arbeidsovereenkomst formeel bestaande vrijheid in feite niet meer bestond. “Aldus heeft de rechtbank genoegzaam gemotiveerd 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.”

Het Agfa/Schoolderman-arrest is ook voor de vraag omtrent de definitie van de arbeidsovereenkomst van belang, omdat materieel gezien de door de Advocaat-Generaal gestelde vraag, namelijk of de burgerlijke (arbeids)rechter de werkelijke verhoudingen moet laten prevaleren boven de vorm waarin partijen die verhoudingen hebben gestoken, positief beantwoord werd. In de tweede plaats is van belang de vorm waarin dat door de Hoge Raad gedaan werd, namelijk door uit te gaan van de oorspronkelijke partijbedoeling en te onderzoeken of partijen die oorspronkelijke afspraken hebben gewijzigd.

In het ook in 1994 gewezen arrest Nationale Nederlanden/Woudsend²²⁶ wordt door de Hoge Raad het zelfde model gehanteerd, namelijk of partijen hun oorspronkelijke afspraken kennelijk

²²⁴ Hoge Raad 8 april 1994, JAR 1994/94

²²⁵ De Advocaat-Generaal merkt op dat de administratieve rechter - met verwijzing naar CRvB 30 november 1939, AB 1940, 101 en Hoge Raad 28 april 1954, BNB 1954,190 - gelet op de belangen die bij zaken omtrent verzekeringsplicht een rol spelen, geneigd is de reël bestaande situatie beslissend te achten. Volgens de Advocaat-Generaal zal de (algemene) burgerlijke rechter in geschillen tussen de werkgever en werknemer eerder de partij autonomie eerbiedigen dan de administratieve rechter, die er van uit moet gaan dat beide partijen er belang bij kunnen hebben de dienstbetrekking al dan niet onder de sociale verzekeringsfeer of loonbelasting te laten vallen. De Advocaat-Generaal merkt dan op dat bij de arbeidsovereenkomst de werknemer voor zijn levensonderhoud meestal aangewezen is op arbeid uit dienstbetrekking. In de tweede plaats is hij als regel economisch en sociaal de zwakkere partij. Ontbreekt een nadere bescherming dan zal volgens de Advocaat-Generaal meestal gelden dat het bestaan van partij autonomie betekent dat de werkgever de door hem gewenste voorwaarden oplegt.

²²⁶ Hoge Raad 16 september 1994, JAR 1994/214

hebben gewijzigd. Een jeugdige vakantiewerker was tijdens het vervoer naar het bollenveld gewond geraakt als gevolg van een door een collega veroorzaakt auto-ongeluk. De betreffende ziektekostenverzekeraar (Nationale Nederlanden) vergoedde hem de gemaakte medische kosten, en wilde die verhalen op de WAM-verzekeraar (Woudsend) van het bedrijf²²⁷. Woudsend beriep er zich op dat betrokkene werknemer was en dus verplicht verzekerd krachtens de Ziekenfondswet hetgeen dan tot gevolg had dat het gedeelte van de ziektekosten dat onder de ziekenfondsverzekering viel, niet verhaald kon worden²²⁸.

Relevant was dat door het bollenbedrijf aan de betreffende scholier een voorgedrukt formulier ten behoeve van de sociale verzekeringen (de bevoegde bedrijfsvereniging, het Agrarisch Sociaal Fonds) was voorgelegd, waarop vermeld stond dat tussen het bedrijf en de vakantiewerker 'geen gezagsverhouding' gold 'en dat er een vrijheid is te komen en te gaan'.

Over de vrijheid om te komen en gaan stelt het Hof dat het enkele feit dat die vrijheid er is, nog niet betekent dat een gezagsverhouding ontbrak. Het voegt daaraan toe dat niet gebleken was dat het betrokkene vrijstond om aanwijzingen omtrent zijn werk te negeren, of om straffeloos op te stappen²²⁹. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan en noemt het 'geen onjuiste rechtsopvatting' van het Hof dat het enkele feit dat de vakantiewerker een zekere vrijheid had om al dan niet op zijn werk te verschijnen, nog niet meebracht dat een gezagsverhouding ontbrak. Het standpunt zoals door de Hoge Raad ingenomen in Zwarthoofd/Parool is daarmee verlaten.

De Hoge Raad laat het overige oordeel van het Hof, dat er een gezagsverhouding bestond, in stand: dat oordeel berust er op dat het Hof uit getuigenverklaringen heeft afgeleid dat blijkens de wijze waarop Trap (het bedrijf) en de bij hem werkzame vakantiewerkers uitvoering hebben gegeven aan de tussen hen gesloten overeenkomst, de vakantiewerkers wat de inhoud van hun werk betreft onderworpen waren aan de zeggenschap van Trap en partijen aan die overeenkomst een inhoud hebben gegeven die mogelijk afwijkt van wat hun blijkens het door hen gebezigde formulier aanvankelijk op dit punt voor ogen heeft gestaan. De Hoge Raad stelt dus niet dat de partijbedoeling wordt overruled door de feitelijke situatie; de Hoge Raad werkt met een uit de feiten blijkende 'nieuwe partijbedoeling'. Op zich is dat nogal gekunsteld, omdat het in de situatie van Agfa/Schoolderman goed denkbaar is dat partijen oorspronkelijk iets anders voor ogen stond, dan in de daarop volgende jaren in de praktijk bleek. De vakantiewerker had echter waarschijnlijk kort voor de aanvang van zijn werkzaamheden het formulier getekend; dat hij eenmaal aan het werk iets anders bedoelde dan op het moment van het tekenen van dat formulier, is daarmee nogal onwaarschijnlijk²³⁰.

Het arrest Groen/Schoevers²³¹ uit 1997 vormt in zekere zin de tegenhanger van Agfa/Schoolderman. De belastingadviseur Groen geeft op basis van een mondelinge overeenkomst parttime les aan het Schoevers-instituut. Hij stuurt aan Schoevers maandelijks zijn facturen, maakt geen aanspraak op doorbetaling tijdens ziekte of vakanties en ontvangt geen vakantietoeslag. Nadat Schoevers de betreffende relatie beëindigde claimde Groen dat het hier ging om een arbeidsovereenkomst. De rechtbank wijst die claim af, daarbij doorslaggevende betekenis toekennend aan de – door de rechtbank - ontkennend beantwoorde vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst beoogd hebben. De Hoge Raad oordeelt over het hiertegen gerichte cassatieberoep: “de rechtbank heeft kennelijk en terecht tot uitgangspunt

²²⁷ Het gaat in dit arrest dus niet om een werknemer met een zwakke maatschappelijke positie, tegenover een werkgever met een sterke positie maar om twee in beginsel gelijkwaardige partijen, namelijk verzekeraars.

²²⁸ De Hoge Raad wijst de vordering van Nationale Nederlanden slechts gedeeltelijk toe, waarbij die matiging gebaseerd is op voor deze studie niet relevante bepalingen in de Ziekenfondswet. De Hoge Raad gebruikt dus niet een doeldrenering (het aanmerken van de betreffende arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst, om Nationale Nederlanden 'te laten winnen'); nee, nadat de Hoge Raad had bepaald dat de relatie inderdaad een arbeidsovereenkomst was, gebruikte de Raad een ander argument om de vordering toch gedeeltelijk af te wijzen. Het oordeel over de arbeidsovereenkomst is dus een 'onverdacht' standpunt.

²²⁹ Of betrokkene van die vrijheid in de praktijk gebruik had gemaakt, blijkt niet uit het arrest

²³⁰ In het arrest wordt niets gezegd over de tijdsperiode tussen het tekenen van het formulier, het aanvangen van de werkzaamheden en het betrokken raken bij het ongeluk. Vanuit de praktijk van vakantiewerkers mag echter aangenomen worden dat de periode tussen die drie momenten niet erg groot zal zijn geweest.

²³¹ Hoge Raad 14 november 1997, JAR 1997/263

genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten”. “Met juistheid is de rechtbank ervan uitgegaan dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien.” De Hoge Raad noemt vervolgens als relevante door de rechtbank genoemde omstandigheden: 1. de tegenprestatie (‘loon’) en de wijze van uitbetaling (na een maandelijkse declaratie) wijkt zo zeer af van hetgeen met betrekking tot loon bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, dat hier geen sprake is van ‘loon’ in de zin van een arbeidsovereenkomst; 2. de omstandigheden dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig moest zijn en dat hij de door Schoevers gegeven richtlijnen moest respecteren, zijn, in het licht van de overige omstandigheden, onvoldoende om een gezagsverhouding in de zin van art. 610 BW aan te nemen, waarbij de rechtbank met juistheid mede van betekenis heeft geacht dat ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven (art. 7:402 BW). 3. de rechtbank heeft kennelijk mede rekening gehouden met de maatschappelijke positie van Groen en heeft mede in aanmerking genomen dat de wijze van betaling op zijn initiatief tot stand is gekomen. Door die aspecten mede in haar oordeel te betrekken heeft de rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

In de reeks Agfa/Schoolderman, Nationale Nederlanden/Woudsend en Groen/Schoevers hoort ook thuis het arrest uit 2002, ABN/Malhi²³². Malhi is vanaf januari 1990 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst bij Schoonmaakbedrijf De Gast, en is feitelijk werkzaam in de kantoren van de ABN (AMRO) Bank. Malhi is technische onderlegd: hij verruult reeds in 1990 op verzoek van de bank zijn schoonmaakwerk voor – aanvankelijk – chauffeurs- en computerinstallatiewerkzaamheden en vanaf 1992 werkt hij bij de bank op de afdeling kantoormachines met als taak het beheren van het meldpunt en het verhelpen van kleine storingen. Op voorstel van de bank wordt hem door De Gast in 1993 een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de CAO voor het Bankbedrijf, zodat hij het zelfde salaris verdient als collega’s met eenzelfde baan binnen de bank. Malhi verdient hiermee meer dan de hoogste schaal van de Schoonmaak CAO. De betalingen aan hem blijven echter plaatsvinden door De Gast. In november 1994 laat de bank aan Malhi en aan De Gast weten dat zijn werkzaamheden per 1 juli 1995 komen te vervallen. In rechte claimt Malhi dan het bestaan van een arbeidsovereenkomst met ABN. Vóór het standpunt dat de arbeidsovereenkomst met De Gast is geëindigd pleit, dat De Gast op geen enkele wijze het gezag uitoefende of kon uitoefenen over de wijze waarop Malhi zijn helpdeskwerkzaamheden uitvoerde. Anderzijds was De Gast steeds het salaris blijven betalen en was deze taak niet overgenomen door ABN AMRO. Het verrichten van arbeid, het uitoefenen van gezag en uitbetalen van loon bevindt zich dus niet in één hand. Voor de vraag of dan tussen Malhi en de bank een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, is volgens de rechtbank de oorspronkelijke partijbedoeling niet doorslaggevend – waarbij de rechtbank aangeeft dat er ook onduidelijkheid bestond over de bedoelingen van de bank en Malhi op dit punt - maar komt mede betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering en inhoud hebben gegeven. De Hoge Raad verwierpt dat rechtsoordeel van de rechtbank²³³ en geeft onder verwijzing naar het arrest Volvo/Braam²³⁴ aan dat beslissend is of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden. Omdat Malhi pas nadat de bank melding

²³² Hoge Raad 5 april 2002, JAR 2002, 100

²³³ waarbij de Hoge Raad vreemd genoeg aangeeft dat het door de rechtbank gehanteerde criterium ontleend is aan HR 14 november 1997 (NJ 1998,149, Groen/Schoevers); in werkelijkheid had de rechtbank niets over de achtergrond van zijn oordeel gezegd, maar meer voor de hand ligt dat dat oordeel ontleend was aan Agfa/Schoolderman.

²³⁴ HR 27 november 1992, NJ 1993, 273; Volvo/Braam

maakte van de voorgenomen beëindiging van de werkzaamheden, zich tegenover de bank op het standpunt had gesteld dat er een arbeidsovereenkomst met de bank zou zijn, verzet de rechtszekerheid zich volgens de Hoge Raad tegen een geruisloze vervanging van een inleenovereenkomst in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen – waaronder in dit geval ook een derde partij - duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Het argument dat de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze overgang van overeenkomst zou verzetten, is ontleend aan het Hoge Raad-arrest HR 26 juni 1996²³⁵, waar het ging om een leerovereenkomst als bedoeld in de Wet op het Leerlingwezen. Volgens de Hoge Raad is voor het feitelijke-uitvoeringscriterium dus alleen plaats wanneer niet duidelijk is óf er sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet, en is voor het feitelijke-uitvoeringscriterium geen plaats wanneer wél vaststaat dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar alleen onduidelijk is, met wie? In het laatste geval heeft de werknemer al de arbeidsrechtelijke bescherming van een werknemer; in het eerste geval niet.

Uit de hierboven beschreven arresten dient de conclusie zich aan dat in die situaties waarbij getwijfeld kan worden over het wel of niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, voor het antwoord op die vraag er een significant verband bestaat met de maatschappelijke positie die de werker inneemt: indien sprake is van een zwakke maatschappelijke positie (de ponstypiste; de wasserette-houdster; Schoolderman) dan blijkt te worden gekeken naar de feitelijke situatie hetgeen vaak tot gevolg heeft dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is; is sprake van een sterke maatschappelijke positie (de striptease-danseres; de motel-zangeres; Groen/Schoevers) dan blijkt de vastgelegde partijbedoeling (vaak leidend tot de conclusie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst) doorslaggevend. Opvallend is wel dat de Hoge Raad slechts in het Groen/Schoevers-arrest het aspect van de maatschappelijke positie van betrokkene expliciet noemt.

Zoals hierboven werd gesignaleerd, komt de formeel-juridische reden om de motel-zangeres in 1998 geen arbeidsovereenkomst toe te kennen, niet overeen met de uitkomst van het wasserette arrest uit 1982. In het laatste geval waren de vastgelegde arbeidsuren wel doorslaggevend en in het eerste geval niet. De wasserettehoudster werkte echter op voltijdse basis en verdiende minder dan het minimumloon; de zangeres verdiende op een avond *f* 200 netto, wat op uurbasis ongeveer het zevenvoudige van het op dat moment geldende minimumloon betekende. Op basis van de hierboven geformuleerde voorlopige conclusie is ook het arrest van 12 oktober 2001²³⁶ te plaatsen. Zuster Van der Vlies, die vanaf 1962 deel uit maakte van een geloofsgenootschap, werkte van 1969 tot 1996 als bejaardenverzorgster ten behoeve van een tweetal bejaardentehuizen die werden geëxploiteerd door stichting voortkomend uit de betreffende geloofsgemeenschap. Van der Vlies deed al die jaren het normale werk van een bejaardenverzorgster, maar ontving slechts kost, inwoning en een gering zakgeld en genoot gedurende die 26 jaar slechts 1 week vakantie. Nadat de stichting de arbeidsrelatie met Van der Vlies beëindigde beriep laatstgenoemde er zich op dat de relatie een arbeidsovereenkomst was geweest, en zij daarom conform de CAO Bejaardentehuizen had moeten worden betaald. De stichting stelt hier een aantal argumenten tegenover: er zou geen sprake zijn van de verplichting tot het verrichten van arbeid; evenmin van een loonbetalingsverplichting en tenslotte zou er geen gezagsverhouding bestaan, anders dan een die voortvloeide uit de geloofsovertuiging van Van der Vlies. Kantonrechter en rechtbank concluderen wel tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en het tegen het rechtbankvonnis gerichte cassatieberoep wordt door de Hoge Raad verworpen. Van belang zijn daarbij de volgende overwegingen van de Hoge Raad dat (i) de rechtbank mocht oordelen dat het verschaffen van kost en inwoning de tegenprestatie vormde die de werkgever aan de werknemer verschuldigd was. Volgens de Hoge Raad was (ii) niet onbegrijpelijk het oordeel van de rechtbank, dat de door de stichting ook erkende ondergeschiktheid van Van der Vlies niét voortvloeide uit de verhouding van haar tot de geloofsgemeenschap (zo had zij in de eerste jaren dat zij tot de gemeenschap behoorde die arbeid

²³⁵ Hoge Raad 26 juni 1996, JAR 1996/153,

²³⁶ Hoge Raad 12 oktober 2001, JAR 2001/217

niet verricht). Van der Vlies was daarbij ook gehouden instructies van de stichting met betrekking tot de daadwerkelijke uitvoering van de werkzaamheden op te volgen.

Het tweede argument komt overeen met het Imam-arrest²³⁷, waarbij de Hoge Raad besliste dat de omstandigheid dat degene die zich bij overeenkomst heeft verbonden tot het vervullen van een godsdienstig ambt, en ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, niet uitsluit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen e.d.) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 1637a BW. Op het eerste argument valt echter wel iets af te dingen. Het mag dan juist zijn dat kost en inwoning een tegenprestatie vormen die als loon kan worden aangemerkt, maar meer voor de hand ligt de uit Groen/Schoevers over te nemen conclusie dat deze vorm van betaling zozeer afwijkt van hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, dat niet van 'loon' in de zin van art. 610 BW kan worden gesproken. Weliswaar vormt het gebruik van een woning een geoorloofde vorm van loonbetaling (art. 7:617 lid 1 sub b en c BW), maar het is zeer ongebruikelijk dat de beloning in een arbeidsrelatie slechts daaruit bestaat.

6.4 Conclusie

De na-oorlogse Hoge Raad-jurisprudentie met betrekking tot het wel of niet aanmerken van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst laat zich moeilijk verklaren vanuit de gedachte dat een enkel juridisch criterium, of de invulling daarvan, doorslaggevend is voor het karakteriseren van die arbeidsrelatie.

Indien het element 'persoonlijk arbeid' verrichten doorslaggevend zou zijn geweest, hetgeen in Zwarthoofd/Parool het geval was, dan zou de uitkomst van Nationale Nederlanden/Woudsend anders hebben moeten luiden.

Over het belang van de gezagsrelatie zijn door de Hoge Raad tegenstrijdige standpunten ingenomen, en ook de wijze waarop de gezagsrelatie door de Raad wordt ingevuld is niet eenduidig te noemen. De Peuterleidsters werkten, vanwege een gesteld gebrek aan een gezagsrelatie, niet op basis van een arbeidsovereenkomst; dat er ten aanzien van de leidsters geen gezagsrelatie bestond, was echter voor betwisting vatbaar. Een zelfde beperkte gezagsrelatie belette de Hoge Raad in twee fiscale arresten uit 1983²³⁸ en 1984²³⁹ daarbij niet om wel een arbeidsovereenkomst aan te nemen.

²³⁷ Hoge Raad 17 juni 1994, JAR 1994/152

²³⁸ Hoge Raad 28 september 1983 (NJ 1984,92) Het ging hier om naheffing van premies in het kader van o.a. de AWBZ/AAW en AKW voor bestuurders en semi-bestuurders van de vennootschap bij een Nederlandse BV met aandelen op Curacao. De vennootschap beriep zich op het ontbreken van een gezagsrelatie met betrokkenen. Het Hof verwierp dit: in dit geval (is) niet beslissend of een orgaan van de werkgever over hen het gezag uitoefent. Volgens het Hof is, naar algemeen wordt aangenomen, de bestuurder van een BV/NV werknemer, wanneer hij "gedurende zekere tijd" zijn arbeidskracht tegen loon ter beschikking stelt.

Vast stond dat twee van de betrokkenen (genaamd C. en D.) geen echte bestuurders waren; B. was dat wel. C en D werden echter net als B betaald, en gedroegen zich ook net als B als bestuurder. De Hoge Raad neemt nadrukkelijk geen standpunt in de discussie over wat doorslaggevend is voor de arbeidsovereenkomst: de gezagsverhouding of het tijd-element. Toch en zonder nadere motivering komt de HR tot het oordeel dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is.

²³⁹ Een vergelijkbare situatie als met striptease-danseres Marty deed zich in 1984 (Hoge Raad (strafkamer) 17 april 1984, NJ 1985,18) voor met betrekking tot animeermeisjes. De eigenaar van een nachtetablissement Charlotte Cherie had geen loonbelasting en sociale verzekeringspremies afgedragen voor zijn animeermeisjes en stripteasedanseressen. De club beriep zich er in de tegen hem aangespannen strafzaak op dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en dus afdrachtplicht, aangezien er over de betreffende meisjes geen zeggenschap bestond. De Hoge Raad verwierp dit verweer met het argument dat het cassatiemiddel miskende dat voor beantwoording van de vraag of betrokkenen aan verdachte ondergeschikt waren niet doorslaggevend is of de verdachte aanwijzingen gaf over de wijze waarop de werkzaamheden dienden te worden uitgevoerd, doch of de verdachte bevoegd was bindende aanwijzingen en opdrachten te geven ten aanzien van onder meer de inhoud van de werkzaamheden, de wijze van uitvoering daarvan en/of de tijden waarop die werkzaamheden dienden te worden verricht. Uit de inhoud van de bewijsmiddelen heeft het Hof kennelijk afgeleid – en ook kunnen afleiden – dat betrokkenen verplicht waren de hun door verdachte opgedragen werkzaamheden gedurende de door hem vastgestelde werktijden te verrichten en dat derhalve een gezagsverhouding tussen de verdachte en de betrokken meisjes en danseressen bestond. Opvallend

In 1976 had de wasserettehoudster, afgezien van de verplichting een bepaald aantal uren aanwezig te zijn, volledige vrijheid van handelen. Toch bestempelt de Hoge Raad haar arbeidsrelatie als een arbeidsovereenkomst, terwijl ten aanzien van de Motel-zangeres en in Groen/Schoevers wordt aangegeven dat het argument van de vastgelegde arbeidstijden niet doorslaggevend is.

In Groen/Schoevers wordt de betaling aan Groen niet als loon aangemerkt, omdat die betalingsvorm te zeer afwijkend zou zijn bij een arbeidsovereenkomst, maar dat zelfde argument was mogelijk geweest in het Zuster De Vries-arrest, en wordt dan niet gebruikt.

Een alternatief voor de hierboven genoemde voorlopige conclusie is zoals in paragraaf 6.3 aangegeven vóór 1998 geformuleerd door Advocaat-Generaal Leijten en door Jansen en Loonstra. Leijten²⁴⁰ maakt een onderscheid tussen werkdiscipline en werkinhoud; Jansen en Loonstra²⁴¹ onderscheiden de materiële en de formele gezagsrelatie. Naar mijn mening bieden beide onderscheiden onvoldoende aanknopingspunten om de betreffende Hoge Raad-jurisprudentie te kunnen duiden. Ten aanzien van Groen golden beiden soort gezagsrelaties: hij maakte deel uit van het organisatorisch verband van het opleidingsinstituut, en ten aanzien van hem konden vakinhoudelijke aanwijzingen worden gegeven. Het zelfde geldt voor de arbeidsrelatie tussen ABN AMRO en Malhi: Malhi maakte deel uit van het organisatorisch verband van ABN AMRO, en (slechts) ABN AMRO kon hem vakinhoudelijke aanwijzingen geven. In beide situaties wordt echter tussen deze partijen geen arbeidsovereenkomst aangenomen. Daartegenover is ten aanzien van de wasserettehoudster de materiële gezagsrelatie geheel afwezig en de formele relatie zeer gering: deze ziet uitsluitend op het aanwezig moeten zijn. Toch wordt daar wel een arbeidsovereenkomst aangenomen. Uit de betreffende arresten blijkt daarom dat de gezagsrelatie op zich zelf volgens de Hoge Raad een onvoldoende onderscheidend criterium is om een relatie wel of niet als arbeidsovereenkomst aan te kunnen merken. In 1998 geven Jansen en Loonstra ook aan dat een herwaardering van de essentiële kenmerken van de arbeidsovereenkomst in de toekomst misschien aanleiding dient te geven tot wetgevend ingrijpen of andere accenten in de rechtspraak²⁴².

In die situaties waarbij getwijfeld kan worden over het wel of niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, kan daarentegen worden geconstateerd dat voor het antwoord op die vraag voor de Hoge Raad het meest bepalend is de maatschappelijke positie die de werker inneemt: indien sprake is van een zwakke maatschappelijke positie, dan wordt in de praktijk – zonder dat de Hoge Raad dit overigens met zoveel woorden aangeeft - gekeken naar de feitelijke situatie hetgeen vaak tot gevolg heeft dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is; is sprake van een sterke maatschappelijke positie dan is de vastgelegde partijbedoeling (vaak leidend tot de conclusie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst) doorslaggevend. Wat de Hoge Raad daarmee doet is het betrachten van ongelijkheidscompensatie, hetgeen geheel in overeenstemming is met de doelstelling van het arbeidsrecht en de achtergrond van de Wet 1907.

De hierboven getrokken conclusie strookt met de uitkomst van alle besproken arresten. De zwakke partij (de poststypiste, Schoolderman, de imam) die de inkomsten voor zijn levensonderhoud nodig heeft, ontvangt ontslagbescherming dan wel minstens het minimum- of het CAO-loon (wasserettehoudster; de Zuster De Vries). De incidentele werker ontvangt die bescherming veel minder snel (de stripteasedanseres, de motel-zangeres). In fiscale zaken prevaleert het belang van belastingbetaling (Animeermeisjes, Curaçaose bestuurders), maar als er eerlijk betaald wordt, is een boete niet nodig (peuterleidsters).

Belangrijkste gevolg van deze conclusie is dat het gerechtvaardigd is om niet alle werknemers of opdrachtnemers over een kam te scheren, maar voor de beoordeling van hun positie onderscheid te maken naar hun maatschappelijke positie. De analyse van deze Hoge Raad-jurisprudentie

is dat dezelfde feitelijke omstandigheden ook voor de striptease danseres Marty speelden, en de rechtbank en Hoge Raad aldaar daar geen gezagsverhouding aanwezig.

²⁴⁰ Conclusie bij Hoge Raad 17 april 1984, NJ 1985,18

²⁴¹ Jansen & Loonstra 1997

²⁴² Jansen & Loonstra 1998, p. 820

rechtvaardigt niet alleen dat in de vraagstelling van dit boek een onderscheid is gemaakt tussen de verschillende groepen werknemers en opdrachtgevers, maar ook dat in de beantwoording van die vraagstelling een verschillende behandeling van de betreffende groepen zal worden voorgesteld. Omwille van de rechtszekerheid dient het hiertoe te hanteren criterium voor de arbeidsovereenkomst (wanneer wel, wanneer geen arbeidsovereenkomst) dan wel duidelijker te worden omschreven.

Keuzevrijheid

In het voorgaande is duidelijk geworden dat op grond van de wettelijke definitie, de wetsgeschiedenis en de civiele jurisprudentie niet op eenduidige wijze is aan te geven wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst, en wanneer niet. Dat heeft een tweetal redenen. In de eerste plaats vloeit de onzekerheid voort uit de wettelijke omschrijving: die omvat een open norm. De tweede reden is het door de jurisprudentie niet toekennen van doorslaggevende betekenis aan de op schrift gestelde of anderszins vastgelegde partijbedoeling. Beide punten hebben met elkaar te maken. De wettelijke omschrijving kent een open, multi-interpretabele norm. Juist dat open karakter veroorzaakt onzekerheid. Op zich zelf zou het denkbaar zijn dat wel een eenduidige wettelijke norm wordt gegeven.

De drie thans geldende onderdelen van de omschrijving van een arbeidsovereenkomst geven die duidelijkheid niet.

De gezagsverhouding is geen eenduidig criterium. Omdat er zo'n diversiteit aan vormen van arbeid is kunnen sommige vormen van arbeid heel zelfstandig worden verricht, zonder dat veel of zelfs enige instructie nodig is terwijl aan de andere kant ook bij de meeste vormen van gespecialiseerde arbeid door traditionele zelfstandige beroepsbeoefenaren er wel enige aanwijzingen gegeven (moeten) kunnen worden. Wanneer de gezagsverhouding als een onderscheidend criterium wordt gebruikt, zal het daarom steeds om de mate van gezagsverhouding of instructiebevoegdheid moeten gaan, hetgeen niet eenduidig is.

Het tijdselement kan op zich zelf wel een eenduidig criterium vormen, maar dat stuit op serieuze bezwaren, zoals hieronder uit een zal worden gezet.

Ook de (wijze van) loonbetaling vormt niet een eenduidig criterium. Gesteld al dat er een 'voor de arbeidsovereenkomst gebruikelijke wijze van betaling van loon' zou zijn, zoals de Hoge Raad in het arrest Groen/Schoevers aangeeft, dan sluit blijkens het Zuster de Vries-arrest het op die manier niet-betalen²⁴³ toch niet uit dat wel een arbeidsovereenkomst aanwezig is.

Duidelijkheid

Op twee wijzen zou wel duidelijkheid omtrent het bestaan van een arbeidsovereenkomst kunnen worden gegeven. 1. door middel van een getals- of ander eenduidig criterium; 2. door de vastgelegde partijbedoeling wel doorslaggevend te maken. Een combinatie van 1 en 2 is ook mogelijk.

Ad 1. Denkbaar zou zijn om aan de omvang van de arbeidsovereenkomst doorslaggevende betekenis toe te kennen, dan wel het – daarbij - te leveren tegenbewijs aan strakke normen te binden.

Het zonder de mogelijkheid van tegenbewijs doorslaggevend laten zijn van de omvang van de arbeidsrelatie op het wel of niet aanmerken van die relatie als arbeidsovereenkomst, is bezwaarlijk. Immers: ook de opdrachtovereenkomst moet voor langere tijd kunnen worden aangegaan. Het is op dit moment buiten kijf, dat ook een opdrachtovereenkomst voor langere tijd kan worden aangegaan; dat dient ook zo te blijven, in ieder geval daar waar het betreft de opdrachtovereenkomst die niet uitsluitend betrekking heeft op de persoon van een enkele opdrachtnemer. Twee bedrijven kunnen in een in de vorm van een opdrachtovereenkomst gegoten servicecontract met elkaar afspreken dat de een zorg draagt voor onderhoud van bepaalde technische systemen, waartoe menskracht ter beschikking wordt gesteld. De opdrachtnemer heeft met zijn eigen personeel arbeidsovereenkomsten; dat eigen personeel wordt op wisselende projecten ingezet. Er is daarom geen maatschappelijk belang mee gediend, dat het

²⁴³ herhaald zij: kost en inwoning is een toegestane vorm van betaling, maar het is, zeker bij een voltijds dienstverband waardoor het verwerven van andere inkomsten niet of nauwelijks mogelijk is, zeer ongebruikelijk dat de betaling alleen daaruit bestaat

uitgezonden personeel een arbeidsovereenkomst krijgt met een ander dan met de huidige eigen werkgever, te weten de opdrachtnemer in het servicecontract. Anders gezegd: er is geen maatschappelijk belang dat het naar wisselende projecten uitgezonden personeel steeds een arbeidsovereenkomst krijgt met de inlener. Het is daarom onontkoombaar dat de niet op de persoon van de opdrachtnemer betrekking hebbende opdrachtsovereenkomst zich ook voor langere duur moet kunnen uitstrekken, zonder dat die opdrachtsovereenkomst een arbeidsovereenkomst wordt. Kortom: ook de opdrachtsovereenkomst moet zich over een langere periode kunnen uitstrekken.

Denkbaar is echter wel dat de op de persoon van de opdrachtsovereenkomst betrekking hebbende opdrachtsovereenkomst enkel vanwege de tijdsduur op enig moment dwingend een arbeidsovereenkomst wordt. De vraag dient zich daarbij wel aan of dat maatschappelijk gezien wenselijk is: In de eerste plaats zou met zo'n systeem wel heel sterk worden afgeweken van het al eeuwen lang bestaande systeem, dat sommige beroepsuitoefenaren als zelfstandige werken, ook wanneer die werkzaamheden te behoeve van een bepaalde cliënt een wat ruimere omvang hebben. In de tweede plaats is het de vraag of een 'werker', ook in de situatie dat hij daaraan geen behoefte heeft, de bescherming (en soms knelling) van de arbeidsovereenkomst opgelegd moet krijgen, ook wanneer de werkverschaffer bereid is voor het niet-aanmerken van die arbeidsrelatie extra compensatie te bieden.

Ad 2. De vraag omtrent de doorslaggevendheid van de partijbedoeling is in wezen die naar de contractsvrijheid: mogen partijen op een bindende wijze hun relatie tot een arbeidsovereenkomst of tot een niet-arbeidsovereenkomst bestempelen? Door een civielrechtelijke bril gezien (de sociaal zekerheidsrechtelijke aspecten komen in deel 3 aan de orde) lijkt daar niets op tegen, mits de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht niet te kort wordt gedaan. Dat aan deze mogelijkheid in de SER-advies aanvraag van 1 december 2003 en in het SER-advies van 18 juni 2004 amper aandacht wordt besteed, is daarom jammer. Wanneer het om in maatschappelijke zin sterke partijen gaat, waarbij de werker op basis van min of meer gelijkwaardigheid met de werkverschaffer, er voor kiest – veelal in ruil voor andere emolumenten, bijvoorbeeld een hogere vergoeding – om op basis van een opdrachtsovereenkomst hun werkzaamheden te verrichten, dan vermag ik niet in te zien waarom dat niet bindend zou mogen zijn. Wat mij betreft zou een opdrachtnemer zoals Groen uit Groen/Schoevers, dan ook niet de mogelijkheid moeten hebben om aan het "eind van de rit" de opdrachtsovereenkomst als arbeidsovereenkomst aangemerkt te krijgen. De prototypische Groen wist bij het sluiten van de overeenkomst wat hij deed, hij heeft daar in de loop van de overeenkomst de voordelen van genoten, dus moet niet achteraf proberen van twee walletjes te eten. Natuurlijk is het zo dat ook de onafhankelijke opdrachtnemer er nadeel van ondervindt indien die opdrachtsovereenkomst wordt beëindigd, en hij geniet daarom bij de beëindiging van die opdrachtsovereenkomst wel een bepaalde mate van bescherming. Die bescherming is echter – zoals wij in deel 4 zullen zien – minder dan die behorend bij de arbeidsovereenkomst en dat is ook niet erg, want betrokkene heeft daar blijkens de vorm van de overeenkomst op basis waarvan hij werkt voor gekozen althans hij wordt daarvoor betaald²⁴⁴. Anders ligt het bij de afhankelijke opdrachtnemer en bij overige zwakkeren op de arbeidsmarkt. Indien aan alle partijen op de arbeidsmarkt de volledige vrijheid zou worden gegeven hun arbeidsrelatie die vorm te geven die zij willen, dan zal dat er in de praktijk waarschijnlijk toe leiden dat de zwakkeren op de arbeidsmarkt genoeg zullen moeten nemen met contracten waarbij grote delen van de bescherming van het arbeidsrecht zijn weggecontracteerd. Iets dergelijks was te zien in de jaren tachtig van de twintigste eeuw, toen de toenemende werkloosheid er toe leidde dat sommige werkverschaffers er toe overgingen werkers op basis van nul-uren contracten aan te nemen, of door middel van draaideurconstructies²⁴⁵, alles met het oog om aan betrokkenen zo min mogelijke arbeidsrechtelijke bescherming te geven. De situatie Schoolderman is daar een schoolvoorbeeld van, en er is geen aanleiding om aan te nemen dat de maatschappelijke werkelijkheid intussen zo veranderd zou zijn, dat iets dergelijks bij een nieuwe

²⁴⁴ Verhulp is daarentegen van mening dat op die maatschappelijke positie van partijen niet te zwaar mag worden geleund; het gaat hem uiteindelijk altijd om de feitelijke situatie, Verhulp 2002, p. 27

²⁴⁵ repeterende tijdelijke contracten met dan weer het uitzendbureau, dan weer de inlener

situatie van een overschot van werkers op de arbeidsmarkt niet weer zou gebeuren. Zo'n compleet liberaal systeem zou dus fundamenteel in strijd zijn met de bescherming van het arbeidsrecht.

Indien aan partijen vergaande contractvrijheid wordt gegeven, waarbij het wezen boven schijn niet geldt, dienen aan die contractvrijheid dus wel grenzen te worden gesteld in de zin van (driekwart)dwingende bepalingen, om het beschermend karakter van het arbeidsrecht te waarborgen. Welke grenzen dat zouden moeten zijn kan pas beantwoord worden wanneer in de navolgende delen eerst verder onderzocht wordt op welke essentiële onderdelen de arbeidsovereenkomst nu eigenlijk verschilt van de opdrachtovereenkomst. Overwogen zou kunnen worden dat niet alleen materiële grenzen worden getrokken (in de trant van: er mag een opdrachtovereenkomst worden aangegaan mits de beloning op uurbasis minimaal x-maal zo hoog is als die van het Wettelijk Minimum Loon), doch dat ook processuele criteria worden gehanteerd. Het huidige artikel 7:249 BW (vroeger geregeld in de Huurprijzenwet) kent daarvan een goed werkend voorbeeld: de huurder heeft gedurende de eerste zes maanden van de huurovereenkomst de mogelijkheid de Huurcommissie te verzoeken een uitspraak te doen over de redelijkheid van de overeengekomen huurprijs. Na afloop van die periode is een veel beperkter mate van toetsing mogelijk. De moeilijkheid bij het toepassen van een dergelijk systeem naar het arbeidsrecht is dat de huurder zo'n verzoek zonder veel risico's kan doen, omdat hij weet dat hij eenmaal de woning betrokken, huurbescherming heeft. De flexwerker die zijn arbeidsrelatie ter toetsing voorlegt, zal de angst hebben dan niet meer te worden opgeroepen, wat, wanneer de uitkomst zou zijn dat inderdaad geen arbeidsovereenkomst aanwezig was, dan ook niet meer aantastbaar is. Op procedureel vlak zou daarom hooguit een systeem werkbaar kunnen zijn waarbij de werker die meer dan een bepaald aantal uren heeft gewerkt, gedurende een bepaalde periode de keuze heeft om te opteren voor de arbeidsovereenkomst. Mijns inziens zal dat in de praktijk niet voldoen, omdat een dergelijke keuze – die door de werkverschaffer als in strijd met de oorspronkelijke gemaakte afspraken zal worden aangemerkt – de werkverhouding onder druk zal zetten, hetgeen het samenwerken bemoeilijkt, maar ook tot beëindiging van de arbeidsrelatie kan leiden. Anders dan ten aanzien van genoemde huurovereenkomst, kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan, die vervolgens van rechtswege eindigt. Een systeem waarbij de werker binnen een bepaalde periode bindend kan opteren voor het aanmerken van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst, ook wanneer oorspronkelijk anders is overeengekomen, lijkt mij een bron te vormen voor arbeidsconflicten, en daarom niet wenselijk. Ik zal dergelijke processuele criteria daarom niet verder uitwerken.

In het hier boven gestelde is uitgegaan van het kwalificeren van iedere rechtsverhouding. Denkbaar is dat niet iedere rechtsverhouding wordt gekwalificeerd (arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst), maar iedere werker (zelfstandige of werknemer). In de praktijk zou dat aldus kunnen worden uitgevoerd, dat iemand met een zelfstandigheidsverklaring nimmer op basis van een arbeidsovereenkomst kan werken, dan wel dat de overeenkomst op basis waarvan hij werkt slechts dan (maar ook altijd dan) een opdrachtovereenkomst is, wanneer hij bij het aangaan ervan de zelfstandigheidsverklaring toont. Een dergelijk systeem heeft het voordeel van het scheppen van duidelijkheid, maar garandeert niet dat de inhoud van de aldus te sluiten opdrachtovereenkomst van een (in vergelijking met bijvoorbeeld het Wettelijk Minimumloon en Vakantiebijslag) acceptabel niveau is. In een – gelet op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht - bevredigend systeem zal daarom ook een mechanisme aanwezig moeten zijn om te voorkomen dat werkenden op basis van een 'aangepaste' zelfstandigheidsverklaring langdurig tegen een loon werken dat, gelet op alle voor hen bijkomende lasten, onder het wettelijk minimum ligt.

Om op een gefundeerde wijze te kunnen aangeven aan wie de vrijheid zou kunnen worden verstrekt afstand te doen van de bescherming van onderdelen van het arbeidsrecht, en van welke onderdelen dan afstand zou kunnen worden gedaan, wordt in deel 3 onderzocht hoe vanuit sociaal zekerheidsrechtelijke hoek tegen het werknemerschap cq het verzekerden-begrip wordt

aangekeken. In deel 4 worden dan een aantal belangrijke elementen van de arbeids- en opdrachtovereenkomst onder de loupe genomen.

Deel 3 De verzekerden in het sociale zekerheidsrecht

Hoofdstuk 8 Inleiding

Arbeidsrechtelijke bescherming vindt niet alleen plaats in het civiele arbeidsrecht, zoals in het Burgerlijk Wetboek, of in het publieke arbeidsrecht, zoals het BBA, maar ook in het sociaal zekerheidsrecht²⁴⁶. In de komende hoofdstukken zal worden onderzocht welke groepen werkenden onder de werking van een aantal van de belangrijkste sociaal zekerheidswetten zijn gebracht, welke vorm van bescherming dat voor betrokkenen heeft opgeleverd en met welke motieven dat is gedaan. Vervolgens wordt onderzocht hoe de Centrale Raad van Beroep de kring van verzekerden van de werknemersverzekeringen heeft beoordeeld. Aan de hand daarvan zullen conclusies worden getrokken met betrekking tot de consistentie van de kring van verzekerden van de verschillende wetten en met betrekking tot de eenduidigheid van de rechtspraak van de Centrale Raad van beroep op dit gebied. Tevens zullen aan de hand van recent van overheidswege bekend gemaakte beleidsregels suggesties worden gedaan om tot een omschrijving van de kring van verzekerden te komen waarbij zowel de doelstellingen van de betreffende wetten worden gerespecteerd, alsmede de rechtszekerheid zo veel mogelijk wordt gewaarborgd.

8.2 Mogelijkheden om sociale risico's te verzekeren

Bij het ontwerpen van een stelsel waarbij bepaalde sociale, met arbeid of inkomen samenhangende risico's worden verzekerd, dienen zich een aantal kernvragen aan²⁴⁷.

1. Welk risico wordt gedekt: inkomensgevolgen van ziekte, ouderdom, werkloosheid, het wegvallen van een kostwinner; ziektekosten; kosten in verband met het opvoeden van kinderen e.d.?
2. Wordt het een staatsregeling, bekostigd uit de algemene belastingen en waar zonder relatie met de (belasting/premie) betaling aanspraak op kan worden gemaakt, of betreft het een verzekering, waarbij een directe relatie tussen verzekerd risico en premiebetaling aanwezig is?
3. Voor welke groepering geldt de regeling: voor de gehele bevolking – mits voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld het bereiken van de 65-jarige leeftijd) - of voor een bepaalde groepering? Bij een regeling voor de gehele bevolking brengt het verzekerd risico met zich mee, dat indien aan bepaalde voorwaarden voldaan wordt, in beginsel iedereen die uitkering ontvangt, dit in tegenstelling tot een gehanteerde beperkte kring van verzekerden, zoals de werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.
4. Indien sprake is van een verzekering: is het een verplichte of een vrijwillige verzekering? In het sociale verzekeringsrecht is voor de doelgroep meestal sprake van een verplichte verzekering; soms kunnen anderen daarnaast het betreffende risico op basis van een vrijwillige verzekering afsluiten.
5. Wie is met de uitvoering van de regeling belast: de overheid, werkgevers/werknemersorganisaties, een combinatie van die drie, of puur particuliere organisaties? Bij uitvoering kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen het vaststellen of recht bestaat op de uitkering, en het daadwerkelijk uitkeren, als ook het innen van premies.

De hierboven genoemde categorieën zullen hierna worden uitgewerkt.

8.3 Verzekerd risico

²⁴⁶ De vraag naar een precieze afbakening tussen de begrippen sociaal recht, het arbeidsrecht, het sociale zekerheidsrecht en het sociale verzekeringsrecht laat ik hierbij rusten; daarvoor zij onder meer verwezen naar Prof. Mr. F.M. Noordam, nieuwe druk, 2000, p. 25-38

²⁴⁷ Uitgebreid hierover: Fluit & Knegt 1999, p. 281-320

Voor het beoordelen van een regeling, en vooral voor het vergelijken van bij een bepaalde regeling behorende argumenten met die behorend bij een ander, is het van belang voor ogen te houden wat het verzekerd risico is. Indien in geval van werkloosheid aanspraak wordt gegeven op een langdurige substantiële inkomensvoorziening, is het verzekerd risico in tijden van massale werkloosheid zo kostbaar, dat dit waarschijnlijk nooit uiteindelijk door een particuliere organisatie (verzekeraar of werkgever) zal kunnen worden gedragen. Volledige ‘privatisering’ van de huidige werkloosheidswet is daarom reeds om die reden niet goed mogelijk. Zo is volgens Fase werkloosheid alleen verzekeraar als daarvoor een landelijke, verplichte verzekering bestaat²⁴⁸. Een algemene werkloosheidswet verscheen daarom ook pas in 1949; het werkloosheidsbesluit 1917 legde het Rijk en gemeenten slechts de verplichting op om subsidie te verlenen aan de werkloosheidskassen van door werknemersverenigingen opgerichte werkloosheidskassen. De inkomensgevolgen van kortdurende ziekte zijn daarentegen wel beter in te schatten, zodat een dergelijke regeling wel particulier uitgevoerd kan worden. Met de invoering van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim en de WULBZ in de jaren negentig van de twintigste eeuw, waarbij dit risico grotendeels bij de werkgever werd gelegd, bleek dat ook te kunnen. Het verzekerd risico is ook relevant in verband met de kring van verzekerden. Dit speelt onder andere bij de verzekeringsplicht van directeuren groot-aandeelhouders (dga’s). Juist omdat zij overwegende invloed kunnen uitoefenen op hun werkloos worden, werd gevreesd dat zij misbruik zouden kunnen maken van zo’n verzekering. Dga’s zijn om die reden van het toepassingsgebied van de werknemersverzekeringen uitgesloten: eerst op grond van CRvB-jurisprudentie²⁴⁹, sinds 1998 op basis van art. 6 lid 1 sub d WW/ZW/WAO. Het betreffende risico van misbruik is denkbaar ten aanzien van de WW, maar kan zich uiteraard minder snel voordoen bij ZW of WAO.

8.4 Staatsregeling, verzekering of privé-risico?

Een essentiële vraag is of de wetgever vindt dat het betreffende risico door de gemeenschap moet worden gedragen (in de vorm van een staatsregeling of collectieve verzekering) of dat dit een privé-risico betreft (te dragen door werknemer of werkgever). Er bestaan een aantal argumenten om een collectieve regeling te treffen, in plaats van een private regeling: 1) de private regeling blijkt niet te voldoen²⁵⁰; dit argument speelde duidelijk bij de tot stand koming van bijvoorbeeld de Ongevallenwet. 2) het in geding zijnde belang wordt als een collectief belang ervaren, dat wil zeggen dat het onjuist wordt bevonden een ‘toevallige’ werknemer of werkgever hier mee op te zadelen.

Het verschil tussen een staatsregeling en een verzekering bestaat onder meer uit de al dan niet aanwezige relatie tussen verzekerd risico en premiebetaling. Een staatsregeling wordt bekostigd uit de algemene middelen (belastingen); een verzekering uit door verzekerden opgebrachte premies²⁵¹. Hoewel reeds aan het eind van de 19^e eeuw – vooral vanuit socialistische hoek – werd gepleit voor het invoeren van staatsregelingen, duurde het tot in de tweede helft van de twintigste eeuw voordat het voor bepaalde onderwerpen zo ver was. In de jaren 20 en 30 van de twintigste eeuw naderen de gedachten omtrent ouderdomsverzekering en staatspensioen elkaar²⁵². De in 1957 uiteindelijk tot stand gekomen AOW is een mengvorm van staatspensioen en verzekering. Pas met de Algemene Bijstandswet kwam een echte door de overheid uitgevoerde en uit algemene middelen bekostigde sociale voorziening tot stand.

De aanvankelijke grond voor invoering van een staatsregeling was veelal, dat de privaatrechtelijke regeling te kort schiet; later wordt als onderbouwing voor een publiekrechtelijke regeling ook het algemeen belang gegeven²⁵³. Tot een dergelijke conclusie kwam de Staatscommissie Rochussen 1894 ten aanzien van de veiligheid en gezondheid van werklieden in de onderneming, hetgeen

²⁴⁸ Fase, 2001, p. 49

²⁴⁹ CRvB, 4 oktober 1985, RSV 1986/21

²⁵⁰ Jansen & Loonstra 2001, p. 90

²⁵¹ Zie hierover onder andere Fluit 2001, p. 18/21 met literatuurverwijzingen

²⁵² Roebroek & Hertogh 1998, p. 189

²⁵³ Jansen & Loonstra 2001, p. 90

uiteindelijk tot de Ongevallenwet 1901 leidde. De grond voor invoering van een staatsregeling is sterk afhankelijk van politieke opvattingen. Protestants-christelijken pleiten voor soevereiniteit in eigen kring: staatsinterventie dient slechts in uiterste instantie te worden betracht, ingeval de maatschappij, in het bijzonder werkgevers en werknemers, tekort schiet bij het ter hand nemen van hun verantwoordelijkheden²⁵⁴. Voor katholieken geldt het beginsel van subsidiariteit, dat meer ruimte biedt voor een wisselwerking tussen staat en maatschappij. De progressieve liberalen en sociaal-democraten zijn gericht op staatsingrijpen²⁵⁵.

Ook wat betreft de financiering van een regeling spelen maatschappijopvattingen een belangrijke rol. Voor Levenbach en Veldkamp was het niet zo belangrijk, of voor de verzekering een speciale premie was betaald of niet. Romme daarentegen vond dat het voor de doeltreffendheid van de verzekering wel uitmaakte dat je wist dat je er zelf voor betaald had²⁵⁶.

Wanneer tegenwoordig gekeken wordt naar de totale uitgaven voor Sociale Zekerheid²⁵⁷, dan wordt een zeer aanzienlijk deel van die gelden (EUR 109,1 miljard) besteed aan volksverzekeringen/-voorzieningen. Aan duidelijke volksverzekeringen/-voorzieningen (AOW; ANW; ABW; AKW) wordt EUR 36 miljard uitgegeven; aan duidelijke werknemersverzekeringen/-voorzieningen (arbeidsongeschiktheids- en werkloosheidsverzekeringen) EUR 13 miljard. Het restant (EUR 32,1 miljard) betreft de pensioenverzekeringssuitkeringen en uitkeringen rechtstreeks door werkgevers alsmede EUR 27,7 miljard aan ziektekostenverzekeringen.

8.5 Kring van verzekerden

Indien sprake is van een verzekering, dan kan dit een verzekering zijn die in beginsel voor de gehele bevolking geldt, dan wel een voor een beperkte kring van verzekerden.

Het verschil tussen beiden is niet altijd hard. Voor een volksverzekering (bijvoorbeeld sinds 1963 de Algemene Kinderbijslagwet) moet aan bepaalde voorwaarden (het hebben van kinderen) worden voldaan, om aanspraken te verkrijgen. In zekere zin heeft de wet dus geen betekenis voor kinderlozen. Toch wordt gesproken over een volksverzekering, omdat slechts aan die (materiële) voorwaarden hoeft te worden voldaan (het krijgen/gaan verzorgen van een kind) opdat men wel aanspraken verkrijgt. Ook worden aan de kring van verzekerden van een volksverzekering voorwaarden gesteld, zoals het staan ingeschreven in een Bevolkingsregister of het hebben van een geldige verblijfstitel.

Bij een op een beperkte kring van verzekerden gerichte wet moet de doelgroep worden vastgesteld: werknemers, met werknemers gelijkgestelden, kleine zelfstandigen, alle werkenden onder een bepaald inkomensniveau, op basis van gezinssamenstelling meeverzekerden. Wat dat betreft heeft zich in de praktijk een grote hoeveelheid variaties voor gedaan.

Juist deze kwestie: volksverzekering of een beperkte kring van verzekerden, en wie behoren dan tot die kring, is voor de onderhavige studie van belang.

Bij het vergelijken van de kring van verzekerden in het sociale verzekeringsrecht, met het werknemersbegrip in het civiele arbeidsrecht, moet voor ogen worden gehouden dat enerzijds de achtergrond van beide regelingen vergelijkbaar kan zijn (bijvoorbeeld de beschermingsgedachte), maar dat anderzijds in het sociale verzekeringsrecht het om een verzekering gaat, en er door de verzekerde dus een tegenprestatie (premie) wordt geleverd, terwijl de werker die bepaalde arbeid voor een ander verricht, en het etiket 'werknemer' opgeplakt krijgt, er de daarbij behorende bescherming 'gratis' bij krijgt. Het onder de kring van verzekerden brengen van personen die daar niet op rekenen, is daarmee een ingrijpende zaak. Zo scherp als in 1906 ("Verplichte verzekering is roof van staatswege..."²⁵⁸) ligt het tegenwoordig niet meer, maar de argumenten moeten toch

²⁵⁴ Roebroek & Hertogh, p. 166

²⁵⁵ Zeer veel uitgebreider hierover: Van Peijpe 1985, p. 63 t/m 70.

²⁵⁶ Roebroek & Hertogh, p. 291

²⁵⁷ arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, ouderdomsverzekeringen, ANW, werkloosheidsverzekeringen, ABW, huursubsidie, AKW, sociale uitkeringen rechtstreeks door werkgevers, pensioensverzekeringssuitkeringen, Statistisch Jaarboek 2003, p. 239

²⁵⁸ Wibaut, pre-advies Vereniging voor Staathuishoudkunde en de Statistiek 1906, p. 82, geciteerd door: Fase 2001a

wel sterk zijn om een verplichte verzekering op te leggen in een arbeidsrelatie waarvan zowel de werkverschaffer als de werker van mening zijn dat die niet verzekeringsplichtig is of zou moeten zijn.

Onder andere als gevolg van de economische crises in de jaren dertig, als ook de Tweede Wereldoorlog met een naar Londen uitgeweken regering met de taak mede te helpen aan de opbouw van een opnieuw in te richten samenleving, werd tijdens die oorlog nagedacht over een stelsel van sociale zekerheid dat de sociale risico's zou afdekken; sociale risico's in de zin van risico's waarvoor de afhankelijke beroepsbevolking kon komen te staan en waarin ze zelf niet kon voorzien.

In april 1943 werd daarom, in navolging van het Beveridge-rapport²⁵⁹ in Engeland, de Commissie Van Rhijn geïnstalleerd, met als taak een overzicht te geven van de grondslagen en hoofdtekken van de sociale verzekering in Nederland. De Commissie Van Rhijn pleit voor een verzekering die de gehele bevolking sociale zekerheid zal verschaffen en tegen gebrek zal vrijwaren. Dit komt tot uitdrukking in het bekende adagium dat *de gemeenschap, georganiseerd in de staat, aansprakelijk is voor de sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen*. De politieke partijen gaan na de oorlog echter niet zo ver: confessionelen en liberalen houden een volksverzekering op het gebied van ziekte, werkloosheid en ouderdom tegen. Zij kiezen op die gebieden voor een verzekering voor werknemers en kleine zelfstandigen. De katholieke en protestants-christelijke vakbeweging staan nog terughoudender tegenover het verzekeren van kleine zelfstandigen en de werkgeversorganisaties zijn zelfs tegen dat laatste.

Een volksverzekering komt er enige tijd later toch voor wat betreft de ouderdomsverzekering (AOW, 1957), een Weduwen- en wezenvoorziening (1959) en – met hangen en wurgen - de Algemene Kinderbijslagregeling (1963)²⁶⁰.

8.6 Verplichte of vrijwillige verzekering

De meeste sociale verzekeringen hebben een verplicht karakter. Het belangrijkste argument daartoe vormt het mengen van goede en kwade risico's en het verkrijgen van een stabiel draagvlak (met de mogelijkheid een omslagstelsel te hanteren). Daarbij ontstaat met een verplichte verzekering de mogelijkheid van een voor iedereen gelijke premie (hetgeen aantrekkelijk is vanuit inkomenspolitiek, en ongewenste effecten bij aannamebeleid voorkomt); het maakt het (bij een werknemersverzekering) mogelijk premie bij de werkgever te heffen; sommige risico's zouden anders onverzekerbaar zijn (zoals werkloosheid) en het bevordert solidariteit binnen de groep²⁶¹. Bij een verzekering met een beperkte kring van verzekerden is voor de niet-verplicht verzekerden soms vrijwillige verzekering mogelijk. Of die mogelijkheid gegeven wordt hangt onder meer af van het verzekerd risico (een vrijwillige verzekering tegen werkloosheid blijft een hachelijke zaak).

8.7 Uitvoering

Wie zorg draagt voor de uitvoering van de sociale verzekeringswetgeving, en ook voor volksverzekeringen, is sinds 1901 een heikel punt: de overheid of bijvoorbeeld een door de sociale partners bestuurd orgaan? Reeds de oorspronkelijke Ongevallenwet strandde in 1899/1900 in de Eerste Kamer; minister Lely slaagde er pas in zijn ontwerp hiertoe in beide kamers aanvaard te krijgen, toen zowel de beoordeling van het recht op uitkering als ook het betalen van de uitkering zelf in het publieke domein, namelijk bij de Rijksverzekeringsbank werd gelegd²⁶². De standpunten over de uitvoering van de diverse werknemersverzekeringen lopen ook uiteen. Enkele voorbeelden. In de Ziektewet 1913 werd de uitvoering aanvankelijk opgedragen aan de tripartiet (door werkgevers- en werknemersorganisaties en overheid) bestuurde Raden van

²⁵⁹ Sir William Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*, 1942

²⁶⁰ Jaspers 2001a, p. 34

²⁶¹ Fase 2001a, p.58/60

²⁶² Jaspers 2001a, p. 5; 30/31

Arbeid. Bij de invoering in 1930 van die ZW kwam de uitvoering echter terecht bij de door werkgevers- en werknemersorganisaties gevormde bedrijfsverenigingen. De volksverzekeringen AOW en AKW worden (uiteindelijk) uitgevoerd door de Sociaal verzekeringsbank. WW, ZW en WAO werden na de Tweede Wereldoorlog tot midden jaren negentig uitgevoerd door de door de sociale partners bestuurde bedrijfsverenigingen. Deze bedrijfsverenigingen vielen onder toezicht van aanvankelijk (met de Wet op de Sociale Verzekeringsbank 1956) de Sociale Verzekeringsbank, vanaf 1995 het onafhankelijke Ctsv. Hoewel na kritiek van de Algemene Rekenkamer in 1992 op de SVR en de uitkomst van de Parlementaire Enquete naar de uitvoeringsorganen in 1993 een vrij vergaande privatisering werd voorzien, werd in de Wet SUWI uit 2001 het publieke UWV (Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen) toch belast met onder andere de claimbeoordelingen²⁶³. Slechts de reïntegratieactiviteiten komen dan bij private organisaties te liggen.

²⁶³ Van der Veen 2001, p. 76-78

Hoofdstuk 9 Historisch overzicht sociale verzekeringswetten

9.1 Inleiding

De bescherming die het arbeidsrecht – en dit laatste begrip in ruime zin opgevat²⁶⁴ - biedt, begint ruim vóór de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst. In het prille begin van de 19^e eeuw verscheen een (niet ingevoerde) publicatie ‘houdende eene wet voor het Armen-bestuur over de gehele (Bataafsche) Republiek²⁶⁵. In 1854 verscheen de Armenwet, waarbij de ondersteuning van armen wordt (...) overgelaten aan de kerkelijke en bijzondere instellingen van weldadigheid (art. 20), maar aan de overheid een subsidiaire taak wordt toegekend²⁶⁶.

In de tweede helft van de 19^e eeuw ontstond kritiek op de onvolkomenheden in de op dat moment bestaande arbeidswetgeving en op de in toenemende mate onderkende maatschappelijke misstanden²⁶⁷.

De eerste twee wetten die vervolgens verschenen, de Wet van 19 september 1874²⁶⁸, ‘houdende maatregelen tot het tegengaan van overmatige arbeid en verwaarlozing van kinderen (Kinderwet van Van Houten) in 1874 en de Arbeidswet in 1889, lagen op het gebied van het publiekrechtelijke arbeidsrecht. Zij gaven daarbij geen rechten aan arbeiders, maar zij verboden bepaalde vormen van arbeid. Dat het om publiekrechtelijk arbeidsrecht gaat blijkt er uit dat de overheid met de naleving er van was belast, en individuele werknemers hieraan geen rechten konden ontnemen. De wetten richtten zich niet op inkomensvoorziening, maar op veiligheid. Doelgroep in de Kinderwet van Van Houten waren, zoals de populaire benaming van de wet ook aangeeft, kinderen. Het werd verboden kinderen beneden twaalf jaar in dienst te nemen en in dienst te hebben. Er wordt daarbij een uitzondering gemaakt voor huiselijke en persoonlijke diensten en voor veldarbeid. De in artikel 3 van de wet opgenomen strafbepaling richt zich tegen ‘de hoofden of bestuurders der ondernemingen, in of bij welke het kind in dienst is bevonden’. Voor de strafbaarheid was dus vereist dat sprake was van ‘in dienst’ zijn, hetgeen de praktische uitvoerbaarheid van de wet sterk beperkte²⁶⁹. Bovendien was niet voorzien in een inspectie of controleorgaan. Reeds in 1880 werd daarom al geconstateerd dat de wet dringend verbetering behoefde²⁷⁰. Het grote belang van de Kinderwet van Van Houten ligt echter in het gegeven dat voor het eerst de bevoegdheid van de overheid wordt erkend om rechtstreeks binnen arbeidsverhoudingen te interveniëren²⁷¹.

Een volgende wet die bescherming op het gebied van arbeid trachtte te geven was de Arbeidswet van 1889. Deze wet kende een tweetal vormen van bescherming. In de eerste plaats was het verboden om sommige personen sommige vormen van arbeid te laten verrichten. Voor kinderen en vrouwen binnen vier weken na de bevalling gold een algemeen verbod hen arbeid te doen verrichten; voor vrouwen in het algemeen gold een verbod tot het verrichten van bepaalde soorten van arbeid.

In de tweede plaats kende de wet administratieve verplichtingen, namelijk tot het bijhouden van een arbeidskaart en een arbeidslijst²⁷². De wet als zodanig richt zich op ondernemingen, waarbij

²⁶⁴ In de zin van het publieke en het private arbeidsrecht alsmede het sociale zekerheidsrecht in ruime zin

²⁶⁵ Hertogh 1998, p. 4

²⁶⁶ Hertogh 1998, p. 7

²⁶⁷ Zie voor een beschrijving van de achtergrond van die toenemende kritiek o.a. Schwitters 1991. Opmerkelijk genoeg leverde de toenemende industrialisering – vaak genoemd als oorzaak van de misstanden in de tweede helft 19^e eeuw – ten opzichte van huisnijverheid ook vaak een verbetering van arbeidsomstandigheden op (Schwitters 1991, p. 14-19).

²⁶⁸ Stb 130

²⁶⁹ Koopmans, p. 14. Een sociologische visie op het ontstaan van de Kinderwet Van Houten is te vinden in Schwitters 1991, p. 121-129.

²⁷⁰ Geers 1991. 34/35

²⁷¹ Roebroek & Hertogh, 1998, p.96

²⁷² De wet is ook effectiever, aangezien er een inspectieorgaan is geregeld, de Arbeidsinspectie (zie hierover Geers 1987. p. 40/41)

echter een reeks van uitzonderingen wordt gemaakt, waaronder die in de landbouw. Ook het begrip arbeid wordt gedefinieerd als de werkzaamheden, in of voor enig bedrijf verricht. De achtergrond van beide wetten is dus bescherming. Beide wetten richten zich op ondernemingen, en dus niet op voor particulieren verrichte werkzaamheden. Wel worden hierbij voor sommige bedrijfstakken uitzonderingen gemaakt, in welke gevallen die beschermingsgedachte blijkbaar moet wijken.

In de Arbeidswet 1911 wordt dan een eerste aanzet gegeven tot regulering van de arbeidsvoorwaarden van volwassen mannen²⁷³. Dit leidt in 1918, onder andere als gevolg van de op dat moment snel stijgende werkloosheid, tot een in 1919 verhoorde roep om de 8-urige werkdag, en 45-urige werkweek²⁷⁴. Met deze wijziging wordt dan het principe erkend dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor de algemene arbeidsomstandigheden, en niet alleen maar dient ter bestrijding van evidente misstanden²⁷⁵.

Een uitvoerig overzicht van de ontstaansgeschiedenis van de diverse sociale wetten aan het begin van de 20^e eeuw wordt gegeven in het boek 'De beschavende invloed des tijds', in opdracht van de Commissie Onderzoek Sociale Zekerheid verricht door J.M. Roebroek en M. Hertogh. In deze bewondering wekkende studie wordt een overzicht gegeven van de ontstaansgeschiedenis van de sociale zekerheidswetten, afgezet tegen de sociale en politieke ontwikkelingen in de betreffende periode.

Omdat bij de invoering van de verschillende sociale zekerheidswetten steeds opnieuw discussie werd gevoerd over de noodzaak daartoe, de kring van verzekerden, de aanspraak die op basis van de wet zou moeten kunnen plaatsvinden en de met de uitvoering er van belaste instantie, is het, gelet op de vraagstelling van dit onderzoek, zinvol die verschillende ontstaansgeschiedenissen kort te behandelen.

Specifieke wetten ontstaan vóór 1945²⁷⁶

9.2 Ongevallenwet

9.2.1 Algemeen

Een zeer belangrijke stap in de door het arbeidsrecht geboden bescherming vormt de Ongevallenwet 1901²⁷⁷. Deze wet was een verplichte verzekering van werklieden tegen de financiële gevolgen van bedrijfsongevallen. De wet betreft niet de voorwaarden waaronder de arbeid mag worden verricht, maar heeft betrekking op de bestaanszekerheid die samenhangt met het kunnen verrichten van loonarbeid en in het verlengde daarvan: het gebrek aan bestaanszekerheid wanneer dat als gevolg van ziekte, ongeval, invaliditeit of ouderdom niet meer kan. De Ongevallenwet 1901 is daarom te beschouwen als de eerste sociale verzekeringswet²⁷⁸. De Ongevallenwet kende aan de verzekerden bij een bedrijfsongeval geneeskundige verzorging toe, als ook een in geval van blijvende invaliditeit in duur onbepaalde geldelijke uitkering, namelijk 70% van het dagloon. Overleed een slachtoffer, dan werden begrafeniskosten betaald, als ook een periodieke vergoeding aan nabestaanden uitgekeerd.

De motivering voor het toekennen een dergelijke vergoeding na een ongeval was volgens de ontwerper Lely als volgt: 'Het is in strijd met het rechtsbewustzijn, dat de werkmán, wien in zijn bedrijf een ongeluk treft, hulpeloos en als een nutteloos werktuig op zijde wordt geschoven. Zijn

²⁷³ Tevens wordt in de Arbeidswet van 1911 het begrip "bedrijf" vervangen door het ruimere "onderneming".

²⁷⁴ In de Arbeidswet van 1919 vindt bovendien een verdere verruiming van het bereik van de wet plaats, wanneer de arbeider omschreven wordt als "ieder die al dan niet geregeld arbeid verricht" echter met uitzondering van enkele bedrijfstakken én met uitzondering van de hoofden en bestuurders van die ondernemingen.

²⁷⁵ Roebroek & Hertogh, p. 156

²⁷⁶ De Werkloosheidswet 1949 is weliswaar tot stand gekomen na 1945 maar omdat zijn voorlopers wel reeds werden ingevoerd ten tijde van het tot stand komen van de eerste Ziekte- en Invaliditeitswet, wordt de werkloosheidswet, als een der 'klassieke' sociale verzekeringswetten, reeds in dit gedeelte behandeld

²⁷⁷ Wet 2 Januari 1901, Stb. 1901,1

²⁷⁸ Om die reden werd in 2001 honderd jaar sociale verzekering in Nederland gevierd

arbeidsvermogen toch, dat bij een arbeidsongeval geheel of ten dele teloor gaat, is in de regel de enige bron van zijn inkomsten en de volstreekte voorwaarde van zijn bestaan²⁷⁹.

De Ongevallenwet is gebaseerd op het risque professionnel, namelijk schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid ontstaan ten gevolge van de arbeid. In de Ongevallenwet 1901 stond dit risque professionnel omschreven als “in verband met de uitoefening van het verzekeringsplichtig bedrijf”. Bij de wijziging van de Ongevallenwet in 1921 werd dit vervangen door “in verband met zijn dienstbetrekking”, opdat ook ongevallen op weg naar of van het werk onder de dekking van de wet zouden vallen en in situaties van het uitlenen van een arbeider aan een ander bedrijf²⁸⁰. Ook onder de Ongevallenwet 1901 werd iets vrij snel als arbeidsongeval aangemerkt. Het bevriezen van enkele vingers tijdens het vasthouden van dakbedekkingspapier, het krijgen van pijn na het tillen van een zware zak, wat enkele dagen later longtuberculose blijkt te zijn; het overlijden van iemand met hartklachten na het duwen van een zware kar zijn voorbeelden van situaties die door de Centrale Raad van Beroep als ongeval in de zin van de Ongevallenwet werden geschaard²⁸¹.

9.2.2 Ontstaan

De achtergrond van de totstandkoming van de Ongevallenwet is niet eenduidig. Voorafgaand aan de invoering van de wet, kon een werknemer die als gevolg van een arbeidsongeval schade leed, de veroorzaker (zijn werkgever) slechts aanspreken wanneer deze aan het ongeval schuld had. Een dergelijke werkgeversaansprakelijkheid werd pas na 1870 voor het eerst in de rechtspraak aangenomen en leidde in de jaren tachtig en negentig van de 19^e eeuw tot (slechts) enkele toegewezen claims²⁸². Met de invoering van de Ongevallenwet 1901 hoefde (en kon) de werknemer zich niet meer tot zijn werkgever te wenden, maar kon (en moest) een direct beroep doen op de Rijksverzekeringsbank. In die zin bevrijdde de wet werkgevers van directe claims. Een andere ontwikkeling was dat als gevolg van de toenemende industrialisering, er kritiek ontstond op de op schuld gefundeerde aansprakelijkheid. In de eerste plaats waren bedrijfsongevallen niet meer zoals vóór de industrialisering, gevolg van toeval, zoals bliksem en storm, maar van menselijke activiteiten. In de tweede plaats lieten de door de machine aangerichte ongevallen zich niet zo gemakkelijk toerekenen aan de onvoorzichtigheid van degene die aan de machines werkten, of van degene die tot dat werken opdracht hadden gegeven of daar toezicht op uitoefenden²⁸³.

De politieke bestaansgeschiedenis van de Ongevallenwet gaat, arbitrair, terug tot het begin van de jaren negentig der negentiende eeuw. Vanaf 1875 is een economische recessie voelbaar. In katholieke kringen betekent het verschijnen van het encycliek *Rerum Novarum* in 1891 een belangrijke stimulans voor het denken over sociale politiek. Aan sociaal democratische zijde wordt door de Sociaal-Democratische Bond geijverd voor onder andere een beperking van de arbeidsdag. Uit protestants-christelijke huize roept de ARP in 1891 het Christelijk Sociaal Congres tezamen, waarbij er voor gepleit wordt de arbeider niet langer onbeschermd te laten tegen de hebzucht van anderen²⁸⁴. In 1894 adviseert de Staatscommissie Rochussen vervolgens een verplichte verzekering in het leven te roepen tegen invaliditeit ten gevolge van een arbeidsongeval.

Na enkele kabinetswisselingen leidt dit tot een door Minister Lely ingediend wetsontwerp, met een verplichte werknemersverzekering, waarbij de premies door de werkgevers moeten worden opgebracht en de uitvoering wordt geregeld door de Rijksverzekeringsbank. De protestant Kuyper verzet zich tegen deze centralisatie en tracht door middel van een uit 37 artikelen bestaand ‘groot’-amendement de monopoliepositie van die RVB te breken. Dat lukt hem

²⁷⁹ Kamerstukken II 1897/98, 182; nr 3, p. 12. Zie hierover ook: Hertogh 1998, p. 98 en Jaspers 2001a, p. 29

²⁸⁰ Groeneveld & Stenberg 1922 p. 16/17

²⁸¹ CRvB 2 juli 1909, C.O. 6^e jaargang, p. 497; CRvB 27 januari 1904, C.O. 1^e jaargang, p. 273; CRvB 30 december 1909, jaargang 1910, Weekblad nr. 2

²⁸² Schwitters 1991, 197-199

²⁸³ Schwitters 1991, p. 209; Pennings 2000, p. 5

²⁸⁴ Roebroek & Hertogh 1998, p. 112

uiteindelijk in de Eerste Kamer, waarna minister Lely reeds drie weken nadien een aangepast ontwerp in en door de Tweede en vervolgens Eerste Kamer krijgt²⁸⁵.

In 1921, ten tijde van de aanpassing van de Ongevallenwet, werd als belangrijkste reden voor het ontstaan der wet gegeven dat de rechtsovertuiging zich heeft gevormd, dat met de kosten dezer aan de bedrijfsuitoefening noodwendig verbonden ongevallen het bedrijf behoort te worden belast, en dat de regelen van het algemene burgerlijke recht omtrent vergoeding van schade in geval van ongevallen bij de arbeid overkomen bij de moderne arbeidsverhoudingen niet tot een bevredigende uitkomst leiden²⁸⁶.

9.2.3. Kring der verzekerden

Blijkens artikel 1 van de wet richt deze zich op 'de werklieden in de verzekeringsplichtige bedrijven (die) volgens de bepalingen dezer wet verzekerd (zijn) tegen geldelijke gevolgen van ongevallen, hun in verband met uitoefening van het bedrijf overkomen'.

In de wet van 1901 vallen onder de verzekeringsplichtige bedrijven zij die vallen onder de limitatief opgesomde bedrijfstakken. De wet was daarmee slechts van toepassing op de door haar aangewezen bedrijven, zoals die waarin gebruik werd gemaakt van krachtwerktuigen^{287 288}.

In de wet van 1921 wordt het toepassingsgebied verruimd, en vallen onder de wet alle bedrijven, tenzij deze expliciet zijn uitgezonderd. Niet-verzekeringsplichtig zijn krachtens art. 12 o.a. de bedrijven van landbouw, veehouderij, tuinbouw en bosbouw, het bedrijf van personen- en goederenvervoer met schepen. Wel verzekeringsplichtig zijn krachtens art. 3 door een publiekrechtelijk lichaam uitgevoerde diensten, die ook door een private persoon kunnen worden uitgevoerd, zoals apotheken, gasfabrieken enz.

De wet richt zich daarbij verder alleen op (artikel 2) 'de werkmán die in dienst is van de werkgever in diens onderneming'. Het begrip werkmán is breder dan enkel de arbeider met een arbeidsovereenkomst. Ook zij die voor een publiekrechtelijk lichaam werken kunnen onder de wet vallen, als ook familieleden van de werkverschaffer, met wie op grond van die familieband geen arbeidsovereenkomst kan bestaan. Als werklieden worden verder beschouwd leerlingen en volontairs.

Het is op grond van de definitie vereist dat de werkmán in dienst van het verzekeringsplichtig bedrijf werkt.

Volgens Groeneveld-Stemberg hangt het antwoord van de vraag of sprake is van een dergelijke dienstbetrekking af van drie criteria waaraan voldaan moet zijn: 1. ligt de persoonlijke verrichting van de arbeid door betrokkene in de bedoeling van partijen, of kan deze zich laten vervangen; 2. is de persoon, die het werk moet verrichten, daarbij gehouden de aanwijzingen en bevelen op te volgen, ten behoeve van wie het werk wordt verricht; 3. de maatschappelijke positie van de werker: behoort hij tot de arbeidersklasse of staat hij bekend als iemand die voor eigen rekening pleegt te werken²⁸⁹?

Groeneveld-Stemberg merkt op dat dit dienstbegrip feitelijk moet worden opgevat: van belang is het vast te houden aan deze kenmerken, omdat het voorkomt, dat arbeidsovereenkomsten worden verhuld in overeenkomsten van aanneming van werk teneinde aldus te ontkomen aan de lasten van de verzekeringsplicht. De praktijk van de uitvoering van de Invaliditeitswet heeft doen blijken, dat op het platteland veel werkzaamheden, als aardappelen rooien, spitten enz., worden verricht als aanneming van werk. De Centrale Raad van Beroep heeft echter in de regel dienstbetrekking aangenomen, waarbij deze conclusie dan steunde op de hiervoor aangegeven redenering²⁹⁰. Ook het thuiswerk, waarbij de opdrachtgever de materialen levert en de

²⁸⁵ Roebroek & Hertogh 1998, p. 134

²⁸⁶ Groeneveld & Stemberg, 1922, p. 3.

²⁸⁷ Zie voor de ontstaansgeschiedenis: De Vries Wzn 1970; Schwitters 1991, p. 183-201

²⁸⁸ In de uiteindelijke versie van de wet werd aan de werkgever bovendien de mogelijkheid gegeven het risico zelf te dragen, in plaats van zich bij de Rijksverzekeringsbank aan te sluiten (Schwitters 1991, p. 274)

²⁸⁹ Groeneveld & Stemberg 1922, p. 32/33

²⁹⁰ Groeneveld & Stemberg 1922, p. 33; zo ook Koopmans, p. 23/24

thuiswerker zo goed als uitsluitend voor dezelfde opdrachtgever werkt, wordt onder dienstbetrekking verstaan.

Het werken ten behoeve van particulieren valt niet onder de wet; het moet gaan om een bedrijf dat wordt uitgeoefend door een onderneming. Dat laatste betekent dat het bedrijf wordt uitgeoefend met het oog op winst: de geleerde die door een timmerman een boekenkast laat timmeren voldoet niet aan dat criterium. Volgens de Centrale Raad oefenen een advocaat of een arts wel een dergelijk bedrijf uit²⁹¹.

De in het voorontwerp²⁹² gestelde verdere beperking, dat de wet slechts betrekking zou hebben op de werklieden onder een bepaalde inkomensgrens (namelijk van vier gulden per dag) kwam te vervallen. Belangrijkste reden hiervoor was niet dat de wetgever van mening was dat ook de directeur op basis van de Ongevallenwet verzekerd moest zijn²⁹³, maar dat de Tweede kamer afbakeningsproblemen vreesde: de werkmán die het ene jaar net boven de grens viel, en dan niet verzekerd was, en het volgend jaar wat terugging in salaris, en dan weer wel verzekerd zou zijn. Alle werklieden – ook directeuren, inspecteurs en verdere beambten bij maatschappijen²⁹⁴ - vielen er dus onder; wel gold voor de te betalen uitkering een maximum dagloon. Ook de werkgever zelf kon zich op grond van art. 87 vrijwillig verzekeren.

9.2.4 Aanspraken en uitvoering

De wet kende twee soorten aanspraken toe: die op geldelijke ondersteuning, en die op geneeskundige zorg. De geneeskundige behandeling wordt in art. 14 als eerste genoemd. De geldelijke uitkeringen zijn geregeld in de artikelen 15 en volgende. Art. 15 kent een uitkering toe van 70% van het dagloon, gedurende de eerste zes weken van arbeidsongeschiktheid. Dat de werkmán 30% voor eigen rekening houdt, berust volgens Groeneveld-Stemberg op de praktische overweging dat het gewenst is de verzekerde en prikkel te geven tot tijdige werkhervatting, en ook op de meer theoretische grond, dat de verzekerde ook indien het ongeval aan zijn schuld (grove onvoorzichtigheid) is te wijten uitkering krijgt, en dat het daarom billijk is dat de werkgever niet de volle last der schade draagt²⁹⁵.

Na de eerste zes weken van arbeidsongeschiktheid kent art. 16 een uitkering toe, waarvan de hoogte is gekoppeld aan zowel het dagloon, als ook de mate van arbeidsongeschiktheid. Ook hierbij is het maximum percentage van uitkering 70%. In geval van blijvende hulpbehoevendheid kan overigens wel 100% worden betaald. Bij de Ongevallenwet 1901 werd alleen gekeken naar de werkelijke medische arbeidsongeschiktheid; met de wijziging van de wet in 1921 werd onder het ontbreken van de mogelijkheid om als gevolg van een ongeval geld te verdienen, ook verstaan de onmogelijkheid een werkgever te vinden, die bereid is de arbeider in dienst te nemen. In moderne terminologie: de werkloosheidsfactor werd vanaf 1921 in het arbeidsongeschiktheidspercentage verdisconteerd. Ook modern is de keuze die de werkgever heeft voor het dekken van het risico: uitgangspunt is dat hij, afhankelijk van de gevarenklasse waarin hij is ingedeeld, een premie betaalt aan de RVB; de RVB zorgt dan voor het betalen der uitkeringen. De werkgever kan ook de door de RVB te betalen uitkeringen op grond van art. 54 voor eigen rekening nemen of zich partikulier te verzekeren; hij betaalt dan daar boven op aan de RVB administratiekosten.

Nadien zal ook bij deze wet een discussie gevoerd blijven worden omtrent de uitvoering²⁹⁶.

9.2.5 Tussenconclusie Ongevallenwet

De Ongevallenwet 1901 is de eerste sociale zekerheidswet: hij verzekert vooral het verlies aan verdien capaciteit als gevolg van een in verband met het verrichten van arbeid overkomen ongeval. De schuldvraag van de werkgever ten aanzien van het ontstaan van het ongeval wordt

²⁹¹ Groeneveld & Stemberg 1922, p. 36/37

²⁹² Ontwerp Lely, 1897 (zie Koopmans, p. 22)

²⁹³ In het VV van de Eerste Kamer werd om die reden tegen de uitbreiding zelfs bezwaar gemaakt; Koopmans, p. 23

²⁹⁴ Koopmans, p. 23

²⁹⁵ Groeneveld & Stemberg 1922, p. 10

²⁹⁶ Roebroek & Hertogh 1998, p. 188

niet gesteld. Wanneer er een invaliditeitsuitkering door de RVB wordt verstrekt, dan ontheft dat de werkgever in beginsel van zijn aansprakelijkheid jegens de werknemer. Tot de kring van verzekerden behoren bijna alle werknemers in dienst van een onderneming, zowel de werknemer met een zwakke maatschappelijke positie (de volontair), de gewone werknemer, de hoog-betaalde werknemer of zelfs de directeur. Van belang daarbij is dat er ten tijde van de invoering van de Ongevallenwet geen andere algemene inkomensvoorziening bestond (zoals de Algemene Bijstandswet): de Ongevallenwet fungeerde voor de gehele groep werknemers (categorieën 1 t/m 4) die een arbeidsongeval overkwam, en was daarom een bodemvoorziening. Dat ook de inspecteur en directeur onder het bereik van de Ongevallenwet viel, was niet onomstreden. Niet onder de verzekering valt 'diegene die voor eigen rekening pleegt te werken', dat wil zeggen de economisch onafhankelijke opdrachtnemer (categorie 6). Dat deze groep niet onder de werking van de wet viel was er blijkbaar op gebaseerd dat deze personen 'onafhankelijk' waren. Om te voorkomen dat economisch zwakkeren onder het mom van een ander contract dan de arbeidsovereenkomst niet onder de werking van de wet vallen, wordt het begrip werknemer feitelijk uitgelegd, en is afhankelijk van het persoonlijk moeten verrichten van arbeid, de instructiebevoegdheid van de werkgever en de maatschappelijke positie van betrokkene. De maatschappelijk zwakke opdrachtnemer (categorie 5) zal daarom veelal ook onder de strekking van de wet vallen.

9.3 Ziektewet

9.3.1 Algemeen

Ruim tien jaar na de Ongevallenwet, namelijk in 1913 en dus na de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst, wordt de eerste Ziektewet door het parlement aangenomen²⁹⁷. Aan de Ziektewet ging ook een geschiedenis van enkele jaren vooraf. De ziektewet verzekert de loonverdiencapaciteit in geval van kortdurende arbeidsongeschiktheid. Gedurende deze kortdurende arbeidsongeschiktheid is de werknemer niet in staat arbeid te verrichten, en heeft dus in beginsel geen aanspraak op doorbetaling van loon. De Ziektewet voorziet hierin aldus, dat de verzekerde gedurende deze kortdurende arbeidsongeschiktheid aanspraak heeft op door een derde te betalen uitkering.

9.3.2. Ontstaan

In de wetsgeschiedenis van de Ongevallenwet wordt reeds gesproken over een te treffen daaraan voorafgaande verzekering tegen ziekte. In 1904 wordt hiertoe door Kuyper een eerste ontwerp ingediend. Het betreft hier een combinatie van ziekgeld en kosten voor geneeskundige behandelingen. Zijn ontwerp, evenals dat van Veegens uit 1906, halen het niet als gevolg van nieuwe verkiezingen. Talma maakt in die aanspraken een onderscheid: hij beperkt zijn ontwerp Ziektewet tot een ziekte-uitkering²⁹⁸, met dien verstande dat die slechts wordt verstrekt wanneer de verzekerde is voorzien van medische hulp.

9.3.3 Kring der verzekerden

De kring van verzekerden van de Ziektewet 1913 bestond, net als de Ongevallenwet, uit arbeiders²⁹⁹. Zonder arbeidsovereenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek, kon daarmee geen verzekeringsplicht bestaan; losse arbeiders vielen niet onder de wet. De kring werd nog wat verder beperkt tot de arbeiders werkzaam in een onderneming, in tegenstelling tot die in een

²⁹⁷ Zie over de uitgebreide oppositie die ook tegen deze wet bestond, Hertogh 1998, p. 55-83

²⁹⁸ Hoe een tegemoetkoming in de betaling van ziektekosten partikulier en per bedrijf geregeld werd, valt onder andere te lezen in W. Wennekers, De Aartsvaders, Grondleggers van het Nederlandse bedrijfsleven, 8^e druk, 2000.

²⁹⁹ Deze groep werd eind jaren dertig door middel van bijzondere besluiten uitgebreid met degenen die een aantal specifieke beroepen uitoefenden, waarvan het niet duidelijk was of dit in een gezagsrelatie plaatsvond.

particuliere huishouding³⁰⁰. Een arbeider is voor zijn loon geheel aangewezen op zijn persoonlijke arbeidskracht: dat maakt hem afhankelijk. Zelfstandigen worden niet in de verplichte verzekering opgenomen, omdat de ontwerper, minister Talma, van mening is dat de ondernemer die het niet langer volhoudt, altijd nog arbeider kan worden³⁰¹! Het loon moet daarom mede een vergoeding van het inkomensverlies omvatten voor de tijd waarin de arbeider door ziekte, invaliditeit of ouderdom niet in staat is te werken³⁰².

Als rechtsgrond voor de verplichte wettelijke regeling werd door de ontwerper, Talma, het beginsel van het uitgesteld loon aangevoerd. Hij formuleert het aldus: “Onze gehele arbeidersverzekering is eigenlijk niets anders dan een poging om de loonvorm zodanig te maken dat wanneer iemand gearbeid heeft, dat loon bestaat uit twee delen: in de eerste plaats in geld, dat hij mee naar huis krijgt waarmee hij zijn huishouden kan onderhouden, en in de tweede plaats het geld dat hem, omgezet in een premie, in staat stelt om, wanneer hij invalide wordt, wanneer hij, hetzij bij ziekte, hetzij bij invaliditeit, hetzij bij ouderdom, niet meer in staat is te werken, te geven een inkomen uit zijn loon”³⁰³. Deze gedachte van het uitgestelde of rechtvaardige, met het verrichte of te verrichten werk samenhangend loon, is een leidende gedachte geweest in de discussie over de grondslagen van de sociale verzekering. Al in 1895 pleitte Raaymakers³⁰⁴ in zijn proefschrift voor een verplichte verzekering, als loon voor gepresteerde of nog te presteren arbeid; zo ook Kuyper³⁰⁵. Toch klonken ook tijdens de beraadslagingen over de wet andere geluiden: de vrijzinnig-democraat Treub vond sociale verzekering een zaak van algemeen maatschappelijk belang en dus niet een alleen in belang van werkgevers en werknemers. Over het bereik van de Ziektewet schreven nadien Van Esveld en Levenbach. Van Esveld³⁰⁶ oordeelde dat de beperking tot arbeiders werd aangelegd omdat men het niet nodig achtte die groepen der bevolking onder de verzekering te brengen die waarschijnlijk zelf in staat zouden zijn, door hun ruimer vloeiende inkomsten, om de desbetreffende risico's te dekken. Levenbach³⁰⁷ vond het sociaal onbillijk werken wanneer personen buiten de verzekering werden gesloten, die maatschappelijk gezien toch in geen andere positie verkeerden dan personen die in perfectie aan de juridische eisen van de arbeidsovereenkomst voldeden. Tegenover dit bezwaar ziet Koopmans³⁰⁸ het voordeel dat men te maken had met een bekend en vast omlid begrip. Ook voor de Ziektewet gold aanvankelijk een loongrens van f 3000 per jaar, welk bedrag in de loop der tijd diverse malen werd verhoogd en in 1967 is afgeschaft.

9.3.4 Aanspraken en uitvoering

De wet gaf in geval van arbeidsongeschiktheid een aanspraak op een aan het laatstverdiende loon gekoppelde uitkering van 80% (in de jaren tachtig van de twintigste eeuw stapsgewijs teruggebracht tot 70%) van het genoten dagloon gedurende een periode van maximaal zes maanden, in 1947 uitgebreid tot 52 weken. De invoering van de Ziektewet laat vanaf zijn aanvaarding in de Staten Generaal echter nog 17 jaar en dus tot 1930 op zich wachten, vanwege onenigheid over de met de uitvoering hiervan te belasten instantie(s). Talma legde in zijn ontwerp Ziektewet de uitvoering bij de publiekrechtelijke raden van Arbeid. Er vinden vervolgens allerlei discussies plaats in kabinetten met wisselende samenstelling. Ook het standpunt van de vakorganisatie NVV verandert in de loop der tijd, van een publiekrechtelijke naar een meer private uitvoering. In 1923 adviseert de Hooge Raad van Arbeid, dat de overheid zich slechts met de uitvoering van de wet moet gaan bezighouden, indien de particuliere uitvoering in gebreke blijft. Dat standpunt vormt basis voor een nieuw wetsontwerp, waarbij aan de werkgevers de

³⁰⁰ Koopmans, p. 33 t/m 35 ; de wetgever vond dat de wet bezwaarlijk op huishoudelijk personeel zou kunnen worden toegepast (Wittert van Hoogland I, p. 480-482)

³⁰¹ Hertogh 1998, p. 65

³⁰² Jansen & Loonstra 2001, p. 91

³⁰³ Hertogh 1998, p. 65; Jaspers in: De Gemeenschap, p. 28

³⁰⁴ C. Raaymakers, Verzekering tegen werkloosheid, Amsterdam 1895, p. 67-68; 82-83 (2^e druk in 1898)

³⁰⁵ Kuyper, Proeve van pensioenregeling voor werklieden en huns gelijken, Amsterdam, 1895, p. 53

³⁰⁶ Koopmans, p. 35

³⁰⁷ Levenbach, geciteerd in Koopmans, p. 35

³⁰⁸ Koopmans, p. 36

keuze gelaten zich bij bedrijfsverenigingen dan wel de ziekenkassen van de Raden van Arbeid aan te sluiten³⁰⁹. In de praktijk kiezen zij massaal (90%) voor de door de sociale partners bestuurde bedrijfsverenigingen³¹⁰.

9.3.5 Tussenconclusie Ziektewet

De Ziektewet 1913 (ingevoerd in 1930) kent arbeiders in geval van kortdurende ziekte een periodieke uitkering toe om het te lijden inkomensverlies op te vangen. Op basis van de wetsgeschiedenis is de ZW aanvankelijk beperkt tot de civielrechtelijke arbeider, die bovendien in dienst moest zijn van een onderneming; de dienstboden vielen er niet onder. De Centrale Raad van Beroep is echter bereid dat bereik van de Ziektewet ruim uit te leggen en te kijken naar de feitelijke situatie, zelfs wanneer daarmee uitdrukkelijk tegen de partijbedoeling werd ingegaan. In de woorden van Koopmans: het verst gaat de beroepsrechter wanneer hij een bewust gekozen rechtsfiguur eenvoudig als niet bestaand aanmerkt³¹¹. Door de CRvB wordt aldus een groep economisch afhankelijken - bijvoorbeeld taxichauffeurs, de inkoper van grondstoffen, de hoepelmakers en de kersenontsteelsters - toch onder de werking van de Ziektewet gebracht³¹². De categorieën 1 t/m 4 vallen daarmee – tot het maximum dagloon – onder de Ziektewet, echter met uitzondering van de buiten een onderneming werkzamen, zoals de dienstboden; categorie 5, de afhankelijke opdrachtnemer, valt slechts incidenteel onder de Ziektewet, en categorie 6 niet.

9.4 Invaliditeitswet

9.4.1 Algemeen

In het zelfde jaar als de Ziektewet (1913) werd ook de Invaliditeits- en Ouderdomswet aangenomen. De Invaliditeitswet ziet op het inkomensrisico van het als gevolg van invaliditeit gedurende lange tijd niet kunnen verrichten van arbeid. Deze al in 1919 ingevoerde wet betrof zowel het door niet-bedrijfsongevallen veroorzaakte invaliditeitsrisico als ook het ouderdomsrisico en was daarmee veel ruimer dan de Ongevallenwet, die alleen zag op bedrijfsongevallen. Ouderdom werd als een vorm van niet meer kunnen werken beschouwd: het invaliditeitspensioen ging in op een leeftijd “waarop de arbeider geacht kan worden in verband met zijn leeftijd zijn validiteit te hebben verloren³¹³. De uitkering is bedoeld in de plaats te treden voor de inkomsten, die de arbeider voordien door zijn arbeid in dienst van anderen genoot. De hoogte van de uitkering is niet direct gerelateerd aan het dagloon, maar aan de hoogte, de duur en de regelmaat van de premiebetaling. Bij de totstandkoming van de Ouderdomswet vonden tal van discussies plaats: over de vorm (verzekering of staatspensioen), over de ingangsdatum van pensioenuitkering (65 of 70 jaar) en over de personenkring: alleen werknemers of ook anderen. De ontwerper Talma beoogde een arbeidersverzekering. Tegen een voor iedereen geldende regeling werden de volgende argumenten aangevoerd: de hoge kosten van een algemene regeling zouden, wanneer de regeling ook zou gelden voor niet-arbeiders, niet alleen bij de werkgever geïnd kunnen worden. Bovendien wordt het werken als zelfstandige als een keuze gezien: zij zijn daarmee vrijwillig een risico aangegaan en verkeren in de positie het arbeidersbestaan opnieuw op te pakken³¹⁴. Talma's (progressieve) opvolger Treub opteerde na diens verkiezing voor een (algemeen) staatspensioen, maar omdat Treub zijn aanvankelijke wens van een dergelijk kosteloos pensioen niet kan waarmaken, ontvangt hij onvoldoende politieke steun en vertrekt. De liberaal Lely volgt hem op: aan de oorspronkelijke Invaliditeitswet wordt een ontwerp-Ouderdomswet toegevoegd en als Invaliditeits- en Ouderdomswet aangenomen en per 3 december 1919 in werking getreden. De uitkeringen van de Ouderdomswet blijken echter niet toereikend en van de

³⁰⁹ Jaspers 2001a, p. 31/32

³¹⁰ Roebroek & Hertogh, p. 143

³¹¹ Koopmans, p. 35

³¹² Koopmans, p. 37

³¹³ Groeneveld & Stemberg, 1920, p. 8 en 23; Pennings 2000, p. 6

³¹⁴ Hertogh, p. 78

vrijwillige verzekering wordt amper gebruik gemaakt³¹⁵. De roep om uitbreiding van het toepassingsgebied van de wet blijft daarom klinken. Voor de ouderdomsregeling zal hieraan pas gehoor worden gegeven in 1947 met de Noodwet Ouderdomsvoorziening en de AOW in 1956. Een voor alle ingezetenen geldende algemene arbeidsongeschiktheidswet komt er pas in 1976.

9.4.2 Ontstaan

Nadat in de Troonrede van Koningin Emma in 1891 aandacht was gevraagd voor de verbetering van het lot van oude en invalide arbeiders, werd bij Koninklijk Besluit van 31 juli 1895 een Staatscommissie ingesteld in verband met de noden van hen, die ten gevolge van invaliditeit en ouderdom niet meer tot arbeiden in staat waren. Deze commissie kwam in haar rapport van 2 juli 1898 tot de conclusie, dat een verzekering tegen de geldelijke gevolgen van invaliditeit en ouderdom wenselijk was. Het duurde tot 13 april 1905, voordat een wetsontwerp hieromtrent verscheen (ontwerp-Kuyper). Als gevolg van een kabinetswisseling werd dit ontwerp ingetrokken en verscheen op 16 oktober 1907 een nieuw ontwerp, waarbij slechts in de geldelijke gevolgen van ouderdom voorzien was. Ook dit ontwerp werd vervangen, en wel door het ontwerp Talma, ingediend op 5 mei 1911. Dit ontwerp bracht het tot de wet van 5 juni 1913 (Stbl. 205, Invaliditeitswet). In deze wet werd zowel voorzien in een invaliditeits- als in een ouderdomsregeling voor arbeiders. Die koppeling had een demografisch, of zo men wil: politiek, oordeel: de invaliditeitsregeling was vooral aantrekkelijk voor industriearbeiders (aan wie vaker invaliditeit overkwam); de ouderdomsregeling was vooral gunstig voor landarbeiders (die gemiddeld ouder werden)³¹⁶. Als gevolg van de Wereldoorlog en nog weer kabinetswisselingen, duurde het tot 3 december 1919 voordat de gehele wet in werking trad. In de tussentijd was al wel een bepaling per 3 december 1913 in werking getreden, waarbij arbeiders die op dat moment 70 jaar of ouder waren, een kosteloos ouderdomspensioen (ouderdomsrente) gingen ontvangen. Bij KB van 19 juni 1913 (Stbl. 28) werd vervolgens besloten ook aan degenen die na 3 december 1913 70 jaar werden, een kosteloos ouderdomspensioen toe te kennen. Met de volledige inwerkingtreding per 3 december 1919 verdween een dergelijk kosteloos pensioen, en werd de uitkering te keren renten afhankelijk gesteld van de hoogte en duur van de betaalde premies. De royale overgangsregeling was daarom zuur voor diegene die na december 1919 70 jaar werden. Bovendien leverde de periode 1913 tot 1919 nogal wat jurisprudentie op van personen (bijvoorbeeld degenen met zeer kleine baantjes), die naar alle waarschijnlijkheid zich wat de premiebetaling betreft niet als arbeider zouden hebben beschouwd, en daarmee ook geen aanspraken zouden hebben gehad, doch, nu er een kosteloos pensioen ter beschikking werd gesteld, wel claimden 'arbeider' te zijn in de zin der wet³¹⁷; het calculerend burgerschap is dus niet pas aan het eind van de twintigste eeuw ontstaan.

9.4.3 Kring der verzekerden

De uitkering wordt gezien als een vorm van gereserveerd loon: het loon van de arbeider behoort niet alleen toereikend te zijn om in normale tijden in zijn behoefte te voorzien, maar moet ook tot zijn onderhoud kunnen strekken wanneer hij door ouderdom of invaliditeit niet in staat is om te werken. De rechtsgrond van de verzekering is dus de loondienstverhouding. Om de zekerheid te krijgen dat de arbeider een deel van zijn loon voor genoemde doeleinden weglegt, moet een verplichte verzekering worden opgelegd. Dat op deze wijze het onderhoud van arbeiders in tijden van invaliditeit, ziekte en ouderdom gewaarborgd is, is niet alleen een belang van de individuele arbeider, maar voor de maatschappij als geheel³¹⁸. De verzekering was daarmee gekoppeld aan de arbeiderstatus. In 1912 werd 'door de linkerzijde' van de regering nog gepleit voor een staatspensionering, in plaats van een verzekering, maar dat voorstel haalde het niet. Argumenten

³¹⁵ Rang concludeerde daarom in zijn proefschrift in 1960 dat de vóór de Tweede Wereldoorlog getroffen ouderdomsvoorzieningen onvoldoende waren.

³¹⁶ Groeneveld & Stemberg 1920, p. 23

³¹⁷ Groeneveld & Stemberg, 1920, p. 6 en p. 73

³¹⁸ MvT Ziekewet, p. 2; geciteerd in Groeneveld & Stemberg 1920, p. 8/9.

vóór zo'n staatspensioen waren het rechtsbesef, dat personen op een bepaalde leeftijd gekomen, bij het bereiken van de leeftijd waarop de tijd voor rust is gekomen, een geregelde uitkering behoren te ontvangen. Hierbij werd er van uitgegaan dat de 'rijken' hier niet toe zouden behoren. Verder werd aangevoerd het vermijden van administratiekosten, die bij het invoeren van een verzekering gemaakt moeten worden. De tegenstanders van staatspensionering die vóór een verplichte verzekering waren wezen op de voldoening die het zou geven, om de uitkering uiteindelijk op eigen kracht te hebben verkregen; dit werd gesteld tegenover het ontvangen van gelden, vergelijkbaar met de Armenzorg. Tegenstanders van een verplichte verzekering wezen op de vrijheid het inkomen naar eigen goeddunken te kunnen besteden.

De in 1919 ingevoerde Invaliditeitswet werd een verplichte verzekering, hoewel de overgangsregeling, die van 3 december 1913 tot 3 december 1919 gold, trekken van een staatspensioen kende.

De Invaliditeitswet kent een verplichte verzekering voor alle arbeiders, ouder dan 14 jaar, en met een inkomen onder *f* 1200 per jaar³¹⁹. De loongrens vormt dus een beperking van het bereik van de wet ten opzichte van de Ongevallen- of de Ziektewet; doordat het Ziektewet-vereiste van het in een onderneming werkzaam moeten zijn, niet werd gesteld was het bereik tegelijkertijd duidelijk ruimer dan dat van de Ziektewet. Onder de Invaliditeitwet vallen daarmee ook losse arbeiders en dienstboden. Losse arbeiders betaalden slechts incidenteel premie (zij werkten immers ook incidenteel) waartegenover een navenant lage uitkering stond.

Het begrip 'arbeider' is naar uit de memorie van Toelichting blijkt, geënt op het zelfde begrip uit het Burgerlijk Wetboek. Uit de CRvB-jurisprudentie uit de eerste jaren na de invoering, blijkt het bepalen of iemand wel of niet arbeider is, soms moeilijk te zijn: de baker werd als arbeider aangemerkt, omdat zij geacht werd 'in dienst van' het gezin waar zij bakerde, te werken; de verpleegster werd daarentegen als zelfstandig beroepsuitoefenaar gezien³²⁰. Van de schoenlapper, barbier, rondtrekkend timmerman, rietdekker, witter en tuinman werd 'zoals ieder gevoelt' aangenomen dat van geen ondergeschiktheid sprake was, en dus geen verplichte verzekering³²¹. De thuiswerker, die zijn arbeid slechts voor één of twee personen verrichte, werd wel ondergeschikt geacht. Zoals aangegeven was het juist in de periode 1913-1919, toen geen premie werd geheven en aanspraken ontstonden enkel vanwege de status, aantrekkelijk om als arbeider te worden aangemerkt.

Achter het stellen van een loongrens zat de gedachte, dat degenen die meer verdienden, een inkomen hadden dat hen in zodanige geldelijke omstandigheden deed verkeren, dat zij maatschappelijk niet behoorden tot de stand van personen, waarvoor de Invaliditeitswet in het leven was geroepen³²². Ook vanuit de gedachte, dat de Invaliditeitswet er was voor diegene wier economische toestand verzekering nodig maakte, was de bepaling dat arbeiders, zoals handels- en kantoorbedienden, die hun loopbaan weliswaar begonnen met een salaris onder de loongrens, maar naar verwachting die loongrens 'binnen enkele jaren' zouden overschrijden, op verzoek van de verzekering konden worden vrijgesteld (art. 52). Deze groep zou immers van haar ingebrachte ouderdomspensioenpremies niets terugzien. Personen boven de loongrens konden overigens, net als iedere ander, wel een vrijwillige verzekering sluiten. Met deze vrijwillige verzekering werden aanspraken al naar gelang de premie-inbreng opgebouwd. Wie, begonnen als arbeider, kleine zelfstandige geworden was, kon verder de reeds betaalde verplichte premies laten overboeken naar een vrije verzekering (art. 57).

Een andere beperking in het systeem van verplichte verzekering bestond er uit, dat er slechts een verzekeringsplicht gold, wanneer men arbeider werd voorafgaand aan het 35^e levensjaar – bij de berekening van de te betalen premie werd zelfs uitgegaan van een verzekeringsaanvang op 16-jarige leeftijd. De 35-jaarsgrens werd getrokken om te voorkomen dat niet-arbeiders op latere leeftijd (met een snelle aanspraak op vooral een ouderdomspensioen) onder de verzekeringsplicht zouden vallen, en aldus een 'duur' risico zouden vormen.

³¹⁹ Vanaf 1929 werd dit *f* 2000 per jaar.

³²⁰ Groeneveld & Stemberg 1920, p. 15

³²¹ Groeneveld & Stemberg 1920, p. 69 (met verwijzing naar CRvB-uitspraken tussen 1914 en 1917)

³²² Groeneveld & Stemberg 1920, p. 16

9.4.4 Aanspraken en uitvoerende instantie

De Invaliditeitswet kende aanspraken toe indien de verzekerde blijvend of tijdelijke invalide werd, dan wel een leeftijdsgrens bereikte. Er golden wel een aantal voorwaarden. De Invaliditeitsuitkering kwam pas tot uitkering, nadat gedurende 3 jaar premie was betaald. Voor de volledige ouderdomsuitkering moest, zoals uit het voorgaande blijkt – en afgezien van de overgangsregeling – minimaal 30 jaar premie zijn betaald. De arbeider werd als invalide beschouwd, wanneer hij als gevolg van ziekte of gebreken, met arbeid die voor zijn krachten en bekwaamheid is berekend en die met het oog op zijn opleiding en vroeger beroep hem in billijkheid kan worden opgedragen, ter plaatse waar hij arbeid verricht (...) buiten staat is een 1/3^e te verdienen van hetgeen lichamelijk en geestelijk gezonde personen van zelfde soort en van soortgelijke opleiding, op zodanige plaats met arbeid gewoonlijk verdienen (art. 72). Wanneer het zich liet aanzien dat de invaliditeit een blijvende zou zijn, dan ontstond onmiddellijk het recht op uitkering; wanneer dat niet van te voren te zeggen was, gold een wachttijd van 6 maanden – welke wachttijd aansloot bij de Ziektewet, die gedurende diezelfde periode juist wél uitkeert. De hoogte van de uitkering is op een nogal ingewikkelde manier afhankelijk van de betaalde premies en de duur van de verzekering. Een arbeider met een inkomen van 1.000 gulden per jaar, die 10 jaar lang de verschuldigde premie (60 ct per week) had betaald, ontvangt in geval van invaliditeit een jaarlijkse uitkering van 183,60 gulden. Wanneer hij 20 jaar verzekerd zou zijn geweest, had de uitkering 217,20 gulden per jaar bedragen. De premies zouden volgens de Invaliditeitswet 1913 uiteindelijk door zowel arbeider als werkgever worden gedragen, maar de kostbare in te kopen risico's werden door de rijksoverheid gefinancierd. Zonder een dergelijke rijksstorting zou de verzekering niet van de grond komen, immers tot te hoge premies leiden dan wel gedurende lange tijd aan alle ouderen slechts zeer geringe aanspraken toekennen. Bij de daadwerkelijke invoering in 1919 werden de premies uitsluitend bij de werkgever geheven (art. 186), om praktische redenen en om voorstanders van de staatspensioensregeling tegemoet te komen.

De uitvoering van de wet geschiedt door de SVB en de Raden van Arbeid. Een aanvraag moet worden ingediend bij de Raad van Arbeid (art. 137); deze beoordeelt ook of men voor uitkering in aanmerking komt. De betaling gebeurt door de SVB (art. 136), en de bank draagt dus het financieel risico; dat dit niet, zoals bij de Ziektewet, de Raad van Arbeid is, komt omdat Invaliditeits- en ouderdomsuitkeringen iets is wat over jaren speelt, en dus een financieel sterke kas vereist³²³. Anders dan bij de Ongevallenwet (waarbij de werkgever ook mocht opteren voor eigen risicodragerschap) was het door de werkgever zelf dragen van de Invaliditeitswet-risico's in de het oorspronkelijk ontwerp niet mogelijk. Als gevolg van een amendement De Visser werd het voor een werkgever toch mogelijk een eigen invaliditeitsfonds op te richten en beheren. Het direct al onderkende gevaar van eigen risicodragerschap voor dergelijke risico's is risico-selectie: de werkgever neemt uitsluitend gezonder (of jonge) werknemers aan³²⁴.

9.4.5 Tussenconclusie Invaliditeitswet

De Invaliditeitswet die in 1913 en 1919 is ingevoerd kent een periodieke uitkering toe in alle gevallen van langdurige arbeidsongeschiktheid, ongeacht de oorzaak. Tevens wordt het ouderdomsrisico verzekerd, waarbij de uitkeringen bescheiden zijn. In de wet van 1913 stond de ouderdomsuitkering los van betaalde premies, maar met de wet van 1919 werden de uit te keren renten afhankelijk van hoogte en duur van de betaalde premies. De verzekering geldt voor arbeiders, ook werkzaam buiten ondernemingen; voor wat betreft de Invaliditeitsuitkering echter tot een bepaalde, in vergelijking met die van de Ziektewet lage, loongrens. Van de zes categorieën valt de 'zwakke werknemer' onder de bescherming van de Invaliditeitswet, de gewone werknemer ook; de hoogbetaalde werknemers niet. Verzekering van werknemers boven de inkomensgrens

³²³ Groeneveld-Stemberg, 1920, p. 57.

³²⁴ Groeneveld-Stemberg, 1920, p. 111

werd 'economisch niet nodig' geacht. De verzekering gold niet voor zelfstandigen: het werken als zelfstandige wordt als eigen keuze gezien. De wet is flexibel doordat, bijvoorbeeld na het overschrijden van de loongrens, de verzekering vrijwillig kan worden voortgezet. Van deze mogelijkheid tot vrijwillige verzekering van het ouderdomsrisico wordt overigens maar beperkt gebruik gemaakt. De premies voor de Invaliditeitswet werden door werkgevers en werknemers gezamenlijk gedragen; de kostbare ingroeiregeling van de wet 1913 werd door de overheid bekostigd. Een voor alle ingezetenen geldende ouderdomswet zal pas ontstaan in 1956; een voor allen toepasselijke arbeidsongeschiktheidswet in 1976.

9.5 Werkloosheidswet

9.5.1 Algemeen

Een werkloosheidsregeling voorziet in het verstrekken van inkomen in perioden dat een werknemer werkloos is³²⁵. De discussie over een werkloosheidswet of een werkloosheidsvoorziening hangt nauw samen met de vraag voor wie sociale zekerheidswetgeving bedoeld is: voor alle armen, of alleen voor arbeiders. De Maatschappij tot Nut van 't Algemeen publiceert in 1894 het Rapport Werkloosheid, waarin werkloosheid als herhaaldelijk terugkerende sociale ramp wordt omschreven, en daarom de verzekering tegen het werkloosheidsrisico ter sprake wordt gebracht. Ook Raaymakers stelt in zijn dissertatie in 1895 dat de overheid een taak heeft op het gebied van de werkloosheidsverzekering, welke verzekering volgen hem verplicht moet zijn. Ook de Vereniging voor Staathuishoudkunde en Statistiek vraagt in adviezen in 1897 aandacht voor de problematiek van werkloosheid³²⁶. Het onderwerp leeft derhalve eind 19^e eeuw al sterk.

9.5.2 Ontstaan

Tot aan de Eerste Wereldoorlog bestonden slechts particuliere werkloosheidsfondsen. Dat waren door de diverse vakverenigingen in het leven geroepen fondsen, die financieel gesubsidieerd werden met gemeentelijke bijdragen. Deze ondersteuning stond daarmee naast de gewone Armenzorg. Armenzorg richt zich vooral op armen, gehandicapten, ouderen, zieken, weduwen en wezen. De armenzorg regelt een minimale bestaanszekerheid, zonder daar een expliciet recht op in het leven te roepen. Sociale verzekeringen geven wel dergelijke rechten; de aanspraken zijn vaak gekoppeld aan het laatstgenoten salaris en zien vooral op de industriële arbeider. Eventuele werkloosheid van hen wordt gezien als consequentie van maatschappelijke factoren, niet van persoonlijke omstandigheden³²⁷. De rechtsgrond van de verzekering is daarmee de arbeidsovereenkomst. De precieze uitwerking daarvan verschilt per politieke opvatting. De protestant Talma spreekt, bij de wetsgeschiedenis van de Invaliditeits- en Ouderdomswet en de Ziektewet over een verzekering als vorm van uitgesteld loon. De vrijzinnig democraat Treub vond niet zozeer het bestaan van een loondienstverhouding beslissend voor de vraag naar de kring der verzekerden, maar de hoogte van het grotendeels of geheel uit arbeid verkregen inkomen. Hij spreekt in dat verband zelfs over de 'onduldbare bevoorrechtiging' van een bepaalde klasse, de arbeidersklasse, door slechts hen voor deze verzekering in aanmerking te laten komen³²⁸. Ook de vrij-liberaal Tydeman bepleite een ruimere kring van verzekerden dan alleen de loonarbeiders³²⁹.

Van werkloosheidsrisico's wordt algemeen aangenomen dat dit een buiten de overheid om niet te verzekeren risico is³³⁰. Het is voor particuliere organisaties niet mogelijk een zo grote reserve op

³²⁵ Zie voor wat betreft tijdelijke werkloosheid gedurende het dienstverband, in de zin van door de werkgever verzochte arbeidstijdverkorting: W.A. Zondag, [Arbeidstijdverkorting, dissertatie], 2001.

³²⁶ Roebroek & Hertogh 1998, p. 120

³²⁷ Roebroek & Hertogh 1998, p. 157

³²⁸ Roebroek & Hertogh 1998, p. 160

³²⁹ Roebroek & Hertogh 1998, p. 160

³³⁰ Pennings 2003, p. 3

te bouwen, dat deze ook in tijden van langdurige economische crises voldoende uitkeringscapaciteit heeft. Dit besef werd gevoed toen in 1914 bij het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog de bodem van de particuliere werkloosheidsfondsen snel bereikt was³³¹. De centrale overheid greep direct in en kondigde de Noodregeling-Treub af³³². Treub hecht er daarbij aan dat arbeiders een vorm van premie moesten betalen. Dat er voor werklozen een aparte regeling moest komen kwam omdat zij niet met andere armen gelijk gesteld konden worden. De Noodregeling wordt in 1917 vervangen door het Werkloosheidsbesluit. De overheidssteun wordt dan niet meer, zoals onder de Noodregeling, gegeven in de vorm van een toeslag op de uitkeringen aan de verzekerden, maar als een bijslag op de contributies van de verzekerden³³³. In de jaren twintig wordt gepleit voor een verdergaande regeling, waarbij wel discussie bestaat wie de betreffende premies moeten betalen: alleen de werkgevers, of werkgevers en werknemers gezamenlijk. Voordat er echter een wettelijke regeling tot stand is gekomen wordt het idee van een werkloosheidsverzekering tijdens de economische crisis in de jaren 1930-1936 van de politieke agenda afgehaald. De gedachte dat werkgevers en werknemers beiden aan de premies moeten betalen heeft dan postgevat, waarbij aan de overheid slechts bij uitzonderlijke hoge werkloosheid een rol wordt toebedacht³³⁴.

Een extreme opvatting over de doelstelling van een werkloosheidswet³³⁵ hieromtrent wordt geformuleerd door Van Doorninck, hoofdambtenaar van het Ministerie van Financiën ten tijde van het tweede kabinet-Colijn: rechtsgrond voor de werklozensteun is niet de plicht der Overheid om zoveel mogelijk te zorgen dat niemand van de honger omkomt (dit is de taak der armbesturen), maar het algemeen belang, dat gelegen is in de instandhouding tijdens de crisis van het productieapparaat. (...) Alleen zij worden gesteund, die voor dat productie apparaat waarde bezitten³³⁶. Gelukkig (gb) komt nadien de sociale doelstelling wel meer voorop te staan.

9.5.3 Kring der verzekerden

Vanaf 1944, het in Londen tot stand gekomen Buitengewoon Besluit Werklozenzorg, wordt gewerkt aan een nieuwe regeling die dan een verplicht karakter zal krijgen. Om 'praktische redenen' komen hier volgens de Commissie Van Rhijn alleen werknemers in dienstbetrekking en daarmee gelijkgestelde categorieën in aanmerking³³⁷. De Stichting van de Arbeid bepleit vervolgens in de wettelijke regeling de mogelijkheid te openen bepaalde groepen van (kleine) zelfstandigen geleidelijk aan bij algemene maatregel van bestuur onder deze verzekering te brengen³³⁸. In het vervolgens door Minister Drees ingediende wetsontwerp worden werknemers in de landbouw, kleine zelfstandigen en de bij de Dienst Uitvoering Werken tewerkgestelden niet opgenomen. De Tweede Kamer slaagt er in een deel van de DUW-werknemers onder de bescherming van de wet te krijgen: de kleine zelfstandigen en de landbouw vallen er echter buiten³³⁹. Pennings geeft een aantal redenen waarom het lastig is voor zelfstandigen een adequate loongerelateerde werkloosheidsuitkering te bedenken; een daarvan is dat zij invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van het referteloon, dat relevant is voor de hoogte van de uitkering³⁴⁰. Dat bezwaar geldt niet, wanneer slechts een werkloosheidsuitkering op minimumniveau wordt verstrekt, zoals het geval is met de IOAZ en andere vormen van bijstandsverlening voor werkloze zelfstandigen. Overigens zou het bezwaar van de beïnvloedbaarheid van het referteloon kunnen worden ondervangen door een lange referteperiode aan te houden. Pennings wijst er op dat om de door hem genoemde reden ook in het buitenland zelden werkloosheidsregelingen voor zelfstandigen voorkomen. In de WW 1949 geldt wel een loongrens: werknemers die meer

³³¹ Hertogh 1998, p. 219

³³² Hertogh 1998, p. 216

³³³ Hertogh 1998, p. 220

³³⁴ Roebroek & Hertogh 1998, p. 184

³³⁵ en ondersteuning van de door Jacobs (noot 2) genoemde ordeningsfunctie van het arbeidsrecht

³³⁶ Geciteerd in: Hertogh 1998, p. 246

³³⁷ Hertogh 1998, p. 238

³³⁸ Hertogh, p. 239

³³⁹ Hertogh, p. 244

³⁴⁰ Pennings 2003, p. 33

verdienen vallen niet onder de verzekering. Deze loongrens komt pas te vervallen met het wetsontwerp van 15 augustus 1964.

9.5.4 Aanspraken en uitvoering

De WW 1949 kent aan werknemers die werkloos geworden zijn een uitkering toe gedurende maximaal zes maanden ter hoogte van 80% van het laatstgenoten salaris. Om voor een uitkering in aanmerking te komen geldt een toegangseis, namelijk dat betrokkene in de twaalf maanden voorafgaand aan het intreden van de werkloosheid op ten minste 130 dagen binnen de bedrijfstak verzekerde arbeid heeft verricht³⁴¹.

Inkomstenderving als gevolg van langduriger werkloosheid werd vanaf 1965 gedekt door de Wet Werkloosheidsvoorziening (WWV), welke een loongerelateerde uitkering verschafte gedurende 2 jaar. De WWV werd uitgevoerd door de Gemeentelijke Sociale Dienst. In 1985 werd het uitkeringspercentage van de WW gesteld op 70%; voor de WWV gebeurde dit stapsgewijs ook. Met de stelselherziening in 1987 werd de WWV afgeschaft, en verschafte de WW een langer durende loongerelateerde werkloosheidsuitkering.

De Werkloosheidswet wordt bedrijfstaksgewijs uitgevoerd, door bedrijfsverenigingen en het Algemeen Werkloosheidsfonds.³⁴²

9.5.5 Tussenconclusie Werkloosheidswet

Naar algemeen wordt aangenomen is het werkloosheidsrisico, vanwege de massaliteit waarmee werkloosheid kan intreden, slechts door de overheid te verzekeren. Dat neemt niet weg dat de premies voor de vrijwillige WW-verzekering zoals deze in 2004 gehanteerd worden, weinig afwijken van de premies voor de verplichte verzekering. Vanaf de invoering van de WW is daarom discussie gevoerd over het bereik van een dergelijke collectieve verzekering: een particulier alternatief is immers niet voorhanden. In het begin van de 20^e eeuw werd er door vrijzinnig liberalen voor gepleit de werkloosheidsregeling niet zozeer van toepassing te laten zijn op alle werknemers, maar op al diegenen (werknemers en kleine zelfstandigen) met een inkomen onder een bepaalde grens. Dat pleit wint het niet, en vanaf de invoering van de WW in 1919 zijn het vooral werknemers die verzekerd zijn; na de Tweede Wereldoorlog vallen slechts een klein aantal zelfstandigen onder de werking van de WW. Wel waren tot 1964 werknemers boven een bepaalde loongrens van de verzekering uitgesloten.

³⁴¹ Pennings 2003, p. 5

³⁴² Roebroek & Hertogh 1998, p. 187

10.1 Redenen om anderen dan werknemers wel of niet onder een aantal sociale zekerheidswetten te laten vallen.

In de voorgaande hoofdstukken is een schets gegeven van de totstandkoming van de belangrijkste sociale verzekeringswetten in de eerste helft van de twintigste eeuw. Vlak voor en vooral tijdens de Tweede Wereldoorlog werd diepgaand nagedacht over de verdere uitbouw van de sociale zekerheidswetgeving voor Nederland. Daarbij speelde de vraag naar het bereik van de tot stand gekomen en tot stand te brengen sociale zekerheidswetten een belangrijke rol. Lang niet alle tijdens en kort na de Tweede Wereldoorlog bedachte plannen zijn ingevoerd. De gedachtevorming over de uitbouw van het sociaal zekerheidsstelsel ging daarom in de jaren vijftig zestig voort en dit leidde tot een voor vrijwel de gehele bevolking geldende regeling ter zake van pensioenen, algemene bestaanszekerheid en tenslotte arbeidsongeschiktheid. Dat er voor de gehele bevolking een regeling dient te bestaan met betrekking tot pensioenen en de overige algemene bestaanszekerheid tot op het niveau van het voor Nederland als zodanig gedefinieerde bestaansminimum is sinds 50 jaar algemeen geaccepteerd. De totstandkoming van deze betreffende wetten (AOW en ABW) zal in dit boek daarom kort worden behandeld. Uitgebreider zal daarna worden stilgestaan bij de diverse regelgeving op het gebied van arbeidsongeschiktheidswetten: hierbij bestaat voor de wetgever de grootste keuzevrijheid (kleine zelfstandigen en andere niet-werknemers wel of niet onder het bereik van een aan het laatste verdiende inkomen gerelateerde verzekering te brengen.

10.2 Commissie Van Rhijn; voor- en nageschiedenis

10.2.1 Staatscommissie Van Bruggen

Bij Koninklijk Besluit van 1 april 1940 wordt een staatscommissie ingesteld, met de opdracht advies uit te brengen over de wenselijkheid ten behoeve van kleine zelfstandigen voorzieningen te treffen, die een gelijk doel beogen als de Ongevallen-, Ziekte, Invaliditeits- en Kinderbijslagwet voor loonarbeiders. In zijn installatierede van deze Commissie Van Bruggen, geeft minister Van den Tempel aan dat de tegenstelling loonarbeider en zelfstandige door velen niet langer als beslissend wordt gezien voor de vraag omtrent het opleggen van een verplichte verzekering. Het zwaartepunt wordt volgens hem verschoven naar de maatschappelijke verhoudingen. Ruim twee jaar later schrijft de Commissie van Bruggen in haar verslag het als taak van de overheid te zien om verplichte sociale verzekeringen voor kleine zelfstandigen in te voeren. Als rechtsgrond daartoe wordt aangevoerd dat kleine zelfstandigen tot de groep der economisch zwakkeren behoren. De verzorging in hun financiële behoeften ten aanzien van kinderen, ziekte, ongeval, invaliditeit en ouderdom is daarom een algemeen belang. Omdat particulier initiatief en overheidssteun tekort schieten, wordt voor een verplichte verzekering gepleit³⁴³.

10.2.2 Installatie Commissie Van Rhijn

De Commissie van Rhijn werd op 26 maart 1943 ingesteld en op 7 april 1943 geïnstalleerd. De Minister van Sociale Zaken gaf bij die installatie een beeld van de na de bevrijding te scheppen bestaanszekerheid voor alle leden van de bevolking. Die zou moeten bestaan niet alleen uit ruime werkgelegenheid in het normale bedrijfsleven maar ook uit een uitgebreid systeem van sociale verzekering en sociale zorg dat in de middelen van levensonderhoud voorziet in al die gevallen, waarin normale inkomsten uit economische prestaties gaan ontbreken, en dat extra inkomen verschaft in de omstandigheden, waarin dat uit maatschappelijk oogpunt als wenselijk moet worden beschouwd³⁴⁴. Er wordt daarbij direct verwezen naar het Beveridge rapport uit Groot-

³⁴³ Roebroek & Hertogh 1998, p. 194

³⁴⁴ Van Rhijn I, p. 2

Brittannie en het Roosevelt-rapport van de National Resources Planning Board in de Verenigde Staten. De sociale verzekering zou zich daarom niet moeten beperken tot een arbeidersverzekering, maar zich ook moeten uitstrekken tot de middenstand en de boerenstand. Als onderdelen van die sociale verzekering noemt de minister: de ouderdoms- en invaliditeitsverzekering, de ziekteverzekering, de kinderbijslagregeling, organisatie van geneeskundige zorg en als meest urgent: de werkloosheidsverzekering. Van Rhijn antwoordt aansluitend dat de nieuwe ontwikkeling vooral meebrengt, dat als rechtsgrond van de sociale verzekering niet langer gezien wordt de verhouding tussen werkgever en arbeider, maar die tussen gemeenschap en individu, en dat er daarom plaats is de verzekering uit te breiden tot kleine zelfstandigen, ja tot alle leden van de gemeenschap³⁴⁵. Van Rhijn hanteert daarbij het begrip sociale zekerheid.

10.2.3. Rapport Commissie Van Rhijn 1945

De Commissie stelt dat gestreefd moet worden naar een rechtvaardige sociale orde. In die orde moet sociale zekerheid een plaats worden toebedeeld. Sociale zekerheid wordt daarbij opgevat zowel als het geheel of gedeeltelijk vergoeden van het verlies van inkomsten in een aantal situaties, het betalen van gelden bij het verkrijgen van extra lasten, het verstrekken van geneeskundige voorzieningen, maar ook het scheppen van werkgelegenheid en scholingsmogelijkheden.

De commissie pleit er voor dergelijke voorzieningen voor de gehele bevolking te regelen, opdat deze tegen gebrek worden gevrijwaard. De rechtsgrond voor dit sluitend en de gehele bevolking omvattend stelsel van sociale voorzieningen luidt: De gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek van al haar leden, op voorwaarde, dat deze leden zelf het redelijke doen om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen³⁴⁶.

De commissie hanteert daarom in haar voorstellen geen maximum inkomensgrenzen. Anderzijds opteert zij niet voor uniforme uitkeringen en premies, zoals in het Beveridge-stelsel, maar inkomens gerelateerde. Ook bepleit de commissie invoering van een minimumloon.

Wat betreft de uitvoering wil de commissie breken met het dualistische stelsel van uitvoering door overheids- en maatschappelijke organen. De commissie acht het moment gekomen om de uitvoering voor alle verzekeringen bij publiekrechtelijke organen te leggen, waarbij in deze organen zowel de kring der gerechtigden als het algeheel belang zijn vertegenwoordigd zijn. De commissie noemt deze organen Sociale Raden. Wat betreft de plaats van uitvoering kiest de commissie voor centralisatie in de leiding, en decentralisatie in de uitvoering. Wat betreft de indeling van de Raden opteert de commissie voor een territoriale boven een bedrijfstakgewijze indeling.

10.2.4. Na het rapport

Over het rapport van de Commissie Van Rhijn wordt een uitvoerige discussie gehouden. De vergaande ideeën van de commissie worden daarin onder vuur genomen. Reeds de Stichting van de Arbeid zoekt de rechtsgrond voor de sociale zekerheid niet in het burgerschap, met de daarbij behorende volksverzekering, maar in de arbeid. Dat betekent volgens de Stichting dat de verzekering die groepen van personen moet omvatten, van wie redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat zij uit de opbrengst van hun arbeid in alle omstandigheden des levens voor zichzelf kunnen zorgen³⁴⁷. De Stichting kent ook het subsidiariteitsbeginsel een belangrijke rol toe: “De Staat onthoude zich van al datgene, wat door gemeenschappen van belanghebbenden goed kan worden gedaan”³⁴⁸. Dat betekent in de visie d.d. 18 december 1945 van de Stichting, dat de

³⁴⁵ Van Rhijn I, p. 7

³⁴⁶ Van Rhijn II, p. 10

³⁴⁷ Roebroek & Hertogh 1998, p. 234

³⁴⁸ De toekomstige organisatie der Sociale verzekering, Een tweetal nota's door het bestuur van de Stichting van de Arbeid uitgebracht aan de Minister van Sociale Zaken, Den Haag, 1946, p. 10

uitvoering van de sociale verzekeringen ook dient plaats te vinden door organisaties die uit het bedrijfsleven zijn voortgekomen, en niet door de overheid zelf. In een volgend rapport op 11 mei 1946 bepleit de Stichting toch handhaving van het dualisme: de uitvoering van de ziekte-, invaliditeits- en ongevallenverzekeringen komt bij de bedrijfsorganisaties, die van de ouderdomsverzekering bij de overheid. Voor de kinderbijslagregelingen wordt een tussenvorm voorgesteld.

In 1946 nemen de KVP en ARP expliciet afstand van het rapport van de Commissie van Rhijn en willen vasthouden aan het vooroorlogse verzekeringsprincipe. Minister Drees zegt te streven naar een synthese van de Londense ideeën van de Van Rhijn en de Nederlandse historische ontwikkeling, en nodigt een daartoe in te stellen gemengde Commissie Van Rhijn uit daartoe voorstellen te doen. Deze Gemengde Commissie publiceert in maart 1948 haar rapport inzake de Herziening van de Sociale Verzekering. In dit rapport wordt het standpunt van de Stichting van de Arbeid grotendeels gevolgd: de uitbreiding van de kring van verzekerden betreft niet de gehele bevolking, maar blijft beperkt tot de zelfstandigen, met een mogelijke uitzondering voor de ouderdomsverzekering. Behalve voor de ongevallen- en de kinderbijslagverzekering pleit de commissie voor het invoeren van een loon- of inkomensgrens; de te verzekeren risico's blijven beperkt tot de bestaande regelingen inzake ziekte, ongeval, invaliditeit, overlijden, ouderdom en kinderbijslag. Voor de uitvoering wordt de rol, van de staat begrensd en krijgen de bedrijfsverenigingen meer ruimte.

Ook op dit rapport van de gemengde Commissie verschijnen allerlei reacties, in het bijzonder ten aanzien van die uitvoering. Deze discussie over de uitvoering mondt uiteindelijk uit in de in 1952 aangenomen Organisatie Wet Sociale Verzekering. In deze wet wordt de uitvoering van de sociale verzekeringswetten, met uitzondering van de ouderdomswetten, grotendeels bij de sociale partners gelegd, in de door hen bestuurde bedrijfsverenigingen. Deze bedrijfsverenigingen worden echter wel overkoepeld door de Sociale verzekeringsraad, een samenwerkingsorgaan tussen overheid en het bedrijfsleven. De bedrijfsverenigingen mogen hun administratie daarbij laten uitvoeren door een gemeenschappelijk orgaan, het Gemeenschappelijk Administratie kantoor (GAK). Het subsidiariteits- en soevereniteitsbeginsel hebben hiermee wat betreft de uitvoering aan het langste eind getrokken³⁴⁹.

10.3 Pensioenen: AOW

Ouderdomswetgeving – ontstaan

In de Invaliditeitswet 1919 was een regeling opgenomen voor ouderen: voor zo ver zij onder de werking van de wet vielen, ontvingen zij bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd een uitkering. Vanaf 1919 gold voor de niet-werknemers slechts de mogelijkheid van een vrijwillige verzekering, en van die mogelijkheid werd maar weinig gebruik gemaakt.

Door de Commissie Van Rhijn wordt de ouderdomsregeling apart behandeld: de noodzaak tot het treffen van een aparte regeling werd sterk gevoeld. In november 1946 legt Drees als Minister van Sociale zaken daarom een ontwerp-Noodwet Ouderdomsvoorziening aan de Tweede kamer voor, in afwachting van een definitieve regeling door een verplichte ouderdomsverzekering. De Noodwet is niet beperkt tot werknemers maar is bedoeld voor alle mannen en ongehuwde vrouwen onder een bepaalde inkomensgrens en gekoppeld aan een middelentoets. De Noodwet treedt in werking in oktober 1947³⁵⁰.

In 1954 adviseert de SER in meerderheid tot het invoeren van een wettelijke ouderdomsverzekering voor alle ingezetenen met een uniforme uitkering. Voor de werknemers die geen extra pensioen ontvangen, blijft daar boven op het ouderdoms gedeelte van de Invaliditeitswet gehandhaafd.

De AOW wordt vervolgens per 1 januari 1957³⁵¹ ingevoerd. Aan de invoering van deze wet was een langdurige geschiedenis voorafgegaan. Uitkomst was echter een voor alle ingezetenen geldende wet, die op 65-jarige leeftijd een ouderdomspensioen toekende. De ouderdomsvoorziening berust

³⁴⁹ Roebroek & Hertogh 1998, p. 241/242

³⁵⁰ Roebroek & Hertogh 1998, p. 189

³⁵¹ Wet 31 mei 1956, Stbl. 1956, 281

op de gedachte dat met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, er geen sprake meer is van deelname aan het arbeidsproces en er om die reden behoefte bestaat aan een inkomensvervangende uitkering. De hoogte van de uitkering was niet gekoppeld aan het voordien genoten salaris, maar (vanaf 1 januari 1965) gebaseerd op het sociale minimum. De hoogte van de voor de AOW verschuldigde premies waren wel afhankelijk van het totale verdiende inkomen. Aanvankelijk gold een gezinsuitkering, in die zin, dat gehuwde vrouwen, behalve in geval van kostwinnerschap, van het recht op ouderdomspensioen waren uitgesloten³⁵². Per 1985 wordt de AOW in die zin geïndividualiseerd dat echtelieden ieder hun eigen aanspraak op pensioen kregen, en beiden ook premieplichtig werden. Tot 1994 wordt in zoverre met de partner rekening gehouden, dat de gepensioneerde een uitkering ontving van 70%, met een toeslag van 30% zolang zijn partner nog geen 65 was. Vanaf 1 februari 1994 ontvangt de oudste partner vanaf datum pensionering een eigen uitkering van 50%, met daarboven op een toeslag van maximaal 50%, al naar gelang het inkomen van de jongere partner. Vanaf het jaar 2015 wordt deze toeslag afgeschaft en is het stelsel helemaal geïndividualiseerd. Het netto pensioen is gekoppeld aan het netto minimumloon. Voor gehuwden/samenwonenden bedraagt dat eigen pensioen 50% van het netto minimumloon; voor ongehuwden/niet-samenwonenden 70%. De AOW is op papier een opbouw verzekering, in die zin dat per verzekerd jaar (te rekenen vanaf de 15^e verjaardag) 2% opbouw van het totale te verwerven pensioen plaatsvindt. Vanaf de introductie van de wet werden alle jaren vóór 1957 geacht verzekerd te zijn geweest, om te voorkomen dat het tot 2007 zou duren voordat iemand een volledige AOW-uitkering zou kunnen ontvangen. Ook nadien worden allerlei situaties gelijkgesteld met verzekerde jaren, bijvoorbeeld jaren dat er geen inkomen is genoten, dat er is gestudeerd en dergelijke. In de praktijk wordt vooral een AOW-opbouw gemist indien betrokkene zich gedurende langere tijd buiten Nederland heeft gevestigd.

Op het gebied van de inkomensvoorziening ten aanzien van zowel arbeidsongeschikten als van gepensioneerden kan derhalve worden geconcludeerd dat de overheid een verplicht stelsel in het leven heeft geroepen, dat aanspraken geeft op het niveau van het voor Nederland vastgestelde bestaansminimum, hetgeen is afgeleid van het wettelijk minimum loon.

10.4 Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor niet-werknemers

10.4.1 AAW

In 1965 verscheen een SER-advies inzake de verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid voor anderen dan loontrekkenden. De SER wil op dat moment nog geen volksverzekering, maar pleit voor een specifieke regeling voor een aantal doelgroepen, te weten zelfstandigen en jonggehandicapten. Nadat Roolvink, de antirevolutionaire minister van Sociale zaken in 1970 een schets van de hoofdlijnen voor een volksverzekering inzake arbeidsongeschiktheid aan de SER heeft voorgelegd, onderschrijft de Raad deze hoofdlijnen. Dit leidt tot een wetsontwerp op 27 december 1974 betreffende de algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering. De wet omvat een volksverzekering inzake arbeidsongeschiktheid, die evenals de AOW en de AWW het karakter draagt van een basisvoorziening met uitkeringen op het niveau van het sociaal minimum. Aldus trad per 1 oktober 1976 de AAW in werking, de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet. De wet was een volksverzekering en gold daarmee voor alle ingezetenen. De wet kende een zelfde wachttijd en berekeningswijze van arbeidsongeschiktheidspercentage als de WAO.

Per 1 januari 1998 werd de AAW ingetrokken, wat samenhangt met de invoering van de Wet Pemba, die een nieuwe financieringsstructuur van de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen met zich meebracht. Per gelijke datum werd ingevoerd de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen voor zelfstandigen (WAZ), als ook de WAJONG voor jonggehandicapten. Het bereik van WAZ en WAJONG is daarmee praktisch gelijk aan dat van de AAW, en daar waar

³⁵² Noordam 2002, p. 184

'gaten' geconstateerd werden (groepen die buiten WAZ en WAJONG gebleven waren) wordt getracht die op te vullen.

10.4.2. Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen

Ontstaan WAZ

In 1976 was de AAW als volksverzekering tot stand gekomen; voor werknemers gold daar 'boven op' de WAO. De reden om een volksverzekering tot stand te brengen was dat arbeidsongeschiktheid als sociaal risico werd gezien, als een risico voor de gehele bevolking³⁵³. De inning van premies werd opgedragen aan de belastingdienst.

Halvevege de jaren negentig van de 20^e eeuw ontstond het idee dat een onacceptabele hoeveelheid mensen een WAO/AAW uitkering ontvingen. Premier Lubbers verbond zijn politiek lot met het niet-overschrijden van één miljoen arbeidsongeschikten in de zin van deze wetten. De gedachte post vat dat er, naast een strenger arbeidsongeschiktheids criterium, hetwelk in 1994 was ingevoerd, sterkere financiële prikkels nodig zijn om te voorkomen dat werkgevers hun werknemers in de WAO laten verdwijnen. Er moet per bedrijf, bedrijfstak of categorie premiedifferentiatie komen: de lasten moeten zoveel mogelijk worden toegerekend aan degene die ze veroorzaken, de vervuiler betaalt. In de Memorie van Antwoord bij de Eerste Kamer van de WAZ wordt het aldus geformuleerd: aan de huidige wetten op het terrein van WAO/AAW kleeft naar het oordeel van het kabinet nu juist het bezwaar dat de daarin vormgegeven solidariteit onherkenbaar, anoniem is geworden, waardoor van het huidige stelsel nauwelijks stimulansen uitgaan tot verantwoord gedrag.

De sterkste prikkels waren wat dat betreft te verwachten van de WAO. Omdat de WAO van 1976 tot 1998 slechts een 'kopverzekering' was op de AAW, zou van het slechts aanbrengen van premiedifferentiatie in de WAO voor bedrijven met een geringe loonsom (of beter: met lonen die gemiddeld weinig boven de AAW-grens lagen) maar een geringe prikkel uitgaan om een geringere WAO-uitstoot te veroorzaken. Om die reden werd besloten voor werknemers het gehele arbeidsongeschiktheidsrisico na 52 weken arbeidsongeschiktheid bij werkgevers te leggen, waarmee de AAW voor werknemers hun betekenis verloor. Om te voorkomen dat zelfstandigen, beroepsbeoefenaren, jeugdgehandicapten en anderen niet meer verzekerd zouden zijn tegen het risico van langdurige arbeidsongeschiktheid, kwam de WAZ tot stand. Om te voorkomen dat de WAZ alleen de 'slechte' risico's zou moeten verzekeren kent de verzekering een verplicht karakter³⁵⁴. Met het onder de WAZ brengen van de dga's komt het aantal verzekerden in de buurt van 1.000.000: 600.000-700.000 zelfstandigen (waaronder 80.000 tot 130.000 dga's) en 300.000 beroepsbeoefenaren³⁵⁵. De WAZ biedt een bescheiden verzekering; het uitkeringsniveau is er een op minimumniveau en is niet gekoppeld aan het feitelijk genoten inkomen. De te betalen premie is echter wel gekoppeld aan het genoten inkomen; wat dat betreft doet de WAZ wel degelijk beroep op solidariteit. Bovendien wordt de premie als zodanig, in verhouding tot de te verstrekken uitkering, als zeer hoog ervaren³⁵⁶. Vooral om deze reden is het voornemen de WAZ per 1 juli 2004 voor nieuwe arbeidsongeschiktheidsgevallen weer afgeschaft en wordt sinds 1 januari 2004 geen premie meer in rekening gebracht. De discussie over de totstandkoming van de WAZ blijft echter voor deze studie van groot belang, omdat de reikwijdte van de werknemersverzekeringen bepaald wordt door de uitleg van het begrip zelfstandige in de WAZ (zie verder hoofdstuk 12.8).

10.5 Conclusie hoofdstuk 10

De Staatscommissie Van Bruggen adviseert in 1942 om verplichte sociale verzekeringen ook voor kleine zelfstandigen in te voeren, omdat deze ook tot de groep van de economisch

³⁵³ Wetsvoorstel 24 758, TK, nr. 3, p. 5

³⁵⁴ Wetsvoorstel 24 758, TK, nr. 3, p. 14

³⁵⁵ Wetsvoorstel 24 758 en 24 760, EK, nr. 95b, p. 21. Artikel 4 van de WAZ betreft de zelfstandigen; artikel 5 is een restcategorie, en wordt de beroepsbeoefenaren genoemd 24 758, TK, nr. 6, p. 22

³⁵⁶ in maart 2003 klinkt vanuit het MKB om die reden protest tegen de hoogte van de WAZ premies

zwakkeren behoren. Ook de Commissie Van Rhijn pleit er in 1945 voor om voorzieningen op het gebied van verlies van inkomsten in een aantal situaties alsmede het betalen van gelden bij het verkrijgen van extra lasten, voor de gehele bevolking te laten gelden. De STAR stapt kort nadien af van het idee van een ingezetenenverzekering, en koppelt de verzekering aan de beroepsbevolking. Dat leidt in 1948 tot aanpassing van het rapport Van Rhijn, waarbij – met uitzondering van de ouderdomsverzekering – de uitbreiding van de kring van verzekerden beperkt blijft tot zelfstandigen. Tevens wordt voor de werkloosheidsverzekering een inkomens boven grens bepleit.

Wat betreft het ouderdomspensioen geldt sedert 1957 een verplichte volksverzekering. De uitkeringen worden bekostigd uit de algemene middelen, en dus opgebracht door onder andere werknemers en zelfstandigen en uit de vermogensbelasting en accijnzen. De AOW vormt een omslagstelsel, hetgeen met zich meebracht dat diegenen die aan de AOW strikt genomen weinig hadden bijgedragen (namelijk degenen die op of kort na 1957 de 65-jarige leeftijd hadden bereikt of bereikten) vanaf 1957 volledige aanspraken ontvingen. De hiermee samenhangende solidariteit wordt vrij algemeen geaccepteerd³⁵⁷.

Het duurt tot 1976 voor een uitbreiding van de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering tot zelfstandigen en jonggehandicapten gerealiseerd wordt. In 1998 wordt deze AAW – voor de zelfstandigen - vervangen door de WAZ. De WAZ is in de tweede helft van 2004 weer afgeschaft, omdat de premies (inkomensafhankelijk, met een ‘hoge’ maximum premiegrens) als te duur worden ervaren vergeleken met de te verstrekken uitkeringen (op minimumniveau en pas na een jaar arbeidsongeschiktheid)³⁵⁸.

Hoewel aan het eind van en na de Tweede wereldoorlog herhaaldelijk de kwestie aan de orde is gesteld om zelfstandigen onder de bescherming van het sociale zekerheidsstelsel te brengen, hebben die plannen uiteindelijk (alleen) geresulteerd in een aantal regelingen (ABW, WAZ, AOW) die in een aantal situaties (werkloosheid, ziekte, ouderdom) een inkomen op minimumniveau garanderen. Aan het begin van de 21^e eeuw klinkt ook nergens de roep om zelfstandigen onder een verplichte verzekering te brengen, die een hogere inkomensvoorziening dan dat minimum zal garanderen. Het is immers duidelijk dat een dergelijke voorziening ook de daarmee samenhangende (hoge en verplichte) verzekeringspremie met zich mee zal brengen. Een van de redenen voor sommige werkenden om zelfstandige te worden is juist het zelf willen dragen van eigen verantwoordelijkheid. Dat daarbij een voorziening wordt getroffen die beschermt tegen inkomensdaling beneden een minimumniveau vormt een maatschappelijk belang (in de vorm van het kunnen betalen door betrokkenen van gezondheidszorg, kosten huisvesting, onderwijs etc) en wordt ook algemeen geaccepteerd. Blijkbaar bestaat er echter ook een brede maatschappelijke consensus over dat er geen algemene regeling behoeft te zijn die zelfstandigen verplicht verzekert tegen de geldelijke gevolgen van werkloosheid en inkomensverlies als gevolg van ziekte boven dat minimumniveau. Dat neemt niet weg dat de uitvoerders van de sociale verzekeringswetten in een veelheid aan gevallen trachten personen die zich zelf als zelfstandige beschouwen, toch onder de werkingssfeer van die sociale verzekeringswetten te krijgen. In hoeverre dat ook door de op dat gebied hoogste Nederlandse bestuursrechter wordt gedragen, wordt behandeld in de volgende paragraaf.

³⁵⁷ Hoewel in toenemende mate geluiden doorklinken dat de ‘jongeren’ van vandaag – vanuit de angst dat ten tijde van hun pensionering de samenleving zo zal vergrijsd, dat de alsdan werkzamen in onvoldoende mate een adequate AOW zullen kunnen financieren – niet meer onvoorwaardelijk bereid zullen zijn de AOW van de huidige ouderen te bekostigen, wanneer zij zelf in die toekomst die aanspraken niet te gelde zullen kunnen maken.

³⁵⁸ Wet Einde Toegang Verzekering WAZ, Stbl. 2004, 357

Hoofdstuk 11 De arbeidsovereenkomst volgens de Centrale Raad

11.1 Inleiding

De Centrale Raad van Beroep moet er zich regelmatig ook over uitspreken of iets een arbeidsovereenkomst is of niet³⁵⁹, dan wel of de werkzaamheden als zelfstandige zijn verricht dan wel sprake is van een fictieve dienstbetrekking³⁶⁰. Dat gebeurt in het kader van de vraag of een bedrijf of persoon ('werkgever') ten aanzien van een bepaalde arbeidsverhouding in het kader van verplichte werknemersverzekeringen (ZW/WW/WAO) premieplichtig is, of in het kader van de vraag of een 'werknemer' verzekerde is, en dientengevolge aanspraken heeft op een uitkering. Koopmans geeft in zijn dissertatie in 1962 een overzicht van de Centrale Raad jurisprudentie tot dat moment. Uit het overzicht van Koopmans blijkt een grote diversiteit aan situaties waarbij wel of geen verzekeringsplicht wordt aangenomen. Als algemene lijn herkent Koopmans dat de Centrale Raad, meer nog dan de civiele rechter, naar de feitelijke situatie van werkverhoudingen pleegt te kijken, en niet "naar het juridisch kleed waarmee die personen de verhoudingen wensen te omhullen"³⁶¹. Van belang is het zich te realiseren dat in de periode waarop deze Centrale Raad-uitspraken betrekking hadden, er nog geen algemene inkomensvoorziening in de vorm van een Algemene Bijstandswet aanwezig was. Het ging dus vaak om vragen van iets-of-niets. Om te kijken hoe de Centrale Raad het werknemersbegrip recentelijk beoordeelt, heb ik een honderdtal³⁶² vanaf 1987 verschenen uitspraken van de Centrale Raad over de materie bestudeerd, alsook de literatuur die over dit onderwerp is verschenen. Opvallend is dat veruit de meeste uitspraken geschillen betreffen tussen de met de uitvoering van de werknemersverzekering belaste instantie (verder te noemen UWV) en de 'werkgever', over de vraag naar premieplicht. Het komt amper voor dat de 'werknemer', voor wie geen premies zijn ingehouden, op enig moment uitbetaling van een uitkering wenst en daarover tot de Centrale Raad doorprocedeert³⁶³. De meeste zaken betreffen door de inhoudingsplichtige ingestelde beroepen; het komt maar weinig voor dat de Rechtbank geen verzekeringsplicht aanneemt, en het UWV het de moeite waard vindt om daar van in beroep te gaan. Een voorbeeld van zo'n voor het UWV kennelijk principiële (en vervolgens ook nog eens verloren) zaak is de uitspraak van 19 september 2002³⁶⁴. De ZW/ WW/WAO zijn - afgezien van beperkte mogelijkheden een vrijwillige verzekering af te sluiten - verplichte verzekeringen; het zich vrijwillig onttrekken aan de verzekering - met als consequentie dat zowel geen premieplicht ontstaat, als uitkeringsaanspraak - is tot op heden niet mogelijk.

Die omstandigheid veroorzaakt ook een belangrijk verschil tussen de Hoge Raad en de Centrale Raad jurisprudentie over het werknemerbegrip. De Centrale Raad kijkt – naar eigen zeggen³⁶⁵ - voor de beoordeling van de vraag naar werknemerschap of niet, in sterkere mate dan de civiele rechter naar de feitelijke situatie van een arbeidsverhouding, en in veel mindere mate naar de partij-afspraken of -bedoeling. Die conclusie is zoals hierboven is aangegeven niet nieuw, en na analyse van ook de recente Centrale Raad-jurisprudentie, voor wat het CRvB-gedeelte ervan betreft, nog steeds juist³⁶⁶. De Centrale Raad is echter niet eenduidig in zijn opvatting over het begrip arbeidsovereenkomst³⁶⁷. Een veel voorkomende door de Centrale Raad gehanteerde opvatting is dat, naast de partijafspraken³⁶⁸, mede betekenis toekomt aan de wijze waarop aan de arbeidsverhouding wordt vormgegeven. In die opvatting worden papier en werkelijkheid naast

³⁵⁹ In het kader van de vraag of een relatie op grond van art. 3 van de ZW/WAO/WW aanwezig is;

³⁶⁰ In het kader van de vraag of een relatie op grond van art. 5 van de ZW/WAO/WW cq art. 8 van het KB 1986, 655 aanwezig is

³⁶¹ Koopmans, pag. 37

³⁶² overzicht van alle zaken als bijlage 2

³⁶³ Dit is bijvoorbeeld wel het geval in RSV 1991/110; RSV 1993/71

³⁶⁴ USZ 2002/304;

³⁶⁵ USZ 2001/135

³⁶⁶ Zo ook Jansen & Loonstra, pag. 72

³⁶⁷ Een verklaring achteraf zoals dat bij de HR-jurisprudentie kan (kijken naar de maatschappelijke positie van betrokkene) blijkt bij de CRvB-uitspraken ook veel minder goed mogelijk.

³⁶⁸ In de zin van de afspraak tussen de werker en de werkverschaffer

elkaar gesteld. Daarnaast ('ter linker zijde') van die opvatting staan echter een groot aantal uitspraken, waarin aan de feitelijke situatie een veel grotere, en aan de partijafpraak minder waarde wordt toegekend. Anderzijds ('ter rechter zijde') staan uitspraken waarin aan de partijafpraak een grotere betekenis wordt gegeven. Deze inconsistentie is een in de praktijk levend punt van kritiek. Werknemers en werkgevers of anderen die met elkaar een arbeidsverhouding willen aangaan, weten op grond van de Centrale Raad jurisprudentie niet waar ze aan toe zijn. Recente pogingen om daar verbetering in aan te brengen, in die zin dat partijen vooraf in individuele gevallen duidelijkheid kunnen verkrijgen over de status van hun arbeidsrelatie³⁶⁹, dan wel pogingen de criteria omtrent de verzekeringsplicht duidelijker te omschrijven³⁷⁰, worden elders in dit hoofdstuk besproken.

Omdat de partijafpraak en -bedoeling in het Nederlandse recht in het algemeen een belangrijk uitgangspunt is, en ook een doeltreffende manier lijkt zoveel mogelijk rechtszekerheid te verkrijgen - vergeleken met het formuleren van criteria waaraan voldaan moet zijn, ongeacht of de partijbedoeling daarop gericht was of niet – zal in paragraaf 3 van dit hoofdstuk worden begonnen de Centrale Raad-jurisprudentie te analyseren vanuit de optiek van de partijbedoeling. Daaraan voorafgaand wordt een overzicht gegeven van de situaties die tot verzekeringsplicht kunnen leiden.

11.2 Verzekerdenbegrip

Een werknemer in de WAO, WW en ZW is een natuurlijk persoon, jonger dan 65 jaar, die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat.

Een werknemer in de Wet LB is een natuurlijk persoon die tot een inhoudingsplichtige in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat of van een inhoudingsplichtige loon geniet uit een vroegere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking van hemzelf of van een ander, dan wel uit een bestaande privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking. Zowel in de WW/WAO/ZW als in de Wet LB wordt de kring van werknemers uitgebreid met gelijkgestelden, de werkzamen op basis van een zogenaamde fictieve dienstbetrekking. Voor de WW/ZW en WAO gebeurt dat in de artikelen 4 en 5; in de Wet LB geschiedt dat in de artikelen 3 en 4. Op basis van deze artikelen zijn ministeriële regelingen tot stand gekomen: voor de sociaal zekerheidswetgeving is dat het KB 1986, gepubliceerd in het Staatsblad van dat jaar, nr. 655. Bij de Wet LB geldt het Uitvoeringsbesluit LB 1965. Beide ministeriële regelingen breiden de kring van verzekerden uit met groepen van werkenden, voor zo ver deze arbeid verrichten niet in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep. Verder zijn er specifieke groepen die bij of krachtens een AMvB als fictief werknemer worden beschouwd zijn : thuiswerkers, zij die thuiswerkers bij het verrichten van hun arbeid bijstaan en artiesten.

De jurisprudentie omtrent de vraag wie als gelijkgestelde wordt aangemerkt, en wie niet, is zeer divers. Wanneer de relatie niet als arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt, kan het nog een twistpunt zijn of betrokkene werkzaam is als zelfstandige. Het zijn van zelfstandige sluit de verplichte verzekering voor WW/ZW en WAO op grond van art. 5 WW jo art.5 KB immers uit. De meeste Centrale Raad-uitspraken over verzekeringsplicht ten aanzien van de werknemersverzekeringen gaan over de vraag naar de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst; wanneer die niet wordt aangenomen³⁷¹ wordt er, wanneer aan de getalscriteria van KB 1986, 655 is voldaan, vervolgens getoetst of sprake is van zelfstandig ondernemerschap³⁷². Het probleem is dat, zoals wij reeds zagen, er geen duidelijke criteria zijn om te bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst; evenmin zijn er duidelijke criteria of sprake is van het verrichten van arbeid als zelfstandige.

³⁶⁹ Zoals met invoering van het wetsvoorstel 27 686 en zeer recentelijk het wetsvoorstel [...] het geval is

³⁷⁰ Zoals de door het LISV met diverse brancheorganisaties gesloten Convenanten trachten

³⁷¹ vóór 1998 leek de vraag naar de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst op te gaan in die naar het hebben van zelfstandigheid. Met andere woorden, vóór die tijd werd niet snel aangenomen dat een zelfstandige toch werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst verrichtte: RSV 1996/141, RSV 1996/200; RSV 1998/55

³⁷² bijvoorbeeld in RSV 1998/55, RSV 1999/302, RSV 2000/96, RSV 2000/97, RSV 2000/191

Omdat veruit de meeste Centrale Raad uitspraken betrekking hebben op de vraag naar de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst zal ik mij daarop concentreren. Ik zal daartoe twee invalshoeken hanteren: (i) kijkend naar het belang van de partij-afpraak en (ii) kijkend naar de diverse elementen die de definitie van de arbeidsovereenkomst vormen.

11.3 Criteria

Om het belang van de partij-afpraak voor de beoordeling van de verzekeringsplicht te beoordelen, zal ik drie categorieën van uitspraken onderscheiden: (1) partijafpraak en -bedoeling en feitelijke situatie zijn beiden van belang voor beoordeling verzekeringsplicht; (2) aan de partijbedoeling komt een geringere betekenis toe dan aan de feitelijke situatie en (3) aan de partijbedoeling komt een grotere betekenis toe dan aan die feitelijke situatie.

Ad 1.

In USZ 1999/151 geeft de Centrale Raad aan dat het ‘vaak moeilijk is grenslijnen’ te trekken. Aan de partijbedoeling komt geen doorslaggevende betekenis toe, ‘omdat uit het feitencomplex kan blijken dat de elementen gezag, persoonlijke dienstverrichting en verplichting tot loonbetaling, die vereist zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, aanwezig zijn’. Ook betrekkelijk neutraal is de formulering in USZ 2000/263: ‘naar vaste jurisprudentie van de Raad is, of aan de drie vereisten is voldaan niet beslissend de kwalificatie die partijen zelf aan hun arbeidsverhouding geven, noch hetgeen daarbij voor ogen is gestaan’. In RSV 1999/208 stelt de Centrale Raad dat ‘overeenkomstig vaste rechtspraak van de Raad (...) bij de beoordeling van een arbeidsverhouding op de aanwezigheid van verzekeringsplicht, niet alleen (dient) te worden gelet op de juridische structuur, doch behoren tevens de feitelijke omstandigheden waaronder de desbetreffende arbeid wordt verricht, in aanmerking te worden genomen.’ In USZ 2002/304 verwijst de CRvB niet naar de partijbedoeling (dat geen arbeidsovereenkomst aanwezig was), maar uit de opgenoemde onbetwiste feiten blijkt wel dat het oordeel van de CRvB (geen arbeidsovereenkomst) met die partijbedoeling strookt.

In USZ 1999/261 werd de partijbedoeling (geen arbeidsovereenkomst) expliciet genoemd, hoewel toch verzekeringsplicht aanwezig werd geacht³⁷³. Een zelfde geval deed zich al voor in RSV 1991/157.

Ad 2.

In de meeste³⁷⁴ van de geschillen wordt de vraag naar de partijbedoeling niet expliciet gesteld, maar alleen gekeken naar de feitelijke situatie, terwijl in die gevallen duidelijk is dat partijen geen verzekeringsplicht beoogden. Er was namelijk in al die gevallen door de werkgever geen premie betaald, terwijl er geen enkele aanwijzing was dat de werknemer het daar niet mee eens was. In de literatuur³⁷⁵ wordt als belangrijke uitspraak waarbij de CRvB de werkelijke verhouding doorslaggevend laat zijn boven de juridische, genoemd die van 16 augustus 1995³⁷⁶.

Ad 3.

Zeldzamer zijn de uitspraken waarin aan de partijbedoeling wel grote of zelfs doorslaggevende betekenis wordt toegekend. Expliciete betekenis aan het feit dat de werker zijn werkzaamheden via een BV aanbod, werd door de Centrale Raad toegekend in de uitspraak die werd gepubliceerd in USZ 1999/63. Verzekeringsplicht werd daarmee niet aanwezig geacht. Een doorslaggevende partijbedoeling deed zich ook voor in RSV 1996/141: naast een vrijheid om te komen en gaan en het gebruik maken van eigen gereedschap was de omstandigheid dat partijen geen arbeidsovereenkomst wilden, voldoende om verzekeringsplicht op grond van art. 3 ZW/WW/WAO afwezig te achten.

De Centrale Raad lijkt dus niet helemaal consistent in wat bij diverse gelegenheden ‘vaste jurisprudentie’ wordt genoemd.

³⁷³ en recent ook in USZ 2000/263; USZ 2000/265; USZ 2001/34; USZ 2001/134; USZ 2001/135; USZ 2001/136; USZ 2001/137; USZ 2001/296; USZ 2002/210

³⁷⁴ zoals uit de vorige voetnoot blijkt, wordt in de recentere uitspraken die partijbedoeling wel duidelijker in de uitspraak vermeld

³⁷⁵ Noordam, 2000, p. 58

³⁷⁶ RSV 1996/55

Uit de Centrale Raad jurisprudentie zijn geen algemene richtlijnen te ontleen, wat doorslaggevend is voor verzekeringsplicht, of niet. Op een aantal deelgebieden³⁷⁷ is beleid gevoerd, zonder dat dat beleid wordt toegepast in andere sectoren. Beleid of convenanten ten aanzien van deelgebieden wordt echter restrictief toegepast, in die zin, dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel van (vermeend) verzekerden die net ‘buiten’ het toepassingsgebied waarop een convenant gesloten is, niet wordt gehonoreerd³⁷⁸.

11.4 Andere aspecten dan de partij-afspraken

In het onderstaande zullen de belangrijkste elementen, die van belang worden geacht voor de vraag naar verzekeringsplicht, worden besproken. De betreffende elementen moeten met enige voorzichtigheid worden beoordeeld. In een uitspraak worden immers argumenten voor en tegen een bepaald standpunt gegeven; het gewicht van bepaalde argumenten is niet altijd weer te geven³⁷⁹. In het onderstaand overzicht wordt bekeken in hoeverre bepaalde omstandigheden of argumenten wel of niet stroken met de uitkomst van het geding. Ook is het onderbrengen in categorieën (bijvoorbeeld ‘ondernemersrisico’, terwijl de CRvB niet altijd precies die omschrijving gebruikt) soms enigszins arbitrair.

Er zijn een aantal omstandigheden die er vóór pleiten dat iets als arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt; een aantal andere omstandigheden pleiten tegen het aanmerken van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst.

Argumenten vóór het aanmerken van een arbeidsovereenkomst zijn (i) het persoonlijk moeten verrichten van de arbeid; (ii) het zich – daarom – niet mogen laten vervangen door een voor de ‘werkgever’ onbekende; (iii) het verrichten van werkzaamheden die een wezenlijk deel uitmaken van de activiteiten van de ‘werkgever’; (iv) het deel uitmaken van de werkorganisatie van de ‘werkgever’; (v) een lange duur van de werkzaamheden; (vi) het kunnen corrigeren van de ‘werknemer’ en (vii) de economische afhankelijkheid van de ‘werknemer’ ten opzichte van de ‘werkgever’.

Argumenten tegen het aanmerken van een arbeidsovereenkomst zijn (i) het als werker zelf beschikken over de voor zelfstandige verrichting van werkzaamheden benodigde vergunningen; (ii) het door de ‘werknemer’ hebben gedaan van investeringen; (iii) het door de ‘werknemer’ zelf kunnen bepalen van de inhoud van de werkzaamheden; (iv) het door de ‘werknemer’ hebben van zodanig specialistische kennis dat de ‘werkgever’ feitelijk geen gezag/toezicht kan uitoefenen; (v) het mogen afbreken van de arbeid; (vi) de korte duur van de werkzaamheden; (vii) het lopen van ondernemersrisico; (viii) economische onafhankelijkheid van de ‘werknemer’ ten opzichte van ‘werkgever’; (ix) het feitelijk gezag wordt niet door de eigenlijke ‘werkgever’ uitgeoefend, maar door een derde; (x) de vrijheid de werkzaamheden te verrichten op uren naar keuze van de ‘werknemer’.

De hierboven genoemde argumenten vóór het tegen het aanmerken van een arbeidsovereenkomst worden hieronder uitgewerkt.

Argument vóór het aanmerken als arbeidsovereenkomst:

- de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten. Dit argument was in alle gevallen³⁸⁰ strokend (dat wil zeggen: wanneer die verplichting er is, is het een arbeidsovereenkomst). De omgekeerde situatie, dat betrokkene de arbeid niet persoonlijk hoefde te verrichten, en er toch verzekeringsplicht werd aangenomen, deed zich niet duidelijk voor.

³⁷⁷ Bijvoorbeeld docenten

³⁷⁸ USZ 2001/296; USZ 2002/210

³⁷⁹ Ook Koopmans beklagde zich in 1962 reeds over deze ondoorzichtigheid in argumentatie door de Centrale Raad

³⁸⁰ RSV 1990/326; USZ 1998/60; USZ 1999/64; USZ 1999/261; RSV 2000/97; USZ 2000/263; RSV 2001/53

- het zich niet mogen laten vervangen of zich slechts mogen laten vervangen door werkers uit een selecte groep. Dit argument was ook in alle gevallen³⁸¹ strokend (dat wil zeggen: wanneer men zich slechts mag laten vervangen door een bij de werkgever bekende, wordt een arbeidsovereenkomst aangenomen). De omgekeerde situatie, dat betrokkene zich wel vrijelijk mocht laten vervangen, en er toch verzekeringsplicht werd aangenomen, deed zich ook niet duidelijk voor.
- het verrichten van werkzaamheden die een wezenlijk deel uitmaken van de bedrijfsactiviteiten van de werkverschaffer. Dit argument was slechts in de helft van de gevallen strokend³⁸² (dat wil zeggen: wanneer de arbeid dat wezenlijk deel uit maakt, is sprake van een arbeidsovereenkomst) in. Noordam heeft in dit verband overigens opgemerkt, dat indien het om vrij eenvoudig werk gaat van korte duur, en ook de tijdstippen van arbeid vrij liggen, er vaak geen gezagsverhouding aanwezig is, tenzij de werkzaamheden tot het wezen van de bedrijfsvoering van de werkgever behoren.³⁸³ Dit beleid is vaste CRvB-jurisprudentie wanneer het om gelegenhedswerk gaat (zoals in de fruit- en groententeelt)³⁸⁴.
- het deel uitmaken van de werkorganisatie/organisatorisch kader van de werkverschaffer. Dit argument was in iets meer dan de helft van de gevallen strokend³⁸⁵ (dat wil zeggen: deel uit maken betekent de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst).
- de lange duur van de werkzaamheden. Dit argument was in twee gevallen strokend³⁸⁶ (dat wil zeggen: een lange duur van de werkzaamheden duidt op een arbeidsovereenkomst) en in één geval niet³⁸⁷.
- het kunnen corrigeren/opleggen van sancties/ter verantwoording roepen³⁸⁸. Dit argument was in vijf van de zeven gevallen strokend (dat wil zeggen: wanneer die correctiemogelijkheid er is, gaat het om een arbeidsovereenkomst)³⁸⁹.
- economische afhankelijkheid van de werker ten opzichte van de werkverschaffer. Dit argument was in alle gevallen³⁹⁰ strokend (dat wil zeggen: in geval van economische afhankelijkheid werd een arbeidsovereenkomst aangenomen). De omgekeerde situatie, dat er geen sprake was van economische afhankelijkheid en toch verzekeringsplicht werd aangenomen, dan wel wel economische afhankelijkheid, en geen verzekeringsplicht, trof ik niet aan. Een nuance is op zijn plaats wanneer bij een starter aanvankelijk wel sprake is van het grotendeels behalen van de omzet bij de voormalige werkgever, maar er langzamerhand andere opdrachtgevers bijkomen³⁹¹.

Argumenten tegen het aanmerken als arbeidsovereenkomst:

- het als werker zelf beschikken over de voor zelfstandige verrichting van werkzaamheden benodigde vergunningen was doorslaggevend in twee gevallen³⁹². Ook de pendant van deze situatie (het niet beschikken over eigen vergunningen leidt tot verzekeringsplicht) was strokend in alle vier gevallen waar dit argument aan de orde kwam³⁹³. In 2002³⁹⁴ noemt de

³⁸¹ RSV 1992/131; RSV 1995/170; USZ 2000/45; RSV 2001/51; RSV 2001/67; USZ 2001/137; USZ 2003/362

³⁸² Wel strokend: RSV 1987/85; RSV 1989/244; RSV 1995/170; RSV 1996/73; USZ 1998/121; RSV 2000/240; USZ 2000/70. Het argument was niet strokend in: RSV 1994/169; RSV 1999/149; RSV 1999/208; USZ 1999/200 (29 april 1999); USZ 1999/327; USZ 2000/92 en USZ 2001/34

³⁸³ Noordam, 2000, p. 60

³⁸⁴ zie bijv. USZ 2001/295

³⁸⁵ wel strokend: RSV 1987/85; RSV 1992/131; RSV 1996/73; RSV 1996/141; RSV 2000/191; USZ 2000/265. Het argument was niet strokend in: RSV 1996/227 en 228; RSV 1997/54; USZ 2000/25; USZ 2002/304.

³⁸⁶ RSV 1993/171; USZ 1999/261 (3 jaar; 3 d/w)

³⁸⁷ RSV 2000/191 (7 maanden; geen arbeidsovereenkomst)

³⁸⁸ ik begrijp overigens niet waarom dit – het als ultieme sanctie beëindigen van het contract - een argument pro-arbeidsovereenkomst zou kunnen zijn; deze sanctie kan immers ook ten aanzien van een opdrachtgever worden opgelegd

³⁸⁹ wel strokend: RSV 1990/326; RSV 1991/57; USZ 1999/239; USZ 1999/200; USZ 2000/265; niet strokend USZ 1998/103; USZ 1999/261

³⁹⁰ RSV 1993/171; RSV 1996/141; RSV 1996/200; RSV 2000/97; USZ 2003/362

³⁹¹ USZ 2003/277

³⁹² RSV 1992/132; RSV 1999/302.

³⁹³ RSV 1996/200, RSV 1999/302; RSV 2001/53 en 2001/70;

³⁹⁴ USZ 2002/188

CRvB het ontbreken van de voor het als onafhankelijke zelfstandige hebben van een noodzakelijke vergunning zelfs als argument “van grote waarde”. Slechts in een oudere uitspraak³⁹⁵ was het niet hebben van een eigen vergunning (in casu een Ziekenfondscontract) niet voldoende om verzekeringsplicht aan te nemen. De recente jurisprudentie duidt dus op een duidelijke regel in dezen.

- Het hebben gedaan van investeringen. Om tot de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst te concluderen, wordt in een aantal zaken genoemd dat betrokkene investeringen had gedaan (en daarmee als zelfstandige was te beschouwen). In sommige opvattingen³⁹⁶ staat de vraag naar de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst echter los van die naar het zijn van zelfstandige. Ook een zelfstandige kan immers - in die opvatting - in voorkomende gevallen een arbeidsovereenkomst sluiten. Toch wordt ook in het kader van de artikel 3-beoordeling (dat wil zeggen de beoordeling of een arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is of niet) het hebben gedaan van investeringen in zes van de tien gevallen als argument vóór³⁹⁷ de afwezigheid van verzekeringsplicht genoemd³⁹⁸.
- Het door de werker zelf kunnen bepalen van de inhoud van de werkzaamheden. Dit argument was slechts in twee van de vier³⁹⁹ gevallen strokend (dat wil zeggen: wanneer de werker die inhoud zelf kon bepalen werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen). Noordam signaleert de verschillende opvattingen en oordeelt dat de vraag of het met grote mate van zelfstandigheid kunnen uitvoeren van werkzaamheden en gezagsrelatie elkaar wel of niet uitsluiten, lastig te beantwoorden is⁴⁰⁰.
- Het hebben van zodanig specialistische kennis dat de werkverschaffer feitelijk geen gezag/toezicht kan uitoefenen. Dit argument was strokend in iets meer dan de helft van de gevallen⁴⁰¹ (dat wil zeggen: in geval van specialistische kennis werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen).
- Het mogen afbreken van de arbeid. Dit argument was in geen der onderzochte gedingen strokend (dat wil zeggen dat indien de arbeid mocht worden afgebroken geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen). Het argument was daarentegen niet strokend in twee gevallen⁴⁰².
- De korte duur van de werkzaamheden. Dit argument was in een geval⁴⁰³ strokend (dat wil zeggen: bij arbeid van korte duur werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen) maar in twee gevallen juist niet⁴⁰⁴. Noordam merkt op, dat indien het om vrij eenvoudig werk gaat van korte duur, en ook de tijdstippen van arbeid vrij liggen, er vaak geen gezagsverhouding aanwezig is, tenzij de werkzaamheden tot het wezen van de bedrijfsvoering van de werkgever behoren.⁴⁰⁵

³⁹⁵ RSV 1993/108

³⁹⁶ Bijvoorbeeld in het convenant voor de Interim-managers en in de beleidsregels Beoordeling Dienstbetrekking

³⁹⁷ Nooit omgekeerd, in de zin dat de afwezigheid van investeringen duidt op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Slechts in USZ 2003/277 staat het hebben verricht van slechts geringe investeringen niet aan de arbeidsovereenkomst in de weg, ‘omdat voor dit werk geen verdergaande investeringen nodig zijn’.

³⁹⁸ Dit argument was strokend (dat wil zeggen: wanneer er investeringen waren gedaan werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen) in: RSV 1991/157; RSV 1995/170; RSV 1999/302; USZ 2000/45; USZ 2000/131; RSV 2001/51. Het argument was niet strokend in: USZ 1999/239; RSV 1999/152 en USZ 2001/16³⁹⁸. In de laatste zaak wordt de door het UWV aangenomen verzekeringsplicht vernietigd op grond van een motiveringsgebrek, terwijl op basis van de over en weer aangevoerde argumenten ook de conclusie getrokken had kunnen worden, dat hier geen sprake was van een gezagsverhouding, maar wel van zelfstandig ondernemerschap, met bijbehorend ondernemersrisico

³⁹⁹ Wel strokend in RSV 1999/148; USZ 2000/25. Het argument was niet strokend in: RSV 1990/326; 1991/57.

⁴⁰⁰ Noordam, 2000, p. 61

⁴⁰¹ Wel strokend in RSV 1996/227 en 228; RSV 1997/54; USZ 1999/327; RSV 2000/96 en USZ 2002/304. Het argument was echter niet strokend in: RSV 1992/131; RSV 2001/67; RSV 2001/70; USZ 2001/296

⁴⁰² RSV 1988/208 en USZ 2001/295; de fruitplukkers bleken in de laatste zaak hun werk soms af te breken, en dat stond aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst niet in de weg

⁴⁰³ RSV 1994/169

⁴⁰⁴ RSV 1994/32; RSV 2000/240

⁴⁰⁵ Noordam, 2000, p. 60

- Er wordt geen reële tegenprestatie ('loon') betaald. Dit argument was strokend in twee⁴⁰⁶ zaken in 2002, waar het méér betalen dan de werkelijke onkosten als loon werd aangemerkt, resp. het níét meer betalen dan de gangbare kilometer-vergoeding onvoldoende was om tot loonaanmerking (en daarmee het aannemen van een arbeidsovereenkomst) over te gaan..
- Het lopen van ondernemersrisico. Dit argument was in drie van de vier⁴⁰⁷ gevallen strokend (dat wil zeggen: indien er ondernemersrisico werd gelopen er geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen).
- Economische onafhankelijkheid van werker ten opzichte van werkverschaffer. Dit argument was in vier van de vijf⁴⁰⁸ gevallen strokend (dat wil zeggen: in geval van economische onafhankelijkheid van de werker werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen).
- Het feitelijk gezag wordt niet door de eigenlijke 'werkgever' uitgeoefend, maar door een derde. Dit argument was in bijna alle⁴⁰⁹ gevallen strokend (dat wil zeggen: wanneer het feitelijk gezag wordt uitgeoefend door een ander dan de wederpartij, is de relatie met die wederpartij geen arbeidsovereenkomst).
- De vrijheid de werkzaamheden te verrichten op uren naar keuze. Dit argument was in minder dan de helft van de gevallen⁴¹⁰ strokend (dat wil zeggen: wanneer er zo'n vrijheid is, is het geen arbeidsovereenkomst).

Wanneer wordt getracht conclusies uit het bovenstaande te trekken, dan leidt dat – met de nodige voorzichtigheid – tot het volgende.

Er zijn amper algemene criteria, die zo wezenlijk zijn, dat het rechtsgeding door de Centrale Raad op basis van die omstandigheid (vrijwel) altijd wordt beslist. Dergelijke 'conditio sine qua non' zijn slechts: (1) het persoonlijk moeten verrichten van arbeid en het zich niet vrijelijk door anderen mogen laten vervangen; (2) de economische afhankelijkheid van de werker ten opzichte van de werkverschaffer; (3) het hebben of juist niet hebben van voor het zijn van zelfstandige wezenlijke vergunningen. Dat (4) het feitelijk gezag niet door de 'eigen' werkgever wordt uitgeoefend maar door een derde, kán geen doorslaggevend argument zijn, aangezien algemeen geaccepteerd is dat in situaties van detachering of uitzendwerk, het gezag door de werkgever aan een derde kan worden gedelegeerd.

Ten aanzien van de eerste categorie moet worden opgemerkt dat ook bij de opdrachtovereenkomst de verplichting tot het persoonlijk moeten verrichten van arbeid kan bestaan. In algemene zin doorslaggevend is dat argument dus zeker niet.

Wat betreft de economische afhankelijkheid: het aantal zaken waarin dat een beslissende omstandigheid vormde, is betrekkelijk gering (drie). Dicht tegen dat argument aan ligt echter het lopen van ondernemersrisico en het hebben gedaan van investeringen. Die laatste twee omstandigheden zijn niet altijd doorslaggevend⁴¹¹ maar wel vaak.

De link tussen de categorieën 2. en 3. wordt gelegd in de uitspraak van 17 april 2002⁴¹². Aldaar werd verzekeringsplicht aangenomen voor een 'zelfstandige' chauffeur (die de vrachtauto door een garantstelling van zijn 'werkgever' had kunnen leasen), omdat betrokkene over de betreffende periode niet de vereiste vergunningen (Wet goederenvervoer op de weg) bezat om zelfstandig vervoer over de weg te kunnen verzorgen. Hij was daarom afhankelijk was van die 'werkgever' hetgeen het ontbreken van een gezagsrelatie onwaarschijnlijk maakte. Het woord 'afhankelijkheid' herinnert aan de opmerking van het kabinet in de MSZW-Nota Flexibiliteit en zekerheid dat het

⁴⁰⁶ USZ 2003/27 en USZ 2003/28

⁴⁰⁷ Wel strokend in RSV 1998/55; RSV 1999/302; USZ 2000/131. Het argument was niet strokend in USZ 2000/263; aldaar liep de 'verzekerde' ook het risico mee te delen in verliezen, en er werd toch een arbeidsovereenkomst aangenomen

⁴⁰⁸ Strokend in RSV 2000/97; RSV 1996/200; RSV 1993/108; USZ 2003/362. Het argument was niet strokend in; USZ 2000/131

⁴⁰⁹ Strokend in RSV 1990/202; USZ 1998/143; RSV 1999/208; USZ 1999/200; USZ 2000/25 en USZ 2001/137; het was niet strokend in USZ 2000/45

⁴¹⁰ wel strokend in: RSV 1999/149; USZ 2000/25; niet strokend in RSV 1989/244; RSV 1990/202; USZ 1998/143; USZ 1999/64 en USZ 2001/295

⁴¹¹ immers niet in USZ 1999/239, RSV 1999/152 en USZ 2000/263

⁴¹² USZ 2002/188

kabinet van mening is dat de oorspronkelijke functie van het arbeidsrecht behouden dient te blijven. Daarbij gaat het om (het regelen van) de verhouding tussen degene die in afhankelijkheid arbeid verricht en degene die van die arbeid gebruik maakt⁴¹³.

Een algemene lijn in de CRvB-jurisprudentie, zoals Jansen & Loonstra die ontwaren met het materiële- en het formele gezagsbegrip, herken ik dus niet. Meer in het bijzonder zie ik niet, dat de CRvB zo veel explicieter dan de HR op het criterium 'organisatorisch verband' of 'bedrijfsvoering' toetst. In sommige gevallen is dat argument weliswaar doorslaggevend, maar in andere ook weer niet. In een aantal oudere zaken⁴¹⁴ wordt verzekeringsplicht aangenomen, enkel vanwege het 'formele gezagsmoment' (deel uitmaken van een organisatorisch kader), terwijl in recentere uitspraken⁴¹⁵ het enkele formele gezagsmoment onvoldoende lijkt.

Jansen & Loonstra schetsen drie modelsituaties: (1) aanwijzingen gegeven + organisatorisch kader geven arbeidsovereenkomst; (2) eenvoudige werkzaamheden zonder veel inhoudelijke instructies geven geen arbeidsovereenkomst; (3) incidentele werkzaamheden zonder veel organisatorisch kader geven ook geen arbeidsovereenkomst. Hun indeling blijkt echter niet altijd te kloppen met de recente CRvB jurisprudentie.

Categorie (1) is duidelijk: wanneer er sprake is van een materiële én een formele gezagscomponent, dan wordt een arbeidsovereenkomst aangenomen. Opmerkelijke uitzondering is echter de uitspraak van 19 september 2002⁴¹⁶: aldaar werkte een orthopedisch chirurg als adviseur voor een verzekeringsmaatschappij; zijn werkzaamheden waren geheel passend binnen het kader van de bedrijfsuitoefening; hij werkte in een organisatorisch kader (vaste dagen; vaste uren); vervanging vond plaats door eigen werknemers van de organisatie; het ging om 12-16 uur werk per week; hij nam deel aan het werkoverleg, maar desondanks werd géén arbeidsovereenkomst aangenomen.

De tweede categorie strookt niet met de uitspraak van 22 februari 1989⁴¹⁷, waar de orchideënpaksters praktisch zonder toezicht werkten en op variabele tijden en er toch een arbeidsovereenkomst werd aangenomen; evenmin strookt dit standpunt van Jansen & Loonstra met de jurisprudentie over gelegenheidsarbeid⁴¹⁸.

De derde categorie komt minder vaak voor: de regel klopt voor de kuikenvangers⁴¹⁹, maar weer niet voor de studenten-rondleiders in het museum Speelklok tot Pierement⁴²⁰.

Een groot bezwaar tegen de Centrale Raad-jurisprudentie is daarmee dat in de minder extreme gevallen een uitkomst amper te voorspellen is.

Slechts op deelgebieden is er wat meer duidelijkheid. Zo heeft de Centrale Raad voor docenten⁴²¹ een algemeen toetsingskader gegeven waarbij groot belang wordt gehecht aan het soort onderwijsinstelling: commercieel en leidend tot diploma's, of ideëel.

Opvallend is de wijze waarop de Centrale Raad zich 'afzet' tegen de civiele jurisprudentie. In de uitspraak van 12 april 2001⁴²² wordt onomwonden geschreven dat het standpunt van de civiele rechter weliswaar bijzondere betekenis toekomt, maar zeker geen doorslaggevende. Een zelfde onafhankelijkheid wordt uitgesproken tegenover oordelen van de fiscale rechter⁴²³.

⁴¹³ Kuip & Scholtens 1999, p. 302

⁴¹⁴ RSV 1987/85; RSV 1989/244; RSV 1990/326; RSV 1991/57; RSV 1992/131

⁴¹⁵ RSV 1999 /152; RSV 1999/208; RSV 1999/302; RSV 2000/96

⁴¹⁶ USZ 2002/304

⁴¹⁷ RSV 1989/244

⁴¹⁸ Bijvoorbeeld USZ 2001/295

⁴¹⁹ RSV 1994/69

⁴²⁰ RSV 1994/32

⁴²¹ RSV 1998/31; USZ 1997/41, 249 en 293 en USZ 1999/155

⁴²² USZ 2001/135; gewezen zij daarentegen op USZ 2001/256, waarbij de speciale civiele vereisten (het betrof een kapitein, wiens rechtspositie geregeld staat in het Wetboek van Koophandel, en op grond waarvan een mondelinge arbeidsovereenkomst niet mogelijk is) uit het civielrecht weer wel doorslaggevend zijn.

⁴²³ USZ 2001/34; USZ 2001/136).

In de literatuur wordt gewezen op een vierde categorie, namelijk die van de omvang van de werkzaamheden. Onder verwijzing naar de doelstelling van het sociale zekerheidsrecht als financiële bestaanszekerheid (Bouwens) of inkomensbescherming (Noordam) bepleit Asscher-Vonk⁴²⁴, met tal van argumenten, om de verzekeringsplicht van minieme arbeidsverhoudingen te heroverwegen. Die argumenten zijn: een dergelijke verzekering draagt maar zeer beperkt bij tot financiële bestaanszekerheid; in sommige gevallen⁴²⁵ levert de verzekering betrokkene geen aanspraken op; de relatief hoge uitvoeringskosten; de ongelijkheid van de art.3-relaties ten opzichte van de artikel 5-relaties (waar als inkomensgrens 40% van het minimum-loon wordt gesteld); de vergelijking met deeltijd-huishoudelijk personeel en de vergelijking met de arbeid van bijkomstige aard uit het BBA.

Noordam⁴²⁶ wijst er op dat arbeid van bijkomstige aard in het verleden van verzekeringsplicht was uitgesloten, en verder dat een dergelijke uitsluiting ook in andere landen niet ongewoon is. In Duitsland bijvoorbeeld vallen dienstbetrekkingen waarin niet meer dan DM 630 per maand wordt verdiend buiten de verplichte sociale verzekering. Een alternatieve benedengrens is dat doorgaans minder dan 15 uur per week wordt gewerkt.

11.5 Conclusie hoofdstuk 11

Anders dan in de juridische literatuur wordt aangegeven, biedt de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep geen eenduidig beeld wat als arbeidsovereenkomst wordt beschouwd, en wat niet. Doordat er veel meer CRvB-uitspraken dan HR-uitspraken zijn op dit gebied, vallen er wel enkele lijnen te trekken. Er zijn nauwelijks criteria met betrekking tot het wel of niet bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te geven, die op zich zelf doorslaggevend zijn. Afgaande op de ongeveer honderd sinds 1987 gepubliceerde uitspraken zijn de volgende criteria eenduidig: (i) het persoonlijk moeten verrichten van arbeid; (ii) economische afhankelijkheid; (iii) het niet hebben van voor het zijn van zelfstandige benodigde vergunningen. Gelet op art. 7:406 BW kan het eerste criterium niet doorslaggevend zijn, omdat ook opdrachtnemers verplicht kunnen zijn de arbeid persoonlijk te verrichten. Het aantal zaken waar (ii) en (iii) op gebaseerd zijn, is betrekkelijk gering. Vrij eenduidig zijn de criteria 'het ontvangen van werkinstructies' en/of 'het deel uitmaken van het organisatorisch verband' van de werkgever. Enkele uitspraken, waaronder recente, zijn hiermee echter in tegenspraak. Ook het criterium 'lopen van ondernemersrisico' is vaak eenduidig (richting: geen arbeidsovereenkomst), maar niet altijd. Afgaande op de jurisprudentie van de CRvB bestaat dus weinig rechtszekerheid over de duiding van arbeidsrelaties. Die duidelijkheid zou verkregen kunnen worden door meer waarde toe te kennen aan de partijafpraak, dan wel aan de omvang van de betreffende arbeidsrelatie.

⁴²⁴ Asscher-Vonk 1996, p. 289-296

⁴²⁵ WW; voor jongeren: WAO; soms ZW, soms Zfw

⁴²⁶ Noordam, 2000, p. 65

Hoofdstuk 12 De statutair directeur in de sociale zekerheidswetgeving

In het sociaal zekerheidsrecht wordt van oudsher een bepaalde groep van statutair directeuren apart behandeld, en wel de directeur groot-aandeelhouder (dga). Als groot aandeelhouder wordt beschouwd⁴²⁷ hij of zij die tezamen met zijn echtgenoot/echtgenote 50% of meer van de stemmen kan uitbrengen in de algemene vergadering van aandeelhouders of die anderszins op grond van het bezit van (preferente) aandelen niet tegen zijn zin in kan worden geschorst of ontslagen door die algemene vergadering⁴²⁸. De directeur groot aandeelhouder heeft, naar geldend civiel recht, in het algemeen een arbeidsovereenkomst met zijn BV. Omdat hij, als aandeelhouder, daarmee ook zijn eigen ontslag in de hand heeft, is het problematisch het werkloosheidsrisico van de dga te verzekeren, omdat het vrijwel ondoenlijk is om vast te stellen in hoeverre een dergelijke werkloosheid vrijwillig dan wel verwijtbaar is. Aangezien voor de drie werknemers-verzekeringswetten (WW, ZW en WAO) een vrijwel gelijk verzekerden-begrip geldt, zou dat betekenen dat de dga ook niet voor de ZW en de WAO verzekerd is.

De Centrale Raad van beroep heeft met deze kwestie geworsteld. In 1932 besliste de Centrale Raad dat de directeur die tevens enig aandeelhouder was, niet in loondienst bij de N.V. (“dus bij zichzelf”) werkzaam kon zijn, aangezien er feitelijk niemand was die enig gezag over hem kon uitoefenen⁴²⁹. Van 1968 tot 4 oktober 1985⁴³⁰ gold de dga als wél verzekerd. De Centrale Raad ging echter in 1985 wederom ‘om’, en gaf aan dat iedere gezagsverhouding van een dga materieel getoetst moest worden, en de dga dus niet meer ongeacht zijn aandelenbezit verplicht verzekerd was. In de praktijk betekende dat dat geen verzekeringsplicht meer werd aangenomen. Een vergelijkbaar fenomeen deed zich voor bij een arbeidsrelatie tussen familieleden: wanneer aldaar geen sprake is van een reële gezagsuitoefening, wordt evenmin werknemerschap en daarmee verzekeringsplicht aangenomen⁴³¹.

Die opvatting is per 1998 in de wet neergelegd, waarmee de dga is uitgesloten van de werknemers-verzekeringen.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel 27 686 zouden de directeuren grootaandeelhouders (weer) onder de WAO komen te vallen en dus niet onder de WAZ. In het TK-verslag werd er, in navolging van het advies van het TICA, op gewezen dat dit dan ook gevolgen zou hebben voor de verzekeringsplicht van de dga's op het gebied van de WW, hetgeen als onwenselijk werd ervaren. De regering liet zich hierdoor overtuigen en bracht de dga's ook onder de WAZ. Voor deze studie is de positie van de dga minder relevant, omdat de werkgevers- en de werknemersrol zo zeer in één hand liggen. Het maakt daarom niet zo veel uit welke rechten de BV aan zijn dga toekent: uiteindelijk (oneigenlijke situaties als een faillerende BV daargelaten) komen de daarop betrekking hebben uitgaven uiteindelijk toch ten laste van die zelfde dga.

⁴²⁷ Precieze criteria zijn neergelegd in de Circulaire van de toenmalige Federatie van bedrijfsverenigingen, FBV, nr. C 93.07 van 16 juli 1993.

⁴²⁸ Een voorbeeld van zo'n feitelijke situatie speelde in USZ 2001/134, waarbij ten aanzien van een statutair directeur niet zijnde aandeelhouder, op grond van de feitelijke omstandigheden (hij was eigenaar van bedrijfsterrein, bedrijfsgebouwen en bedrijfsgoederen, terwijl het bedrijf vanwege zijn specifieke ligging niet verplaatsbaar was) werd geoordeeld dat sprake was van een situatie van wederzijdse afhankelijkheid, die aan een gezagsrelatie in de weg stond.

⁴²⁹ Koopmans, p. 217

⁴³⁰ CRvB-uitspraak 4 oktober 1985 (RSV 1986, 21)

⁴³¹ Opmerkelijk in dat verband is de uitspraak van de Hoge Raad van 10 oktober 2003, JAR 2003/263, die niettegenstaande de schriftelijke tekst, geen arbeidsovereenkomst aanwezig acht, omdat dat nimmer door partijen – een vrouw en de BV van haar echtgenoot – zou zijn beoogd en daaraan ook nimmer uitvoering is gegeven.

Hoofdstuk 13 De “nieuwe werknemer”⁴³²: een nadere precisering van het bereik van de werknemersverzekeringswetten

13.1 Inleiding

Sinds de invoering van de eerste sociaal zekerheidswetten vindt discussie plaats over het wel of niet onder die wetten vallen van sommige groepen van werkers. Die discussie wordt gevoerd doordat de oordelende rechterlijke instantie (uiteindelijk de Centrale Raad) de vraag naar de verzekeringsplicht beoordeelt op basis van de feitelijke situatie en niet op basis van de situatie zoals die door partijen is aangegeven. Deze wijze van beoordelen door de Centrale Raad brengt met zich mee dat het voor enigerlei persoon of instantie ‘lonend’ kan zijn om de rechter tot het oordeel te brengen dat die feitelijke situatie afwijkt van de door partijen opgegeven ‘papieren’ situatie. Voor de werker kan het aantrekkelijk zijn om, hoewel ten tijde van het verrichten van zijn werkzaamheden geen premies werden ingehouden, zich op het standpunt te stellen dat er toch sprake was van een verzekeringsplicht. Wanneer dat pleidooi wordt overgenomen, heeft hij, wanneer ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan, aanspraak op een uitkering. Evenzo kan het voor het uitvoerend orgaan aantrekkelijk zijn een verzekeringsplicht te bepleiten, omdat de werkverschaffer dan, anders dan hem en de werker voor ogen stond, premies dient af te dragen. Slechts de werkgever/werkverschaffer heeft vrijwel nimmer baat bij de betreffende jurisprudentie, waarbij de door partijen overeengekomen rechtsband níét doorslaggevend is voor de vraag naar de verzekeringsplicht⁴³³.

Dit probleem is al oud, en werd reeds door Koopmans geconstateerd. Nieuw is dat deze situatie van overheidswege als probleem wordt ervaren. Begin jaren negentig van de twintigste eeuw werden signalen gegeven dat de betreffende onzekerheid omtrent de aard van een arbeidsrelatie belemmerend werkte voor de economie: vanwege die onzekerheid waren opdrachtgevers huiverig met zich als zelfstandige beschouwende opdrachtnemers te contracteren. Een van overheidswege geïnitieerd onderzoek (Commissie Stevens) bevestigde de signalen, en de regering gaf aan de betreffende onduidelijkheid te zullen oplossen. Die toezegging bleek moeilijk waar te maken. Tegen het aanvankelijk geuite, voor de hand liggende en ook doeltreffende idee om enige instantie vooraf te laten oordelen over de aard van een arbeidsrelatie, kwam steeds als bezwaar terug de angst dat van een dergelijk systeem misbruik zou worden gemaakt. De overheid is daarom tot voor kort⁴³⁴ blijven vasthouden aan het standpunt dat niet van te voren een bindende beoordeling van een arbeidsrelatie kan plaatsvinden, doch dat achteraf naar de feitelijke situatie moet worden gekeken. In de hierna volgende hoofdstukken zal eerst worden uiteengezet op welke gronden verzekeringsplicht tot stand kan komen; vervolgens wordt aangegeven hoe in de eerste helft van de jaren negentig in een aantal branches tussen de brancheorganisaties en het met de uitvoering van de sociale verzekeringswetten belast orgaan convenanten werden afgesloten om aan betrokkenen duidelijkheid te verschaffen. Vervolgens wordt stilgestaan bij de aanbevelingen van de Commissie Stevens en bij de wetsvoorstellen die hiervan het gevolg waren.

Geconcludeerd zal worden dat deze wetten de beoogde duidelijkheid tot op heden niet hebben opgeleverd. Omdat dit ook door de regering werd opgemerkt hebben de met de uitvoering van

⁴³² De term “nieuwe werknemer” wordt gebruikt in de Sociale Nota 2002 en ziet op zelfstandig werkenden zoals zzp-ers

⁴³³ Bekend zijn groeperingen – bijvoorbeeld de distributeurs van tijdschriften, de zogenaamde bladenmannen - die, terwijl de inhoud van hun werkzaamheden weinig veranderingen onderging, gedurende vele jaren als art. 5-arbeidsrelatie werden beschouwd, vervolgens als art. 3-relatie en daarna helemaal niet meer als verzekeringsplichtig. Hierbij is niet uitgesloten, dat gewijzigde verplichtingen elders hierbij een rol speelden. Aanvankelijk werd verzekeringsplicht gebaseerd op art. 5, omdat dat voor de met de uitvoering van de werknemersverzekeringen belaste instantie makkelijker was om te bewijzen. Doordat per 1 maart 1996 de werkgever op grond van artikel 7:629 BW verplicht werd de werknemer gedurende de eerste 52 weken van ziekte minimaal 70% van diens salaris door te betalen (met als minimum het voor betrokkene geldende minimumloon, en gemaximeerd tot het maximum dagloon) en deze verplichting voor een niet-werkgever niet geldt, werd het voor de uitvoerende instantie belaste instantie voordelig indien sprake was van een dienstbetrekking (de werkgever moet dan betalen) en onvoordelig wanneer dat niet het geval was (de instantie moet dan op grond van artikel 29 ZW betalen).

⁴³⁴ Pas met het wetsvoorstel 29.6.77 zal dit anders worden; zie hierover de SER-adviesaanvraag d.d. 1 december 2003 en het SER-Advies Personenkring Werknemersverzekeringen d.d. 18 juni 2004

de sociale verzekeringswetten en de fiscale wetten belaste organen gezamenlijk Richtlijnen aangegeven aan de hand waarvan arbeidsrelatie op sociale verzekeringsplicht en loonbelastingplicht worden getoetst. Onderzocht zal worden in hoeverre de hierbij gehanteerde criteria aansluiten bij de door de Centrale Raad gehanteerde argumenten, en in hoeverre deze criteria voor de praktijk bruikbaar kunnen zijn.

13.2 Algemeen

Voor een werknemer dient door de werkgever loonbelasting te worden ingehouden, en dienen sociaal zekerheidspremies te worden betaald. Voor de reguliere werknemer levert dat geen problemen op: de verplichtingen die ten aanzien van hem bestaan zijn duidelijk. Voor allerlei andere werkenden zijn die inhoudingsverplichtingen echter helemaal niet duidelijk. Dat is vooral vervelend voor de werkverschaffer: indien partijen van mening zijn dat de tussen hen bestaande arbeidsrelatie niet-verzekeringsplichtig is, zal de werkverschaffer (in dit hoofdstuk gemakshalve aan te duiden met opdrachtgever) het volle loon aan de opdrachtnemer uitkeren, zonder inhouding van (loon)belasting en premies. Indien de betreffende fiscale en sociaal zekerheidsautoriteiten vervolgens het standpunt innemen dat wel sprake was van een loonbelastinginhoudingsplichtige dan wel een verzekeringsplichtige relatie, werden van oudsher de premies alsnog bij de opdrachtgever in rekening gebracht. Op grond van vaste Hoge Raad-jurisprudentie⁴³⁵ was het niet mogelijk voor dit bedrijf de betaalde sociaal zekerheidspremies op de werker (in dit hoofdstuk aan te duiden als opdrachtnemer) te verhalen, zelfs niet als dat was overeengekomen. Ten aanzien van betaalde loonbelasting was verhaal niet uitgesloten, maar ook dan was niet uitgesloten dat verhaal praktisch niet meer mogelijk was.

Deze problematiek doet zich vooral voor wanneer de opdrachtnemer een zelfstandige is, zonder zelf personeel in dienst te hebben (de zogenaamde zzp-er)⁴³⁶. Indien de opdrachtnemer een bedrijf is met eigen personeel in dienst, is het vrijwel uitgesloten dat de relatie tussen zo'n bedrijf en een opdrachtgever als verzekeringsplichtig wordt aangemerkt.

Het officiële aantal zelfstandigen zonder personeel is tussen 1993 en 2001 licht gestegen, van 321.125 tot 355.130. Het aantal zzp-ers in de beroepsbevolking bleef daarmee ongeveer 5%⁴³⁷. In sommige sectoren, zoals in de bouwsector, de zakelijke dienstverlening en de non-profitsector, vond echter een duidelijke groei van het aantal zzp-ers plaats. Een grote groep zzp-ers combineert de activiteiten als zelfstandige met die van het werken in loondienst, het volgen van een opleiding of zorgtaken. Bij de start oefent de helft van de ondernemers het bedrijf uit naast andere activiteiten; na twee jaar is dat gedeelte gezakt tot eenderde deel⁴³⁸. In het regeringsbeleid wordt het zich als zelfstandige vestigen aangemoedigd.

Naar de achtergronden van de nieuwe zelfstandigen om zich als zodanig te vestigen zijn diverse onderzoeken gedaan⁴³⁹. Grofweg vallen twee soorten redenen te ontwaren: 1. de zzp-er is voor de werkverschaffer voordeliger dan een gewone werknemer; 2. de zzp-er kiest voor de met het zelfstandig ondernemerschap samenhangende vrijheid. Het eerste argument rust op een aantal gronden. De opdrachtgever van een zzp-er hoeft jegens deze geen op de CAO gebaseerde arbeidsvoorwaarden (met bijvoorbeeld toeslagen voor het werken op onregelmatige tijden) te betalen, en evenmin hoeven sociaal zekerheidspremies te worden afgedragen. In die zin kan de

⁴³⁵ Hoge Raad 3 november 1989, NJ 1990, 699 en 10 december 1993, NJ 1994, 261

⁴³⁶ In de notitie Vogelvrij, een onderzoek naar de sociale en fiscale status van freelancers (2003) wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen freelancers en zzp-ers. Freelancers zijn degenen met inkomsten die fiscaal worden aangeduid als 'resultaat uit overige werkzaamheden'; zzp-ers genieten winst uit onderneming. In de praktijk lopen beide begrippen echter door elkaar, hetgeen in de notitie ook onderkend wordt, aangezien duizenden freelancers over een zelfstandigheidverklaring beschikken, hetgeen fiscaal gezien niet zou moeten kunnen (Vogelvrij, p. 5)

⁴³⁷ Het aantal zelfstandigen op het totaal aantal werkzame personen bedraagt 13,3%: 1.102.000 zelfstandigen, tegenover 7.125.000 werknemers, op een totaal aantal werkzame personen van 8.277.000. Gemeten in voltijdse banen (arbeidsjaren) is dit percentage iets lager (11,1%), namelijk 730.000 zelfstandigen op 5.786.000 werknemers en dus een totale werkzame bevolking van 6.542.000 (Statistisch Jaarboek 2003, p. 196)

⁴³⁸ Adviesaanvraag SER, 28 april 2003, Bijlage 2

⁴³⁹ Verhulp 2002, p. 8-10, met verdere literatuurverwijzing.

zzp-er 'onder' de marktprijs werken en aldus als een vorm van oneerlijke concurrentie worden beschouwd. Omdat daarbij voor de zelfstandige een aantal fiscale faciliteiten bestaan, kan de zzp-er van de bruto betaling door de opdrachtgever een hoog netto bedrag overhouden. Het tweede argument heeft een wat positiever insteek: de zzp-er kiest voor de met die status samenhangende vrijheid en verantwoordelijkheid.

In 2001 verscheen een rapport van Jaspers, Verheul, Westerveld en Wilthagen over regelgeving en ervaring met zelfstandigen zonder personeel⁴⁴⁰. Dit boek is de weergave van een in 2000 gehouden onderzoek naar de ervaringen van zzp-ers, alsmede wordt enige juridische context gegeven. Het onderzoek richt zich op de sectoren bouw, kappers en informatietechnologie. Aangegeven wordt dat buiten deze drie sectoren ook veel zzp-ers werkzaam zijn in de zorg en in het transport. Vraagstelling van het onderzoek is in welke mate en op welke wijze de zzp-er rechtsbescherming en (sociale) zekerheid dient te worden geboden. Geconstateerd wordt dat het aantal zelfstandigen tussen 1990 en 1997 enorm is gegroeid (van 100.000 naar 945.000⁴⁴¹) en dat dit in veel beperktere mate ook geldt voor de zzp-ers. Vergeleken met de groei van de werkgelegenheid is het aantal zzp-ers in die periode relatief zelfs niet gegroeid. Tegelijkertijd is het stimuleren van het zelfstandig ondernemerschap doelstelling van zowel de Nederlandse overheid als van de EU. Het ondernemerschap wordt als een banenmotor gezien. De zzp-er is, zoals de naam aangeeft, een zelfstandige zonder personeel. Bij het begrip 'zelfstandige' kunnen volgens de onderzoekers vraagtekens worden gezet, indien er sterke afhankelijkheid bestaat van een of enkele opdrachtgevers. Alsdan zou gesproken kunnen worden van een schijnzelfstandige⁴⁴². Het worden van zzp-ers kan een bewuste of vrije keuze zijn; het kan ook een gedwongen keuze betreffen. Van een gedwongen keuze is sprake wanneer een werknemer werkloos wordt, en geen andere mogelijkheden ziet om aan het werk te komen anders dan als zzp-er te gaan werken, en dan hoofdzakelijk ten behoeve van zijn oude werkgever. Ook voor etnische minderheden kan het moeilijk zijn betaald werk in loondienst te verkrijgen, en kan daarom een toevlucht worden gezocht in het zelfstandig ondernemerschap. Redenen om bewust te kiezen voor het ondernemerschap bestaan uit de grote mate van vrijheid (werktijden; alleen die opdrachten aannemen die men wil; werkwijze zoals men dat zelf wil), daarmee samenhangend het zelf dragen van verantwoordelijkheid en de (in geval van voldoende opdrachten vaak hogere) verdiensten.

Wanneer het gaat om overheidsoptreden, kan een onderscheid worden gemaakt tussen belemmeringen en faciliteiten. Belemmeringen bestaan er op het gebied van vestigingsvereisten en onduidelijkheden op het gebied van belasting- en premieafdracht. Faciliteiten kunnen gegeven worden in de vorm van inkomensgaranties in geval van arbeidsongeschiktheid of het hebben van onvoldoende werk; andere faciliteiten kunnen betrekking hebben op starters (kredietfaciliteiten). Uit een onderzoek van de Europese Commissie uit 1999 naar 'obstacles to self-employment' bleek dat op het juridisch vlak als obstakel werd gezien de sociale zekerheid, in die zin dat zelfstandigen ook aanspraak zouden moeten kunnen maken op de sociale zekerheid. Het fenomeen zzp-ers heeft ook negatieve kanten. Zo geeft een vertegenwoordiger van de belangenvereniging van zzp-ers in de bouw aan, dat een reden voor opdrachtgevers om liever zzp-ers in te schakelen is, dat deze opdrachtgevers aansprakelijkheid op het punt van arbeidsomstandigheden willen ontlopen. Het MKB ziet als nadeel van de opkomst van het fenomeen zzp-er, dat aldus oneerlijke concurrentie wordt aangedaan aan bedrijven die met werknemers werken. De opslagkosten op een werknemer bedragen namelijk vaak 30% en dat

⁴⁴⁰ Jaspers, Verheul, Westerveld & Wilthagen 2001

⁴⁴¹ ik kan deze cijfers niet goed rijmen met die welke genoemd zijn in de SER-advies aanvraag van april 2003, welke cijfers herhaald werden in het SER-advies van 18 juni 2004 over de Personenkring Werknemersverzekeringen. Wellicht worden de aantallen freelancers volgens de definitie van de belastingdienst (plm. 140.000) resp. de freelancers die zichzelf als ondernemer beschouwen (plm. 250.000) en de aantallen volgens de opstellers van de notitie Vogelvrij door elkaar heen gebruikt (Vogelvrij, p. 5-7)

⁴⁴² zoals door een van de vier onderzoekers, Verheul, in haar publicatie Verheul 1999 (p. 36 en 41) ook wordt aangegeven

bedrag kan de opdrachtgever (gedeeltelijk) besparen door met een zzp-er te werken⁴⁴³. Schrijnend ten aanzien van de bouwwereld is dat de belangenvereniging van de zzp-ers aldaar cynisch opmerkt dat het voor opdrachtgevers niet zo veel uitmaakt of met werknemers of zzp-ers wordt gewerkt, omdat men zich ten aanzien van beiden niet aan de arbo-regelgeving houdt. Dat het niet uitmaakt wie wordt ingeschakeld wordt door andere ondervraagden echter weersproken, omdat zij als argument om zzp-ers in te schakelen wel het ontlopen van die 658-aansprakelijkheid noemen⁴⁴⁴. Of dat argument juist is, valt overigens te bezien, gelet op het bepaalde in art. 7:658 lid 4. Ook opvallend is het genoemde argument om zzp-er te worden namelijk dat de sociale zekerheid voor werknemers zo veel is afgebrokkeld, dat het verliezen daarvan minder als gemis wordt ervaren⁴⁴⁵.

Zoals in paragraaf 11.2 werd aangegeven, kan verzekeringsplicht op verschillende gronden plaatsvinden. Ieder van die gronden kent een open norm, dat wil zeggen dat het betreffende criterium nog een grote mate van vrijheid van invulling kent. Dit leidde al in de eerste helft van de twintigste eeuw tot zeer uiteenlopende jurisprudentie. Pogingen hierin eenheid te brengen hadden slechts gedeeltelijk succes. Omdat de verschillende sociale verzekeringswetten een verschillend bereik hadden en verschillende grondslagen kenden, werd al voor maar ook na de Tweede wereldoorlog gepleit om tot uniformering van deze begrippen te komen. Dat leidde in 1950 tot de instelling van de Commissie Van den Tempel en uiteindelijk tot de Coördinatiewet 1953. In de Coördinatiewet wordt – met uitzondering van de Invaliditeitswet – tot een uniform loonbegrip gekomen, voor wat betreft de premieheffing. Voor wat betreft de kring der verzekerden kwam de Coördinatiewet nog niet tot uniformering, hoewel genoemde Commissie Van den Tempel dat wel had voorgesteld⁴⁴⁶. De betreffende onduidelijkheid bleef ten aanzien van de verzekeringsplicht bestaan. Dit leidde in het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit tot een onderzoeksopdracht van het kabinet aan een werkgroep onder leiding van prof. dr. L.G.M. Stevens. Deze werkgroep heeft een rapport opgesteld, waarin aanbevelingen zijn gedaan om de door startende en gevestigde kleine ondernemers en hun opdrachtgevers gesignaleerde problemen te ondervangen. Uit dit rapport Begrip voor Ondernemers⁴⁴⁷ blijkt dat de belangrijkste problemen ten aanzien van de begrippen ondernemer en werknemer zich voordoen in de sfeer van loon- en inkomstenbelastingen en in de sfeer van de sociale verzekeringen. In het rapport worden de volgende knelpunten genoemd:

1. De werknemersverzekeringen en de belastingwetten kennen hun eigen, niet op elkaar afgestemde begrippen van ondernemer en zelfstandige⁴⁴⁸.
2. Tussen (destijds) uitvoeringsinstellingen (destijds afgekort als uvi's) en belastingdiensten bestaan verschillen in de interpretatie en hantering van deze begrippen.
3. Onduidelijke criteria omtrent het begrip zelfstandige
4. Het ontbreken van de mogelijkheid vooraf uitsluitel te krijgen over de hoedanigheid van de arbeidsrelatie, in combinatie met de wetenschap dat de gevolgen van het achteraf door uvi en belastingdienst anders beoordeeld krijgen van de arbeidsrelatie dan door partijen was voorzien, niet altijd tot genoegen van beide partijen hersteld kan worden.

Vanwege deze onzekerheid verliezen zzp-ers opdrachten, omdat opdrachtgevers de risico's van een niet-verhaalbare naheffing niet willen lopen⁴⁴⁹.

⁴⁴³ Overigens trekt het MKB zich het lot van de zelfstandigen waaronder de zzp-ers weer wel aan, wanneer er in maart 2003 over geklaagd wordt dat de premies voor de WAZ veel te hoog zijn in verhouding met datgene wat men er voor terug kan krijgen.

⁴⁴⁴ Jaspers, Verheul, Westerveld & Wilthagen 2001, p. 89

⁴⁴⁵ Jaspers, Verheul, Westerveld & Wilthagen 2001, p. 38

⁴⁴⁶ Koopmans, p. 53/54

⁴⁴⁷ Aanbevelingen werkgroep Harmonisatie ondernemers- en zelfstandigenbegrip (HOZ), Begrip voor ondernemers, februari 2000, PM; zie ook TK 29 677, Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR, MvT, nr. 3, pag. 1

⁴⁴⁸ 27 686, MvT TK, nr. 3, p. 2

⁴⁴⁹ Jaspers, Verheul, Westerveld & Wilthagen 2001, p. 57. Opvallend is wel dat de betreffende problematiek zich niet overal voordoet. In de kappersbranche is een sterk met werknemers vergelijkbare groep die van de stoelhuurders. Vaak wordt hier in de bedrijfsruimte van de voormalige werkgever gewerkt, waarbij de zzp-ers huur voor de stoel

13.3 Brancheafspraken

Omdat de praktijk in de jaren negentig van de twintigste eeuw behoefte had aan meer duidelijkheid, werden tussen een aantal branche-organisaties en de (destijds) daarvoor in aanmerking komende bedrijfsverenigingen (en later het LISV) afspraken gemaakt in de vorm van convenanten over de criteria met betrekking tot de verzekeringsplicht.

Het betreft de branches voor interim-managers, de automatiseringsdeskundigen, de kraanmachinisten, contactdocenten en zzp-ers in afbouwbedrijven. De meeste convenanten regelen slechts de vraag of sprake is van een zogenaamde art. 5-relatie (hetgeen met zich mee kan brengen dat iemand als zelfstandige wordt aangemerkt, maar toch geacht wordt op basis van een arbeidsovereenkomst te werken), maar de branche-overeenkomst voor de automatiseringsdeskundigen⁴⁵⁰ en voor de contactdocenten had daarentegen wel betrekking op artikel 3. Het is interessant om te zien aan welke criteria door praktijkorganisaties wordt gedacht om tot de omschrijving van een verzekeringsplichtige relatie te komen.

Deze belangrijkste criteria zijn voor de respectievelijke branches de volgende.

* Contactdocenten⁴⁵¹. Voor de beoordeling van de art. 3-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: schriftelijke arbeidsovereenkomst en het óf gedurende drie opeenvolgende maanden iedere week persoonlijk werkzaamheden bij één opdrachtgever óf gedurende drie opeenvolgende maanden tenminste 20 uur per maand werkzaamheden bij één opdrachtgever werken. Wordt daaraan voldaan, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst. Voor de beoordeling van de art. 5-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: minimum-hoeveelheid aan investeringen per jaar; aanwezigheid van werkplek van waaruit werkzaamheden administratief ondersteund kunnen worden; afdekking beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheid; meerdere opdrachtgevers en opdrachten: gelijktijdig of volgtijdelijk (minimaal drie per jaar); geen recht op vergoeding tijdens vakantie, tijdens ziekte of dertiende maand; geen overeengekomen proeftijd; een als zelfstandige ingerichte boekhouding (winst- en verliesrekening; jaarrekening; aangifte IB/Vpb/omzetbelasting; inschrijving KvK).

* ZZP-ers afbouwbedrijfstacken⁴⁵². Voor de beoordeling van de art. 5-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: minimum hoeveelheid aan investeringen per jaar; aanwezigheid van eventueel mobiele werkplek; afdekking beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheid; meerdere opdrachtgevers en opdrachten: gelijktijdig of volgtijdelijk (minimaal vijf per jaar, van minimaal vijf dagen ieder, maar niet langer dan zes maanden); geen recht op vergoeding tijdens vakantie, tijdens ziekte of dertiende maand; geen overeengekomen proeftijd; een als zelfstandige ingerichte boekhouding (winst- en verliesrekening; jaarrekening; aangifte IB/Vpb/omzetbelasting; inschrijving KvK); inschrijving bij bedrijfsschap; vestigingsvergunning als zelfstandige.

* Interim-kraanmachinisten⁴⁵³. Voor de beoordeling van de art. 5-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: minimum hoeveelheid aan investeringen per jaar; aanwezigheid van eventueel mobiele werkplek; afdekking beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheid; meerdere opdrachtgevers en opdrachten: gelijktijdig of volgtijdelijk (minimaal 15 per twee jaar, van minimaal één dag ieder, maar niet langer dan drie maanden); geen recht op vergoeding tijdens vakantie, tijdens ziekte of dertiende maand; geen overeengekomen proeftijd; een inkomen boven de Ziekenfondsgrens; een als zelfstandige ingerichte boekhouding (winst- en verliesrekening; jaarrekening; aangifte IB/Vpb/omzetbelasting; inschrijving KvK).

betalen, en het risico van leegloop hebben. Deze stoelenhuurders slagen er wel in om buiten de verplichte sociale zekerheid te blijven, terwijl dit een op zich vergelijkbare groep zoals de fysiotherapeuten niet lukte (p. 70)

⁴⁵⁰ Besluit verzekeringsplicht automatiseringsdeskundigen, Stcrt. 1 september 2000, nr. 169, p. 28

⁴⁵¹ Besluit LISV 14 februari 2000, Stcrt. 2000, nr. 38, p. 21

⁴⁵² Besluit LISV april 2000, Stcrt. 14 april 2000, nr. 75, p. 16

⁴⁵³ Besluit LISV 15 december 1999, Stcrt. 2000, nr. 2, p.6

* Interim-managers⁴⁵⁴ Voor de beoordeling van de art. 5-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: minimum hoeveelheid aan investeringen per jaar; aanwezigheid van werkplek van waaruit werkzaamheden administratief ondersteund kunnen worden; afdekking beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheid; hanteren van algemene voorwaarden; meerdere opdrachtgevers en opdrachten: gelijktijdig of volgtijdelijk (minimaal vijf per jaar, van minimaal twintig dagen ieder, maar niet langer dan achttien maanden); geen recht op vergoeding tijdens vakantie, tijdens ziekte of dertiende maand; geen overeengekomen proeftijd; een inkomen boven de Ziekenfondsgrens; een als zelfstandige ingerichte boekhouding (winst- en verliesrekening; jaarrekening; aangifte IB/Vpb/omzetbelasting; inschrijving KvK).

* Automatiseringsdeskundigen⁴⁵⁵ Voor de beoordeling van de art. 3-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: mondelinge of schriftelijke arbeidsovereenkomst, waarbij aan (minimaal) twee van de volgende vier kenmerken is voldaan: sprake van een regeling inzake ziekte en vakantie; sprake van een aanwezigheidsverplichting; sprake van door de opdrachtgever betaalde opleidingsfaciliteiten; sprake van een honorering die niet afwijkt van vergelijkbare functies van personen werkzaam op een expliciet overeengekomen arbeidsovereenkomst bij de opdrachtgever. Wanneer aan geen of slechts aan een van die criteria wordt voldaan wordt geen arbeidsovereenkomst aangenomen. Voor de beoordeling van de art. 5-verzekeringsplicht zijn de volgende elementen van belang: minimum hoeveelheid aan investeringen per jaar; aanwezigheid van werkplek van waaruit werkzaamheden administratief ondersteund kunnen worden; afdekking beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheid; hanteren van algemene voorwaarden; meerdere opdrachtgevers en opdrachten: gelijktijdig of volgtijdelijk (minimaal vier per vijf jaar, van minimaal 20 dagen ieder, maar niet langer dan achttien maanden); geen recht op vergoeding tijdens vakantie, tijdens ziekte of dertiende maand; geen overeengekomen proeftijd; een als zelfstandige ingerichte boekhouding (winst- en verliesrekening; jaarrekening; aangifte IB/Vpb/omzetbelasting; inschrijving KvK).

Uit bovengenoemde convenanten blijkt dat voor de beoordeling of iets een arbeidsrelatie is, van belang zijn:

- de duur van de werkzaamheden
- een regeling inzake vakantie en ziekte
- een aanwezigheidsverplichting
- de hoogte van de honorering (vergeleken met wat in bedrijfstal als loon gebruikelijk is)

Voor het al dan niet worden aangemerkt als zelfstandige zijn op basis van genoemde convenanten de volgende aspecten van overwegend belang:

- een beroeps-/bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering
- aantal opdrachtgevers (minimaal drie per jaar)
- investeringen
- een eigen werkplek
- de hoogte van het inkomen
- aangifte IB/Vpb/omzetbelasting/KvK

13.4 Art. 3.156 IB en wetsvoorstel 27 686

De aanbevelingen van de Commissie Stevens hebben, om voor de buiten de hierboven besproken branches gevoelde onduidelijkheid een oplossing te vinden, geleid tot het per 1 januari 2001 ingevoerde artikel 3.156 Veegwet IB, alsmede tot wetsvoorstel 27 686. De strekking van art. 3.156 Veegwet IB was om een zzp-er voorafgaand aan het aangaan van zijn arbeidsrelatie met een

⁴⁵⁴ Besluit LISV 30 september 1998, Stcrt. 1998, nr. 1998, p. 12

⁴⁵⁵ Besluit LISV 23 augustus 2000, Stcrt. 2000, nr. 169, p.28

opdrachtgever de mogelijkheid te geven aan de fiscus te verzoeken een oordeel te geven over zijn zelfstandigheid. Indien naar mening van de fiscus sprake was van zelfstandigheid dan behoeft door de opdrachtgever in beginsel geen loonbelasting te worden ingehouden.

De strekking van wetsvoorstel 27 686 was om diezelfde duidelijkheid te verkrijgen ten aanzien van eventuele in te houden sociaal zekerheidspremies. Het wetsvoorstel hield in om in de WAZ een artikel (4a) op te nemen, waarin bepaald is dat het LISV, op verzoek van de aanvrager, een zelfstandigheidverklaring afgeeft. Wanneer deze zelfstandigheidverklaring wordt afgegeven, geldt betrokkene voor deze soort werkzaamheden als zelfstandige, hetgeen betekent dat voor hem WAZ-premies verschuldigd zijn, en hij niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen ZW/WAO/WW. Het bijzondere hierbij is dat het LISV verplicht is het standpunt van de fiscus, zoals dat is gegeven in het kader van de art. 3.156 IB aanvraag, te volgen. De zelfstandigheidsverklaring geldt voor maximaal twee jaar. Gaandeweg de behandeling van dit wetsvoorstel 27 686 werd echter duidelijk, dat genoemde zelfstandigheidsverklaring alleen betrekking had op de art.5-verzekeringsplicht, en dat de verklaring de mogelijkheid open hield dat door de zelfstandige op basis van een arbeidsovereenkomst werd gewerkt.

13.5 Het begrip arbeidsovereenkomst volgens de WAZ

Hoewel de wetgever met wetsvoorstel 27 686 duidelijkheid wenst te verschaffen over het wel of niet verzekerd zijn voor de sociale verzekeringswetten, blijft dezelfde wetgever vaag over de criteria die gelden voor het aanmerken van iemand als zelfstandige. De zelfstandigheid van de aanvrager moet volgens de staatssecretaris worden beoordeeld aan de hand van fiscale criteria. Wetsvoorstel 27 686 bedoelt geen wijziging in die criteria aan te brengen⁴⁵⁶. Belangrijke in de MvT in dat kader genoemde elementen van fiscaal ondernemerschap zijn:

- de duurzaamheid van de activiteiten van de onderneming
- de mate van afhankelijkheid van één opdrachtgever (de zelfstandigheid)
- de mate waarin debiteuren- en ander ondernemersrisico's worden gelopen
- de vraag of winst het doel van de onderneming is en ook redelijkerwijs valt te verwachten
- de mate waarin in de onderneming is geïnvesteerd.

Gevraagd naar de precieze invulling die de elementen van het zelfstandigheidsbegrip vormen, blijft een concreet antwoord van de Staatssecretaris uit. Hij verwijst naar de bestaande fiscale jurisprudentie over het begrip ondernemerschap. Op een vraag van D'66 of, naast de objectieve criteria, ook de 'wens' om als ondernemer te worden aangemerkt een rol speelt, wordt ontkennend geantwoord⁴⁵⁷.

Slechts duidelijkheid over fictief dienstverband

Wetsvoorstel 27686 geeft – wanneer een zelfstandigheidsverklaring wordt verkregen - wel duidelijkheid over de vraag, of betrokkene (niet meer) verzekerd is op grond van art. 4 en 5 van de werknemersverzekeringen, maar niet op de – daaraan voorafgaande – vraag of verzekering plaats vindt op grond van art. 3 van de ZW/WW/WAO.

Het verkrijgen van de betreffende beschikking ziet uitsluitend op de belasting- of premieplicht op basis van een zogenaamd fictief dienstverband. Wanneer een persoon als zelfstandige wordt aangemerkt, geldt hij – voor de betreffende periode en voor deze soort werkzaamheden – als zelfstandige en is dus geen sprake van verzekeringsplicht. Dit laat volgens de MvT echter nadrukkelijk onverlet de mogelijkheid dat de relatie op grond waarvan betrokkene zijn werkzaamheden verricht, beschouwd wordt als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 3 WW/ZW/WAO of LB⁴⁵⁸. De zelfstandigheidverklaring biedt daarom geen zekerheid om als werknemer buiten de verplichte werknemersverzekering te opereren⁴⁵⁹. Indien geen

⁴⁵⁶ MvT TK, 27 686, nr. 3, p. 8

⁴⁵⁷ MvA TK, 27 686, nr. 5, p.7/8.

⁴⁵⁸ 27 686, MvT TK, nr. 3, p. 3; p.4; p. 7

⁴⁵⁹ MvT TK 27 686, nr. 3, p. 4

zelfstandigheidsverklaring wordt verstrekt, betekent dit niet dat betrokkene automatisch als werknemer wordt aangemerkt.

Door de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid werden over het niet laten gelden van de zelfstandigheidsverklaring voor de artikel 3-toetsing kritische vragen gesteld⁴⁶⁰, maar de verantwoordelijke bewindsman hield voet bij stuk. Hij vreesde dat het in alle gevallen uitsluiten van verzekeringsplicht voor zelfstandigen, tot het op oneigenlijke gronden verkrijgen van zo'n zelfstandigheidverklaring en daarmee ontlopen van de verplichte sociaal zekerheidswetten zou leiden, met gevolgen van oneerlijke concurrentie van dien. Tijdens de mondelinge behandeling in de TK zegde de bewindsman nog wel toe de criteria te zullen publiceren op grond waarvan de belastingdienst tot het wel of niet aanmerken van iets als een arbeidsovereenkomst zou komen. De Tweede Kamer nam met die toezegging genoegen en de wet is ook ingevoerd.

Het heeft vervolgens tot 4 december 2002⁴⁶¹ geduurd voordat door fiscus en UWV gezamenlijk de betreffende criteria bekend werden gemaakt. Zoals hieronder zal worden aangegeven gaf die bekendmaking, en net als de herziene versie van deze Beleidsregels van 22 juli 2003⁴⁶², opnieuw niet de gewenste duidelijkheid over de vraag naar verzekeringsplicht of niet.

Voor de belangrijke vraag wanneer er dan sprake is van het ondanks zo'n zelfstandigheidsverklaring toch op basis van een arbeidsovereenkomst werken sprake is, gaf de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 27 686 een ontluisterend simpel antwoord: voor het bestaan van een dienstbetrekking is van doorslaggevende betekenis of de opdrachtgever de bevoegdheid heeft om de zzp-er aanwijzen en regels te geven voor de wijze waarop hij de werkzaamheden dient uit te oefenen. De arbeidsrelatie waarin een zodanige gezagsverhouding tussen partijen voorkomt, is een dienstbetrekking in de zin van artikel 3 van de werknemersverzekeringen⁴⁶³.

De staatssecretaris zag er hierbij zoals duidelijk mag zijn aan voorbij dat ook de opdrachtgever de bevoegdheid heeft om aanwijzen en regels te geven voor de wijze waarop hij de werkzaamheden dient uit te oefenen⁴⁶⁴.

13.6 Opting in en opting out

Waarom heeft de overheid er zo veel moeite mee om gesloten criteria te formuleren op grond waarvan wel of geen verzekeringsplicht bestaat? Het antwoord hangt samen met het gewenste brede draagvlak van de verzekering; men is bang dat de goede risico's uit de sociale verzekering weglopen, als gevolg van de mogelijkheid van opting out. Wat houdt dit begrip in?

Op grond van art. 3.156 IB mogen partijen⁴⁶⁵ aangeven hun arbeidsrelatie als loonbelastingplichtig te zien aangemerkt. Dat betekent dat de opdrachtgever loonbelasting inhoudt; het betekent ook dat de opdrachtnemer daarmee voor die arbeid niet als ondernemer wordt aangemerkt met de daar bij behorende verplichtingen tot het bijhouden van een administratie. Het op verzoek onder de Loonbelasting komen te vallen wordt wel 'opting-in' genoemd; de betrokkenen worden pseudo-werknemers genoemd. Opting-in voor de werknemersverzekeringen kent (nog) geen wettelijke grondslag. Blijkbaar spelen hier de verschillende consequenties van het wel of niet als belastingplichtige/verzekerde bij belastingdienst resp. UWV een rol. De belastingdienst kan er vrijwel geen nadeel van ondervinden wanneer iemand opteert voor toepassing van de LB; het UWV kan er wel nadeel van ondervinden wanneer bepaalde groepen opteren voor toepassing van de

⁴⁶⁰ 27 686, Verslag, nr. 4, p. 4; p. 5 e.v.

⁴⁶¹ Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking, 20/22 november 2002, Stcrt. 4 december 2002, nr. 234

⁴⁶² Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking 14/15 juli 2003, Stcrt. 22 juli 2003, nr. 138

⁴⁶³ MvA 27 686, MvT, nr. 3, p. 3

⁴⁶⁴ Aldus zowel de tekst van artikel 7:402 BW, als ook de Hoge Raad in Groen/Schoevers (JAR 1997/263)

⁴⁶⁵ voor zo ver de arbeid niet wordt verricht door een zelfstandig ondernemer, Handleiding Loonbelasting, premie volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen 2001, LISV/Belastingdienst, p. 92

werknemersverzekeringen, omdat die verzekeringen ook bepaalde aanspraken toekennen. Dat is ook een belangrijke reden om de directeur groot-aandeelhouder van de WW uit te sluiten: hij zou het als aandeelhouder zelf in de hand hebben om als werknemer werkloos te worden. Opting out daarentegen betekent het op verzoek van betrokken werker níet onder de Wet op de Loonbelasting en de werknemersverzekeringen vallen.

De gevolgen van zo'n eventuele opting-out zijn verschillend voor fiscus en UWV. Indien de fiscus geen LB ontvangt, zal vrijwel altijd toch betaling van IB moeten plaatsvinden. Voor de fiscus als zodanig maakt dat dus niet zo veel verschil. Wanneer betrokkene niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen, loopt het UWV die premies mis. Een dergelijke eventuele keuzevrijheid betekent dat risico selectie kan gaan plaatsvinden: diegenen die denken de werknemersverzekeringen niet nodig te hebben (veelal jongeren die denken niet ziek en ook niet werkloos te zullen worden) verzekeren zich niet, hetgeen tot gevolg heeft dat (wanneer de betreffende jongeren inderdaad ter zake een minder dan gemiddeld risico lopen) de 'dure' risico's in de verzekering achterblijven. Zonder compenserende maatregelen kan dat dan leiden tot hogere premies voor die achterblijvers.

Opting out heeft niet alleen gevolgen voor de uitvoeringsinstelling en daarmee de premies van de achterblijvers; het heeft ook gevolgen voor de concurrentiepositie van de bedrijven die alleen gebruik maken van (de iets duurdere) verzekerden of die bedrijven die ook (mogelijkerwijs iets goedkopere) jonge-zelfstandigen inschakelen. De MvT wijst ook op deze nadelen, wanneer het voorstel van nota bene het toenmalige LISV wordt besproken, om personen aan wie een zelfstandigheidverklaring is afgegeven, helemaal buiten de werknemersverzekering te houden (dus ook buiten art. 3)⁴⁶⁶.

Het is dus begrijpelijk dat de overheid terughoudend is in het geven van vaste criteria op grond waarvan geen sprake is van verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. Het geven van dergelijke vaste criteria bergt immers het risico met zich, dat hier op oneigenlijke gronden aan wordt voldaan cq op oneigenlijke gronden een 'zelfstandigheidverklaring' mee wordt verkregen. Dat weer heeft immers tot gevolg dat er een keuzemogelijkheid gaat ontstaan om wel of niet onder de werknemersverzekering te gaan vallen. Een dergelijke keuzemogelijkheid heeft het risico dat de 'goede' of 'goedkope' risico's uit de verzekering wegblijven en de 'slechte' of 'dure' risico's overblijven. Een ander nadeel is dat werknemers die denken het zonder een ZW/WAO/WW²-verzekering te kunnen doen, hun arbeidskracht als zelfstandige goedkoper kunnen aanbieden dan 'reguliere' werknemers, hetgeen tot concurrentievervalsing zou kunnen leiden. De MvT formuleert het aldus: "Personen aan wie een zelfstandigheidverklaring is verstrekt, kunnen volledig buiten de werknemersverzekeringen opereren. Daarmee kunnen zij hun arbeid goedkoper aanbieden, ook als werknemer in loondienst. Dit kan er toe leiden dat op werknemers druk wordt uitgeoefend om een zelfstandigheidverklaring te bemachtigen ook als van feitelijke zelfstandigheid geen sprake is. Uiteindelijk kunnen hierdoor risico's ontstaan voor het draagvlak van de werknemersverzekeringen."⁴⁶⁷

Toch had zelfs het toenmalige LISV – bij uitstek op de hoogte van dergelijke risico's - er voor gepleit om aan een zelfstandigheidverklaring een volledige uitsluiting van verzekering voor de werknemersverzekering te verbinden, ook in die gevallen waarin sprake zou zijn van arbeid in dienstbetrekking⁴⁶⁸. Onderzoek omtrent de mate waarin het risico van opting-out zich daadwerkelijk heeft plaatsgevonden dan wel het zich naar verwachting zal realiseren heeft – voor zo ver mij bekend – niet plaatsgevonden⁴⁶⁹. Ervaringen tussen 1998 en 2002 naar aanleiding van de hierboven beschreven branche-afspraken hebben niet uitgewezen dat opting out zich aldaar op grote schaal heeft voorgedaan en tot problemen heeft geleid.

13.7 Beleidsregels Fiscus en UWV 4 december 2002

⁴⁶⁶ Een zelfde voorstel van de Christen Unie wordt om diezelfde reden afgewezen, MvA TK, 27 686, nr 5, p. 5

⁴⁶⁷ MvT TK 27 686, nr. 3, p. 7

⁴⁶⁸ MvA TK, 27 686, nr. 5, p. 14/15

⁴⁶⁹ zo ook brief Platform Zelfstandige Ondernemers d.d. 5 maart 2004 (040304-025/Mas), bijlage 5 bij SER-advies d.d. 18 juni 2004 Personenkring Werknemersverzekeringen

Inleiding

Bij de behandeling van wetsvoorstel 27.6.86 werd door de regering en de Tweede en Eerste Kamer geconstateerd dat met dat wetsvoorstel nog steeds niet de door de Commissie Stevens bepleite duidelijkheid werd gegeven omtrent het bestaan van een arbeidsovereenkomst, in relatie met belasting- en premieheffing. Tijdens die parlementaire behandeling zegde de verantwoordelijke bewindsman daarom toe er voor te zullen zorgen dat die duidelijkheid door middel van beleidsregels gegeven zou worden. Die toezegging heeft geleid tot een door het UWV en de fiscus gezamenlijk uitgebrachte publicatie, de Beleidsregels Beoordeling Dienstbetrekking. Op 4 december 2002. Bedoeling van de Beleidsregels is om duidelijkheid te geven over de wijze waarop door UWV en fiscus wordt beoordeeld of een arbeidsverhouding tot verzekering leidt voor de werknemersverzekeringen en onder welke omstandigheden een opdrachtgever premies werknemersverzekeringen en loonheffing verschuldigd is. De Minister van SZW informeerde de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 17 december 2002 over de Beleidsregels, waarna in en buiten het parlement daarover verdere discussie plaatsvond. Mede naar aanleiding daarvan hebben fiscus en UWV in juli 2003 een Wijziging Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking gepubliceerd.

Uitwerking

Indien een zelfstandigheidsverklaring (Verklaring arbeidsrelatie, kortweg VAR⁴⁷⁰) wordt afgegeven, dan heeft dat tot gevolg dat voor het tijdvak waarop de VAR betrekking heeft voor de in de VAR genoemde arbeid geen fictieve dienstbetrekking ontstaat. Dat geldt zowel voor de fiscus als de sociale zekerheid. De VAR sluit echter niet uit dat arbeid (waaronder de in de VAR genoemde arbeid) in een echte of privaatrechtelijke dienstbetrekking wordt verricht. Het Besluit beoogt inzicht te geven wanneer van een echte dienstbetrekking sprake is, maar beoogt niet om een wijziging te brengen in de criteria voor de beoordeling van een dienstbetrekking. Tot zo ver schiet de opdrachtgever dus niets op met het Besluit. Wel kan de opdrachtgever aan de fiscus en het UWV na de inwerkingtreding van het Besluit (6 december 2002) verzoeken om een gezamenlijk standpunt in te nemen over de aanwezigheid van een echte dienstbetrekking. Een praktische verbetering van het besluit is dat, wanneer de werker een VAR heeft, en desondanks door fiscus/UWV een dienstbetrekking aanwezig wordt geacht, de aldus verschuldigde premies bij de werker worden geïnd (en dus niet bij de opdrachtgever), tenzij het de opdrachtgever redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat die dienstbetrekking aanwezig was. De bewijslast van dit redelijkerwijs duidelijk moeten zijn ligt bij het UWV.

Ten opzichte van de vaste Hoge Raad-jurisprudentie (het achteraf verhaal sociaal-zekerheidspremie's op de werknemer is niet mogelijk) betekent dit dus een wijziging, omdat verhaal van die sociaal zekerheidspremie's op de werknemer, ten aanzien van wie wordt geoordeeld dat hij in een dienstbetrekking werkzaam was terwijl dit aan de opdrachtgever niet redelijkerwijs duidelijk was, regel wordt, terwijl een dergelijk verhaal tot op heden zelfs niet mogelijk ('nietig') was. Tegenover deze verbetering staat echter (vanuit het oogpunt van het verkrijgen van meer duidelijkheid over de status van de arbeidsverhouding) een verslechtering. De omschrijving van het begrip 'redelijkerwijs duidelijk moeten zijn aan de opdracht-(‘werk’)gever dat een dienstbetrekking aanwezig was', is volgens de Bijlagen behorend bij de Beleidsregels namelijk zo ruim, dat hier groepen werkers onder komen te vallen van wie de CRvB in oudere jurisprudentie geen verzekeringsplicht had aangenomen.

Criteria van 'redelijkerwijs duidelijk moeten zijn'.

In Bijlage 2 van de beleidsregels worden onder punt 5 voorbeelden genoemd van situaties waarin geen dan wel juist wel sprake is van het aan de werkgever redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat een dienstbetrekking aanwezig is.

Van een situatie van redelijkerwijs duidelijk moeten zijn is géén sprake wanneer:

⁴⁷⁰ Strikt genomen gaat het om de VAR-wuo (winst uit onderneming) en de VAR-dga. In de praktijk wordt de term VAR – ook door de opstellers van het rapport Vogelvrij – gebruikt om aan te geven dat het om een zelfstandigheidverklaring gaat die verzekeringsplicht en loonbelastingheffing uitsluit (Vogelvrij, hoofdstuk 3.3)

1. eerder onderzoek of eerdere looncontrole bij een (vrijwel) gelijke arbeidsverhouding dat al uitwees;
2. wanneer UWV en fiscus na zorgvuldig onderzoek tot een verschillend oordeel over de aanwezigheid van een dienstbetrekking zijn gekomen.

De situatie van 'wel redelijkerwijs duidelijk moeten zijn' doet zich onder andere voor indien:

2. eerder onderzoek of looncontrole bij een (vrijwel) gelijke arbeidsverhouding dát uitwees;
3. er een VAR was, maar de opdrachtgever aan de hand van Bijlage III redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat sprake was van een dienstbetrekking;
4. er personen zijn die onder (vrijwel) dezelfde voorwaarden bij de opdrachtgever werkzaam zijn en onbetwist wel zijn verzekerd.

Om voorbeeld 2 van het wel-duidelijk zijn te kunnen beoordelen, moet worden gekeken naar die Bijlage III. Als algemeen uitgangspunt wordt daar geformuleerd, dat Bijlage III is gebaseerd op de rechtspraak van de Centrale Raad, de Hoge Raad en de Gerechtshoven. Van belang is daarbij volgens UWV en fiscus het volgende:

1. Iedere arbeidsverhouding wordt op zich zelf beoordeeld;
2. De bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, de vorm waarin de arbeidsverhouding is vastgelegd alsmede de benaming die aan de arbeidsverhouding is gegeven, zijn niet zelfstandig doorslaggevend.
3. Een beoordeling vooraf is niet mogelijk, althans slechts mogelijk onder het voorbehoud dat de feiten en omstandigheden zullen overeenstemmen met de gegeven informatie.

Vervolgens worden de elementen van het zijn van een privaatrechtelijke dienstbetrekking langsgelopen. UWV en fiscus nemen hiermee de volgende standpunten in:

4. de criteria (persoonlijk arbeidsverplichting; loonontvangst; gezagsverhouding) zijn niet op zich zelf doorslaggevend; de criteria worden in hun onderlinge samenhang gewogen.
5. De verplichting om persoonlijke arbeid te verrichten is aanwezig indien de opdrachtnemer zich bij de uitvoering van de overeengekomen arbeid niet of alleen met toestemming van de opdrachtgever door een ander mag laten vervangen. De verplichting wordt ook aangenomen indien de opdrachtnemer zich alleen mag laten vervangen door iemand uit een vaste groep van personen, die de opdrachtgever ook zelf inschakelt en die de opdrachtgever uit dien hoofde kent.
6. Als de werkzaamheden minder eenvoudig zijn, dan zal de opdrachtnemer gekozen zijn op grond van bepaalde specifieke kwaliteiten. Het is dan meer aannemelijk dat de opdrachtnemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten.
7. Als de opdrachtnemer feitelijk steeds zelf de arbeid verricht, dan wordt in principe aangenomen dat hij daartoe verplicht is.
8. Loon: de verplichting tot het betalen van loon is aanwezig indien de opdrachtgever verplicht is om aan de opdrachtnemer een reële contraprestatie te geven voor de verrichte arbeid. De vergoeding moet betrekking hebben op de verrichte arbeid en moet dus meer zijn dan een kostenvergoeding.
9. Gezagsverhouding. Een gezagsverhouding kan worden aangenomen als de opdrachtgever (bedoeld is in dit verband: de werkgever, gb) met betrekking tot de werkzaamheden in principe opdrachten en aanwijzingen kan geven die de opdrachtnemer ('werknemer') dient op te volgen.
10. In hoeverre daadwerkelijk opdrachten en aanwijzingen worden gegeven is niet doorslaggevend.

Als de opdrachtgever niet over de noodzakelijke deskundigheid beschikt om over het werk zelf aanwijzingen te geven, kan gezag tot uitdrukking komen op andere wijze dan in aanwijzingen over de uitvoering van het werk en hetgeen daaraan gekoppeld is. Als voorbeelden worden genoemd:

11. opdrachten en aanwijzingen ten aanzien van werktijden, productie-eisen, representativiteit; omgang met de klanten, kenbaarheid middels bedrijfskleding, logo's op vervoersmiddelen en visitekaartjes; het houden van toezicht en controle; klachten over (het werk van) de opdrachtnemer worden door de opdrachtgever in behandeling

- genomen en de opdrachtgever vraagt verantwoording anders dan over de inhoud van het werk middels bijv. urenstaatjes, voortgangsrapportages;
12. Er wordt op gewezen dat ook buiten dienstbetrekking (opdrachtovereenkomst) afspraken worden gemaakt over de aard en omvang van de werkzaamheden, zoals het tegelijkertijd aanwezig moeten zijn van een belichtingstechnicus en de geluidsmen bij een theaterproductie.
 13. Een financieel belang (lening; eigendom bedrijfsgebouwen of –terreinen) van de opdrachtnemer in de onderneming van de opdrachtgever kan een gezagsverhouding in de weg staan.
 14. Als de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen, wordt er van uitgegaan dat er sprake is van een gezagsverhouding. (bijv. bij pizzakoeriers, fruitplukkers) Bewijslast dat dit anders ligt, ligt bij opdrachtgever.
 15. Waarnemers werken in de regel in gezagsverhouding;
 16. Voor franchiserelaties is – naast de vraag of aan de franchisenemer contractuele gedetailleerde en verreikende verplichtingen worden opgelegd - van belang de onderlinge gelijkwaardigheid van partijen.
 17. Met name bij (maar dus niet beperkt tot) docenten is het onderscheid profit/non profitorganisaties van belang. Professionele organisaties die opereren op de commerciële markt worden verondersteld gezag uit te oefenen over degene die de arbeid verricht.
 18. In een non-profit instelling zal minder snel een gezagsverhouding worden aangenomen; de leiding van de organisatie zal daar veelal niet voldoende professioneel toe zijn.
 19. Bij de vaststelling van de gezagsverhouding is relevant wie over de eventuele vereiste vergunning beschikt (bijv. taxibranche of transportsector). Als de opdrachtgever over de vergunning beschikt, is een gezagsrelatie aannemelijk omdat de chauffeur daarmee economisch afhankelijk is van de opdrachtgever
 20. Als de opdrachtnemer met betrekking tot dezelfde soort werkzaamheden in eerdere privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft gestaan tot de opdrachtgever, is dat een sterke aanwijzing voor een gezagsrelatie; alleen niet wanneer ondubbelzinnig van het tegendeel blijkt
 21. Het is daarbij niet van belang of de nieuwe arbeidsverhouding formeel via een tussen geschoven rechtspersoon of rechtstreeks tussen partijen plaatsvindt.

Naar aanleiding van deze lijst met criteria⁴⁷¹ kan het volgende worden opgemerkt:

Punt 4: dat niet één criterium doorslaggevend is, strookt niet met de volgens de Commissie Stevens gewenste rechtszekerheid.

Punt 6 vormt voor de Hoge Raad, en in mindere mate voor de Centrale Raad, een nieuw criterium

Punt 7 is voor de Hoge Raad ook nieuw

Punt 8 komt niet overeen met het Hoge Raad arrest inzake Zuster de Vries.

Punt 9 veronachtzaamt dat zo'n instructiebevoegdheid ook geldt ten aanzien van een opdrachtnemer in de zin van art. 7:400 e.v.

De in punt 11 genoemde omstandigheden kunnen slaan op een gezagsrelatie, maar dat hoeft niet Punt 13 is regelrecht ontleend aan de situatie in USZ 2001/314.

Punt 14: deze eis stelt speelt bij de CRvB soms wel een rol, maar in HR-jurisprudentie amper

Punt 19 is een kennelijke verwijzing naar USZ 2002/188, waarbij de CRvB echter alleen het woord 'afhankelijk' gebruikt, en niet: 'economisch afhankelijk'.

De in punt 20 genoemde omstandigheid is, zoals hierboven aangegeven, niet 'zomaar' een omstandigheid, maar op grond van de centrale Raad-jurisprudentie vrijwel doorslaggevend.

Punt 21 is nieuw voor de Hoge Raad.

13.8 Brief Minister SZW 17 december 2002

⁴⁷¹ op 4 december 2002 nog 'elementen' genoemd

De minister van SZW verantwoordt zich op 17 december 2002 schriftelijk⁴⁷² tegenover de Tweede Kamer over genoemde Beleidsregels. Hij legt uit dat deze tot stand gekomen zijn naar aanleiding van een toezegging aan de Tweede Kamer om een meer inzichtelijke invulling van de criteria van een dienstbetrekking te geven, en zijn verzoek daartoe aan het UWV op 30 januari 2002. De Minister geeft aan dat de in de wet (wetsvoorstel 27 686) ingevoerde zelfstandigheidsverklaring geen volledige uitsluiting van werknemerschap tot gevolg heeft, immers niet voor geval een privaatrechtelijke dienstbetrekking wordt vastgesteld. De minister benadrukt dan dat de opdrachtgever van een over een VAR beschikkende werker gevrijwaard is van premieheffing wanneer “de rechtsrelatie tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer niet zonder twijfel als een dienstbetrekking moet worden beschouwd”. Bedoeld zal zijn te zeggen dat in geval van twijfel over het bestaan van de (privaatrechtelijke) arbeidsovereenkomst en er een VAR aanwezig is, premieheffing bij de opdrachtgever niet mogelijk is.

De minister vervolgt namelijk: “als voor de opdrachtnemer een zelfstandigheidsverklaring geldt, kan hij volstaan met de vraag (aan de opdrachtnemer) of deze relatie evident een dienstbetrekking betreft. Wanneer dit niet het geval is, mag hij er op vertrouwen dat hij geen loonheffing en premies voor de werknemersverzekeringen verschuldigd is.” De bewijslast dat wel sprake is van een arbeidsovereenkomst ligt bij fiscus en UWV.

Vergelijking brief Minister 17 december 2002 met Beleidsregels 4 december 2002

Een vergelijking van de brief van 17 december 2002 met de Beleidsregels wijst uit dat sprake is van een wezenlijk verschillende benadering. De minister geeft aan dat ten aanzien van een VAR-houder slechts een marginale toetsing kan plaatsvinden: slechts wanneer deze evident op basis van een arbeidsovereenkomst heeft gewerkt, is de opdrachtgever premieplichtig. Het UWV/fiscus heeft hiervan bovendien de bewijslast.

In de Beleidsregels worden de criteria genoemd waaraan het bestaan van de arbeidsovereenkomst wordt getoetst, zonder dat wordt aangegeven dat het hier om een marginale toetsing gaat. Bovendien zijn deze criteria zo ruim geformuleerd, dat hier tal van relaties onder geschaard kunnen worden, die door de CRvB als niet-premieplichtig waren aangemerkt.

13.9 Wijziging Beleidsregels 22 juli 2003

Naar aanleiding van de na het verschijnen van de (eerste) Beleidsregels gevoerde discussies, verschijnt op 22 juli 2003 van de hand van UWV en fiscus de Wijziging Beleidsregels Dienstbetrekking. In een voetnoot wordt aangegeven dat binnen de bestaande wettelijke kaders niet aan de naar aanleiding van de eerdere Beleidsregels genoemde bezwaren tegemoet kan worden gekomen. Die bezwaren hadden betrekking op het niet-vooraf een bindend oordeel kunnen verkrijgen over belasting- en verzekeringsplicht van een arbeidsrelatie. Nieuw in de Wijziging is de opmerking dat branche-organisaties modelcontracten door de fiscus en het UWV kunnen laten toetsen op aspecten van een dienstbetrekking. Gewaarschuwd wordt echter dat een dergelijke toets altijd geschiedt onder het voorbehoud dat de feiten en omstandigheden waaronder gewerkt wordt, overeenkomen met hetgeen in de modelovereenkomst staat. Wanneer het model-contract ‘voorzichtig’ geformuleerd is in die zin, dat daar in de praktijk niet snel van zal worden afgeweken, kan dat duidelijkheid verschaffen⁴⁷³.

Nieuw in de Wijziging is een lijst van ‘praktische verschijningsvormen van een dienstbetrekking’. Het belang van die hieronder te noemen praktische verschijningsvormen wordt echter direct weer gerelativeerd, doordat voorop wordt gesteld dat de beoordeling van een dienstbetrekking te allen tijde gebaseerd dient te zijn op de aanwezigheid van de elementen arbeid, loon en gezag. De Wijziging vervolgt: “Het is echter niet zo dat de hieronder vermelde afspraken geen enkele rol spelen”. Immers: “Indien UWV of BD constateren dat dergelijke afspraken gemaakt zijn, is dit

⁴⁷² 27 686, nr. 28

⁴⁷³ De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat juist zo’n ‘ruim’ modelcontract snel als ‘verzekeringsplichtige’ relatie zal worden aangemerkt.

een duidelijke aanwijzing dat er mogelijk sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking en daarmee grond voor nader onderzoek”. De genoemde aanvullende afspraken zijn onder meer:

1. doorbetaling tijdens verlof, vakantie, ziekte en/of het volgen van een persoonlijke opleiding;
2. een proeftijd en/of een opzegtermijn bij de beëindiging;
3. enige vorm van aanvulling van uitkering na – al dan niet overeengekomen – beëindiging;
4. uitkering vakantiegeld en eindejaarsuitkering;
5. mogelijkheid of verplichting om deel te nemen aan een pensioenvoorziening, ziektekostenverzekering, spaarloonregeling en/of bedrijfs sociaal fonds;
6. mogelijkheid of verplichting om gebruik te maken van een door het bedrijf ter beschikking gestelde lease-auto;
7. mogelijkheid om gebruik te maken van via de werkgever fiscaal gefaciliteerde regelingen (pc-privé, fiets, kinderopvang, opleiding/vorming);
8. verhoging van het uurloon bij werken op “ongebruikelijke” uren;
9. regelingen in de Arbo-sfeer (verplichte controle bij ziekte, beschikbaarheid en consultplicht bedrijfsarts, reïntegratierecht bij langdurige ziekte);
10. mogelijkheid lid te worden van een personeelsvereniging;
11. inspraakrecht (actief en passief kiesrecht ondernemingsraad).

In de praktijk zullen ten aanzien van zzp-ers en free-lancers de elementen 4 t/m 7 en 9 t/m 11 nauwelijks voorkomen. Een opzegtermijn bij beëindiging (nr. 2) zal vaak een wettelijke verplichting van de opdrachtgever zijn. Tenslotte rekenen zeer veel zelfstandige beroepsuitoefenaren een verhoging, wanneer zij midden in de nacht worden geraadpleegd. Nog afgezien van de zeer terughoudende formuleringen (“duidelijke aanwijzing dat er mogelijk”) vormt de lijst van praktische verschijningsvormen dus niet een erg praktische handleiding. Nog bonter wordt het met een ingevoegd stuk over de verhouding van de opdrachtovereenkomst en de dienstbetrekking. Aangegeven wordt dat “op basis van de Hoge Raad jurisprudentie het volgende valt op te merken” waarna één alinea een vrijwel letterlijke weergave is van de kernpassage van het arrest Groen-Schoevers. Vervolgens worden zonder dat duidelijk is dat de Hoge Raad niet meer wordt geparafraseerd twee geheel eigen opvattingen van het UWV en BD gegeven. De minst geslaagde is de tweede, waarin gesteld wordt dat er twee belangrijke verschillen te noemen zijn tussen de aanwijzingsbevoegdheid in het kader van de arbeids- en de opdrachtovereenkomst, namelijk: 1. in het kader van de opdrachtovereenkomst kunnen de aanwijzingen slechts betrekking hebben op de vooraf overeengekomen opdracht, en 2. de opdrachtnemer niet gehouden is aanwijzingen op te volgen die niet tijdig zijn gegeven of die in het licht van een juiste uitvoering van de opdracht niet verantwoord zijn. In ieder geval het eerste standpunt is onjuist, en het tweede is in hoge mate theoretisch.

Daar waar de Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking bedoeld zijn om de gebruiker een bruikbaar handvat te bieden voor de beoordeling van zo’n dienstbetrekking, moet de conclusie zijn dat deze (gewijzigde) Beleidsregels die duidelijkheid volstrekt niet geven.

13.11 Wetswijziging voorjaar 2004

Mede vanwege het aanhoudend verzoek van organisaties als de Raad voor het zelfstandig ondernemerschap (rZO), het Platform zelfstandig ondernemers (PZO), FNV Zelfstandige Bondgenoten en FNV Kiem, als ook vanwege de in het parlement en de vakpers geuite wens tot het maken van een regeling die opdrachtgevers en opdrachtnemers wel op voorhand duidelijkheid biedt over de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, is in het voorjaar 2004 een hierop betrekking hebbend conceptwetsvoorstel aan een aantal organisaties voorgelegd, en vervolgens voor advies naar de Raad van State gestuurd. Met dit wetsvoorstel 29.677 wordt een regeling beoogd waarbij de Verklaring Arbeids Relatie (ook wel genaamd: Zelfstandigheidsverklaring Nieuwe Stijl) een geldigheidsduur heeft van één jaar, en voor de

werkzaamheden verricht binnen het bereik waarop de Zelfstandigheidsverklaring betrekking heeft zekerheid biedt dat geen werknemerspremie en loonbelasting verschuldigd is⁴⁷⁴.

Gelet op dit wetsvoorstel, adviseert de SER in zijn advies van 18 juni 2004 eerst de evaluatie daarvan in 2007 af te wachten, alvorens te beslissen omtrent een andere en meer fundamentele afbakening van de personele reikwijdte van de werknemersverzekeringen.

13.12 Conclusie

Van diverse kanten, waaronder een MDW-commissie onder leiding van Stevens, alsmede een HSI-onderzoek, is aangegeven dat de verzekeringspositie van de zogenaamde zzp-ers (zelfstandigen zonder personeel) bijzonder onduidelijk is, en een economische belemmering vormt. De commissie Stevens pleitte er voor de zzp-ers rechtszekerheid te verschaffen omtrent hun verzekerden-status op het gebied van de sociale verzekeringen. Met de invoering van art. 3.156 IB en wetsvoorstel 27 686 tot invoering van artikelen 6a in de werknemersverzekeringen werd beoogd aan dit pleidooi uitvoering te geven. Op basis hiervan zouden zzp-ers een zelfstandigheidsverklaring kunnen aanvragen die, indien verstrekt, duidelijkheid gaf over hun verzekerdenstatus. Deze poging is echter mislukt omdat de wetgever er – uit angst voor een grote vlucht van zogenaamde ‘goede’ risico’s uit het collectief - voor teruggedeinsd is dit systeem door te voeren. Dit resulteerde er in dat het verkrijgen van een zelfstandigheidsverklaring van de werker tot op heden géén zekerheid geeft over het aanmerken van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst, en daarmee verzekeringsplicht. Gevolg van deze keuze van de wetgever is dat de door de commissie gewenste zekerheid aan zzp-ers over hun verzekeringsplicht, niet wordt gegeven. Ook de op 4 december 2002 en 22 juli 2003 door UWV en fiscus gezamenlijk geschreven Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking geeft deze duidelijkheid niet. De aldaar genoemde criteria zijn open. Opvallend daarbij is dat verder enkele criteria worden genoemd die tot op heden door de Hoge Raad en/of de CRvB niet als zodanig werden aanvaard. Voor de opdrachtgever is het wel een verbetering dat op grond van de nieuwe Beleidsregels in sommige situaties sociaal zekerheidspremies door het UWV bij de verzekerde kunnen worden geïnd.

Uit de discussies rond wetsvoorstel 27 686 en voorafgaand en na de verschijning van de Beleidsregels is naar voren gekomen dat de volgende elementen voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst door velen van overwegend belang worden geacht:

- duur van de werkzaamheden
- de vraag of er een regeling is inzake vakantie en ziekte
- aanwezigheidsverplichting
- hoogte van de honorering (vergeleken met wat in bedrijfstak als loon gebruikelijk is)
- of de arbeid een wezenlijk onderdeel uitmaakt van de bedrijfsvoering
- de aanwezigheid bij de werker van voor het werken als zelfstandige noodzakelijke vergunningen

Voor het al dan niet worden aangemerkt als zelfstandige zijn op basis van de destijds LISV-convenanten de volgende aspecten van overwegend belang.

- Beroeps/bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering
- Aantal opdrachtgevers (minimaal drie per jaar)
- investeringen
- eigen werkplek
- hoogte inkomen
- aangifte IB/Vpb/omzetbelasting/KvK

De onderzoekers van het HSI achten het noodzakelijk dat meer rechtszekerheid over de sociale verzekerdenstatus wordt gegeven en ze zien daartoe twee mogelijkheden: 1. volledige

⁴⁷⁴ Ook beschreven in SER-advies 18 juni 2004 Personenkring Werknemersverzekeringen, p. 20

keuzevrijheid om een zelfstandigheidverklaring te tekenen, waarmee de status van niet-werknemer voor eens en voor altijd is vastgelegd, op voorwaarde dat betrokkene voor wisselende opdrachtgevers werkt. Als nadelen van deze oplossing wordt genoemd dat het spijtoptanten kweekt en dat dit systeem op een opting-out stelsel lijkt, met als gevolg dat de overheid een vergaarbak van de slechte risico's kan worden. In welke mate het risico van opting-out zich in de praktijk heeft voorgedaan dan wel zich zal gaan voordoen is niet onderzocht.

De andere mogelijke oplossing die de betreffende onderzoekers zien is het volgende. Een aan te vragen zelfstandigheidverklaring is tijdelijk; betrokkene moet daarbij kunnen aantonen dat hij als zelfstandige heeft geopereerd en hij dient te verklaren dit gedurende de beoogde periode te willen continueren. Criteria daarbij zouden volgens de onderzoekers moeten zijn: het drijven van een eigen zaak; het hebben van winst uit onderneming en het hebben van een BTW-nummer. De KvK-inschrijving wordt niet zo belangrijk gevonden.

In het op 1 juli 2004 ingediende wetsvoorstel (29.677) tot het gedurende een jaar doorslaggevende betekenis toekennen aan een Zelfstandigheidsverklaring Nieuwe Stijl voor de werkgebieden waarvoor deze verklaring is afgegeven, komt aan de hierboven genoemde bezwaren uit de praktijk tegemoet. Voor de praktijk heeft een VAR alleen werkelijk zin, wanneer dat dwingend tot gevolg heeft dat geen verzekeringsplicht aanwezig is. Om het risico van misbruik daarbij te verkleinen is het verstandig de geldigheidsduur van de VAR niet al te lang te maken, bijvoorbeeld een jaar.

Voor wat betreft de criteria waarop een zelfstandigheidsverklaring wordt afgegeven ligt het voor de hand dat hierbij een belangrijke rol wordt toegekend aan het door betrokkene te dragen ondernemersrisico, maar ook het aantal opdrachtgevers, de afhankelijkheid van hen, de aan de onderneming bestede tijd en de hoogte van de ondernemingswinst.

Hoofdstuk 14 Conclusies deel 3

De verschillende sociale verzekeringswetten die in de loop van de 20^e eeuw tot stand zijn gekomen, laten een wisselende kring van verzekerden zien. De ‘gewone’ werknemer valt hier eigenlijk steeds onder, zij het dat in de Ongevallenwet en de Ziektewet aanvankelijk een beperking was opgenomen tot de arbeider die in een ‘onderneming’ werkzaam was, in tegenstelling dus tot de bij een particulier in dienst zijnde. Deze beperking is nadien komen te vervallen.

De ‘losse arbeider’ is in toenemende mate, zoals onder meer in de Invaliditeitswet, onder het bereik van de verschillende wetten gebracht.

Over de vraag of hoger betaalde werknemers en directeuren onder het bereik van de verschillende wetten moesten vallen werd in de loop der tijd wisselend gedacht. Hoogbetaalden en directeuren vielen wel onder de Invaliditeitswet, maar voor die wet gold een maximum dagloon, waarboven geen premie betaald hoefde te worden en geen uitkering werd verstrekt. De Ziektewet kende aanvankelijk een – overigens hoge – loongrens (van NLG 3.000,- per jaar), welke grens vanaf 1930 enkele malen werd verhoogd en vervolgens in 1967 afgeschaft. De Invaliditeitswet (met een arbeidsongeschiktheids- en een ouderdomscomponent) kende een veel lagere loongrens (namelijk van NLG 1.200 per jaar), waarboven geen verplichte verzekering bestond; wel bestond dan de mogelijkheid zich vrijwillig te verzekeren. In de Werkloosheidswet 1949 gold ook een loongrens, die in 1964 werd afgeschaft.

Ten aanzien van de arbeiders/werknemers is dus een tendens zichtbaar waarbij aanvankelijk de werknemers met hogere inkomens buiten het bereik van de sociale verzekeringswet vielen, naar een situatie waarbij deze inkomensgrens niet meer gold, maar premies en uitkering aan een maximum dagloon gebonden waren. Met andere woorden: ook aan de hoger betaalde werknemers dient volgens deze wetten een vorm van bescherming te worden geboden: niet op het minimum niveau, maar ook niet gebaseerd op (een percentage van) het volledige door hen genoten salaris. De wetten hanteren daarom een maximum dagloon.

De dga wordt van de sociale verzekeringswetten uitgesloten, hoewel de reden daartoe (dat hij zelf de situatie die aanspraak geeft op een uitkering kan bewerkstelligen), zich slechts ten aanzien van de WW voordoet.

De kleine zelfstandigen vallen slechts onder het bereik van sommige wetten, en daar dan nog slechts in beperkte mate. De ‘sterke’ zelfstandige viel niet onder de Ongevallenwet; de ‘zwakke’ zelfstandige slechts, wanneer de fictie van het bestaan van een dienstbetrekking aannemelijk kon worden gemaakt. Kleine zelfstandigen vielen in beginsel niet onder de Ziektewet, hoewel dit nadien door gezaghebbende schrijvers wel wenselijk of billijk werd geacht. Het bereik van de Invaliditeitswet hing ook af van de uitleg van de fictie ‘in dienst van’; door de lage inkomensgrens, viel de ‘sterke’ zelfstandige sowieso buiten dit bereik; de ‘zwakke’ zelfstandige kon er onder vallen. Voor alle niet-verplicht verzekerden gold de mogelijkheid van een vrijwillige verzekering. De WW wordt pas na de Tweede Wereldoorlog en na de eerste rapporten van de Commissie Van Rhijn ingevoerd. Ondanks de pleidooien van die Commissie en van de Stichting van de Arbeid voor het tot stand brengen van een algemene regeling die ook voor zelfstandigen gold, komt het hier met de WW 1949 maar amper van.

Hoewel er in de literatuur en politiek tot de jaren zestig van de twintigste eeuw meerdere malen voor gepleit is de sociale verzekeringswetten ook te laten gelden voor ‘zwakke’ zelfstandigen, zijn deze verzoeken maar in zeer beperkte mate gehonoreerd. De manier waarop dat geschiedde bestond er meestal uit de fictie te hanteren dat de betreffende zelfstandige in feite ‘in dienst was’ van de opdrachtgever/werkverschaffer.

Dat de zelfstandige, ten aanzien van wie die fictie niet gold, ‘tout court’ onder sociale verzekeringswetten werd gebracht, geschiedde pas in 1976, met de komst van de AAW. Voordien kwamen de zelfstandigen al wel te vallen onder de voor ieder geldende AOW, en hadden zij in geval van onvoldoende middelen van bestaan aanspraak op een uitkering krachtens de Algemene Bijstandswet. Dat voor zelfstandigen in het algemeen een regeling tot stand zou moeten komen die hen voorziet van een (ziekte- of werkloosheids) uitkering op een niveau boven het minimum, wordt daarna door vrijwel niemand verdedigd.

Het bereik van de ZW/WAO en WW is in 1986 enigszins uitgebreid met de totstandkoming van KB 665, en daarin de nadere omschrijving van het begrip fictieve dienstbetrekking. In welke gevallen er van zo'n fictieve dienstbetrekking sprake was, bleef echter onderwerp van vele geschillen.

Op basis van wetgeving, beleidsregels en CRvB-jurisprudentie, bestaat geen eenduidigheid over het begrip arbeidsovereenkomst in het sociaal zekerheidsrecht. Die onduidelijkheid is – zo blijkt onder andere uit het rapport van de Commissie Stevens alsmede wordt onderkend in de SER-adviesaanvraag van 1 december 2003 - economisch en sociaal gezien onwenselijk. De reden om de partijbedoeling in het sociaal zekerheidsrecht zo'n gering gewicht toe te kennen, is ingegeven door de angst voor opting out. Dat die angst reëel is, is echter niet aangetoond. De ervaringen bij de betreffende bedrijfsverenigingen na het op basis van de LISV-convenanten afgeven van bindende zelfstandigheidsverklaringen wijzen in ieder geval niet in de richting van een waargenomen misbruik.

Vanuit de Centrale Raad-jurisprudentie zijn een aantal criteria sterk indicatief, in die zin dat zij behoren bij het wel of niet kwalificeren tot een arbeidsovereenkomst. Vóór het aannemen van een arbeidsovereenkomst pleiten volgens de Centrale Raad: * (i) het verrichten van werkzaamheden die wezenlijk zijn voor de bedrijfsvoering; * (ii) het deel uitmaken van het organisatorisch kader van de werkgever; * (iii) het kunnen corrigeren van de werknemer; * (iv) economische afhankelijkheid van de werknemer. Tégen het aannemen van een arbeidsovereenkomst pleiten: * (v) het beschikken over voor een zelfstandige benodigde vergunningen; * (vi) het hebben gedaan van substantiële, voor een werknemer ongebruikelijke investeringen; * (vii) het lopen van ondernemersrisico; * (viii) het zich vrij mogen laten vervangen.

Op deze jurisprudentie valt wel kritiek te geven. Element (i) kan wel zekerheid verschaffen, maar is op zich zelf arbitrair. Waarom wordt precies dezelfde de arbeid van een zzp-er in één geval (namelijk wanneer de arbeid 'branche-eigen arbeid' is) wel aangemerkt als arbeidsovereenkomst en precies diezelfde arbeid in een ander geval niet? Behoort het voor de verzekeringsvraag verschil te maken of een bouwbedrijf aan een zzp-er vraagt om een gevel te schilderen dan wel dat een advocatenkantoor precies hetzelfde verzoekt? Element (ii) kan enige zekerheid verschaffen. Een moeilijkheid vormt het gegeven dat ook de opdrachtgever de opdrachtnemer aanwijzingen kan verstrekken, en die aanwijzingen snel de vorm kunnen aannemen van het 'deel uitmaken van dat organisatorisch kader'. Wanneer dit criterium strikt zou worden toegepast, zullen vele thans zelfstandigen op basis van een arbeidsovereenkomst komen te werken. Ook de accountant die bij een grote klant een aantal weken over de vloer komt, maakt voor die periode immers deel uit van dat organisatorisch kader. Het (iii) kunnen corrigeren is niet specifiek voor de arbeidsovereenkomst; ook de opdrachtnemer weet dat hij als uiterste consequentie niet meer wordt geconsulteerd, wanneer hij zijn gedrag niet aanpast wanneer dat door de opdrachtgever wordt verzocht. (iv) Economische afhankelijkheid is weliswaar een vaag criterium zijn, maar sluit wel aan bij de achtergrond van zowel de sociale zekerheidswetgeving, als die van de werknemersbescherming. Het beschikken over (v) zelfstandigheidsvergunningen vormt een aanwijzing dat niet sprake is van afhankelijkheid, als ook van het hebben gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap. Het (vi) hebben gedaan van investeringen kan daar ook een uiting van zijn, hoewel het geforceerd door de ex-werkgever hebben moeten doen van investeringen ook als blijk van grote afhankelijkheid kan worden aangemerkt. (vii) Voor het lopen van ondernemersrisico geldt het zelfde. (viii) Het zich vrij mogen laten vervangen betekent dat er geen verplichting is tot het persoonlijk verrichten van arbeid en dus niet aan een van de huidige vereisten van de arbeidsovereenkomst kán zijn voldaan. Als 'negatief' criterium is het dus doorslaggevend.

Vanuit de Beleidsregels Beoordeling Dienstbetrekking kunnen als criteria vóór het bestaan van een arbeidsovereenkomst hieraan worden toegevoegd: (i) de vraag of er een regeling is inzake vakantie en ziekte; (ii) de hoogte van de honorering (vergeleken met wat in bedrijfstak als loon gebruikelijk is). Voor de vraag naar het al dan niet zijn van zelfstandige is volgens de Beleidsregels van belang (iii) dat er een beroeps/bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering is; (iv) of er een eigen

werkplek is en (v) of er aangifte IB/Vpb/omzetbelasting wordt gedaan en of er een inschrijving bij de Kamer van Koophandel is.

Het valt toe te juichen indien het op 1 juli 2004 ingediende wetsvoorstel tot het gedurende een jaar doorslaggevende betekenis toekennen aan een Zelfstandigheidsverklaring Nieuwe Stijl voor de werkgebieden waarvoor deze verklaring is afgegeven (29.677), wordt ingevoerd. Voor wat betreft de criteria waarop een zelfstandigheidsverklaring wordt afgegeven ligt het voor de hand dat hierbij een belangrijke rol wordt toegekend aan het door betrokkene te dragen ondernemersrisico, maar ook het aantal opdrachtgevers, de afhankelijkheid van hen, de aan de onderneming bestede tijd en de hoogte van de ondernemingswinst.

Deel 4 Vijf specifieke onderwerpen

Hoofdstuk 15 Inleiding

In de hoofdstukken 15 tot en met 21 worden een aantal specifieke arbeidsrechtelijke onderwerpen onderzocht. Hierbij wordt bekeken welke bescherming de werknemer op het betreffende gebied heeft en waarom dat zo is, en die situatie wordt vergeleken met die van een niet-werknemer. Per onderwerp wordt dan onderzocht of de geboden mate van bescherming overeenkomt met de bescherming die de zes in de vraagstelling van dit boek genoemde groep werkers behoeven. De onderwerpen die aan de orde zullen komen hebben betrekking op de hoofdgebieden Inkomen en Veiligheid. Deze onderwerpen zijn voor de individuele werker van het grootste belang: zij raken direct aan hun bestaanszekerheid. Ten aanzien van het Inkomen wordt onderzocht in hoeverre risico's omtrent loonbetaling voor werknemers afwijken van die voor opdrachtnemers. In het kader van ontslagbescherming wordt stilgestaan bij de vormen van ontslagbescherming die de werknemer geniet (het voorkomen van het ontslag dan wel het ontvangen van vergoedingen bij het ontslag) in relatie tot de positie van opdrachtnemers en agenten en wordt de vraag beantwoord waarom die verschillen er zijn en of dat gerechtvaardigd is. Onder de noemer Veiligheid zal worden stilgestaan bij de regelgeving op het gebied van de veiligheidssituatie op het werk, de bescherming tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten en in verband daarmee de vergoeding van schade door of aan de werknemer toegebracht. Ook wordt gekeken naar de arbeidstijden en vakantie.

In Deel 5 zal ik aanbevelingen doen omtrent de aanpassing van de op deze hoofdonderwerpen Inkomen en Veiligheid betrekking hebben wetsartikelen⁴⁷⁵. Andere wetsartikelen blijven daarom buiten schot. Het betreft daarbij de volgende bepalingen.

- 7:611: goed werkgever-/werknemerschap. Reden: deze bepaling vormt de open norm bij de invulling van een arbeidsovereenkomst. Zij is van toepassing op iedere arbeidsovereenkomst, en niet op de opdrachtsovereenkomst. Het zou echter zo kunnen zijn dat de norm van goed werkgeverschap jegens een hooggeplaatste werknemer tot een andere uitwerking kan leiden dan jegens een werknemer met een zwakke maatschappelijke positie.
- 7:613: eenzijdige wijziging. Reden: het toepassingsgebied hiervan valt sinds het HR-arrest Van der Lely/Taxi Hofman grotendeels samen met het goed werkgeverschap⁴⁷⁶.
- Gelijke behandeling (7:646/647). Reden: deze norm is gebaseerd op een voor ieder geldende regelgeving en is dus niet specifiek voor de arbeids- of de opdrachtsovereenkomst.
- Boetebeding (7:651/652). Reden: deze bepaling speelt in het huidige arbeidsrecht slechts een marginale rol
- Concurrentiebeding (7:653). Reden: deze bepaling staat thans ter discussie, zowel ten aanzien van de vraag of de werkverschaffer 'gratis' een concurrentiebeding mag bedingen, als ook of de werknemer – anders dan op basis van het algemene overeenkomstenrecht – wijziging of tenietdoening van een dergelijk beding mag vorderen⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Loonbepalingen algemeen (7:616 t/m 626; 7:630/634), Aanspraak op loon (7:627/628; 629b), Loon bij ziekte (7:629), Vakantie (7:634 t/m 642), Zorgverplichting werkgever/aansprakelijkheid (7:658), Aansprakelijkheid werknemer voor aangebrachte schade (7:661), Opzegbepalingen (7:670 t/m 675; 7:677 t/m 680); proeftijd (7:652; 676), Ontslagvergoedingen (7:681; 685;686), BBA, Wet Minimum Loon en vakantiebijslag, Sociaal Zekerheidswetten (WW; ZW;WAO, Arbeidsomstandighedenwet

⁴⁷⁶ Hoewel ik mij bewust ben van de discussie over de moeilijk te beantwoorden vraag naar de mogelijkheid om binnen een arbeidsrelatie eenzijdig wijzigingen aan te brengen. De vraag is moeilijk te beantwoorden omdat sprake is van een glijdende schaal van mogelijkerwijs te veranderen aspecten, waarvan het ene uiterste bestaat uit de belangrijkste primaire arbeidsvoorwaarden zoals het te betalen vaste salaris, en het andere uiterste uit de te verrichten werkzaamheden. Het ligt voor de hand dat aan het eerste veel minder makkelijk eenzijdig mag worden gesleuteld dan aan het laatste. Een vergelijkbare discussie kan overigens ook spelen ten aanzien van opdrachtnemers.

⁴⁷⁷ Het wetsvoorstel 28 167 ligt thans (september 2004) ter beslissing bij de Tweede Kamer

- 7:654. Kosten schriftelijk exemplaar arbeidsovereenkomst. Reden: deze bepaling speelt in de praktijk niet een belangrijke rol.
- 7:655: informatieplicht werkgever. Reden: deze vloeit voor de arbeidsovereenkomst voort uit internationale verplichtingen.
- 7:656: getuigschrift. Reden: het dwingendrechtelijk karakter van de huidige bepaling leidt in de praktijk niet tot veel problemen.
- 7:658a (reïntegratie). Reden: deze verplichting speelt reeds een rol bij art. 7:629, bij het preventief ontslagrecht krachtens het BBA, en de ontslagvergoedingen van de artikelen 7:681 en 7:685.
- 7:659 (persoonlijke arbeidsverplichting). Reden: het zelf moeten verrichten van de arbeid is van een groot, maar niet een absoluut belang voor de arbeidsovereenkomst. Het artikel drukt uit dat als er een arbeidsovereenkomst is, de werknemer zich niet vrijelijk mag laten vervangen door een ander. Het criterium ‘persoonlijk moeten verplichten’ is echter niet bepalend voor de vraag of iets een arbeidsovereenkomst is of niet. Het verbod tot nakoming van die verplichting door dwangsom of gijzeling vloeit voort uit het Europees Sociaal Handvest. Een dergelijke bepaling zou echter ook ten aanzien van de opdrachtnemer (niet zijnde rechtspersoon) dienen te worden opgenomen.
- 7:660: instructierecht werkgever. Reden: dit recht vloeit voort uit de aard van de arbeidsovereenkomst, namelijk het kunnen geven van opdrachten aan de werknemer. Tegenover de opdrachtnemer geldt echter ook een aanwijzingsbevoegdheid.
- Overgang onderneming (7:662 t/m 666). Reden: of werkers in geval van Overgang Onderneming van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger, is vooral resultante van het antwoord op de vraag wie als werknemer worden aangemerkt, omdat op grond van de EU-Richtlijn 98/50 het vooral werknemers zijn die onder de werking van de richtlijn vallen.
- Ouderschapsverlof; Wet Arbeid en Zorg; 7:648 (onderscheid naar arbeidsduur). Reden: in het kader van deze studie heb ik geen nader onderzoek verricht naar het belang van deze bepalingen voor de categorie hogerbetaalde werknemers. Het komt mij echter voor dat deze bepalingen voor deze groep werknemers van minder belang zijn omdat zij, wanneer de arbeidssituatie zich voor een dergelijk verlof of aanpassing arbeidsduur leent, dat toch wel weten te bedingen. Wanneer die arbeidssituatie zich voor verlof niet leent zullen de betreffende hooggeplaatste werkers ook van een wettelijk toegekend recht geen gebruik maken, omdat dat de voor hun situatie noodzakelijke vertrouwensbasis in de arbeidsrelatie te zeer onder druk zou zetten.
- WOR. Reden: dit onderwerp valt niet onder mijn vraagstelling.
- Wet CAO. Reden: dit onderwerp valt ook niet onder mijn vraagstelling.

Hoofdstuk 16 Loon

16.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de positie van de werknemer met die van de opdrachtnemer en de agent worden vergeleken op het punt van de aanspraak op loondoorbetaling. Ten aanzien van alle werknemers zijn zowel in de Wet op de Arbeidsovereenkomst, als in de Wet Minimumloon en minimum vakantiebijslag tal van beschermende bepalingen opgenomen. In de titel over de opdrachtsovereenkomst heeft de opdrachtnemer die bescherming vrijwel helemaal niet. Een bijzondere vorm van opdrachtnemer, de agent, geniet op dit punt echter van oudsher wel een forse mate van bescherming. Onderzocht zal worden in hoeverre deze verschillende vormen van bescherming stroken met de posities die de zwakke, de gewone en de maatschappelijk gezien sterke werknemer innemen, als ook met die van de afhankelijke en onafhankelijke opdrachtnemer.

16.2 Loon in de arbeidsovereenkomst

De werknemer wordt voor wat betreft de betaling voor zijn werk op een aantal manieren beschermd. De voor de praktijk belangrijkste bronnen daartoe zijn de CAO, de Wet Minimumloon en Minimum Vakantiebijslag en de wettelijke regeling omtrent loonbetaling in het BW.

De meeste werknemers vallen onder een CAO, en de meeste CAO's kennen aan de werknemer een bepaald loon toe. De (voor de werknemer nadelige) bedingen in strijd met die CAO zijn niet geldig, en er bestaat wat dat betreft dus geen vrijheid om een loon overeen te komen lager dan hetgeen de CAO bepaalt. De werking van de CAO kan bovendien worden versterkt wanneer deze algemeen verbindend wordt verklaard; de betreffende CAO-bepalingen gelden dan voor de gehele bedrijfstak. CAO's hebben niet uitsluitend betrekking op werknemers: ook aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten⁴⁷⁸ kan onder een CAO vallen. Een voorbeeld van een CAO waarin deze uitbreiding plaatsvindt is (art. 1.1. van) de CAO Metalektro 2000-2002⁴⁷⁹.

Een tweede vorm van bescherming vormt de Wet Minimumloon en Minimum Vakantiebijslag (WMM). Deze wet is ook niet beperkt tot werknemers in de zin van het BW, al vormen de werknemers naar burgerlijk recht de hoofdmoot. De WMM draait om de 'dienstbetrekking'. Artikel 2 definieert de dienstbetrekking als de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, maar maakt daar ook uitzonderingen op en geeft er uitbreidingen aan. Een uitbreiding vormt op grond van art. 2 lid 2 WMM de handelsagent, die doorgaans voor een opdrachtgever werkt, van dat beroep zijn hoofdberoep maakt en zich doorgaans door niet meer dan twee personen laat bijstaan⁴⁸⁰. Volgens de Hoge Raad⁴⁸¹ is de ratio van die bepaling dat de positie van deze handelsagenten nauwelijks afwijkt van de positie van de gewone werknemer:

Artikel 3 WMM bepaalt dat bij AmvB de kring van beschermden kan worden uitgebreid, voor diegene die tegen beloning persoonlijke arbeid verricht, wiens betrekking niet een voor hem bijkomstige werkzaamheid is en die met een dienstbetrekking gelijkgesteld kan worden. Deze uitwerking vond plaats bij Besluit van 2 september 1996⁴⁸². Krachtens art. 1 van dit Besluit wordt de werkingssfeer van de WMM uitgebreid tot de arbeidsverhouding van degene die krachtens een overeenkomst tegen beloning persoonlijk arbeid voor ten hoogste twee anderen verricht, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in beroep of bedrijf⁴⁸³. Van het persoonlijk verrichten van arbeid is geen sprake meer indien de opdrachtnemer zich door een andere dan zijn echtgenoot of inwonende verwanten laat bijstaan. Art. 1 lid 5 van het Besluit eist bovendien dat tenminste drie

⁴⁷⁸ de wettekst van art. 1 lid 2 WCAO is nog niet aangepast aan de sinds 1992 veranderde terminologie

⁴⁷⁹ Zie Olbers 1981, p. 359-372; Verhulp 2002, p. 19

⁴⁸⁰ Verhulp 2002, p. 17

⁴⁸¹ HR 16 februari 1979, NJ 1980,4

⁴⁸² Stbl. 1996, 481

⁴⁸³ Verhulp 2002, p. 18

maanden gewerkt moet zijn, met onderbrekingen korter dan 31 dagen; lid 6 voegt daaraan toe dat gemiddeld minimaal vijf uur per week moet zijn gewerkt. Deze bepalingen van het Besluit betekenen dat aan de allerswakste krachten op de arbeidsmarkt (categorie 1 en 5 in mijn vraagstelling) niet altijd de bescherming van de WMM wordt toegekend indien zij aan die getalscriteria niet voldoen voor zo ver zij geen arbeidsovereenkomst hebben⁴⁸⁴.

De WMM kent aan de kring der beschermden een loonaanspraak toe ter hoogte van, voor voltijdse werkzaamheden, het minimumloon (WML). De WML is in zoverre maatgevend, dat de sociale zekerheidswetgeving (ABW, AOW) veelal ook uitkeringen biedt afgeleid van het minimumloon. Voor een kostwinner in gezinsverband maakt het daarom wat inkomen betreft niet veel uit of hij van zijn werkgever het minimumloon ontvangt of niet: op basis van de ABW zou hij ook 100% van dat minimumloon ontvangen. In de meeste situaties heeft een werknemer er⁴⁸⁵ wel belang bij dat minimumloon te ontvangen: voor alleenstaanden, omdat de ABW-uitkering voor hen maar 70% van het WML bedraagt; voor samenwonenden of gehuwden omdat wordt uitgegaan van het gezinsinkomen; en voor allen omdat de ABW rekening houdt met vermogen boven een bepaalde grens. Het WML is dus wel degelijk een reële voorziening, hoewel tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat vrijwel alle CAO's een laagste schaal kennen die (ruim) boven dat WML ligt.

Een derde vorm van bescherming betreft de wettelijke regeling omtrent de betaling van loon. Die wettelijke regeling valt in een aantal onderdelen uiteen. Art. 7:617 e.v. regelt de toegestane vormen van loon; art. 7:625 stelt een zware sanctie (maximaal 50% na zeseneuhalf week te laat betalen) op te late betaling van loon en de art. 7:627/629 regelen de situatie dat er niet gewerkt wordt, maar soms toch loon moet worden uitbetaald. Kort gezegd dient de werkgever het loon toch te betalen wanneer het niet-werken een oorzaak heeft die voor zijn rekening behoort te komen, hetgeen in de praktijk vertaald wordt met: die in zijn risicosfeer ligt. Art. 7:628 kent daarmee een enigszins afwijkende regeling van debiteurs/crediteursverzuim, in het voordeel van de werknemer.

Risicoverdeling in geval van niet-werken⁴⁸⁶

Art. 1638d BW bepaalde in 1907, dat de werknemer zijn aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon niet verloor, wanneer hij bereid was de bedongen arbeid te verrichten, maar de werkgever daarvan geen gebruik had gemaakt, hetzij door diens schuld of ten gevolge van een de werkgever persoonlijk betreffende toevallige verhindering. Over de eerste categorie (schuld van de werkgever) bestond geen verschil van mening; over de tweede categorie wel. Onder die de werkgever persoonlijk betreffende verhindering werd onder andere verstaan ziekte van de werkgever of de werkgever die de onderneming staakt. Overmacht, zoals seizoensstoornissen, stakingen elders of natuurgebeurtenissen, behoorde hier niet toe⁴⁸⁷.

In de literatuur (Meijers, Cavadino) werd al spoedig nadien bepleit de categorie 'persoonlijk betreffende toevallige omstandigheden' ruimer op te vatten, en 'overmacht' beperkter⁴⁸⁸.

Cavadino was hierbij in twee opzichten modern: hij hanteerde het begrip normale bedrijfsrisico, en hij vergeleek de betreffende regeling met die van het leerstuk van schuldeisersverzuim. Dat

⁴⁸⁴ Daar kan wel bij worden opgemerkt dat deze getalscriteria al veel minder streng zijn dan de tot [jaar] geldende eis dat minimaal 1/3 van de gebruikelijke arbeidsduur per week moest worden gewerkt om onder de WML te vallen.

⁴⁸⁵ Puur individueel bezien; vanuit het collectief geredeneerd is er natuurlijk alle belang dat diegenen die kunnen werken dat ook doen, althans niet onnodig aanspraak maken op collectieve voorzieningen. Het verkrijgen van een bijstandsuitkering is daarbij geenszins uitsluitend een vorm van werknemersbescherming, maar is bedoeld voor de gehele bevolking, werkloze werknemers, zelfstandigen, en diegenen die niet kunnen of hoeven te werken.

⁴⁸⁶ Uitgebreid in zijn dissertatie beschreven door Van Slooten 1999. De in deze paragraaf beschreven ontwikkeling in denken over de risicoverdeling bij niet-werken is in belangrijke mate gebaseerd op genoemde dissertatie

⁴⁸⁷ Van Slooten 1999, p. 181

⁴⁸⁸ De Hoge Raad hanteerde in 1925 nog een ruime toepassing van het begrip overmacht: tussen een kraamvrouw en een vroedvrouw was een arbeidsovereenkomst gesloten, met het oog op het doen van de bevalling. De kraamvrouw overleed ongelukkigerwijs voorafgaand aan de bevalling, en de kraamvrouw claimde van de weduwnaar toch haar loon. De Hoge Raad beschouwde dit als een vorm van overmacht: het overlijden van zijn echtgenote was voor de weduwnaar geen 'hem persoonlijk betreffende omstandigheid'.

leerstuk betreft de vraag in welke gevallen de crediteur de door hem toegezegde prestatie verschuldigd is, terwijl hij om enigerlei reden de hem toekomende prestatie niet afneemt.

In vervolg hierop vond de discussieplaats of ‘slapte’ een de werkgever betreffende omstandigheid was. Tot medio jaren 30 werd dit in de literatuur als een werkgeversrisico gezien, hoewel genoemde Cavadino bepleit had slapte als gevolg van de Eerste Wereldoorlog als vorm van overmacht te beschouwen. De Centrale Raad van Beroep oordeelde geen loondoorbetalingsplicht aanwezig, toen een bepaalde slapte niet door de werkgever in het leven was geroepen, en ook niet uitsluitend die werkgever betrof. Hoewel de Hoge Raad in 1949⁴⁸⁹ meeding in de gedachtengang van Cavadino, namelijk door te beoordelen aan wiens zijde de verhindering om te presteren viel - aan die van de werknemer of die van de werkgever? -, hanteerde de Hoge Raad in 1962 voor het eerst het begrip toekenning. Het ging daar om een door de werkgever naar Indonesië uitgezonden werknemer, die daar vanwege de politiek situatie niet zonder levensgevaar kon blijven. De omstandigheid dat de werknemer zijn werk voor de werkgever in Indonesië – en niet ergens anders – moest verrichten, en het daar te gevaarlijk bleek om te kunnen werken – was de werkgever toe te rekenen⁴⁹⁰.

Het Voorontwerp van 1972 sprak in art. 7.10.3.8 over het toerekenen van de reden van het niet kunnen werken.

In 1972 hakte de Hoge Raad de knoop helemaal door, door in het Schelde-arrest te spreken over het in de risicosfeer van de werkgever liggen van het niet werken⁴⁹¹. Het overige (buiten het arbeids-) recht veranderde echter ook met de totstandkoming van art. 6:58 (Schuldeisersverzuim dat ziet op het door de debiteur niet kunnen presteren door toedoen⁴⁹² van de schuldeiser zelf). Daarmee wijkt de bepaling van art. 7:628 BW volgens Van Slooten niet wezenlijk meer af van de algemene vermogensrechtelijke regeling, die immers ook spreekt over toerekening van de reden van het niet-presteren⁴⁹³. In ieder geval op onderdelen bestaan er een aantal verschillen: Het belangrijkste lijkt te zijn dat de werknemer die niet voor zijn werkgever werkt als gevolg van een omstandigheid die in de risicosfeer van de laatste ligt, recht heeft op volledige doorbetaling van loon, en dat die loonbetaling slechts gematigd kan worden wanneer integrale betaling tot onaanvaardbare gevolgen leidt (art. 7:680a). Voor andere schuldenaren geldt (art. 6:78) dat zij bespaarde kosten en soms de (elders) gemaakte winst, niet kunnen claimen, op grond van de regels omtrent ongerechtvaardigde verrijking. In concreto betekent dit dat op grond van art. 7:628 de van werkzaamheden vrijgestelde werknemer door zijn werkgever moet worden doorbetaald, en deze werknemer tegelijkertijd ook elders inkomsten kan verwerven die door de ‘eigen’ werkgever niet op diens loonbetalingsverplichting in mindering mogen worden gebracht. De algemene bepalingen van art. 6:78 en 6:212 BW kunnen deze *lex specialis* waarschijnlijk niet overrulen⁴⁹⁴.

Een ander verschil bestaat er in, dat ten aanzien van de arbeidsovereenkomst al snel wordt aangenomen dat een omstandigheid in de risicosfeer van de werkgever ligt. Uit de literatuur blijkt dat een groot aantal omstandigheden daartoe gerekend worden. Naast het achteraf onterecht gegeven ontslag (hetgeen ook als een vorm van ‘schuld’ van de werkgever kan worden gekarakteriseerd) zijn opvallend: de wilde staking, regen, vorst of ijsgang in de daarvoor gevoelige bedrijven, onmogelijkheid van vervoer van goederen wegens wettelijke verboden en stagnatie in de afzet wegens slechte weersomstandigheden. Dit alles zijn omstandigheden waar de werkgever ‘niets aan kan doen’ maar waarvan het onbillijk wordt gevonden de werknemer er voor te laten ‘boeten’. In de MvT bij de totstandkoming van art. 7:628 wordt in 1993/94 aangegeven dat beoogd wordt de bestaande jurisprudentie te codificeren; als verschil tussen de regeling van art.

⁴⁸⁹ HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544 (AKU/Stalen Steiger); het betrof hier een huurder van een steiger, die daar vanwege de evacuatie van Arnhem in 1944 geen gebruik van kon maken.

⁴⁹⁰ HR 12 januari 1962, NJ 1962, 275

⁴⁹¹ HR 10 november 1972, NJ 1973, 60

⁴⁹² Van Slooten 1999 p. 194

⁴⁹³ Van Slooten 1999 p. 201. Advocaat-Generaal De Vries Lentsch ziet in haar conclusie bij HR 19 december 2003, JAR 2004/14 wel een duidelijk verschil tussen de arbeidsrechtelijke regeling die spreekt over risicosfeer, en de algemene vermogensrechtelijke regeling, die kijkt naar schuldeisersverzuim

⁴⁹⁴ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207; Van Slooten 1999 p. 235

7:628 en die van het gewone crediteursverzuim wordt dan opgemerkt: “Volgens die rechtspraak behoudt de werknemer ook dan zijn recht op loon, als het verrichten van de arbeid is verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening worden gebracht omdat zij meer in zijn risicosfeer dan in die van de werknemer vallen.”⁴⁹⁵

Een andere en voor de praktijk belangrijke bijzonderheid van art. 7:628 BW is het in forse mate dwingend rechtelijk karakter er van. Slechts gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan van de bepaling worden afgeweken, en dan nog slechts schriftelijk. Deze vorm van extra werknemersbescherming werd ingevoerd per 1 januari 1999. Uitbreiding van de zes-maandsperiode is alleen mogelijk bij CAO. Het driekwartdwingend rechtelijk karakter van art. 7:628 BW is van belang, omdat de praktijk vóór 1999 liet zien dat in vele CAO's en individuele arbeidsovereenkomsten de toepassing van art. 628 BW was uitgesloten, in welk geval werknemers dus slechter af waren dan de reguliere bepalingen omtrent schuldeisersverzuim van boek 6. De rechtspraak⁴⁹⁶ had aan die contractuele uitsluitingen echter onder andere al wel een halt toegeroepen waar het ging om het uitsluiten van loonaanspraken na een nietig ontslag. Zou een dergelijke uitsluiting namelijk geldig zijn bevonden, dan zou dit de sanctie van nietigheid na ontslag zonder vereiste toestemming immers danig ontcrachten.

In ieder geval sinds 1999 is de positie voor de werknemer ten aanzien van zijn loonaanspraken in geval hij niet tot het werk wordt toegelaten de facto iets gunstiger dan de algemene crediteursverzuimregeling. In die lijn past het recente standpunt van de Hoge Raad dat de werkgever de door hem geschorste werknemer altijd dient door te betalen, ook wanneer de aan de schorsing ten grondslag liggende reden de werknemer⁴⁹⁷ verweten kan worden. De reden van die voor de werknemer in het algemeen iets gunstiger positie is niet eenvoudig te achterhalen. Uit de diverse voorbeelden alsmede commentaren daarop in de literatuur⁴⁹⁸ blijkt dat het niet-werken als gevolg van gewone bedrijfsrisico's voor rekening van de werkgever dient te komen. De werkgever hoeft daarom slechts niet te betalen voor de consequenties van abnormale bedrijfsrisico's. Dat art. 7:628 BW gedurende de eerste zes maanden mag worden weg gecontracteerd, past binnen de gedachtegang van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, namelijk dat naarmate het dienstverband langer duurt, de werknemer meer zekerheden krijgt, en hij in die eerste zes maanden nog betrekkelijk weinig bescherming geniet.

Dat eenmaal toe te kennen loonvorderingen slechts gematigd kunnen worden wanneer integrale toekenning tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, zal als achtergrond hebben het geven van onterechte ontslagen te ontmoedigen. De werkgever dient op het punt van het ontslagrecht op safe te spelen, is kennelijke de gedachte.

Van Slooten roert in zijn proefschrift een ander interessant punt aan, namelijk of de werkgever gerechtigd is de werknemer op diens loon te korten, wanneer deze weliswaar aanwezig is, maar slecht presteert. De meeste schrijvers⁴⁹⁹ en rechters wijzen deze mogelijkheid af; Van der Grinten acht loonkorting bij ernstige wanprestatie wel mogelijk⁵⁰⁰.

Van Slooten staat tegenover een dergelijke korting niet principieel negatief: het algemene vermogensrecht kent met zijn beginsel van wederkerigheid ook de mogelijkheid tegenover een slechte prestatie van de ene partij, de mogelijkheid van aanpassing door de andere partij te zetten⁵⁰¹. Wanneer dan de bestaanszekerheid van de werknemer niet te zeer wordt aangetast (bijvoorbeeld door de korting slechts boven een bepaald inkomensniveau of –percentage mogelijk te achten) verzetten zich er volgens hem geen principiële redenen tegen die algemene vermogensrechtelijke bepaling op het arbeidsrecht toe te passen. De Hoge Raad laat het

⁴⁹⁵ MvT, TK 1993/94, 24 438, nr. 3, p. 25

⁴⁹⁶ HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588

⁴⁹⁷ HR 21 maart 2003, JAR 2003/91

⁴⁹⁸, Olbers (Arbeidsovereenkomst), art. 7: 628, aant. 2 met verdere vindplaatsen

⁴⁹⁹ Konijn 1991, p. 115; Heerma van Voss (Arbeidsovereenkomst), art. 611, aant. 4.5 en art. 613, aant. 7; Rood 1987, p. 305 en Rood 1988b, p. 324

⁵⁰⁰ Van der Grinten 1997, p. 62

⁵⁰¹ Van Slooten 1999, p. 313

fenomeen gedeeltelijke loonbetaling toe in het kader van collectieve actie: in het NS-arrest⁵⁰² wordt uitgesproken dat wanneer in het kader van collectieve acties wisselende delen van het personeel niet naar behoren of niet volledig presteren en daardoor het bedrijf ontwricht raakt, de werkgever tegenover het gehele personeel wordt ontheven van zijn verplichting het loon over de betreffende periode volledig te betalen.

De werkgever die te laat betaald krijgt daarvoor een flinke rekening gepresenteerd. Naast de wettelijke rente (van 4-10% op jaarbasis) moet namelijk ook de vertragsrente van art. 7:625 BW worden betaald, die na 8 werkdagen 25% bedraagt en na 33 werkdagen 50%, tenzij door de rechter gematigd. In de praktijk wordt deze vertragsrente vaak gematigd tot 10, 15 of 25%. De regeling is niet zo zeer bedoeld als schadevergoeding⁵⁰³, doch als prikkel richting werkgever om op tijd te betalen. De reden hiertoe is dat de werknemer, die voor zijn levensonderhoud meestal afhankelijk is van zijn loon, door iets te late betaling in grote problemen kan komen, op het punt van betaling van huur, hypotheek en andere vaste lasten⁵⁰⁴. Indien de niet-betaling de werkgever niet kan worden toegerekend is de wettelijke verhoging op grond van de wettekst niet aan de orde. Het gehele artikel is van dwingend recht.

16.3 Loon in de opdrachtovereenkomst

Tegenover de professionele opdrachtnemer gelden in algemene zin twee grenzen: die van de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag, en - op grond van art. 7:405 lid 2 BW - wanneer helemaal geen loon is afgesproken, die van het gebruikelijke of bij gebreke daarvan: redelijke loon⁵⁰⁵. De regeling is verder uiterst liberaal: de opdrachttitel bepaalt niet wanneer er moet worden betaald, en ook niet hoeveel er moet zijn gepresteerd, voordat aanspraak op betaling ontstaat. Artikel 406 lid 1 geeft een regeling omtrent de te betalen onkosten vergoeding.

De professionele opdrachtnemer – dat wil zeggen degene die de opdracht in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan - heeft tegenover de opdrachtgever op grond van art. 7:405 BW aanspraak op loon; de niet-professionele opdrachtnemer heeft die aanspraak in beginsel niet. In het voorontwerp, art. 7.7.1.6 lid 1 NBW was de beperking van verschuldigdheid van loon tot de professionele opdrachtnemer niet opgenomen⁵⁰⁶. Het begrip ‘in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf’ moet volgens Castermans en Van der Neer-van den Broek ruim worden uitgelegd⁵⁰⁷. Dat is te billijken: alleen voor degene die een opdracht bij wijze van vriendendienst verricht, behoort het niet-betalen uitgangspunt te zijn. In het normaal economische verkeer zal tegenover een prestatie een wederprestatie te worden geleverd. De hoogte van het aan de professionele opdrachtnemer te betalen loon dient tussen partijen te worden overeengekomen; de contractsvrijheid speelt daarmee een veel grotere rol dan bij het betalen van loon aan een werknemer.

Omdat de wet (afgezien van de grenzen van de WMM en de bepaling omtrent het gebruikelijke loon wanneer er niets is afgesproken) niet bepaalt hoeveel er betaald moet worden, wordt de afhankelijke opdrachtnemer amper beschermd. Immers wanneer een minimaal loon wordt afgesproken, is de vaststelling krachtens art. 405 lid 2 op basis van hetgeen gebruikelijk is, niet aan de orde. Wanneer dan, omdat sprake is van een betaalde opdracht, de opdrachtnemer ook aansprakelijk is voor de ‘gewone schade’ (niet zijnde de zeer bijzondere schade zoals genoemd in art. 7:406 lid 2, tweede zinsnede) als gevolg van het uitvoeren van de opdracht, en de opdrachtnemer daarbij ook zijn eigen overige bedrijfskosten voor zijn rekening moet nemen,

⁵⁰² HR 30 mei 1986, NJ 1986,688

⁵⁰³ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207; HR 25 januari 1991, NJ 1991, 597 en HR 3 mei 2002, JAR 2002/134.

⁵⁰⁴ Van Slooten (Tekst & Commentaar), art. 7:625 BW, aant. 1

⁵⁰⁵ Tal van bijzondere wetten kennen ook hun grenzen, zoals de prijs van geneeskundige behandelingen en sommige soorten van juridisch advies.

⁵⁰⁶ Coehorst, p. 43

⁵⁰⁷ Castermans, (Tekst & Commentaar), art. 7:405, aant. 2; Van der Neer-van den Broek (Opdrachtovereenkomst), art. 405, aant. 1

bovendien voor de sociaal zekerheidswetten niet is verzekerd, dan is in het geheel geen sprake meer van een evenwichtige verhouding. Immers vergeleken met een werknemer die het minimumloon verdient, mist deze opdrachtnemer doorbetaalde vakantiedagen en de werkgeversbijdrage voor de sociaal zekerheidspremies en hij heeft er een aantal andere kosten en risico's bij.

Artikel 7:406 lid 1 geeft een regeling omtrent de te betalen onkosten vergoeding. Deze moeten worden betaald, voor zo ver niet in het loon inbegrepen. Asser-De Leede is van mening⁵⁰⁸ dat – op grond van de rechtszekerheid - de stelplicht van het niet in het loon te zijn inbegrepen van die onkosten, op de opdrachtnemer ligt. Ten aanzien van de (afhankelijke) opdrachtnemer, die tegen een lage beloning werkt, kan ook deze bepaling onbillijk uitpakken.

Een met art. 7:628 vergelijkbare regeling kent de opdrachttitle niet. Integendeel, het lijkt er op dat, zolang geen prestaties zijn verricht, er geen loon verschuldigd is⁵⁰⁹. Coehorst verwijst in dat verband naar oude Hoge Raad-arresten⁵¹⁰. Nadien is artikel 6:58 e.v. BW tot stand gekomen, op grond waarvan van belang is aan wie het crediteursverzuim moet worden toegerekend. Toch verkeert de opdrachtnemer die niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn werk te verrichten in onzekerheid voor wat betreft zijn loonaanspraken, zowel tijdens de opdrachtrelatie, als in het geval de opdrachtgever die relatie op een vernietigbare wijze⁵¹¹ beëindigt.

In de situatie dat de opdrachtovereenkomst voortijdig beëindigd wordt, kent de wet aan de opdrachtnemer in sommige situaties wel een vergoeding ter zake van gederfde inkomsten toe⁵¹². Vooropgesteld zij echter dat als uitgangspunt geldt dat de opdrachtgever de overeenkomst te allen tijde kan opzeggen (art. 7:408 lid 1), terwijl dit voor de professionele opdrachtnemer niet het geval is (art. 7:408 lid 2)⁵¹³. De opdrachtnemer aan wie de opdrachtovereenkomst wordt opgezegd, heeft slechts in specifieke situaties aanspraak op een vergoeding.

Art. 7:411 bepaalt hiertoe in lid 1 dat, indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, de opdrachtnemer recht heeft op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Bij de bepaling hiervan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft, en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd. Lid 2 bepaalt vervolgens dat in het in lid 1 bedoelde geval de opdrachtnemer slechts recht heeft op het volle loon, indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op de omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag worden de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht.

Allereerst is van belang vast te stellen op welke situaties art. 7:411 betrekking heeft. Het artikel geeft een dubbel vereiste, waarbij er voor ieder daarvan twee mogelijkheden zijn: in theorie geeft dat vier mogelijke situaties. Gelet op de woordkeuze lijkt het er echter op dat op slechts twee situaties wordt gedoeld, namelijk dat de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is voltooid en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging van de opdracht, én de situatie dat de opdracht eindigt voordat de tijd waarvoor zij is aangegaan is verstreken en de verschuldigdheid van loon van dat verstrijken der tijd afhankelijk is.

Het eerste geval is duidelijk: aan een journalist wordt de opdracht gegeven een artikel te schrijven over de druivenpluk in Vouvray. De journalist treft zijn voorbereidingen en gaat op pad, en voor hij het artikel heeft kunnen inleveren wordt de opdracht ingetrokken. Onder vermindering van de uitgespaarde kosten heeft hij dan aanspraak op de overeengekomen beloning.

⁵⁰⁸ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 68, nr. 83; zo ook reeds Coehorst 1977, p. 50

⁵⁰⁹ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 64.

⁵¹⁰ Coehorst 1977, p. 43; HR 5 april 1918, NJ 1918, pag. 573 en HR 9 december 1932, NJ 1933, pag. 300

⁵¹¹ in verband met het BBA

⁵¹² dit artikel 411 kwam in het voorontwerp niet voor In het door Coehorst in 1977 geschreven en op dat voorontwerp gebaseerde proefschrift wordt de situatie van loonaanspraken in geval van de voortijdig beëindigde opdracht daarom in het geheel niet besproken.

⁵¹³ In het voorontwerp (art. 7.7.1.10) was dit anders: daar was dwingend bepaald dat ieder der partijen te allen tijde de opdracht door opzegging kan doen eindigen (vgl. Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 79)

Het tweede geval ziet op een opdracht die voor een bepaalde tijd is verleend, en waarbij de verschuldigdheid van het loon afhankelijk is van het verstrijken van die tijd. Uit de wettekst wordt niet aanstonds duidelijk of het laatste gedeelte van voorgaande zin ook tijdsevenredig mag worden opgevat: geldt als voorwaarde voor de toepasselijkheid van art. 7:411 dat slechts bij het verstrijken van de overeengekomen het totale loon verschuldigd is, en daarvoor niets, óf geldt artikel 411 ook wanneer weliswaar bij het verstrijken van de tijd het gehele loon moet worden betaald, maar ook halverwege die tijd al recht bestaat op een gedeelte van het loon, bijvoorbeeld de helft? Gelet op de praktijk van dienstverleners, die voor hun diensten op uurbasis factureren lijkt de laatste lezing beter aan te sluiten bij de praktijk, maar de wettekst biedt die zekerheid niet. In de MvT is zelfs opgemerkt dat deze bepaling toepassing mist bij opdrachten die duurovereenkomsten vormen in die zin, dat de honorering plaats vindt op basis van tijdseenheden. Asser-Kortmann acht die beperking ongelukkig, en ik wil mij daarbij aansluiten. Indien voor die situaties art. 7:411 niet geldt, is namelijk de vraag wat in die situaties dan wel geldt? Artikel 7:408 geeft als hoofdregel 'geen arbeid geen loon'. Artikel 7:411 geeft in lid 2 een mogelijkheid tot het matigen van de loonaanspraak, door naast andere, het element redelijkheid toe te voegen. Indien art. 7:411 wél op die duurovereenkomst/uurloon-situaties slaat, zou dat kunnen betekenen dat de vraag of een muzikleraar aanspraak heeft op betaling van zijn loon, wanneer de leerling kort van te voren een les afzegt, - bij gebreke aan expliciete afspraken hierover - afhangt van de mogelijkheid voor die leraar om in dat uur nog aan iemand anders les te geven. Op die manier komt een systeem in beeld dat het stelsel van art. 7: 627/628 BW nadert. Zoals aangegeven: daartoe is wel nodig dat afstand wordt genomen van de opvatting in de MvT, en daarmee wellicht ook van de algehele teneur van boek 7 titel 7, waar het vooral de opdrachtgever is die wordt beschermd, in plaats van de opdrachtnemer. Herhaald zij ook dat art. 7:411 slechts ziet op het betalingsverplichting bij een voortijdig einde van de opdracht, en niet op crediteursverzuim tijdens een lopende opdracht.

Wáárom aan de opdrachtnemer maar een gedeeltelijke bescherming wordt gegeven, en het vooral de opdrachtgever is op wie de wetgever zich richt, blijkt niet al te duidelijk uit de wetsgeschiedenis⁵¹⁴. Als reden wordt – bij de bepaling omtrent het door de beide partijen te allen tijde moeten kunnen opzeggen - nog aangevoerd “dat de autonomie van de menselijke persoon medebrengt dat hij te allen tijde een dienstverlening van een ander te zijnen behoeve moet kunnen beëindigen, en dat hij aan een dienstverlening zijnerzijds steeds een einde moet kunnen maken”⁵¹⁵. De reden voor de wetgever om de bepaling te wijzigen was te voorkomen dat de particuliere opdrachtgever in geval van opzegging schadeloos zou worden. Vandaar ook de bepaling dat van art. 7:411 niet ten nadele van de niet-professionele opdrachtgever worden afgeweken (art. 7:413 lid 2). Waaronder de opdrachtnemer dan niet méér tegen de professionele opdrachtgever wordt beschermd komt niet aan de orde.

16.4 Loon agent

Van oudsher is de rechtspositie van de agent gedetailleerd geregeld; de agent werd op een met de positie van de werknemer enigszins vergelijkbare manier beschermd, waarbij echter wel rekening werd gehouden met zijn specifieke situatie. De agent ontvangt zijn beloning voor een belangrijk deel als commissie voor door zijn toedoen gerealiseerde verkopen. Om te kunnen controleren of hij wat dat betreft correct wordt betaald, moet hij inzicht hebben in het resultaat van zijn inspanningen en daarmee zijn aanspraak op beloning. Hoewel de agent een eigen rechtspositie had die was neergelegd in het Wetboek van Koophandel, is de agentuurovereenkomst bij de Wet van 27 mei 1993⁵¹⁶, per 1 september 1993, species van de opdrachtovereenkomst geworden. De betaling aan de agent is in vergelijking met die van de opdrachtnemer nauwkeurig geregeld. Art. 7:430 bepaalt dat de handelsagent recht heeft op provisie voor de overeenkomsten die

⁵¹⁴ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen over de uiteindelijke regeling waarbij de opzegmogelijkheid in beginsel slechts aan de opdrachtgever toekomt: de zin van deze wettelijke regeling is niet duidelijk, pag. 80

⁵¹⁵ Toelichting op het voorontwerp, pag. 994, geciteerd in Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 79

⁵¹⁶ Stb 309

tijdens de duur van de agentuurovereenkomst tot stand zijn gekomen, indien de overeenkomst direct dan wel indirect (achteraf) door zijn tussenkomst tot stand is gekomen. Provisie is een ultieme vorm van stukloon: de agent heeft er daarom belang bij dat hij volop in de gelegenheid wordt gesteld omzet te maken. Wanneer de principaal voorziet dat in mindere mate dan verwacht mocht worden, overeenkomsten door de agent kunnen worden afgesloten – bijvoorbeeld als gevolg van gewijzigde marktomstandigheden – dan dient de principaal de agent hier daarom onmiddellijk op te wijzen (art. 430); op de principaal rust daarmee ook een vorm van ‘goed werkgeverschap’.

Omdat de agent afhankelijk is van zijn omzet, is het relevant dat de Wet Minimum Loon en Minimumvakantiebijslag van toepassing kan zijn⁵¹⁷.

Omdat de agent voor zijn loon afhankelijk is van de door hem gegenereerde omzet (te weten de door zijn tussenkomst afgesloten overeenkomsten) is in art. 7:431 gedetailleerd geregeld welke overeenkomsten als zijn omzet meetellen, en welke niet. De wet regelt de situatie van de overeenkomsten die gesloten worden vlak na het einde van de agentuurovereenkomst en waarvoor naar mag worden aangenomen de agent inspanningen heeft gepleegd. Om de agent inzicht te verschaffen over die voor hem belangrijke door de principaal uiteindelijk afgesloten overeenkomsten moet de principaal schriftelijk informatie verstrekken over de iedere maand verschuldigde provisie, alsmede aan de agent inzage geven in de relevante bewijsstukken. Ook kent de afdeling een met artikel 7:628 BW vergelijkbare bepaling, namelijk in geval de agent niet of minder dan gebruikelijk heeft gewerkt (en dus geen of minder dan gebruikelijk overeenkomsten heeft afgesloten) als gevolg van een omstandigheid die voor rekening van de principaal komt terwijl de agent wel tot werken bereid was (art. 7:435). De situaties die voor rekening van de principaal komen, doen denken aan de situaties die ex art. 7:628 BW in de risicosfeer van de werkgever liggen⁵¹⁸.

16.5 Conclusie

Een vergelijking van het loon van de werknemer en dat van de opdrachtnemer en een beoordeling van die verschillen leidt tot het volgende:

1. Bij een vergelijking tussen de positie van de werknemer en de opdrachtnemer moet allereerst worden vastgesteld om welke opdrachtnemers het gaat. De wettelijke regeling maakt onderscheid tussen de opdrachtnemer die werkt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, en degene die dat niet doet. In het navolgende zal ik hen aanduiden als de professionele en de niet-professionele opdrachtnemer. Volgens Asser-Hartkamp dient – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis - het begrip professionele opdrachtnemer ruim te worden opgevat. Ik wil mij daar bij aansluiten. Ten aanzien van hen is in beginsel loon verschuldigd. Het verrichten van diensten om niet (vriendendienst) kan niet te snel worden aangenomen. Om die reden beschouw ik zowel de afhankelijke als de onafhankelijke opdrachtnemer als opdrachtnemer handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf.
2. De positie van de ‘werker’ verschilt sterk al naar gelang sprake is van het verrichten van werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst of op basis van een opdrachtsovereenkomst. (i) Aan de werknemer wordt zowel door de WMM, maar voor een zeer groot aantal werknemers ook door een op hen toepasselijke CAO, loon op een bepaald niveau gegarandeerd; voor de opdrachtnemer kan de WMM gelden, maar zijn er geen CAO’s. Wanneer de opdrachtnemer geen loon heeft afgesproken geldt de redelijkheid als ondergrens. (ii) Artikel 628 biedt de werknemer in iets sterkere mate dan de gewone debiteur die met crediteursverzuim wordt geconfronteerd, aanspraak op doorbetaling van loon. Voor zo ver de werknemer voor zijn levensonderhoud van loon afhankelijk is, is dat alleszins te billijken; dat voorkomt dat een werknemer in zo’n situatie snel bij collectieve voorzieningen moet aankloppen. Voor salarissen boven het niveau dat

⁵¹⁷ namelijk in geval de handelsagent doorgaans voor één opdrachtgever werkt, het verlenen van bemiddeling tot zijn hoofdberoep heeft en hij zich doorgaans niet door meer dan twee andere personen laat bijstaan. (art. 2 lid 2 WMM)

⁵¹⁸ bijv. Rb Amsterdam 27 maart 1962, NJ 1962, 443; Rb Amsterdam 6 februari 1980, NJ 1980, 459

een directe band met het kunnen bekostigen van levensonderhoud en andere vaste verplichtingen (huur/hypotheek/aflossingen) voor de hand ligt, geldt dat argument niet en zou art. 7:628 ook na ommekomst van zes maanden arbeidsovereenkomst niet per se dwingend rechtelijk hoeven te zijn. Voor de opdrachtnemer kan zijn aanspraak op doorbetaling van loon in geval van niet werken worden weggecontracteerd. Voor de afhankelijke opdrachtnemer kan dat onbillijk uitwerken. (iii) Op niet-tijdig betalen aan een werknemer staat de zware sanctie van art. 7:625: een boete tot maximaal 50% van het te laat betaalde bedrag. Deze sanctie is gerechtvaardigd daar waar het gaat om loonbetaling tot een niveau dat het voorzien in levensonderhoud en andere vaste verplichtingen (huur/hypotheek/energie) daarvan afhankelijk is. Vanuit die gedachte past het dwingendrechtelijk karakter van art. 7:625 goed bij de wat lagere lonen, en past het minder bij de hoge lonen. Voor de opdrachtnemer geldt een dergelijke sanctie in het geheel niet, tenzij dat door partijen zelf is overeengekomen. (iv) Voor de werknemer kan zijn loonvordering niet worden gematigd, tenzij volledige toewijzing tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden. Indien de opdracht door de opdrachtgever voortijdig wordt beëindigd, heeft de opdrachtnemer slechts recht op hooguit een naar redelijkheid vast te stellen gedeelte van het gederfde loon.

3. Alle werknemers worden voor wat betreft hun loonbetaling in gelijke mate beschermd. De weinige bepalingen in de regeling van de opdrachtovereenkomst beschermen veeleer de opdrachtgever, en vooral de niet-professionele opdrachtgever, en niet de professionele opdrachtnemer. Dat de niet-professionele opdrachtgever beschermd wordt tegenover de professionele opdrachtnemer is vanuit het oogpunt of naar analogie van consumentenbescherming begrijpelijk. Ten onrechte wordt in de wettelijke regeling echter bij de groep professionele opdrachtnemers geen onderscheid gemaakt tussen de 'afhankelijke' en de 'onafhankelijke' opdrachtnemer. Niet goed te begrijpen is het dat in de relatie professionele opdrachtgever en afhankelijke opdrachtnemer hoofdzakelijk de eerste wordt beschermd, en niet de laatste.
4. De wettelijke regeling omtrent de loonbetaling voor de agent doet sterk denken aan die voor de werknemer met dien verstande dat de agent geen aanspraak kan maken op een bijzondere wettelijke verhoging bij niet-tijdige betaling. De reden hiervan kan zijn dat het bedrag aan te ontvangen provisie sterk wisselt, en dus een vast maandelijks te betalen bedrag niet aan de orde is. Ook zou een reden kunnen zijn dat de wetgever veronderstelt dat de agent niet zo afhankelijk is van de stipte ontvangst van zijn loon, dat een hoge sanctie zoals de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW daarom niet nodig is. De wetgeschiedenis en jurisprudentie bieden hierover geen uitsluitsel.
5. Uit het hierboven onder 1 tot en met 3 gestelde blijkt dat de hooggeplaatste werknemer ten aanzien van de betaling aan loon de bescherming krijgt van alle dwingendrechtelijke bepalingen van afdeling 2 van boek 7, titel 10, terwijl de professionele opdrachtnemer, zowel de afhankelijke als de onafhankelijke, op dit punt vrijwel geen specifieke bescherming geniet. Dat verschil in behandeling is vooral ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemer, die de betaling in het algemeen genomen voor zijn levensonderhoud onmiddellijk nodig heeft, niet consistent. Immers ook de agent wordt op tal van loonbepalingen wel beschermd. Vanuit de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht zou het daarom voor de hand liggen om ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemer een dwingendrechtelijke met art. 7:628 BW vergelijkbare bepaling in het leven te roepen. Ten aanzien van de hooggeplaatste werknemers (categorie 3 en 4) bestaat minder reden om het dwingend karakter van art. 7:628 BW te handhaven: op basis van hun positie en hun salaris zullen zij veelal in staat zijn voor de situatie van niet-werken voldoende voorzieningen te treffen. Omdat dat van geval tot geval kan verschillen, verdient het ten aanzien van hen aanbeveling de bepalingen omtrent loonbepaling, in het bijzonder art. 7:628 BW van regeland recht te maken. De regel zou aldus kunnen komen te luiden dat voor deze categorieën het huidige regime geldt, maar dat hiervan schriftelijk mag worden afgeweken.

Hoofdstuk 17 Ontslagbescherming⁵¹⁹

17.1 Inleiding

In de komende twee hoofdstukken wordt onderzocht welke ontslagbescherming aan bepaalde groepen werkers wordt gegeven, waarom dat zo is en of de toekenning van die rechten (nog) overeenkomt met de oorspronkelijke bedoeling bij het verlenen van die bescherming.

Ontslagbescherming kent meerdere bronnen, ieder met zijn eigen bereik. Een van de belangrijkste van die bronnen is het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, dat van belang is voor grote groepen werknemers, als ook voor opdrachtnemers. Een andere bron is natuurlijk het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder de artikelen 667 tot en met 686 van boek 7 BW voor de werknemer, 408 tot en met 411 van boek 7 voor de opdrachtnemer en 436 tot en met 442 boek 7 voor de agent.

Een belangrijk kenmerk van het huidige Nederlands ontslagrecht is de preventieve toets die in het merendeel van de ontslagsituaties plaatsvindt voordat het ontslag effect heeft. Deze preventieve werking heeft bij uitstek een vorm gevonden in het BBA; dit BBA zal daarom als eerste worden beschreven. Van de zes categorieën werkenden uit de vraagstelling zal worden onderzocht in hoeverre zij onder het bereik van het BBA vallen. Vervolgens komen de elementen van de ontslagbescherming zoals in boek 7 titel 10 van het Burgerlijk Wetboek aan werknemers gegeven aan de orde. In een volgende paragraaf wordt de civiele regelgeving voor de opdrachtnemer beschreven, en, omdat er voor agenten zulke specifieke andere bepalingen gelden, ook die voor de agent.

Het Nederlandse ontslagrecht kent twee beschermende elementen: (i) het door de werknemer in dienst kunnen blijven en (ii) het aan de werknemer toekennen van ontslagvergoedingen.

Het eerste element neemt in Nederland een belangrijke plaats in: het huidige ontslagrecht is in hoge mate preventief, dat wil zeggen dat voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een externe partij een toets plaats vindt of het ontslag gerechtvaardigd is of niet. Deze externe toets vindt plaats hetzij door (thans) de CWI, als het gaat om het verzoeken van toestemming om de arbeidsovereenkomst door de werkgever te mogen opzeggen, hetzij door de (kanton)rechter, daar waar het gaat om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Twee onderwerpen zijn daarbij van belang: (i) in welke situaties geldt die preventieve toets, en in welke niet en (ii) wanneer wordt er toestemming verleend om het dienstverband te beëindigen dan wel beëindigt de externe derde het dienstverband zelf?

Nadat is uiteengezet waaruit het ontslagrecht in Nederland momenteel bestaat, zal de vraag worden besproken naar het waarom van die ontslagbescherming. In het bijzonder ga ik daarbij in op het 'waarom' van de ontslagvergoedingen, omdat de ontslagbescherming, niettegenstaande het preventief stelsel, in belangrijke mate in een vorm van financiële gedoegdoening tot uitdrukking komt.

Tenslotte wordt dat 'waarom' van de ontslagbescherming per categorie werker afgezet tegen de huidige feitelijke situatie, waarna enkele conclusies kunnen worden getrokken.

17.2 BBA

17.2.1 Inleiding

Een belangrijk onderdeel van het huidige ontslagrecht wordt gevormd door het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). De praktische betekenis van het BBA is thans, dat het de werkgever – behoudens een aantal uitzonderingen, zoals ontslag tijdens de proeftijd – niet is toegestaan de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen, behoudens voorafgaand verkregen toestemming van de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI). Het begrip 'werknemer' in de zin van het BBA loopt niet helemaal synchroon met dat in het Burgerlijk

⁵¹⁹ Ik wil mij niet op voorhand laten ontmoedigen door Bakels, die in SMA 1977 schreef dat het ontslagrecht onder meer gekenmerkt werd door onduidelijk geformuleerde grondslagen.

Wetboek: er zijn groepen werkenden van de werking van het BBA uitgesloten, en andere groepen zijn er aan toegevoegd. Onderzocht zal worden wat daartoe de argumentatie vormt.

Het BBA is tot stand gekomen op 5 oktober 1945⁵²⁰, nadat al in 1940 een voorloper tot stand kwam⁵²¹. Het toestemmingsvereiste richt zich in het BBA zowel op de werkgever als op de werknemer⁵²².

De doelstelling van het BBA is in de loop der tijd veranderd⁵²³. Aanvankelijk lag het accent geheel op de ordening van de arbeidsmarkt, vanaf het midden der jaren vijftig kwam het accent op de bescherming van de positie van de werknemer te liggen⁵²⁴, en vanaf de loop der zeventiger jaren richtte het zich in het bijzonder op de bescherming van zwakke groepen⁵²⁵. Dat per 1 januari 1999 de vergunningsplicht voor de werknemer die wil opzeggen wordt afgeschaft, betekent dan geen materiële wijziging meer.

Dat het arbeidsmarktargument toch niet helemaal aan kracht heeft ingeboet blijkt zowel uit de Hoge Raad-jurisprudentie⁵²⁶ als uit de politiek. De Hoge Raad verklaarde het BBA van toepassing op een arbeidsovereenkomst naar buitenlands recht, doch waarbij de Nederlandse arbeidsmarkt in geding was (de betreffende werknemer zou in geval van ontslag op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvallen)⁵²⁷, terwijl in een situatie waarbij de Nederlandse arbeidsmarkt voor een in Nederland werkzame Amerikaan niet in geding was, het BBA niet van toepassing werd geacht⁵²⁸.

Nog bij de handhaving van de preventieve bestuurlijke ontslagtoets in de Wet Flexibiliteit en zekerheid in 1999, werd van regeringszijde opgemerkt dat een van de redenen voor die handhaving bestond uit het kunnen voeren van arbeidsmarktpolitiek⁵²⁹.

De groepen waarop het BBA zich richt zijn enerzijds ruimer, anderzijds beperkter dan de werknemer die krachtens art. 7:610 BW op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. Deze beperking of uitbreiding van het bereik van het BBA zal worden onderzocht aan de hand van de zes categorieën werkenden uit de vraagstelling van deze studie. Het zoeken naar het waarom van dat bereik wordt enigszins bemoeilijkt doordat vanwege het tijdstip van

⁵²⁰ Stb. 1945, F214

⁵²¹ Het Eerste Uitvoeringsbesluit van de Secretaris Generaal van het Departement van Sociale Zaken ingevolge de verordening no. 8/1940 van de Rijkscommissaris betreffende het beperken van werk; zie hierover: Van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, p. 42-46

⁵²² Tussen 1940 en 1945 wisselde deze opzet enkele malen. Op basis van het Eerste Uitvoeringsbesluit was het de werkgever niet toegestaan anders dan in geval van ontslag op staande voet zonder toestemming de werknemer te ontslaan. Hoewel in de wetenschappelijke discussie die hierover gevoerd werd bedrukt werd dat het hierbij vooral om 'een stukje openbare ordening' ging, betrof het een eenzijdige beperking, alleen opgelegd aan de werkgever. De Rijkscommissaris wijzigde in zijn Verordening van 1 maart 1943 dat karakter en maakte het ontslagverbod tot iets tweezijdigs. De reden daartoe lag in het maximaal gebruik willen kunnen maken van werknemers; die moesten dan niet zonder toestemming ontslag kunnen nemen. In het in het bevrijde Zuiden van Nederland van kracht geworden KB Arbeidsverhoudingen van 17 juli 1944 was het ontslagverbod weer slechts tot de werkgever gericht, terwijl het op 5 oktober 1945 in werking getreden 'huidige' BBA op 29 december 1944 in Londen in die zin was gewijzigd, dat het toestemmingsvereiste zich wederom richtte tot zowel werkgever als werknemer. Het hierbij genoemde praktische motief was het in een krappe arbeidsmarkt kunnen effectueren van de ingevoerde loonstop. Zie hierover naast de dissertatie van Van den Heuvel (1983), Naber (1981), als ook het rapport Afscheid van het Duale Ontslagstelsel, p. 17/19

⁵²³ Het rapport Afscheid van het duale ontslagstelsel beschrijft op p. 18 deze wijziging: "...een accentverschuiving opgetreden van bescherming van het algemeen belang naar bescherming van de werknemer tegen opzegging door de werkgever".

⁵²⁴ Dit kwam enerzijds tot uitdrukking door de diverse wetswijziging van 1953, anderzijds doordat de HR op 23 december 1955, NJ 1956, 183 het BBA niet van toepassing acht op de beëindiging met wederzijds goedvinden. Met die opening wordt de vergunningsplicht voor de werknemer die wil opzeggen vrijwel krachteloos.

⁵²⁵ Er werden toen door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Richtlijnen uitgevaardigd aan de toenmalige Directeuren van de Gewestelijke Arbeidsbureaus, onder andere om uitstroom van arbeidsongeschikte werknemers te voorkomen

⁵²⁶ HR 5 juni 1953, NJ 1953,613; HR 8 januari 1971, NJ 1971,129

⁵²⁷ HR 7 september 1984, RvdW 1984,147

⁵²⁸ HR 23 oktober 1987, RvdW 1987,193

⁵²⁹ Memorie van Toelichting, 25 263, TK, nr 3, p. 11

totstandkoming van het BBA geen kamerstukken aanwezig zijn; wel zijn er op basis van het BBA Ministeriële besluiten (met toelichting) uitgevaardigd, en heeft ook de Hoge Raad zich over menig onderdeel gemotiveerd uitgelaten.

17.2.2 De afhankelijke werknemer

Wanneer de afhankelijke werknemer, met een zwakke maatschappelijke positie, een door zijn werkgever erkende arbeidsovereenkomst heeft, is gelet op artikel 1, aanhef en onder b sub 1, het BBA – afgezien van de in artikel 2 genoemde uitzonderingssituaties - van toepassing. Soms zal de werkverschaffer echter niet erkennen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar claimen dat het om een opdrachtovereenkomst of om een overeenkomst sui generis gaat. Indien de arbeidsrelatie geen arbeidsovereenkomst is, kan op grond van artikel 1, aanhef en onder b sub 2, het BBA ook van toepassing zijn; de uitzonderingscategorieën zijn dan echter ruimer. Het BBA is dan namelijk toch niet van toepassing indien in de regel voor meer dan twee anderen wordt gewerkt, indien de werker zich door meer dan twee anderen laat bijstaan of indien deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is. De eerste en vooral de derde uitzonderingsgrond kunnen voor de zwakke werknemer lastig zijn. De uitsluiting van de bijkomstige werkzaamheden levert bovendien afbakeningsproblemen op: het is namelijk niet duidelijk wanneer daarvan sprake is. Van den Boom⁵³⁰ stelt voor deze ondergrens op vijf uur te stellen. Zij baseert dat op het criterium van art. 16 lid 1 WW, waarbij er minimaal vijf uur arbeidsuren verloren moeten gaan – of tenminste de helft van de arbeidsuren -, wil een recht op een WW-uitkering kunnen ontstaan. Naber⁵³¹ stelde voor om aansluiting te zoeken bij de destijds geldende ondergrens in de Wet Minimumloon en Vakantiebijslag, te weten 1/3^e deel van de reguliere werkweek (die op dat moment 40 uur per week was). Ik zou een arbeidsovereenkomst voor twaalf uur per week echter niet als bijkomstige werkzaamheid willen aanmerken. Van de afhankelijke werknemers is op grond van artikel 2, lid 1 aanhef en onder d, expliciet van het BBA uitgesloten het huishoudelijk personeel dat doorgaans op minder dan drie dagen per week uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van een natuurlijk persoon verricht. Genoemde uitzondering werd vanwege het aanvankelijk sexediscriminerend karakter (alleen vrouwelijk huishoudelijk personeel werd uitgesloten) in 1988 tot de huidige vorm gewijzigd. In de Memorie van Toelichting van het betreffende wetsontwerp werd als reden voor de uitzondering genoemd dat overheidsbemoeienis bij werkzaamheden van geringe omvang in de privé-sfeer niet gewenst is⁵³². Voor wat betreft het dagen criterium wordt daarbij verwezen naar de benedengrens voor de sociale verzekeringsplicht⁵³³. Overtuigend vind ik dit argument niet: een dienstbetrekking van 16 of 18 uur per week (twee dagen van acht of negen uur) zou ik niet van geringe omvang willen noemen. Dat het privé-karakter van de betreffende werkzaamheden een belangrijk argument kan vormen om de BBA-toestemming te verlenen, wil ik graag erkennen, maar vormt mijns inziens geen overtuigende reden die ontslagbescherming bij voorbaat uit te sluiten. Ook de bakker met één personeelslid met wie in een zeer kleine ruimte moet worden samengewerkt, ervaart het hoogst persoonlijk karakter van de samenwerking. De Hoge Raad gaat echter nog verder dan de Minister: het college acht de aard van de verrichte werkzaamheden beslissend, niet wie de formele werkgever is. Derhalve is van de bescherming van het BBA uitgesloten de werknemer die formeel in dienst was van de vennootschap, maar feitelijk huishoudelijke werkzaamheden verrichtte bij een van de directeuren van die vennootschap thuis⁵³⁴. Voor genoemd huishoudelijk personeel bestaat geen alternatief in de zin van preventieve ontslagbescherming. Voor zo ver dit personeel werkt op basis van een arbeidsovereenkomst, heeft het daarmee slechts de bescherming van art. 7:681 BW, die tegen een kennelijk onredelijk ontslag.

⁵³⁰ Van den Boom 1992, p. 61; het voorstel wordt door Van Dongelen & Van Rijs 2003 niet herhaald

⁵³¹ Naber 1981, p. 82

⁵³² TK 19 810, nr 3.

⁵³³ Bedoeld zal zijn de dagengrens zoals genoemd in KB 1986, 655

⁵³⁴ HR 23 november 1990, NJ 1991,199

17.2.3 De 'gewone' werknemer

Het BBA is in beginsel van toepassing op alle 'gewone' werknemers. Er zijn echter een aantal categorieën 'echte' werknemers voor wie het BBA niet geldt. Deze groepen zijn te vinden in art. 2 BBA (lid 1, aanhef en onder a, b,c en d), als ook in Ministeriële Besluiten op basis van art. 2 lid 2 BBA, en verder de Ministeriële Besluiten op basis van art. 6 lid 9 BBA. In art. 2 lid 1 zijn genoemd (i) werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam; (ii) onderwijzend personeel, (iii) personen die een geestelijk ambt vervullen, (iv) huishoudelijk personeel. Voor dit onderzoek is van belang art. 2 lid 2 op grond waarvan (v) tot 1994 het vaste personeel in dienst van de Nederlandse Spoorwegen NV van het BBA was uitgesloten en thans nog (vi) het niet-onderwijsgevend personeel dat net als het onderwijsgevend personeel op basis van het rechtspositiebesluit onderwijsgevend personeel terecht kan bij de Commissie van Beroep. Zoals hierboven aangegeven zijn er geen kamerstukken aangaande de totstandkoming van het BBA, en dus ook niet met betrekking tot de (reden van de) uitzonderingen genoemd onder (i) tot en met (iv). Uitzondering (iv) is echter in 1988 wel aangepast, zodat daarover parlementaire stukken beschikbaar zijn. Op het uitzonderen van het NS-personeel en het reeds beschermde niet-onderwijsgevend personeel is ook van overheidswege toelichting gegeven.

Teneinde te achterhalen wat de reden is van de betreffende uitzonderingen worden deze een voor een besproken.

In de literatuur worden enkele argumenten aangetroffen op grond waarvan werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam van de toepasselijkheid van het BBA zijn uitgezonderd. Als een argument wordt genoemd dat 'de overheid' er geen behoefte aan zou hebben dat een ander overheidsorgaan niet zijnde een rechter (destijds de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau, van 1 januari 1991 tot 1 januari 1999 de Minister van SZW, vanaf 1 januari 1999 de regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, thans de CWI) het ontslagbeleid zou moeten beoordelen⁵⁵⁵. Daaraan verwant is de gedachte dat de overheid zelf (in plaats van de CWI) de afweging kan maken of het voorgenomen ontslag redelijk is. Een ander (ouder) argument bestaat er uit dat het overheidspersoneel al vóór 1945 ontslagbescherming had, en dus geen behoefte meer had aan de bescherming van het BBA.

Er bestaat regelmatig onduidelijkheid over het bereik van de uitzondering onder (i). Dat is begrijpelijk, omdat er niet een eenduidige definitie is wat onder 'een publiekrechtelijk lichaam' moet worden verstaan. Tot rechtspraak en nadere regelgeving leidde de positie van personeel van (destijds) TNO, de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR), en de bedrijfsvereniging en GMD oude stijl.

Volgens de Kantonrechter Den Haag⁵⁵⁶ moet de bij wet in leven geroepen Nijverheidsorganisatie Technisch Natuurwetenschappelijk Onderzoek (TNO) beschouwd worden als publiekrechtelijk lichaam; de aldaar werkzamen hebben echter ook geen ambtelijke status, zodat betrokkenen zowel de ambtelijke- als de BBA-bescherming zouden missen. Om dat te voorkomen werd op verzoek van TNO door de toenmalige Directeur-Generaal Arbeidsvoorziening een instructie uitgevaardigd, op grond waarvan aanvragen tot ontslagvergunning van TNO in behandeling moesten worden genomen als ware het BBA van toepassing⁵⁵⁷; blijkbaar hielden TNO en RDA zich daaraan en pasten zo het BBA vrijwillig toe. Een soortgelijke handelwijze werd toegepast ten aanzien van de bedrijfsverenigingen en het GMD oude stijl. Ook hier speelde een rol dat bij gebreke aan ambtelijke bescherming, betrokken werknemers enigerlei vorm van preventieve ontslagbescherming diende toe te komen. Vreemd genoeg had de Hoge Raad zowel in 1971 als in 1985 geen boodschap aan deze beschermingsgedachte. Bij het Sint Catharina Gasthuis lag het aanname- en ontslagbeleid volledig in handen van de (gemeentelijke) overheid, en zulks was voor

⁵⁵⁵ Hiermee is overigens niet te rijmen de omstandigheid dat het CWI-personeel zelf op basis van een arbeidsovereenkomst werkt, en ook onder de werking van het BBA valt

⁵⁵⁶ 23 december 1960, SMA 1962, p. 655-656

⁵⁵⁷ Richtlijn 5 december 1979, Arbvo/JURA nr. 217 739

de Hoge Raad reden om ten aanzien van het personeel van deze privaatrechtelijke stichting het BBA niet van toepassing te verklaren⁵³⁸ terwijl de betrokken medewerker ook niet de ambtelijke status had. Ook in 1985 werd een zelfde redenering toegepast op het personeel van het CBR, die daarmee ook preventieve ontslagbescherming ontbeerde⁵³⁹. Omdat het CBR nadien van structuur veranderde, vond de rechtbank Den Haag op een later moment het BBA weer wel van toepassing, maar de kantonrechter Arnhem niet⁵⁴⁰. Opvallend zijn genoemde beslissingen van de Hoge Raad uit 1971 en 1985 omdat enkele jaren later, op 20 juni 1997⁵⁴¹ het tussen wal en schip dreigen te vallen door mevrouw Assmann voor de Hoge Raad wel met zoveel woorden aanleiding was Assmann een arbeidsrechtelijke status toe te kennen. Assmann was in 1983 aangesteld als ambtenaar bij de Gemeente Zaanstad. Het bejaardentehuis waar zij werkte werd in 1989 geprivatiseerd en zij werd voor onbepaalde tijd in een functie bij de het bejaardentehuis exploiterende stichting geplaatst. Toen de Gemeente haar nadien wilde ontslaan oordeelde de Centrale Raad van Beroep haar niet-ontvankelijk, omdat zij vanwege de blijvende plaatsing in een definitieve functie bij de stichting haar ambtelijke status had verloren. Hoewel Assmann zich gedurende de jarenlang durende CRvB-procedure nimmer op het standpunt had gesteld dat zij met de stichting een arbeidsovereenkomst had, kent de Hoge Raad haar toch de op een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst gebaseerde ontslagvergoeding toe. Een redelijke wetstoepassing brengt volgens de Hoge Raad mee dat het aan de burgerlijke rechter is in een dergelijk geval ontslagbescherming te bieden. Of betrokkene zelf een dergelijke (arbeids)overeenkomst wilde doet niet ter zake. Art. 6 EVRM brengt volgens de Hoge Raad immers mee dat een ieder er aanspraak op heeft dat hem tegen schorsing of ontslag uit zijn dienstbetrekking beroep op de rechter open staat en vergt voorts dat de desbetreffende regeling van rechtsbescherming doeltreffend is en waarborgen tegen verwarring en misverstanden biedt. De Hoge Raad zegt hiermee overigens niet dat die rechtsbescherming per se preventief moet zijn. Ook de van het BBA uitgezonderden die geen aparte vorm van ontslagbescherming hebben en slechts kunnen terugvallen op de bepalingen van art. 7:611 en 7:681 BW, hebben een aanspraak op de rechter ter zake van ontslag. Het bijzondere van Assmann was dat zij dreigde bij geen enkele rechter terecht te kunnen.

Dat betrokkenen op enigerlei vorm van preventieve ontslagbescherming dienen te hebben, en dat het BBA hierbij als vangnet fungeert, blijkt uit de regelgeving omtrent het niet-onderwijsgevend personeel. Niet-onderwijsgevend personeel van een niet-publiekrechtelijk lichaam valt niet onder de uitzonderingen van art. 2 lid 1 sub a en b BBA. Omdat de meesten van hen tegen een ontslagbesluit toch beroep kunnen instellen bij een zogenaamde Commissie van Beroep⁵⁴², heeft de Minister van SZW deze groep krachtens art. 2 lid 2 van de toepassing van het BBA uitgesloten⁵⁴³.

Onderwijsgevend personeel is zoals aangegeven van de toepassing van het BBA uitgesloten; de vraag dient zich aan waarom. Volgens de Hoge Raad is de achtergrond hiervan de vrijheid van onderwijs te waarborgen⁵⁴⁴. Om die reden moet het begrip 'onderwijs' ruim worden uitgelegd, hetgeen tot gevolg kan hebben dat betrokkenen uitgesloten zijn van de bescherming van het BBA, zonder een andere vorm van preventieve ontslagbescherming te hebben. De Hoge Raad gaat zelfs verder, wanneer in 1992 geoordeeld wordt dat ook van de toepassing van het BBA zijn uitgesloten diegenen die het geven van onderwijs slechts als deel van hun taak hebben⁵⁴⁵. In de literatuur⁵⁴⁶ werd naar aanleiding hiervan verondersteld dat deze lijn daarmee ook doorgetrokken zou moeten worden naar beroepsgroepen als rij- en zweminstructeurs, tennisleraren e.d. Gelet op

⁵³⁸ HR 15 januari 1971, NJ 1971,305

⁵³⁹ HR 24 mei 1985, NJ 1985,701

⁵⁴⁰ Rechtbank Den Haag, 25 maart 1993, Prg. 1993, 3681; Kantonrechter Arnhem 17 januari 1994, KG 1994,169

⁵⁴¹ HR 20 juni 1997, JAR 1997/154

⁵⁴² Krachtens art. 52 WVO, Stbl. 1992,662

⁵⁴³ Besluit 17 juni 1987, Stcr. 1987,135

⁵⁴⁴ HR 19 oktober 1979, NJ 1980,57

⁵⁴⁵ HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725

⁵⁴⁶ Van den Boom (Arbeidsovereenkomst), art. 2 BBA, aant. 5; Van Rijs (POR), C. 30, 2.2.2.

het arrest van 10 november 2000⁵⁴⁷ aangaande een tennislerares is die veronderstelling (vanuit het oogpunt van rechtsbescherming: gelukkig) onjuist gebleken, zonder dat het aspect ‘onderwijs’ overigens aldaar door een der betrokkenen expliciet werd genoemd. De rechtbank kwalificeerde de opdrachtovereenkomst in casu als vallend onder art. 1 BBA en bekommerde zich niet om de uitzondering van art. 2. Opvallend is wel dat daar waar Advocaat-Generaal Strikwerda sprak over een tennislerares (overweging 2 onder i), de Hoge Raad haar kwalificeert als ‘trainster’ (overweging 3.1.), daarmee de casus uit de sfeer van het onderwijs halend.

Personen die een geestelijk ambt vervullen, worden krachtens art. 2 lid 1 sub c van de toepassing van het BBA uitgesloten. De reden hiertoe houdt – uiteraard - verband met de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van godsdienst. De Hoge Raad motiveerde dit in 1986⁵⁴⁸ aldus, dat de uitzonderingsbepaling van art. 2, lid 1 onder c, BBA is ingegeven door de wens elke vorm van overheidsbemoeienis met de arbeidsverhouding van geestelijke ambtsdragers te vermijden in verband met de godsdienstvrijheid. Advocaat-Generaal Koopmans wijst er in 1994⁵⁴⁹ op dat de in 1945 op overtreding van het BBA gestelde sancties (de nietigheidssancties konden zelfs via lijfswang of dwangsom worden geëffectueerd) sinds 1953 naar zijn mening niet voldoende klemmend meer zijn om ook voor de toepassing van het commune arbeidsrecht een algemene uitzondering aan te nemen voor geestelijke ambtsdragers. De Hoge Raad oordeelt in het bij deze conclusie behorende arrest dat het geestelijk karakter van de arbeidsovereenkomst van in casu een imam zich er niet tegen verzet dat ten aanzien van de overige, niet-geestelijke aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsrelatie, en daarmee van een arbeidsovereenkomst. De imam geniet daardoor dus wel arbeidsrechtelijke bescherming. Tot de van het BBA uitgezonderde geestelijken worden in de (lagere) rechtspraak ook gerekend de imam⁵⁵⁰ en de sjocheet⁵⁵¹ (Joods ritueel slachter). Wanneer echter uit de arbeidsrelatie met een imam enkele niet-geestelijke elementen kunnen worden gedestilleerd, zou dat met de arbeidsrelatie met een docent ook mogelijk moeten zijn: de meeste docenten vervullen ook vaak niet-op-de-vrijheid-van-onderwijs-geven betrekking hebbende taken, zoals leerlingbegeleiding.

Op grond van art. 2 lid 2 waren tot 12 februari 1994 van de toepassing van het BBA uitgesloten de vaste personeelsleden van de Nederlandse Spoorwegen NV⁵⁵². De achtergrond daarvan was een hele oude, namelijk dat voor het Spoorwegpersoneel sinds 1907 een eigen regeling bestond aangaande de toepasselijkheid van de Wet op de Arbeidsovereenkomst.

Het BBA sluit dus voor wat betreft de gewone werknemers van de preventieve ontslagbescherming een aantal categorieën uit. Dat betreft in de eerste plaats diegenen op wie een andere vorm van ontslagbescherming van toepassing is (zij die in dienst zijn van een publiekrechtelijk lichaam, en ook het niet-onderwijsgevend personeel) en in de tweede plaats diegenen ten aanzien van wie grondwettelijke rechten van anderen in het geding zijn (vrijheid van godsdienst, vrijheid van onderwijs). Slechts voor huishoudelijk personeel geldt niet zo’n alternatief of zwaarwegend argument.

17.2.4 De hoog betaalde werknemers

Het BBA maakt geen enkel onderscheid naar de positie van de werknemer, anders dan de hierboven genoemde uitzonderingen voor overheids-, onderwijsgevend- en geestelijk personeel, alsmede de hierna te bespreken statutair directeur.

⁵⁴⁷ HR 10 november 2000, JAR 2000/250

⁵⁴⁸ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 702

⁵⁴⁹ Conclusie bij HR 17 juni 1994, JAR 1994/152

⁵⁵⁰ Rechtbank Amsterdam, 8 december 1983, KG 1983, 1352

⁵⁵¹ Ktr Amsterdam 14 december 1994, JAR 1995/10

⁵⁵² Beschikking 30 juli 1946, Strct. 1946,148; Besluit 8 februari 1994, Strct., 1994,30

17.2.5. De statutair directeur

Krachtens het Ministerieel Besluit van 21 november 1972 is de werking van artikel 6 uitgesloten voor de statutair directeur van de NV en de BV. Als enige reden wordt in het betreffende Ministerieel Besluit⁵⁵³ genoemd de bijzondere positie die zij innemen. De Hoge Raad⁵⁵⁴ breidt deze uitsluiting van art. 6 BBA ook uit tot bestuurders van buitenlandse vennootschappen. De Hoge Raad geeft hiertoe (anders dan het Gerechtshof in kwestie) geen ander argument dan dat uit het Ministerieel Besluit niet blijkt dat de minister de reikwijdte hiervan heeft willen beperken tot bestuurders van vennootschappen naar Nederlands recht. Ook een bestuurder naar vreemd recht valt daarom onder de uitsluiting van art. 6 BBA, tenzij het gaat om een vreemd recht waar de positie van de bestuurder van een door dat recht beheerste vennootschap zo wezenlijk verschilt van de positie van een Nederlandse NV of BV, dat gezien doel en strekking van het Besluit, dat verschil zich tegen toepassing van het besluit verzet. Wat echter ‘doel en strekking’ van het besluit zijn, is niet geheel duidelijk. Het Hof had gesteld dat de ratio van deze ontheffing gelegen is in de bijzondere positie van bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen. “Een voorafgaande overheidstoetsing strookt niet met de vennootschapsrechtelijke structuur, waarbij de algemene vergadering van aandeelhouders (of een ander orgaan dat de bestuurders benoemt) beslist of iemand nog langer als bestuurder en daarmee ook als vertegenwoordiger van de vennootschap kan optreden.”⁵⁵⁵ Die redenering lijkt in ieder geval te miskennen dat naar huidig recht de vennootschapsrechtelijke positie van de statutair directeur dient te worden losgekoppeld van diens arbeidsrechtelijke positie.

17.2.6 De afhankelijke opdrachtnemer

De belangrijkste uitbreiding die het BBA kent ten opzichte van de ‘gewone’ werknemer in de zin van art. 7:610 BW, is dat blijkens art. 1 BBA, aanhef en onder b, sub 2, onder het begrip ‘werknemer’ in de zin van het BBA óók valt ‘degene, die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan, of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is’. Zoals in hoofdstuk 1 aangegeven zal de opdrachtnemer, die maatschappelijk gezien afhankelijk⁵⁵⁶ is van zijn opdrachtgever, vaak aan het in het BBA neergelegde criterium voldoen⁵⁵⁷. In het BBA wordt evenwel niet aangegeven wanneer van ‘in de regel’ voor meer dan twee andere werken sprake is. Hoewel er jaarlijks toch vele duizenden opdrachtnemers zijn die voldoen aan genoemde BBA-criteria en die niet vallen onder de hierna te noemen uitzonderingen en aan wie de betreffende overeenkomst wordt opgezegd, wordt er door hen zelden een beroep gedaan op de vernietigbaarheid van die opzegging. De conclusie daaruit zou kunnen zijn, dat de betreffende regel niet als ‘geldend recht’ wordt ervaren. Ook om die reden is over deze uitbreiding weinig jurisprudentie gepubliceerd⁵⁵⁸. Toch is het niet slechts een stoffige bepaling uit de oude doos: de toevoeging bij (weer een uitzondering op) een van de drie uitzonderingen over het geregistreerd partnerschap is modern.

⁵⁵³ Besluit Minister van Sociale Zaken, 21 november 1972, Stcrt. 1972, 234

⁵⁵⁴ HR 15 september 1995, JAR 1995/213

⁵⁵⁵ JAR 1995, p. 843, l.k. overweging 3

⁵⁵⁶ Van Drongelen & Van Rijs 2003, p. 34 geven aan: het gaat er in feite om dat diegenen die in een economische afhankelijkheidsrelatie staan, onder de reikwijdte van het besluit worden gebracht

⁵⁵⁷ Levenbach (Kanttekeningen bij het Buitengewoon besluit Arbeidsverhoudingen, SM 1947, p. 39) legde de grens van de toepasselijkheid van het BBA bij het als niet-zelfstandige werken: uitzonderingen daargelaten zouden alle niet-zelfstandigen onder het BBA vallen (weergegeven in Van Drongelen & Van Rijs 2003, p. 34)

⁵⁵⁸ De Memorie van Toelichting in het (nooit behandelde) wetsvoorstel tot afschaffing van art. 6 BBA (zoals kenbaar uit Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut, nr. 10, 1995), was over de uitbreiding ook sceptisch: gewezen wordt op het slechts ‘formele’ karakter van deze uitbreiding van BBA-personenkring, die ‘in de praktijk nauwelijks aan de orde is’; HSI, nr. 10, p. 104/105

De opdrachtnemer op wie het BBA van toepassing is wordt soms BBA-werknemer genoemd. Volgens de kantonrechter Leiden is aan het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid' voldaan wanneer de BBA-werknemer zich 'af en toe' mag laten vervangen⁵⁵⁹; het zich helemaal mogen laten vervangen sluit echter de arbeidsovereenkomst uit⁵⁶⁰, en naar moet worden aangenomen dan ook het BBA-vereiste dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht. De Hoge Raad hanteert in 1969 in het arrest Heger/Geïllustreerde Pers⁵⁶¹ een 'strengere' toepassing, waar wordt aangegeven dat in beginsel doorslaggevend is of de opdrachtnemer zich contractueel heeft verbonden de arbeid persoonlijk te verplichten, in plaats dat deze 'verplichting' uit de feitelijke situatie zou kunnen worden afgeleid. Verhulp kritiseert dit arrest, en geeft aan dat indien partijen feitelijk de bedoeling hebben gehad dat de opdrachtnemer de arbeid persoonlijk moet verrichten, een arbeidsverhouding in de zin van het BBA aangenomen kan worden: wezen gaat immers boven schijn, zo vat hij kortweg samen⁵⁶².

Dat de belangrijkste huidige peiler van het Nederlandse ontslagrecht (de preventieve bestuurlijke ontslagbescherming) in beginsel ook van toepassing is op de afhankelijke opdrachtnemer kan zowel verklaard worden vanuit het arbeidsmarktperspectief, als ook vanuit de beschermingsgedachte. De arbeidsmarkt kan met zich meebrengen, dat deze opdrachtnemers niet 'zomaar' ontslagen kunnen worden: dat geeft maar onrust. De betreffende BBA-werknemer is voor zijn levensonderhoud verder in belangrijke mate afhankelijk van de inkomsten verkregen uit de betreffende arbeidsverhouding. De vraag is dan wel indien aan de BBA-werknemer ontslagbescherming wordt gegeven, in hoeverre die bescherming zich dan ook uitstrekt ten aanzien van het recht op doorbetaling van loon, indien er vervolgens – of tijdens die ontslagprocedure - niet gewerkt wordt als gevolg van een omstandigheid die in de risicosfeer van de werkgever ligt. Krachtens art. 7:628 BW heeft de werknemer dan recht op doorbetaling van loon, maar het equivalent van die bepaling ontbreekt in de opdrachttitle.

Ook de Hoge Raad heeft er recentelijk een aantal malen bij stilgestaan dat er BBA-werknemers zijn. De BBA-werkgever die (na een geweigerde toestemming van de CWI) ontbinding van de overeenkomst wenste, vernam van de Hoge Raad⁵⁶³ dat dat kan op basis van art. 6:258 en 6:260 BW, en dat daarbij op dezelfde grondslag ontbinding kan worden verzocht als voor de BW-werknemer op grond van art. 7:685 BW. Aan analoge toepassing van art. 7:685 BW bestond daarmee geen behoefte (lees: ruimte). Dit arrest Sijthoff/Ouwerkerk is daarom van belang, omdat de Hoge Raad er niet voor kiest de semi-werknemers direct onder de toepassing van de arbeidsrechtelijke artikelen te brengen, maar wel een oplossing voorstaat die materieel op het zelfde neerkomt.

Analoge toepassing van art. 7:680a BW (matiging loonvordering) op de BBA-werknemer kan volgens de Hoge Raad óók niet. Een tennislerares werkte op basis van een opdrachtovereenkomst voor een tennisvereniging. Zonder toestemming van de toenmalige RDA, en mitsdien vernietigbaar, werd de overeenkomst opgezegd. De vereniging trachtte aan zijn doorbetalingsverplichting te ontkomen, met een analoog beroep op art. 7:680a BW. De Hoge Raad wees dat af met het argument dat art. 7:680a BW van recente datum (1 januari 1999) is, deze bepaling niet van toepassing is verklaard op de opdrachtovereenkomst en er om die reden voor analoge toepassing geen grond is. De Advocaat-Generaal Strikwerda had in dat verband er ook op gewezen dat de opdrachttitle zelf ook voorziet in een doorbetalingsverplichting, in art. 7:411 BW.

In de lagere rechtspraak werden tot de BBA-werknemers gerekend de thuisstikster⁵⁶⁴, de tijdschriftbezorger⁵⁶⁵, de handelsagent⁵⁶⁶ (zelfs toen deze vanuit een commanditaire vennootschap zijn werkzaamheden ging verrichten) en de agent⁵⁶⁷.

⁵⁵⁹ Kantonrechter Leiden, NJ 1955,528

⁵⁶⁰ HR Zwarthoofd/Parool, NJ 1958,35

⁵⁶¹ HR 21 maart 1969, NJ 1969, 321

⁵⁶² Verhulp 2002, p. 17

⁵⁶³ HR 8 november 1996, JAR 1996/249

⁵⁶⁴ Pres. Rb Breda, 7 februari 1957, NJ 57,338

⁵⁶⁵ Rechtbank Den Haag, 12 april 1962, SMA 1963/18, p. 79-80; anders Rechtbank Amsterdam, 4 juli 1965, Prg. 1965, p.262-263

⁵⁶⁶ Ktr. Den Haag, 18 juni 1971, NJ 1971, 483

Van de uitbreiding worden uitgezonderd de BBA-werknemer die (i) ofwel dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht, of (ii) hij zich door meer dan twee anderen – niet zijnde naaste familie- of gezinsleden – laat bijstaan, alsmede de BBA-werknemer (iii) voor wie de betreffende arbeid een bijkomstige werkzaamheid is.

Is de jurisprudentie over de uitbreiding al weinig talrijk, uitspraken over de uitzonderingen zijn een bijzonderheid. Toch roepen de bepalingen tal van vragen op.

Er is een achtergrond voor uitzondering (i) te bedenken: wanneer de BBA-werknemer dergelijke arbeid in de regel voor méér dan twee anderen verricht (dus minimaal vier opdrachtgevers voor dit soort werk heeft) dan is het verlies van een zo'n opdrachtgever niet zo erg dat de overheid daarin tussenbeide hoeft te komen. Het criterium roept echter nadere vragen op. Naar welk moment wordt gekeken om het aantal andere opdrachtgevers vast te stellen: naar dat van het sluiten van de beëindigde overeenkomst; dat van de beëindiging van de overeenkomst, of ook de hele looptijd tussendoor? De toevoeging 'in de regel' bij het aantallencriterium biedt weinig meer duidelijkheid. Speelt de omvang van de betreffende overeenkomsten geen enkele rol? Het is toch weinig bevredigend dat een opdrachtnemer die gedurende lange tijd gedurende 40 uur per week werkzaamheden voor een opdrachtgever verricht (waarmee hij aan het BBA-criterium voldoet) die bescherming zou verliezen wanneer hij op enig moment ('op de zaterdag') dergelijke arbeid ook nog gedurende enkele uren per week voor drie anderen gaat uitvoeren?

17.2.7 De onafhankelijke opdrachtnemer.

De onafhankelijke opdrachtnemer zal meestal geen BBA-werknemer zijn, omdat hij in de regel voor meer dan drie opdrachtgevers verricht. Het in artikel 1, aanhef en onder b sub 2 genoemde criterium van 'niet meer dan voor twee anderen werken' kan overigens ook onbevredigende situaties opleveren. De huidige regeling leidt er immers toe dat de opdrachtnemer die 4 opdrachtgevers heeft, waarbij hij voor opdrachtgever A 28 uur per week werkt, en voor de drie andere elk 4 uur per week, geen bescherming heeft tegen 'ontslag' door A, terwijl de opdrachtnemer die voor drie opdrachtgevers werkt, te weten 32 uur per week voor A, en 4 uur voor B en C, wel wordt beschermd tegen ontslag door B.

Ten aanzien van de onafhankelijke opdrachtnemer speelt ook de vraag of degene die via zijn eenmans-BV opdrachtwerkzaamheden voor een ander verricht, onder de werkingssfeer van het BBA kan vallen. Een dergelijk geval, waarbij de opdrachtnemer voldeed aan de overige criteria van art. 1 BBA: niet werken voor meer dan twee anderen; werkzaamheden niet van bijkomstige aard, deed zich – zoals hierboven al kort werd aangestipt - voor bij het Gerechtshof Amsterdam⁵⁶⁸. Het Hof, in navolging van de President Rechtbank Haarlem, oordeelde dat er tussen de opdrachtgever enerzijds, en de via zijn BV werkende opdrachtnemer anderzijds, geen BBA-relatie kan bestaan, omdat een rechtspersoon geen werknemer in de zin van het BBA kan zijn. Daar kwam bij dat er in de tekst van de met de opdrachtgever gesloten overeenkomst onvoldoende aanknopingspunten stonden, dat de privé-persoon in persoon de werkzaamheden diende te verrichten. In kwestie had betrokkene feitelijk wel steeds die werkzaamheden in persoon verricht, en in de praktijk zou ook niemand anders dat hebben kunnen doen. In zoverre had het Gerechtshof door de papieren constructie kunnen heen prikken. Het argument dat een rechtspersoon nimmer werknemer in de zin van het BBA kan zijn, is niet op voorhand overtuigend aangezien in het sociaal zekerheidsrecht ook vaak door dergelijke papieren constructies heen wordt gekeken. Koopmans⁵⁶⁹ heeft voor wat betreft het BBA opgemerkt, dat er, gelet op de met de sociaal zekerheidswetgeving vrijwel letterlijk overeenkomende bewoordingen, alsmede de omstandigheid dat er geen 'wetsgeschiedenis' van het BBA bestaat, aanleiding is voor de uitleg van BBA-bepalingen aan te knopen bij die van ZW/WW en WAO. Het oordeel van het Hof zou aldus begrepen kunnen worden dat door een papieren constructie, wanneer die in de vorm plaatsvindt van het laten verrichten van de werkzaamheden via een BV,

⁵⁶⁷ Hof Amsterdam, 18 augustus 1988, NJ 1991,77

⁵⁶⁸ Gerechtshof Amsterdam, 18 april 2002, JAR 2002/115

⁵⁶⁹ Koopmans, p. 274

niet wordt heengekeken, en de destijds neergelegde partijafspraken gewoon bindend zijn. Met die opvatting kan ik het, waar het gaat om de onafhankelijke opdrachtnemer eens zijn. (Ook) een valide argument vormt de nadere overweging van het Hof, dat de BV voor de werkzaamheden een dermate hoge vergoeding ontving, dat er van moet worden uitgegaan dat daarin het ondernemersrisico was verdisconteerd.

17.3 Toetsingscriterium

Het BBA bepaalt niet op basis van welke criteria een ontslagvergunning wordt verleend of onthouden. Het Ontslagbesluit⁵⁷⁰ geeft die toetsingsmaatstaf wel: de CWI beoordeelt of het voorgenomen ontslag *redelijk* is. Daarbij worden, in het algemeen, de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer in aanmerking genomen, als ook andere belangen voor zo ver in dat zelfde Ontslagbesluit genoemd. Deze belangen zijn uitgesplitst al naar gelang sprake is van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen en wanneer sprake is van bijzondere groepen.

Bij een bedrijfseconomisch ontslag wordt rekening gehouden met het anciënniteits- dan wel het afspiegelingsbeginsel, waarbij arbeidsongeschikte werknemers bijzondere bescherming genieten. Aan de te verlenen ontslagvergunning mag de voorwaarde verbonden worden, dat binnen 26 weken na het bekendmaken van die vergunning door de betrokken werkgever geen andere werknemer wordt aangetrokken dan nadat die betreffende functie aan de ontslagen werknemer is aangeboden.

Een voorbeeld van een ontslagaanvraag om andere dan bedrijfseconomische redenen is disfunctioneren; dat disfunctioneren moet dan aannemelijk worden gemaakt, en voorts dat dit niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer dan wel onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden, en tevens dat de werkgever voldoende contact heeft gehad met de werknemer om te trachten verbetering aan te brengen in diens functioneren. Indien de aanvraag is gebaseerd op het door de werknemer weigeren de bedongen arbeid te verrichten op grond van gewetensbezwaren, dan moet de werkgever redelijkerwijs geen mogelijkheid hebben om de werknemer een aangepaste dan wel andere functie aan te bieden.

Wanneer als grond voor de voorgenomen opzegging verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wordt aangevoerd, dan moet deze grond aannemelijk worden gemaakt, als ook dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.

Indien als ontslaggrond een ernstig verstoorde arbeidsrelatie wordt genoemd, dan moet dit door de werkgever aannemelijk worden gemaakt, alsmede dat herstel van die relatie, al dan niet door overplaatsing, niet mogelijk is.

Bij een ontslagaanvraag wegens ziekte moet vast komen te staan dat herstel van de werknemer voor de eigen of een aangepaste functie binnen 26 weken niet te verwachten is.

Tot de bijzondere groepen worden slechts gerekend werknemers die betrokken waren bij de totstandkoming van de Europese Ondernemingsraden.

De bepalingen van het Ontslagbesluit vormen een weergave van datgene wat door de verantwoordelijke bewindslieden als een redelijke grond voor ontslag wordt bevonden. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging wil beëindigen, zal daartoe een redelijke grond aanwezig moeten zijn, bij gebreke waarvan er niet opgezegd kan worden.

17.4 Civiel ontslagrecht voor de werknemer: algemeen

Het civiele arbeidsrecht wordt beschreven in de artikelen 667 tot en met 689 van boek 7 BW. Er wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en die voor onbepaalde tijd.

De artikelen 7:667 en 668 beschrijven de mogelijkheden en onmogelijkheden van het gebruik kunnen maken van de van rechtswegende eindigende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

⁵⁷⁰ Regeling van 7 december 1998, Stcrt 238, o.a. gewijzigd op 12 maart 2002, Stcrt 53

Anders dan in een aantal omringende landen⁵⁷¹ en anders dan in het Nederlandse ambtenarenrecht, kan tussen een werkgever en een nieuwe werknemer in beginsel altijd een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan: die mogelijkheid is niet beperkt tot een bepaald aantal situaties, zoals de tijdelijkheid van de beschikbaarheid van geldmiddelen, of de tijdelijkheid van het werk zelf. Anderzijds kan er niet een onbeperkt aantal van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden afgesloten: tot 1999 was dat aantal beperkt tot één; met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 is dat aantal uitgebreid tot drie. Voorwaarde voor het tot drie maal toe tussen dezelfde partijen kunnen afsluiten van een van rechtswegende eindigende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dat het totaal aantal overeenkomsten, inclusief de onderbrekingen van niet langer dan drie maanden, niet langer duurt dan drie jaar. Voor een werkgever bestaat dus de mogelijkheid om een werknemer gedurende maximaal drie jaar te werk te stellen, zonder dat deze werknemer de zekerheid heeft van een vaste baan. Dit strookt met de uitgangspunten van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, dat de ontslagbescherming van werknemers dient toe te nemen al naar gelang het dienstverband langer duurt.

De artikelen 7:669 tot en met 689 zien op de arbeidsovereenkomst voor onbepaald tijd. Allereerst worden regels neergelegd omtrent de opzegging. Afhankelijk van de lengte van het dienstverband geldt een voor de werkgever verschillende opzegtermijn: hoe langer het dienstverband, des te langer de opzegtermijn. Op verzoek van de wederpartij dient de opzeggende partij de reden van de opzegging te verstrekken. In sommige situaties geldt een opzegverbod: deze opzegverboden zijn deels gebaseerd op internationale regelgeving (zoals de opzegging tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof), deels nationaal bedacht.

Artikel 676 geeft de mogelijkheid om tijdens de proeftijd (welke maximaal twee maanden kan duren) zonder inachtneming van een opzegtermijn regelmatig de arbeidsovereenkomst te kunnen opzeggen. Artikel 678 en 679 beschrijft de situatie van de door de werknemer respectievelijk de werkgever aan diens wederpartij gegeven dringende reden, op grond waarvan degene aan wie de dringende reden is gegeven de mogelijkheid heeft de arbeidsovereenkomst zonder opzegtermijn te kunnen opzeggen.

De artikelen 7:677 en 680 bepalen de schade die de onregelmatige opzegger aan zijn wederpartij verschuldigd is.

De artikelen 7:681 en 682 beschrijven de mogelijkheid dat een opzegging kennelijk onredelijk kan zijn, en welke gevolgen dat dan heeft. De artikelen 685 en 686 gaan over de door de rechter uit te spreken ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Omdat voor het onderwerp van deze studie vooral de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure van belang zijn, zal ik mij hoofdzakelijk daartoe beperken.

Ten aanzien van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kent het BW twee wetsartikelen: 7:685 en 686 BW. Artikel 7:686 speelt in de ontslagpraktijk zo'n marginale rol, dat ik dat artikel hier ook verder onweersproken laat. Op grond van art. 7:685 kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden indien sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW, dan wel op grond van veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Als dringende reden voor de werkgever worden beschouwd die eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hoewel dit criterium sterk lijkt op dat van art. 5-1-4 Ontslagbesluit, worden hieronder – zo volgt ook uit de in art. 678 gegeven voorbeelden – zodanig ernstige situaties verstaan, die maken dat van de werkgever voortzetting van de arbeidsovereenkomst 'geen dag langer' kan worden gevergd.

⁵⁷¹ In Frankrijk bijv. art. L 121-5, 122-1, 122-1-1, 122-1-2, 122-2, 122-3 Code Civil

Het begrip ‘wijziging van omstandigheden’ wordt in art. 7:685 niet verder uitgewerkt. In de literatuur is uiteengezet⁵⁷² dat hiermee bij de totstandkoming van de wettelijke bepaling in 1907 gedacht werd aan die situaties, waarbij opzegging niet mogelijk was, dan wel het in acht nemen van de (volle) opzegtermijn van de werkgever niet geveerd kon worden. In de loop der jaren, en vooral na 1954, toen een ruimer ontbindingscriterium werd ingevoerd, werd de algemene toets die de rechter ging aanleggen om tot ontbinding over te gaan, ook die van de redelijkheid. Slechts in bepaalde situaties (bijv. een individueel ontslag als deel van een collectief) hanteerden rechters afwijkende criteria. In collectief ontslag-situaties kwam het bijvoorbeeld voor dat kantonrechters de verzoeker verwezen naar het RDA/de CWI⁵⁷³.

17.5 Einde opdrachtovereenkomst

Afgaande op de tekst van titel 7 boek 7 BW lijkt de opdrachtovereenkomst op een voor de opdrachtgever eenvoudige wijze te kunnen worden beëindigd. Dat is niet helemaal juist omdat, zoals hierboven is aangegeven, ook op de opdrachtovereenkomst het BBA van toepassing kan zijn. Allereerst zal hierna worden uiteengezet hoe de ontslagbepalingen met betrekking tot de opdrachtovereenkomst tot stand zijn gekomen.

Het Ontwerp Meijers bepaalde in art. 7.7.1.10 dat de opdracht eindigt met haar volbrenging of op het door partijen of door het gebruik bepaalde tijdstip; dat ieder der partijen de opdracht door opzegging kan doen eindigen, en dat wie op onregelmatige wijze opzegt, de uit die onregelmatigheid voortvloeiende schade moet vergoeden.

Artikel 7.7.1.11 OM gaf aan ieder der partijen de mogelijkheid de overeenkomst wegens gewichtige redenen door de rechter te laten ontbinden, waarbij als gewichtige reden werd genoemd de wijziging van omstandigheden zoals genoemd in art. 1639w BW. De Toelichting Meijers geeft ook onomwonden aan dat de ontworpen regeling in belangrijke mate het resultaat is van een vergelijking met de arbeidsovereenkomst⁵⁷⁴ waarbij de regeling ten opzichte van art. 1639w nog verder versimpeld wordt, zodat ook de intrekkingmogelijkheid komt te vervallen⁵⁷⁵. Op deze bepaling in het OM komt allerlei kritiek⁵⁷⁶. Er wordt gewezen op de verschillen tussen arbeids- en opdrachtovereenkomst (geen ondergeschiktheid, minder accent op onafhankelijkheid, niet slechts persoonlijke dienstverrichting) die in abstracto ook een verschillende beëindigingregeling zou rechtvaardigen. In concreto wordt ten aanzien van puur zakelijke contractuele relaties betoogd dat de opdrachtnemer (bijv. de architect) zich behoudens andersluidend beding niet van zijn verplichting moet kunnen bevrijden. Het RO besluit daarop om de wettelijke regeling voor wat betreft de beëindiging van de opdrachtovereenkomst zo eenvoudig mogelijk te houden, omdat het toch niet mogelijk is het gehele terrein van de dienstverrichtingcontracten te overzien. De vereenvoudiging die dan vooral is nagestreefd is de band met de arbeidsovereenkomst aanzienlijk losser te maken, zo niet goeddeels te slaken. Dit leidt tot de huidige regeling van art. 7:408: 1. de opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen; 2. de opdrachtnemer die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan, behoudens gewichtige reden, de overeenkomst slechts opzeggen, indien zij voor bepaalde duur geldt en niet door volbrenging is geëindigd; 3. een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is, onverminderd het bepaalde in art 7:406, ter zake van de opzegging geen schadevergoeding verschuldigd. De opmerking van Brunner uit 1974 blijft echter van kracht, namelijk dat omdat het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst zo moeilijk te maken valt, het ook voor de hand ligt de regelingen omtrent beëindiging op elkaar te laten aansluiten⁵⁷⁷.

⁵⁷² Kuip 1993, p. 116 e.v.

⁵⁷³ Zie over de bekend veronderstelde procedure van art. 7:685 BW: Groen 1989

⁵⁷⁴ Parlementaire geschiedenis Boek 7, p. 362

⁵⁷⁵ Parlementaire geschiedenis Boek 7, p. 365

⁵⁷⁶ Deze kritiek klinkt nog door in Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 85, die ten aanzien van art. 7.7.1.10 OM meldt: terecht is de wetgever van deze gedachte teruggekomen

⁵⁷⁷ Brunner 1974, p. 784-785; 788-789

Het huidige artikel 7:408 kent daarmee een nogal wonderlijke structuur. Waar werd bedoeld de regeling zo eenvoudig mogelijk te houden is de wetgever hier, ten opzichte van het OM, waarin door ieder altijd kon worden opgezegd, niet in geslaagd. Lid 1 is duidelijk: de opdrachtgever (professioneel of niet-professioneel) kan altijd opzeggen. Lid 2 bepaalt dat de professionele opdrachtnemer slechts in sommige gevallen kan opzeggen; lid 3 gaat over de niet-professionele opdrachtgever, te weten die een particulier is én buiten beroep of bedrijf opdracht heeft gegeven; hij hoeft ter zake van de opzegging nooit meer te betalen dan de door de opdrachtnemer gemaakte onkosten en schade als gevolg van de niet-verwezenlijking van de opdracht. Voor die laatste opdrachtgever is lid 1 van dwingend recht; voor het overige is het artikel regelend. Opvallend is dus dat de acht mogelijke situaties (1. opzegging van professionele opdrachtgever jegens professionele opdrachtnemer; 2. opzegging van professionele opdrachtgever jegens niet-professionele opdrachtnemer; 3. opzegging van niet-professionele opdrachtgever jegens professionele opdrachtnemer; 4. opzegging van niet-professionele opdrachtgever jegens niet-professionele opdrachtnemer; 5. opzegging aan professionele opdrachtgever door professionele opdrachtnemer; 6. opzegging aan professionele opdrachtgever door niet-professionele opdrachtnemer; 7. opzegging aan niet-professionele opdrachtgever door professionele opdrachtnemer; 8. opzegging aan niet-professionele opdrachtgever door niet-professionele opdrachtnemer) op verschillende wijze zijn beschreven. Van een aantal gevallen wordt aangegeven dat opzegging is toegestaan; van andere gevallen wordt aangegeven wat de gevolgen zijn.

Artikel 7:408 lid 1 bepaalt dat de eerste vier situaties juridisch zijn toegestaan; lid 2 bepaalt dat de situaties 5 en 7 slechts in bepaalde gevallen zijn toegestaan; lid 3 regelt de gevolgen van de opzegging in de gevallen 6 en 8. Uit dat laatste kan worden afgeleid dat in die gevallen 6. en 8. opzegging op zich zelf wel mogelijk is.

De mate van bescherming van vooral de opdrachtgever – maar in art. 7:408 lid 2 ook van de opdrachtnemer - wordt gekoppeld aan wat lijkt op diens maatschappelijke positie, namelijk het wel of niet in het kader van bedrijf of beroep werkzaam zijn. Dat de niet-professional wordt beschermd ten opzichte van de professional, past in een algemene tendens, waarop onder meer de consumentenbescherming is gebaseerd. Asser-De Leede⁵⁷⁸ acht dit onderscheid (professional/niet professional) binnen de opdrachtovereenkomst méér relevant dan tussen de opdracht om baat versus de opdracht om niet. Opvallend, en sterk afwijkend ten opzichte van de arbeidsovereenkomst, is echter dat de opdrachtgever méér beschermd wordt dan de opdrachtnemer, en voorts dat de opdrachtnemer die het verrichten van opdrachten om den brode doet (dat wil zeggen in de uitoefening van zijn beroep), steeds beschouwd wordt als zo'n weinig te beschermen professional.

Ook opvallend is dat vrijwel deze gehele regeling van regelend recht is: partijen kunnen er dus onderling van afwijken. Slechts de niet-professionele opdrachtgever wordt middels het dwingendrechtelijk karakter van art. 7:408 leden 1 en 3 BW extra beschermd.

Dat de opdrachtgever meer beschermd wordt dan de opdrachtnemer, blijkt uit het feit dat door de professionele opdrachtgever altijd kan worden opgezegd, en door de professionele opdrachtnemer niet altijd. Verder wordt de niet-professionele opdrachtgever tegen bepaalde gevolgen wordt beschermd, en de niet-professionele opdrachtnemer niet.

Doordat tot de groep professionele opdrachtnemers zowel gerekend worden diegenen die de opdracht is aangegaan in de uitoefening van hun beroep, als dat van hun bedrijf, en voor al diegenen een in beginsel zelfde maatstaf geldt, wordt wel erg weinig rekening gehouden met de grote diversiteit die zich binnen die groep opdrachtnemers kan voordoen: zowel de een-pittende belastingconsulent op driehoog-achter valt er onder, als het multinationale accountantsbedrijf.

Op het bovenstaande beeld van de geheel vrije opdrachtgever past een drietal nuanceringen. In de eerste plaats heeft de opdrachtnemer soms de bescherming van het BBA. De redelijkheid en billijkheid brengt in de tweede plaats met zich mee dat enige opzegtermijn in acht genomen moet worden⁵⁷⁹, als kan deze ook met zich meebrengen dat de opzegger schadevergoeding moet

⁵⁷⁸ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 59

⁵⁷⁹ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 84

betalen, aldus de Hoge Raad⁵⁸⁰. In sommige gevallen is, ten derde, opzegging zelfs in het geheel niet toegestaan, namelijk daar waar de opdrachtnemer een wezenlijk belang heeft bij de duurzaamheid van de rechtsbetrekking, zo bepaalde de Hoge Raad op 15 april 1966 en op 16 december 1977⁵⁸¹. Op basis daarvan oordeelde het Hof in de zaak Hoge Raad 30 maart 2001⁵⁸² dat, nu verweerder een wezenlijk belang had bij de uitvoering van de opdrachtovereenkomst (zowel financieel als naamsbekendheid), opzegging slechts aanvaardbaar is indien daarvoor een redelijke grond bestaat, welke grond niet gevonden kan worden in een door verweerder betwiste verstoring van de relatie die bovendien te wijten zou zijn aan appellant. De Hoge Raad zelf had op 3 december 1999 beslist dat een distributieovereenkomst niet altijd, zelfs niet als een redelijke grond aanwezig is, mag worden opgezegd. Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling zal de vraag of opzegging tegen de door de opzegger gewenste datum mogelijk is, beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval⁵⁸³.

Toegepast op de categorieën 5 en 6 van mijn vraagstelling valt op dat in de wettelijke regeling aangaande de opdrachtovereenkomst de zeer diverse categorieën opdrachtnemers over slechts een of twee kammen worden geschoren, namelijk die van de professionele en de niet-professionele opdrachtnemer. Dat er voor de niet-professionele opdrachtnemer ('vriendendienst') aparte regels gelden valt te billijken, maar de groep professionele opdrachtnemers is veel te divers om als één groep te kunnen worden behandeld. Naar mijn mening worden in titel 7 aan de afhankelijke opdrachtnemer te weinig rechten toegekend. Zo kunnen de weinige rechten die hij op grond van de artikelen 400 tot en met 411 heeft, worden weggecontracteerd. Van de enige dwingende bepaling, die van het BBA, is het op basis van de huidige regeling niet duidelijk of die afhankelijke opdrachtnemer daar wel iets aan heeft, omdat niet is geregeld of over de periode dat bij gebreke van een ontslagvergunning de opdrachtovereenkomst blijft bestaan, wel aanspraak op loon aanwezig is: een met art. 7:628 vergelijkbare bepaling ontbreekt immers in de opdrachttitel.

17.6 Einde agentuurovereenkomst

In afdeling 4 van titel 7 boek 7 is de ontslagbescherming van de agent veel beter geregeld dan die van de gewone opdrachtnemer. De wettelijke regeling omtrent de agentuurovereenkomst heeft daarmee, net als die van de arbeidsovereenkomst, maar anders dan die van de 'gewone' opdrachtovereenkomst, het karakter van beschermingsrecht, van de werker tegenover degene die 'laat werken'. Omdat ik hierboven aangaf de wettelijke bescherming van de afhankelijke opdrachtnemer niet in overeenstemming te vinden met de bescherming die hij gelet op zijn maatschappelijke positie zou mogen verwachten, is het zinvol te kijken naar de sterkere positie die aan de agent wordt gegeven. De wettelijke regeling voor de agent ziet er als volgt uit. Allereerst dient de opzeggende principaal een wettelijke opzegtermijn in acht te nemen, die als uitgangspunt langer is dan die bij de arbeidsovereenkomst. Wanneer partijen geen specifieke afspraken hebben gemaakt en zich niet de situatie voordoet van een door de agent veroorzaakte dringende reden (art. 7:439), dan geldt voor de principaal een opzegtermijn van vier maanden, te vermeerderen met een of twee maanden al naar gelang de overeenkomst langer dan drie respectievelijk zes jaar heeft geduurd (art. 7:437). Bij overeenkomst kan deze termijn worden bekort, maar niet tot korter dan een maand in het eerste jaar, twee maanden in het tweede jaar en drie maanden in de jaren daarna. Ook mogen de termijnen voor de principaal niet korter zijn dan die voor de handelsagent. Wat betreft opzegtermijn heeft de agent dus een minimale vergelijkbare positie met die van de werknemer.

De bepalingen over opzegging wegens dringende reden (art. 7:439) lijken ook sterk op de arbeidsrechtelijke artikelen; zo is degene die een dringende reden veroorzaakt een bedrag

⁵⁸⁰ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742.

⁵⁸¹ HR 15 april 1966, NJ 1966, 302; HR 16 december 1977, NJ 1978, 156.

⁵⁸² HR 30 maart 2001, JOL 2001,213

⁵⁸³ HR 3 december 1999, NJ 2000, 120

verschuldigd gelijk aan de beloning over de tijd dat de agentuurovereenkomst bij regelmatige beloning had behoren voort te duren⁵⁸⁴.

Een zelfde gelijkenis met de arbeidsrechtelijke bepalingen betreft de ontbinding wegens gewichtige redenen (art. 7:440). Daarbij kan aan een der partijen een vergoeding worden toegekend. De Rotterdamse kantonrechter Wetzels ging enige jaren geleden zelfs zo ver door in een tweetal zaken de ten aanzien van de arbeidsovereenkomst geschreven Aanbeveling van de Kring der Kantonrechters toe te passen voor de vaststelling van de hoogte van de toe te kennen ontslagvergoeding⁵⁸⁵. Deze kantonrechter overweegt dat de betreffende Aanbevelingen niet zonder meer en in alle gevallen van toepassing zijn bij de ontbinding van een agentuurovereenkomst; de situatie van een gewone werknemer, die als regel in aanmerking komt voor een Werkloosheidsuitkering, is bijvoorbeeld niet te vergelijken met een agent die voor meerdere principalen werkt en een eigen bedrijf exploiteert met personeelsleden. In de eerste door Wetzels behandelde zaak werkte de agent echter exclusief voor de principaal en nam in zoverre een vergelijkbare positie in met een vertegenwoordiger in loondienst van de betreffende principaal. In de tweede zaak had de agent wel zelf personeelsleden en was daarom meer te vergelijken met een zelfstandig ondernemer. De verdiensten van vooral deze laatste agent waren ook significant hoger dan die van collega-agenten. Toch sluit de kantonrechter in beide zaken aan bij de Kantonrechtersaanbeveling. In beide gevallen wordt de A-factor van de kantonrechtersaanbeveling toegepast, en wordt de correctiefactor op 0,75 bepaald. In de tweede zaak (de agent met personeelsleden) wordt de B-factor echter iets gematigd: de verhoging van de jaren boven het 40^e levensjaar wordt niet doorgevoerd, omdat de betrokken agent, vanwege zijn zelfstandigheid, geacht wordt financiële voorzieningen te hebben getroffen voor het geval de agentuurovereenkomst eerder zou eindigen dan zijn pensioengerechtigde leeftijd. Dit alles leidt tot toekenning van een ontbindingsvergoeding van NLG 650.000 resp. NLG 516.000, waarop in beide gevallen de goodwill-vergoeding van één jaarsalaris in mindering wordt gebracht. Gelet op de slechte financiële positie van de principaal mag die restantbetaling dan in termijnen plaatsvinden. Zeker in de tweede zaak, waarbij de agent een zelfstandig ondernemer wordt genoemd, is het opmerkelijk dat de voor afhankelijke werknemers geschreven Kantonrechtersaanbeveling in zo hoge mate wordt toegepast. De betreffende agenten genoten immers een inkomen dat niet te vergelijken was (namelijk meer dan het dubbele bedroeg, te weten NLG 140.000 per jaar, met daarnaast de mogelijkheid NLG 70.000 bij te verdienen) met dat van de gewone werknemers van het bedrijf.

Er bestaan voor de agent nog wel enkele verschillen met de arbeidsrechtelijke bepalingen. Zo kan niet aan de verzoeker een ontbindingsvergoeding worden toegekend⁵⁸⁶. Dit betreffen echter bepalingen voor zodanig specifieke situaties dat niet gezegd kan worden dat de civielrechtelijke ontslagbescherming van de werknemer in algemene zin beter is dan die van de agent.

Bijzonder is dat, naast de mogelijkheid tot 'schadevergoeding', de agent bij het einde van de agentuurovereenkomst onder bepaalde voorwaarden recht heeft op goodwill (art. 7:442). De regeling gaat uit van het de agent laten meedelen in het beoogde voordeel van de principaal en niet van herstel van het nadeel van de agent⁵⁸⁷. Om die reden is er weinig aanleiding het begrip 'schadevergoeding' in artikel 7:442 beperkt te interpreteren en lijkt de aanspraak op goodwill ook mogelijk naast een ontbindingsvergoeding op basis van art. 7:440: laatstgenoemde vergoeding is immers veelal ook mede gebaseerd op het herstel van de door de agent geleden nadeel⁵⁸⁸. De voorwaarde voor het toekennen van goodwill toekenning is dat de agent de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of dat klantenbestand heeft uitgebreid en voorts dat de overeenkomsten met deze klanten voor de principaal aanzienlijke voordelen opleveren. Een andere voorwaarde is dat de betaling van deze vergoeding billijk is. De maximum te betalen

⁵⁸⁴ Een voorbeeld van zo'n toegewezen vordering: Pres Rb Utrecht, 20 november 1997, KG 1998/95

⁵⁸⁵ Ktr Rotterdam, 19 juni 2001, JAR 2001/136 en 14 december 2001, JAR 2002/27

⁵⁸⁶ 'agent'-ontbindingsverzoeken zullen dus niet (veel) voorkomen

⁵⁸⁷ Castermans (Tekst & Commentaar), art. 7:442, aant. 2; MvT, TK 20842, nr. 3, p.9

⁵⁸⁸ In de uitspraak van kantonrechter Rotterdam 19 juni 2001, JAR 2001/136 bepaalde de rechter zoals hierboven aangegeven dat omgekeerd, op de hoge 7:442-ontbindingsvergoeding, de goodwill-betaling in mindering moest worden gebracht. Ook hieruit volgt dat beide vormen van betaling in beginsel naast elkaar mogelijk zijn.

goodwill-vergoeding bedraagt een gemiddeld jaar “salaris”, berekend naar het gemiddelde van de laatste vijf jaren. Volgens lagere rechtspraak kan de omstandigheid dat de beëindiging is toe te rekenen aan de agent op grond van de billijkheidstoetsing van art. 74o lid 1 slot (oud) WvK een grond vormen voor matiging⁵⁸⁹. Geen recht op goodwill bestaat wanneer de agent een dringende reden heeft veroorzaakt, of de agent op hem toe te rekenen of voor zijn risico komende redenen de overeenkomst heeft beëindigd. De grond voor het toekennen van goodwill ligt volgens de Hoge Raad in belangrijke mate “in de zich veelal bij de agentuurovereenkomst voordoende omstandigheid dat de handelsagent bij voortduren van de overeenkomst nog profijt zou hebben kunnen trekken van de door zijn eerdere werkzaamheden opgebouwde klantenkring en die mogelijkheid hem door het eindigen van de overeenkomst ontgaat”⁵⁹⁰. Kortom: vergeleken met de werknemer is de agent bij beëindiging van de arbeidsrelatie door de principaal in de regel niet slecht af; vergeleken met de ‘gewone’ opdrachtnemer wordt de agent zelfs sterk beschermd. Tenslotte kent art. 7:443 een ‘agent’-vriendelijker non-concurrentiebepaling, dan de thans (september 2004) nog geldende regeling voor de werknemer (art. 7:653). Tegenover de agent geldt namelijk een maximum non-concurrentieduur van twee jaar, terwijl voor de werknemer zo’n tijdsbepanking niet geldt. Het beding jegens de agent moet verder betrekking hebben op werkzaamheden die hij ook echt zelf heeft verricht. De zeldzame gepubliceerde uitspraak over het concurrentiebeding voor de agent duidt ook op een agent-vriendelijke uitleg van de wettelijke bepaling. De President rechtbank Den Bosch⁵⁹¹ concludeert dat de reden dat de agent de agentuurovereenkomst had opgezegd, was toe te rekenen aan de principaal (die had de agent voor een onmogelijke situatie geplaatst, met hoge omzeteisen en een lage aangeboden provisie), zodat de principaal ‘van het uit de hand lopen van de situatie een ernstig verwijt (valt) te maken. Onder zulke omstandigheden valt volgens de President niet in te zien hoe de principaal zich met succes op handhaving van het concurrentiebeding zou kunnen beroepen en de nakoming daarvan zou kunnen afdwingen en de contractuele boete zou kunnen opvorderen. Deze uitspraak is zeer agent-vriendelijk omdat in het arbeidsrecht de geldigheid van een concurrentiebeding wel vervalt door de onregelmatigheid van de opzegging, maar niet door de onredelijkheid daarvan. De bescherming die de agent geniet staat al met al veel dichter bij de bepalingen omtrent de arbeidsovereenkomst, dan die van de gewone opdrachtnemer.

Toepassing op de categorieën

Een agent zal vaak in een afhankelijke positie ten opzichte van zijn principaal verkeren. In zoverre is er aanleiding hem een in vergelijking met de onafhankelijke opdrachtnemer sterke rechtspositie tegenover de opdrachtgever/principaal toe te kennen. Het verschil in juridische behandeling van enerzijds de agent, en anderzijds de overige (afhankelijke) opdrachtnemers is in de huidige wettelijke regeling niet alleen groot, maar op enigszins arbitraire wijze toegedeeld: bij de behoefte aan arbeidsrechtelijke bescherming van die afhankelijke opdrachtnemer wordt in het huidige stelsel immers amper stilgestaan. Op zich zelf zou de regeling voor de agentuurovereenkomst voor wat betreft de mate van bescherming tot voorbeeld kunnen dienen voor een ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemer te treffen nieuwe wettelijke regeling. In het volgende hoofdstuk en in deel 5 zal dit worden uitgewerkt.

⁵⁸⁹ Arr.Rb Arnhem, 16 december 1993, NJ 1994/732, welke grond voor matiging in dat geval juist niet aanwezig werd geacht

⁵⁹⁰ HR 2 maart 1990, NJ 1991,50; HR 10 januari 1992, NJ 1992,576

⁵⁹¹ Pres Rb Den Bosch, 25 januari 1996, KG 1996/77

Hoofdstuk 18 Het waarom van de ontslagbescherming van werknemers

18.1 Inleiding en causaal stelsel

Bijzondere situaties en bijzondere groepen daargelaten kent het Nederlandse ontslagrecht als uitgangspunt dat er voor een door een partij afgedwongen ontslag een redelijke grond aanwezig dient te zijn. Het ontslagrecht is, met andere woorden ‘causaal’: in beginsel ieder ontslag behoeft een ‘causa’⁵⁹². Heerma van Voss geeft aan dat de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag in Europa zelfs als een sociaal grondrecht wordt beschouwd, waarmee Europa afwijkt van de Verenigde Staten van Amerika⁵⁹³. Op dit causaal stelsel bestaan uitzonderingen: de duidelijkste is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd loopt van rechtswege af; het door de werkgever (of werknemer) niet verlengen van zo’n tijdelijk contract behoeft niet te worden gemotiveerd, en kan dus amper worden getoetst. In mindere mate een uitzondering vormt de proeftijd: beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt slechts marginaal getoetst, namelijk op de grondslag van het niet maken van misbruik van recht, dan wel het voorkomen van strijd met goed werkgeverschap⁵⁹⁴. Betoogt kan worden dat deze mindere toets past bij het op dat moment nog maar kort hebben bestaan van de arbeidsovereenkomst en dus valt binnen het causaal stelsel.

De vraag waarom het ontslag van een werknemer een redelijke grond behoeft, maar naar huidig recht het beëindigen van een opdrachtovereenkomst niet of in veel mindere mate⁵⁹⁵, wordt echter weinig gesteld. Het aanmerken van het causaal stelsel van het ontslagrecht als sociaal grondrecht is nog niet een echt antwoord. Want waarom verdient dat causaal stelsel dan de kwalificatie sociaal grondrecht? Aangevoerd kan worden dat de arbeidsovereenkomst voor de werknemer van belang is voor zijn levensonderhoud of voor zijn zelfontplooiing. Beide elementen kunnen echter ook voor andere groepen gelden. Een reden voor het causaal stelsel en betalen van ontslagvergoedingen zou kunnen zijn dat een goed functionerend arbeidsrecht, dat wil zeggen met een breed gedragen vorm van arbeidsrechtelijke bescherming, ook externe belangen dient, zoals een goed functionerende arbeidsmarkt en het niet onnodig hoog doen oplopen van de kosten van sociale zekerheid. Dat de arbeidsovereenkomst voor de werknemer zo’n belangrijke relatie is, dat die door de andere partij, de werkgever, niet ‘zomaar’ mag worden beëindigd blijkt uit de omstandigheid dat het door de overgrote meerderheid van de VN-landen - maar níét door Nederland en een meerderheid van de EU-landen⁵⁹⁶ - geratificeerde ILO-verdrag 158 bepaalt, dat voor ontslag door de werkgever, een redelijke grond aanwezig moet zijn.

Waarom er voor werknemers een ontslagrecht is in de vorm zoals wij dat thans kennen, en voor anderen niet, is daarom niet zo eenvoudig te beantwoorden. Om toch tot een antwoord te kunnen komen is het noodzakelijk eerst te kijken naar het waarom van de belangrijkste onderdelen van het ontslagrecht⁵⁹⁷. De preventieve ontslagtoets is hierboven reeds behandeld. Wij zagen daar dat deze toets zich ook uitstrekt tot vele ‘afhankelijke’ opdrachtnemers.

⁵⁹² Zie hierover in het bijzonder Van den Heuvel 1983, p. 28 e.v.; Barendrecht 2004 toont zich in zijn rechtseconomisch georiënteerde betoog zuiniger: “Dat enige drempel voor ontslag goed is, lijkt zeer aannemelijk en ieder ontwikkeld land kent dan ook ontslagbescherming”.

⁵⁹³ Heerma van Voss 2001, p. 4. ADO 2000, p. 115 spreekt zelfs over een mondiale ontwikkeling

⁵⁹⁴ HR 13 januari 1995, NJ 1995,430; Ktr Amsterdam 24 maart 2000, JAR 2000/91, HR 10 november 2000, JAR 2000/249; Rechtbank Den Haag 1 november 2000, JAR 2001/18; Ktr. Hilversum 20 maart 2002, JAR 2002/84

⁵⁹⁵ indien de arresten HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (Mattel) en HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn) als norm worden aangehouden

⁵⁹⁶ advies Stichting van de Arbeid op ADO-rapport, 15 juli 2003, p. 6

⁵⁹⁷ Annie M.G. Schmidt laat in Rineke Tineke Peuleschil (*Ziezo, de 347 kinderversjes*) de waarom-vraag ook bij herhaling stellen, waarbij de ten tonele gevoerde directeur van het postkantoor antwoordt met het klassieke: daar zijn bepaalde wetten voor, dat staat in het reglement.

De in het burgerlijk wetboek neergelegde civielrechtelijke ontslagbescherming is echter in sterkere mate voorbehouden aan werknemers. Het gaat daarbij vooral om ontslagvergoedingen. Waarom worden die vergoedingen toegekend?

Causaal stelsel

Het causaal stelsel is inherent aan het Nederlands ontslagrecht. Het stelsel geldt niet alleen in de huidige regelingen, maar wordt ook gehandhaafd in de belangrijkste wijzigingsvoorstellen van de afgelopen jaren. Van deze voorstellen zijn te noemen het door de toenmalige minister De Vries in 1994 aan de Tweede Kamer aangeboden voorstel civielrechtelijke ontslagbescherming⁵⁹⁸, en verder de voorstellen tot herziening van het ontslagrecht door de commissie ADO⁵⁹⁹.

In de daartussen in verschenen notitie inzake Toetsing van Ontslag⁶⁰⁰ die ten grondslag lag aan de Wet Flexibiliteit en zekerheid worden de volgende doelstellingen van het ontslagrecht genoemd:

- a. ontslagbescherming dient er toe te strekken, dat een werknemer wordt beschermd tegen verlies van werk en inkomen als gevolg van sociaal onrechtvaardig ontslag;
- b. ontslagbescherming vindt haar begrenzing in het redelijk belang dat de werkgever kan hebben bij beëindiging van een arbeidsverhouding met een werknemer, ten behoeve van de continuering en/of het goede functioneren van de onderneming;
- c. ontslagbescherming dient geen onnodige belemmering te zijn voor de arbeidsmarktmobiliteit van de werknemers, noch in het algemeen voor een flexibele arbeidsmarkt;
- d. ontslagbescherming dient in het bijzonder te strekken tot bescherming van werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie, of met een bijzondere taak of functie.

In het wetsvoorstel De Vries⁶⁰¹ waren al de volgende uitgangspunten voor een nieuw ontslagrecht genoemd:

- zo min mogelijk belemmering voor de arbeidsmarkt
- voldoende rechtsbescherming tegen sociaal onrechtvaardig ontslag
- voldoen aan internationaalrechtelijke normen
- voorkomen van een te zware belasting voor het rechterlijk apparaat.

Voor opzegging moet daarom volgens dit wetsvoorstel ook een redelijke grond aanwezig zijn; ontbreekt die, dan kan herstel dienstverband worden gevorderd, dan wel een genormeerde vergoeding. Is er een redelijke grond, dan kan geen herstel worden geclaimd; hooguit kan een vergoeding worden toegekend.

Het causaal stelsel is met andere woorden wezenlijk voor het Nederlands ontslagrecht⁶⁰².

In het ADO-rapport worden op verschillende plaatsen een aantal gronden voor het huidige ontslagrecht genoemd. Het ontslagrecht biedt bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag van werknemers in het algemeen en van werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie in het bijzonder⁶⁰³. Voor het toekennen van ontslagvergoedingen pleiten volgens het ADO-rapport vooral economische redenen⁶⁰⁴: compensatie van tijdelijke loonderving en mobiliteitskosten van de werknemer; het opleggen van een drempel aan de werkgever; vermindering van werkloosheidskosten en het geven van een prikkel aan de werknemer om zo snel mogelijk een nieuwe baan te vinden.

De gedachte achter het preventieve ontslagrecht is vooreerst het behouden van de arbeidsplaats voor de betreffende werknemer. Of het preventief stelsel daartoe een geëigend middel is, vormt onderwerp van verwoede discussie, waar in dit verband niet al te lang bij stil zal worden gestaan.

⁵⁹⁸ Gepubliceerd in: Van der Heijden, De Laat & Scholtens 1995

⁵⁹⁹ ADO 2000, p. 115, die spreekt over de ontwikkeling van de Nederlandse arbeidsrelatie van een 'at will' relatie naar een relatie die slechts is te beëindigen 'for just cause'

⁶⁰⁰ TK, 1992/93, 22 977, nr 2

⁶⁰¹ Gepubliceerd in: Ontslagrecht zonder vergunning, HSI, Amsterdam 1995

⁶⁰² 50 jaar ontslagvergunning: en verder?, HSI nr. 8, 1995, p. 5

⁶⁰³ ADO 2000, p. 31

⁶⁰⁴ ADO 2000, p. 55

In die discussie⁶⁰⁵ voeren voorstanders van een preventieve ontslagtoets aan, dat (zittende) werknemers minder makkelijk kunnen en dus zullen worden ontslagen, hetgeen te prijzen is van uit het oogpunt van het voorkomen van werkloosheid. Tegenstanders van de preventieve toets – die overigens ook van mening zijn dat het ontslag van een werknemer een redelijke grond behoeft - wijzen er op dat een streng, preventief ontslagstelsel werkgevers er in een bepaalde mate van weerhoudt werknemers op vaste basis in dienst te nemen, en het terugdringen van eenmaal ontstane werkloosheid dus juist gebaat is bij een ‘liberaal’ ontslagstelsel. Omdat een zuiver wetenschappelijk, dat wil zeggen herhaalbaar, experiment in dezen niet mogelijk is, valt over de juistheid van beide nogal politiek gekleurde standpunten niet eenvoudig een oordeel te geven.

Ten gevolge van de preventieve ontslagtoets zullen sommige ontslagen worden voorkomen, hetzij doordat de werkgever niet eens een poging onderneemt tot beëindiging te komen, hetzij doordat de betreffende ontslagaanvraag of het ontbindingsverzoek wordt geweigerd. Indien het wel tot een beëindiging komt, is de vraag wat een werknemer daar nog aan kan doen, en met welke argumenten hij dat kan. Een van de mogelijkheden na een kennelijk onredelijk ontslag, is het vorderen van herstel van het dienstverband. Indien dat gebeurt is eigenlijk de situatie geschapen die voorafgaand aan de beëindiging gold, zij het dat er een periode tussen beëindiging en herstel in kan liggen, waarover de werknemer geen loon heeft ontvangen. In het navolgende zal echter worden stilgestaan bij de situatie dat het dienstverband is geëindigd, en de vraag zich aandient of daarbij door de werkgever op enigerlei wijze een ontslagvergoeding moet worden betaald.

18.2 De grondslag van ontslagvergoedingen: algemeen

Groen stelt in zijn proefschrift kernachtig: de (ontslag)vergoeding kan gekarakteriseerd worden als een sociaal verantwoorde afkoopsom voor de teloorgang van de arbeidsovereenkomst. Maar wat wil dat nu zeggen?

Wettelijk kader.

Een arbeidsovereenkomst kan zoals aangegeven (zonder instemming van de wederpartij) worden beëindigd op twee wijzen: door opzegging – in de regel na verkregen toestemming van de CWI- of middels ontbinding door de rechter.

In geval van opzegging behoeft de opzegger aan de wederpartij geen (ontslag)vergoeding aan te bieden. Wel heeft dan een opzegtermijn plaatsgevonden; een opzegtermijn waarvan in 1968 nog het maximum verlengd werd van 13 naar 26 weken⁶⁰⁶.

De rechter kan echter die opzegging kennelijk onredelijk oordelen wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de beëindiging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Indien de rechter de opzegging kennelijk onredelijk acht, kan hij aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen. Evenzo kan het ontslag kennelijk onredelijk zijn indien deze plaatsvindt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden

In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen. De rechter kan bepalen dat die vergoeding in termijnen kan worden betaald.

Een beëindigingvergoeding kan dus zowel aan de werknemer als aan de werkgever worden toegekend. Een algemene grond betreft de opzegging zonder opgave van of met een voorgewende of valse reden. Bij de grond voor het alsdan toekennen van een vergoeding moet

⁶⁰⁵ Uitvoerig weergegeven in het ADO 2000-rapport

⁶⁰⁶ Deze wettelijke opzegtermijn is sinds 1999 weer teruggebracht naar vier maanden (drie maanden indien de CWI-procedure is gevolgd)

een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende voorbeelden. Opzegging zonder opgave van redenen moet gelezen worden in samenhang met art. 7:669 BW, waarin staat dat degene die de arbeidsovereenkomst opzegt, de andere partij op diens verzoek schriftelijk opgave van de reden van opzegging doet. Het niet voldoen aan dat verzoek vormt dus de grond voor de mogelijkheid dat de opzegging kennelijk onredelijk is.

Dat een opzegging onder valse of voorgewende reden kennelijk onredelijk kan zijn, steunt blijkbaar op de norm van 'eerlijkheid'.

In het navolgende zal ik mij concentreren op de 'niet valse' beëindiging, waarbij aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend. Wat zijn de gronden om dat te doen? Loonstra is ten aanzien van het kunnen beantwoorden van deze vraag pessimistisch: hij geeft aan dat de wetgever ons over de vraag waarom een werknemer recht zou hebben op een ontslagvergoeding, in het ongewisse laat⁶⁰⁷. Onder verwijzing naar Loonstra en Zondag⁶⁰⁸ noemt Damsteeg⁶⁰⁹ de toekenning van een ontslagvergoeding een vorm van gelijkheidscompensatie. Zij leest die grond ook in de toelichting op de Kantonrechtersaanbeveling. Naar mijn mening ontbreekt in die Aanbeveling en in de Toelichting juist de grond voor het toekennen van een ontslagvergoeding maar wordt slechts een berekeningswijze gegeven.

18.3 De grondslag van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding

Artikel 7:681 spreekt over de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, waarbij als relevante omstandigheden expliciet mede genoemd worden de voor hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden.

Art 1639s BW, de bepaling omtrent het kennelijk onredelijk ontslag, werd in 1953 in het BW opgenomen. De rechtsgrond voor het toekennen was volgens Luttmer-Kat het verstrekken van compensatie in geval van onredelijk handelen met betrekking tot de reden of de gevolgen dan wel de volgorde van het ontslag. Bedoeld was een 'echte' schadevergoeding toe te kennen, maar omdat toekomstige schade doorgaans moeilijk valt te becijferen, mocht de schade worden vastgesteld naar billijkheid⁶¹⁰. De wettekst bepaalt dat de rechter een vergoeding 'kan' toekennen. Wanneer zich een van de in art. 681 (1639s) enuntiatief genoemde voorbeelden voordoet (bijvoorbeeld opzegging op basis van een valse ontslaggrond) hoëft de rechter het ontslag niet kennelijk onredelijk te oordelen⁶¹¹. Desalniettemin bepaalde de Hoge Raad dat, wanneer de rechter een ontslag kennelijk onredelijk oordeelt, hij niet meer de vrijheid heeft geen enkele vergoeding toe te kennen⁶¹². In de hoogte van de toekenning van de vergoeding heeft de rechter echter weer wel in grote mate de vrije hand, zo bleek uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Statenbank/Fiet⁶¹³: indien in de arbeidsovereenkomst een afvloeiingsregeling is vastgelegd, dan staat de wettelijke regeling inzake het kennelijk onredelijk ontslag er niet aan in de weg dat de rechter, ingeval de werknemer opwerpt dat het ontslag kennelijk onredelijk is op de onder art. 1639s lid 2 sub 2 omschreven grond, deze stelling in volle omvang onderzoekt en daarbij rekening houdt met alle omstandigheden van het gegeven geval. Daarbij is niet uitgesloten dat hij mede betekenis toekent aan hetgeen partijen, indien zij op voorhand een afvloeiingsregeling zijn overeengekomen, bij het aangaan van de regeling daarin mogelijk reeds hebben verdisconteerd. De woorden in de wettekst 'schadevergoeding' suggereren enerzijds, dat de rechtsgrond hier meer dan in art. 7:685, vergoeding van de geleden 'schade' betreft; waar anderzijds wordt gesproken over het 'naar billijkheid' toekennen van deze schade, wordt het causaal verband tussen geleden schade en vergoeding gematigd. De Hoge Raad geeft in 1993 en in 1997 een precisering in de mate van deze causaliteit: 1. allereerst moet worden vastgesteld of de opzegging

⁶⁰⁷ Loonstra 2001, p. 34

⁶⁰⁸ Loonstra & Zondag 2000, p. 1274

⁶⁰⁹ Damsteeg 2003, p. 339

⁶¹⁰ Bijl. II, 1951/52, 881, MvA, pag. 30; Hand. 1952/53, 881, pag. 2356. Luttmer-Kat 1999, pag. 435-441.

⁶¹¹ HR 18 juni 1999, JAR 1999/148

⁶¹² HR 4 juni 1976, NJ 1977,98

⁶¹³ HR 7 april 1995, JAR 1995/98

kennelijk onredelijk is geweest. Wanneer dat het geval is, kan een vergoeding naar billijkheid worden vastgesteld⁶¹⁴. 2. de hoogte van de vast te stellen vergoeding wordt bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, en berust niet op een begroting van de schade die daadwerkelijk uit het ontslag voortvloeit; 3. ook wanneer er geen financiële schade geleden is kan het ontslag dus kennelijk onredelijk zijn⁶¹⁵. Dit punt 3 wordt wellicht genuanceerd op 17 oktober 1997⁶¹⁶, waar de Hoge Raad stelt dat de vraag naar de omvang van de toe te kennen vergoeding wordt bepaald op basis van de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Wanneer dan achteraf (dat wil zeggen later dan de ingangsdatum van het ontslag) die gevolgen minder ernstig blijken te zijn, vormt dat geen reden tot matiging van de ontslagvergoeding. 4. Klip en klaar stelt de Hoge Raad daarom dat ‘onjuist’ is de opvatting dat de schadevergoeding zou moeten worden vastgesteld op basis van een begroting van de schade die daadwerkelijk voortvloeit uit de beëindiging van het dienstverband. De Hoge Raad heeft de hierboven aangegeven bedoeling van de wetgever in 1951/1952 dus verlaten. De Hoge Raad lijkt hier een andere rechtsgrond voor in de plaats te stellen, namelijk compensatie van het financieel nadeel door de werkgever veroorzaakt, door diens veronachtzaming van de evenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemer. In die redenering past het dan dat wanneer die werknemer tegen de verwachting in minder schade lijdt dan op het ontslagmoment was te voorzien, dat op zich zelf de kennelijke onredelijkheid van het ontslag niet opheft. Baanbrekend in dezen was eerder al het arrest Lampe/De Vries⁶¹⁷, waarbij de Hoge Raad bepaalde dat een op zich zelf redelijk ontslag kennelijk onredelijk kon worden vanwege de financiële gevolgen voor de werknemer. Later oordeelde de Hoge Raad dat dit zelfs het geval is, wanneer de werknemer ter zake van het ontslag een ernstig verwijt te maken valt. Lampe/De Vries betrof geen uitzonderlijke situatie, in de zin van een ‘super-zielige’ werknemer; het ging om een 48-jarige werknemster met een dienstverband van acht jaar, die vanwege door de werkgever doorgevoerde beleidswijzigingen en met ontslagvergunning werd ontslagen. Aan de andere kant zullen de vooruitzichten op de arbeidsmarkt voor betrokkene niet rooskleurig zijn geweest. Bedacht dient hierbij te worden dat in 1961 voor gehuwde vrouwen slechts aanspraak bestond op 6 maanden WW; van de WWV waren zij tot in de jaren tachtig uitgesloten! Met dit arrest heeft de Hoge Raad erkend, dat ook bij een ontslag vanwege een redelijke grond er reden kan zijn een ontslagvergoeding toe te kennen.

Met de woorden ‘de voor hem getroffen voorzieningen’ refereert artikel 7:681 vooral aan getroffen financiële voorzieningen, en beoogt dus om de inkomensachteruitgang na het ontslag te beperken of te voorkomen⁶¹⁸. De vraag dient zich aan of onder die voorzieningen ook kunnen worden verstaan die maatregelen die de werkgever heeft getroffen om er voor zorg te dragen dat de werknemer ander werk kan krijgen. Voor een dergelijke uitleg pleit een letterlijke uitleg van het woord ‘voorzieningen’: al datgene wat ten behoeve van de werknemer is gedaan. Tegen die uitleg pleit de tegenstelling tussen de eerste en de tweede omstandigheid, waarbij als tweede omstandigheid expliciet die mogelijkheden voor de werknemer om ander passend werk te vinden worden genoemd. Wanneer die mogelijkheden ook al (kunnen) vallen onder het begrip ‘voorzieningen’, was het noemen van de tweede omstandigheid wellicht niet nodig geweest. Hoe dan ook: omdat het moeilijk kunnen vinden van ander passend werk resulteert in een mogelijke inkomensachteruitgang, duidt de tekst van artikel 7:681 lid 2 sub b vooral op de door de werknemer als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te verwachten inkomensachteruitgang.

⁶¹⁴ De HR spreekt niet over dat dan een vergoeding ‘moet’ worden vastgesteld; het is dus de vraag of de hierboven uit 1976 gememoreerde uitspraak nog geldend recht is.

⁶¹⁵ HR 3 september 1993, NJ 1993,715

⁶¹⁶ HR 17 oktober 1997, JAR 1997/245

⁶¹⁷ HR 1 december 1961, NJ 1962,78

⁶¹⁸ zo wordt ook bij de tot stand koming van de SER Fusiegedragsregels in 1971 in art. 18 gesproken over de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de werknemer, waaronder het verstrekken van financiële tegemoetkoming (Stichting WOV 1974, p. 18)

De betreffende twee omstandigheden worden echter ‘mede’ genoemd: andere omstandigheden zijn dus ook denkbaar, waarbij het algemene criterium is de afweging van belangen tussen enerzijds de werknemer die zijn baan kwijtraakt en anderzijds de werkgever die de arbeidsovereenkomst wenst te beëindigen. Welke andere omstandigheden dat dan zouden kunnen zijn, vermeldt de wetgever niet.

18.4 De grondslag van de ontbindingsvergoeding

Artikel 7:685 geeft slechts als omschrijving dat de toekenning aan de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

Art. 1639w BW bepaalde sinds 1907 dat in een drietal situaties aan de rechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen kon worden verzocht: veranderingen in de persoonlijke toestand van een der partijen; veranderingen in de vermogenstoestand van een der partijen en veranderingen in de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht, welke van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Genoemd art. 1639w werd tot aan de Tweede Wereldoorlog slechts zelden toegepast.

Door de verlenging van de opzegtermijnen en de invoering van enkele opzegverboden in 1953 ontstond meer behoefte aan toepassing van het artikel. De ontbindingsgrond werd daarom gewijzigd in de algemene grond van een ‘zodanige wijziging van omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Tevens kende de wetgever aan de rechter de mogelijkheid toe om aan een der partijen een vergoeding toe te kennen. Bij de rechtsgrond van die toe te kennen vergoeding werd niet lang stil gestaan; de toe te kennen vergoeding werd door de verantwoordelijk minister, anders dan de wettekst aangaf, ‘schadevergoeding’ genoemd. De omvang van die toe te kennen vergoeding werd geheel aan het inzicht van de rechter over gelaten. Ook de Hoge Raad noemt dit een discretionaire bevoegdheid van de rechter: deze ‘kan’ tot toekenning overgaan, “zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt”⁶¹⁹.

Over het waarom ten aanzien van ontbindingsvergoedingen is in de wetsgeschiedenis en in de Hoge Raad-jurisprudentie⁶²⁰ nadien amper meer iets gezegd.

Welke (andere) argumenten zijn nu denkbaar als grond voor het aan de werknemer toekennen van een ontslagvergoeding?

Loonstra noemt er drie⁶²¹: (i) beloning van trouwe dienst; (ii) het aan de werknemer toekomen van een deel van het bedrijfsresultaat en (iii) de op de werkgever rustende post-contractuele zorgplicht. Deze gronden komen hierna aan de orde.

Noordam⁶²² bespreekt in een iets ander verband (namelijk de relatie tussen de ontslagvergoeding en de WW-uitkering) een vijftal modellen van betrokkenheid van de werkgever ten opzichte van de werkloos geworden werknemer. Die modellen zeggen iets over de achtergrond van die betrokkenheid. Hij onderscheidt: (i) het afzijdigheidsmodel; (ii) het alimentatiemodel; (iii) het bedrijfsmodel; (iv) het beëindigingsmodel en (v) het schuldmodel. In het afzijdigheidsmodel ziet de werkgever geen rol voor zich weggelegd om de ontslagen werknemer financieel tegemoet te komen. Het alimentatiemodel gaat uit van doorbetaling of aanvulling van het salaris van de werknemer na het eind van het dienstverband; naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd, rust op de werkgever een sterkere alimentatieverplichting. Het bedrijfsmodel gaat er van uit dat de werkgever er belang bij heeft om te zijner tijd op de ontslagen werknemer wederom een beroep te kunnen doen, en daarom de band met die werknemer, in de vorm van betaling van een ontslagvergoeding, aan te houden. Het beëindigingsmodel ziet op het in acht nemen van de voor opzegging geldende bepalingen. Het schuldmodel ziet op het door de werkgever kunnen

⁶¹⁹ HR 22 september 1995, JAR 1995/215.

⁶²⁰ Natuurlijk ook al omdat er vanwege het appel en cassatieverbod maar weinig inhoudelijke uitspraken van de Hoge Raad over de ontbindingsprocedure zijn.

⁶²¹ Loonstra 2001, p. 32 e.v., eerder door hem al genoemd in Loonstra 1999 en Loonstra 2000

⁶²² Noordam (Koningbundel)

voorkomen van ontslag. Het afzijdigheidsmodel zou reden kunnen vormen geen ontslagvergoeding toe te kennen. Het bedrijfsmodel ben ik in de praktijk nimmer tegen gekomen. Het beëindigingmodel ziet niet zozeer op de ontslagvergoedingen naar billijkheid, maar op de vergoedingen ex art. 7:677 BW. Er resteren dus het alimentatiemodel en het schuldmodel als grondslagen voor ontslagvergoedingen.

Advocaat-Generaal Huydekoper noemt in zijn conclusie bij Hoge Raad 10 januari 2003⁶²³ ook een vijftal tekortkomingen aan de zijde van de werkgever, die aan ontslagvergoedingen ten grondslag worden gelegd, waarbij hij aangeeft dat een tekortkoming in meerdere rubrieken kan worden ingedeeld. Zonder tekortkoming is er volgens hem dus geen betalingsverplichting.

- (i) de tekortkoming heeft de arbeidsverhouding (wederzijds vertrouwen; relatie met de collega's) beschadigd;
- (ii) de tekortkoming heeft het welbevinden van de werknemer beschadigd (derving levensvreugde);
- (iii) de tekortkoming heeft de fysieke of geestelijke gezondheid van de werknemer beschadigd (arbeidsongeschiktheid);
- (iv) de tekortkoming heeft de verdien capaciteit van de werknemer beschadigd;
- (v) de tekortkoming heeft de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt beschadigd (reputatieschade).

Wanneer (i) leidt tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, kan inkomensschade ontstaan. Die zal als zodanig worden behandeld. Derving van levensvreugde c.q. andere ontstane schade zal ik ook apart behandelen. Huydekoper zelf geeft in zijn Conclusie aan dat hij van mening is dat vergoeding van deze schade in de vergoeding naar billijkheid zou moeten worden meegenomen, en dat voor een aparte claim dienaangaande geen plaats meer zou moeten zijn. Hij is van mening dat het arrest van 26 januari 1990⁶²⁴ waarbij die aparte claim⁶²⁵ wel werd gehonoreerd, achterhaald is door het Hoge Raad-arrest van 5 maart 1999⁶²⁶. Grond iii leidt tot een mogelijke aanspraak op basis van art. 7:658 BW. Grond iv vertaalt zich in inkomensachteruitgang. De mate waarin die door de werkgever vergoed zou behoren te worden, hangt naar mijn mening inderdaad ook af van het verlies of winst aan verdien capaciteit door de werknemer geleden cq opgedaan tijdens het dienstverband. Grond v zou ook kunnen leiden tot een vordering terzake van immateriële schade.

Vanuit een (rechts)economisch gezichtspunt voert Barendrecht aan dat het beschermen en stimuleren van relatiespecifieke investeringen waarschijnlijk de belangrijkste rechtvaardiging is voor ontslagbescherming. Hij doelt daarmee op de situatie dat werknemers in een specifieke baan hebben geïnvesteerd. Dat kan betrekking hebben op direct gemaakte kosten (zoals een verhuizing), maar ook op het als gevolg van zeer specifiek werk na afloop van het dienstverband minder goed elders inzetbaar zijn. Hij noemt als voorbeeld een werknemer werkzaam in de offshore industrie: die kan met zijn specifieke kennis buiten die industrie vrijwel niets. Omdat, in de genoemde voorbeelden, de verhuiskostenvergoeding en het loon tijdens het dienstverband onvoldoende opwegen tegen die betreffende investeringen, dient dat bij het einde van het dienstverband te worden gecompenseerd. Daar waar de werknemer materiële kosten heeft gemaakt ten behoeve van zijn dienstverband, vormt vergoeding van die kosten inderdaad een rechtsgrond voor ontslagvergoeding. Bezwaar tegen de opvatting van Barendrecht kan echter zijn, dat de categorie werknemers die in een dienstverband specifiek investeren en met die in dat dienstverband vergaarde kennis vrijwel niets anders kunnen, beperkt is. Veel vaker, in ieder geval bij jongere werknemers, zal het voorkomen dat de tijdens een dienstverband verkregen kennis elders ten dele te gebruiken is. De werknemer wordt er wat betreft employability door dat dienstverband niet slechter op. Ook zal het veel vaker voorkomen, bijvoorbeeld bij veel ongeschoold werk, dat de werknemer weinig 'leert' tijdens het dienstverband en dus weinig meer 'employable' wordt, maar die werknemer daarentegen zelf ook geen investeringen in dat

⁶²³ HR 10 januari 2003, JAR 2003/39

⁶²⁴ HR 26 januari 1990, NJ 1990,499

⁶²⁵ op grond van destijds art. 1637w BW, thans art. 6:106 BW

⁶²⁶ HR 5 maart 1999, NJ 1999,944

dienstverband heeft verricht. In dat geval lijkt het mij onjuist die nota uitsluitend aan de werkgever te presenteren⁶²⁷.

Ik zie daarom in het compenseren van relatiespecifieke investeringen niet of maar in beperkte mate een aparte rechtsgrond tot het betalen van ontslagvergoedingen.

De door de hierboven genoemde verschillende auteurs genoemde gronden zijn onder te brengen in een in paragraaf 18.7 te bespreken zevental mogelijke gronden voor een ontslagvergoeding. Ik zal die zeven categorieën behandelen en daarbij per categorie zo veel mogelijk een onderscheid maken tussen de situaties dat

- (i) de werkgever een redelijke ontslaggrond heeft, en het ontslag zorgvuldig realiseert,
- (ii) de werkgever een redelijke ontslaggrond heeft, maar het ontslag niet zorgvuldig realiseert
- (iii) een redelijke grond ontbreekt, en het ontslag (procedureel) al dan niet zorgvuldig realiseert;
- (iv) de werknemer door de werkgever feitelijk gedwongen wordt ontslag te nemen.
- (v) de werknemer uit eigen vrije wil vertrekt⁶²⁸.

Met zeven verschillende gronden en vijf verschillende situaties zouden er in theorie 35 verschillende te bespreken mogelijkheden zijn. Niet al die mogelijkheden behoeven echter uitgebreide bespreking. In paragraaf 18.7 zullen de meest relevante combinaties van gronden en situaties worden behandeld. Daaraan voorafgaand wordt in 18.5 het verschil tussen de wel of niet aanwezigheid van een redelijke ontslaggrond nader toegelicht. In paragraaf 18.6 wordt aangegeven in hoeverre sociale verzekeringen in dezen een rol behoren te spelen.

18.5 Wel of niet een redelijke grond

Hierboven is aangegeven dat het Nederlands ontslagrecht een causaal stelsel kent, dat wil zeggen dat voor het door de werkgever geven van ontslag in beginsel een redelijke grond aanwezig moet zijn. Wanneer die grond niet aanwezig is, en het ontslag desondanks geforceerd wordt, vormt dat reden een (ontslag)vergoeding toe te kennen. Dat betreft de direct hierboven genoemde situaties iii en iv. De meest interessante vraag is echter, of en waarom de werkgever tot betaling van enigerlei vergoeding verplicht is indien hij het ontslag op een valide grond en zorgvuldige manier tot stand brengt.

Een voorbeeld: Voorstel de Vries

Het hebben van een redelijke ontslaggrond als voorwaarde om te kunnen beëindigen is zoals hierboven aangegeven zowel uitgangspunt in de voorstellen van de Commissie ADO, als in het wetsvoorstel 22.977⁶²⁹. In het wetsvoorstel 22.977 kan (mits zich geen opzeggingsverbod voordoet, en aan de hoorplicht is voldaan) op basis van een redelijke grond zonder preventieve toets worden opgezegd, waarbij in beginsel geen verdere vergoeding hoeft te worden betaald (situatie i)⁶³⁰. De rechter *kan* echter aan de werknemer, indien de werkgever op een redelijke grond heeft opgezegd, een (genormeerde) vergoeding toekennen voorzover, mede in aanmerking genomen de voor hem bestaande voorzieningen en de mogelijkheden om ander werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te bezwaren zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging⁶³¹. Wanneer van dat 'kan' sprake is wordt toegelicht:

⁶²⁷ zie hierover ook Boot 1999

⁶²⁸ Ik zal geen apart onderscheid maken tussen de situatie dat de werknemer op zorgvuldige of onzorgvuldige wijze vertrekt; in het laatste geval zou de werknemer wellicht schadeplichtig zijn jegens de werkgever, doch dat vormt hier geen onderwerp van studie. In dat verband zij overigens wel gewezen op het unieke arrest van de Hoge Raad, 16 april 1999, JAR 1999/103, waar een dergelijke schadeplichtigheid van de werknemer werd aangenomen.

⁶²⁹ Barendrecht 1995, p. 33 pleit echter juist voor het loslaten van dat onderscheid

⁶³⁰ Reeds in de adviesaanvraag aan de SER d.d. 10 november 1993 (ABA/AV/BVA/93/6014) wordt de noodzaak van de aanwezigheid van een redelijke ontslaggrond benadrukt

⁶³¹ Art. 671b Voorstel

“de bepaling leidt niet tot de verplichting voor de werkgever om ieder financieel nadeel als gevolg van de opzegging te compenseren. Het gaat om ernstige gevolgen die in redelijkheid niet in volle omvang door de werknemer behoeven te worden gedragen”⁶³². Een redelijke grond is aanwezig indien deze (a) verband houdt met de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid of (b) verband houdt met andere in de persoon van de werknemer gelegen redenen, dan wel (c) gelegen is in bedrijfseconomische of organisatorische redenen⁶³³. Ontbreekt die redelijke grond, dan kan de werknemer herstel van de dienstbetrekking vorderen, dan wel een (eveneens genormeerde, maar hogere) vergoeding⁶³⁴. De twee situaties (wel of geen redelijke grond, met bij het eerste alleen een vergoeding wanneer het ontslag voor de werknemer te bezwarend is in zijn gevolgen) worden in de Memorie van Toelichting geschaard onder het principe: recht op een beëindigingsvergoeding bij sociaal onrechtvaardig ontslag⁶³⁵.

Wat betreft de norm (ik zou eerder zeggen: grond) voor de vergoeding wordt nog vermeld, dat deze bij een ontslag zonder redelijke grond zowel elementen van een sanctie kent (een prijskaartje op een onredelijk ontslag) als van een schadevergoeding in zich. Voor opzegging op basis van een redelijke grond strekt de vergoeding tot compensatie van de nadelige gevolgen in de inkomenssfeer en voor de opbouw van pensioenrechten⁶³⁶.

Die vergoeding wordt in het Voorstel in sterke mate wettelijk vastgelegd, met voor de rechter slechts de mogelijkheid deze te wijzigen wanneer onverkorte toekenning tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De ontbindingsprocedure dient in dit systeem nog slechts om beëindiging van de arbeidsovereenkomst mogelijk te maken waar een opzegverbod geldt. Van der Heijden bekritiseert dit wetsvoorstel maar opvallend is dat hij bij die ‘zwakke’ kanten niét noemt het in geval van opzegging op basis van een redelijke grond niet meer hoeven te betalen van een vergoeding⁶³⁷.

In het Voorstel is de (in geval van een opzegging zonder redelijke grond: verplicht toe te kennen, in geval van opzegging met redelijke grond: mogelijkterwijs toe te kennen) vergoeding genormeerd, en wel op basis van wat sinds 1996 de kantonrechttersaanbeveling is geworden: één maandsalaris per jaar dienstverband voor de dienstjaren tot de 40-jarige leeftijd; anderhalf maandsalaris voor de dienstjaren tussen de 40 en 50^e verjaardag en twee maandsalarissen voor de dienstjaren daarna. Slechts wanneer dit tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter de vergoeding op een ander bedrag vaststellen.

18.6 Rol Sociale Verzekeringen

Wanneer inkomensderving grond vormt voor het toekennen van ontslagvergoedingen dient de vraag zich aan of daarin niet al voldoende wordt voorzien door de Sociale Verzekeringen, in het bijzonder door de Werkloosheidswet. De Werkloosheidswet (wanneer ik mij daar toe beperk) is een door werkgevers en werknemers gezamenlijk gefinancierde voorziening in verband met het als gevolg van werkloosheid te lijden inkomensverlies. De WW delgt echter niet het volledige verlies: zij vormt een voorziening voor een beperkte periode, en slechts voor een gedeelte van het laatstverdiende salaris. Ook in geval van toekenning van een WW-uitkering lijdt een werknemer dus inkomensverlies, te weten 30% van zijn bruto salaris, en in geval van een inkomen hoger dan het maximum dagloon zelfs meer dan dat. Dat laatste zou dus aanleiding kunnen vormen de hoogbetaalde werknemer in aantal maandsalarissen uitgedrukt een hogere ontslagvergoeding toe te kennen, omdat zijn inkomensverlies, procentueel, groter is.

De maximering van het dagloon berust echter op de gedachte dat de inkomensgarantie slechts tot op zekere hoogte, verband houdend met de meest noodzakelijke kosten van het bestaan, behoeft te geschieden. Vanuit die gedachte zou dus aan de hoogbetaalde werknemers niét een extra ontslagvergoeding hoeven te worden betaald. Dat slechts 70% van het salaris wordt uitgekeerd

⁶³² Ontslagrecht zonder ontslagvergunning, HSI nr. 10, 1995, p. 113

⁶³³ Art. 671 lid 2 Voorstel

⁶³⁴ zie hierover ook Duk 2001, p. 296

⁶³⁵ Ontslagrecht zonder ontslagvergunning, HSI nr. 10, 1995, p. 93

⁶³⁶ Ontslagrecht zonder ontslagvergunning, HSI nr. 10, 1995, p. 123

⁶³⁷ Ontslagrecht zonder ontslagvergunning, HSI nr. 10, 1995, p. 12

heeft te maken met de kosten van het stelsel, en is ingegeven door de gedachte dat ‘werken’ in de regel financieel beter gewaardeerd dient te worden dan ‘niet werken’ en houdt daarmee rekening met de prikkel die van het stelsel naar werklozen dient uit te gaan om weer betaalde arbeid te verkrijgen. Indien de WW het niet ‘nodig’ of zelfs niet ‘goed’ vindt om in geval van werkloosheid meer dan 70% van het laatstverdiende loon uit te keren, dient de vraag zich aan waarom werkgevers in geval van ontslag dan dat meerdere wel zouden moeten vergoeden cq waarom die aanvulling niet op de WW-uitkering wordt gekort. De WW kent sinds 1987 die kortingsregeling niet meer (art. 34 WW)⁶³⁸.

De vergelijking met wachtgeld- of invaliditeitsregelingen bij de overheid is in dit verband interessant. De hoogte van de door de overheid toegekende wachtgeldregelingen (afnemend van 93% tot 70 of 73%) wordt daar in de regel niet gemaximeerd door een maximum dagloon. Wanneer het om arbeidsongeschikt overheidspersoneel gaat dat ontslagen wordt, en de reden van de arbeidsongeschiktheid bij de overheid ligt, is het percentage van de ontslagvergoeding hoger dan wanneer die causaliteit ontbreekt.

Dat aan de ontslagen werknemer enigerlei financiële vergoeding dient te worden verstrekt, is ook bepaald in art. 12 lid 1 ILO-Verdrag 158. Dit artikel geeft de ontslagen werknemer aanspraak op hetzij (a) een door de werkgever rechtstreeks of via premies betaalde vergoeding, onder andere gebaseerd op het salaris en de lengte van het dienstverband hetzij (b) een sociaal zekerheidsuitkering, dan wel (c) de combinatie van beiden. De sociaal zekerheidsuitkering heeft dus in die zin invloed op toe te kennen ontslagvergoedingen, dat, in geval een sociaal zekerheidsuitkering wordt verstrekt, een daarnaast te betalen ontslagvergoeding geen internationaalrechtelijke verplichting meer is.

Kortom: in het argument ‘inkomensderving’ als grond voor ontslagvergoedingen wordt op zich al in zekere mate voorzien door de werkloosheidswetgeving. Blijkbaar wordt dat door de Nederlandse wetgever en rechter niet voldoende bevonden en wordt aanvaard dat gedurende enige tijd geen enkele inkomensachteruitgang mag plaatsvinden.

18.7 Bespreking van de zeven mogelijke gronden tot ontslagvergoedingen

Mede op basis van de bovengenoemde in de literatuur genoemde mogelijke gronden tot het toekennen van een ontslagvergoeding, wil ik de volgende mogelijke gronden aan een nader onderzoek onderwerpen.

1. Inkomensachteruitgang (doordat de werknemer – niet direct – (g)een andere baan heeft, dan wel een nieuwe baan voor hem een lager loon met zich meebrengt).
2. Vergoeding voor de (materiele) schade die de werknemer anderszins als gevolg van het ontslag lijdt (bijvoorbeeld verhuiskosten, aanschaf materialen/boeken e.d.)
3. Vergoeding (van de immateriële schade) vanwege het feit dat de werknemer tegen zijn zin in naar een andere werkgever op zoek moet.
4. Vergoeding voor de waarde die de werknemer voor de werkgever tijdens het dienstverband is geweest.
5. Goodwill
6. Afkoop van de ontslagbescherming die de werknemer op andere wijze zou kunnen claimen.
7. Afkopen van het loon dat de werknemer in geval van opzegging gedurende de reguliere opzegtermijn zou hebben ontvangen.

Deze zeven gronden zullen, daar waar relevant besproken worden in combinatie met de in paragraaf 18.5 van situaties welke zich kunnen voordoen⁶³⁹.

⁶³⁸ Ten tijde van het schrijven van dit boek was de vraag naar de eventuele anti-cumulatie van ontslagvergoeding en WW-uitkering weer zeer actueel: in de Sociale Nota in september 2003 werd nog dat voornemen geuit; één maand later was het al weer van de baan, zonder dat echter de garantie bestaat dat dat voorgoed is; in de Miljoenennota op Prinsjesdag 2004 wordt het voornemen weer herhaald.

⁶³⁹ (i) de werkgever heeft een redelijke ontslaggrond en realiseert het ontslag zorgvuldig; (ii) de werkgever heeft een redelijke ontslaggrond, maar realiseert het ontslag niet zorgvuldig; (iii) een redelijke grond ontbreekt; (iv) de

18.7.1

De eerste mogelijke grond, die van de inkomensachteruitgang als gevolg van het ontslag, behoeft de meeste ruimte voor bespreking.

Zij gaat uit van de veronderstelling dat de werkgever verantwoordelijk is voor het aan de werknemer toegekende loon, althans voor het inkomensverlies, ook na beëindiging dienstverband. De grond wordt al in 1972 genoemd door Zwartkruis⁶⁴⁰ en lijkt ook op de door Loonstra genoemde op de werkgever rustende post-contractuele zorgplicht⁶⁴¹. Luttmer-Kat noemt in dit verband dat de ontbindingsvergoeding een compensatie is voor het feit dat de arbeidsovereenkomst ontijdig eindigt^{642,643}. In het door Beltzer, Knecht en Van Rijs in 1998 verrichte onderzoek verwoordden een deel van de respondenten het dat het “onjuist (zou) zijn (...) de consequenties van de ontbinding, die toch vooral voor werknemer ingrijpend kunnen zijn, geheel op de werknemer te laten drukken”⁶⁴⁴. Grapperhaus voert aan dat de beëindigingsvergoeding primair bedoeld is “als een vergoeding bij een voortijdig einde dienstverband voor het gegeven dat de werknemer zijn arbeidskracht exclusief in de onderneming van de werkgever heeft geïnvesteerd, met een lange-, of in elk geval: langere-termijn-samenwerking, als doelstelling. Die samenwerking wordt verbroken, hetgeen een zekere vergoeding rechtvaardigt voor ‘gedane, maar niet terugverdiende investeringen’”⁶⁴⁵. De op de werkgever rustende zorgplicht is – samengevat - gebaseerd op de omstandigheid dat de werknemer – althans de ‘kansarme’ en de ‘gewone’ werknemer, dus de categorieën 1 en 2 in mijn vraagstelling - voor zijn levensonderhoud doorgaans volkomen van zijn werkgever afhankelijk is. De zorgplicht behoort daarom sterker te zijn waar het om een op de arbeidsmarkt kansarme werknemer gaat, en minder sterk wanneer de werknemer in staat is ander werk te vinden. Of deze rechtsgrond een algemene rechtseconomische onderbouwing heeft in de vorm van de “efficiënte ontslagregel van Lazear”, zoals genoemd door Damsteeg, betwijfel ik. Die regel gaat er van uit – in de woorden van Damsteeg⁶⁴⁶ - dat de werknemer wanneer hij jonger is een lager loon verdient dan hij eigenlijk waard is en als hij ouder wordt hij meer verdient dan hij eigenlijk waard is. Wanneer hij nu voortijdig ontslagen wordt, wordt hem de mogelijkheid ontnomen bij zijn eigen werkgever te zijner tijd dat ‘hoge’ loon te gaan verdienen: dat gemis moet door middel van een ontslagvergoeding worden gecompenseerd. De rechtspraak werkt echter heel anders: ook aan de leerling-werknemer die na één in-productief jaar ontslagen wordt, moet een vergoeding worden betaald, net zo zeer als aan de op oudere leeftijd in dienst gekomen werknemer aan wie de werkgever ‘in diens jonge jaren’ nooit onmatig verdiend heeft.

Vergoeding van deze schade kan op basis van de werkelijk geleden schade geschieden: in dat geval zal de vergoeding nooit meer bedragen dan die geleden inkomensschade. Vergoeding kan ook fictief gebeuren: in dat geval is weliswaar de grond voor toekenning van de vergoeding de veronderstelde te lijden inkomensschade, echter waarbij de hoogte van die schade niet exact wordt berekend, maar aan de hand van abstracte parameters bepaald. In dat geval kan de toegekende vergoeding hoger of lager zijn dan de werkelijk geleden schade als gevolg van het ontslag.

Indien de werknemer zelf, zonder noodzaak, het dienstverband eindigt (v), is op basis van de grond ‘inkomensachteruitgang’ geen vergoeding verschuldigd; veronderstelling bij vergoeding van de inkomensschade is immers altijd dat de gelaedeerde moet trachten zijn schade te minimaliseren, en daartoe behoort dus ook het niet onnodig zelf beëindigen van de arbeidsrelatie.

werknemer wordt door de werkgever feitelijk gedwongen ontslag te nemen; (v) de werknemer vertrekt uit eigen vrije wil.

⁶⁴⁰ Zwartkruis 1972

⁶⁴¹ Loonstra 2001, p. 37

⁶⁴² Luttmer-Kat 1999, pag. 435-441

⁶⁴³ Hier dichtbij staat de gedachte dat wie een duurovereenkomst beëindigt, indien deze handeling bij de werknemer schade tot gevolg heeft, gehouden is die schade te compenseren (Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 55)

⁶⁴⁴ Beltzer, Knecht & Van Rijs 1998, p. 55

⁶⁴⁵ Grapperhaus 2003c, p. 4

⁶⁴⁶ Damsteeg 2003, p. 336

Grond voor ontslagvergoeding bij de aanwezigheid van een valide ontslaggrond

De meest voor de hand liggende gedachtegang is dat bij een causaal stelsel (er dient een goede reden te zijn voor ontslag) de werkgever die ontslaat op basis van zo'n goede reden, niet ook nog eens een ontslagvergoeding hoeft te betalen⁶⁴⁷.

Hier kan het volgende tegen in worden gebracht: "Eigenlijk behoort de arbeidsovereenkomst helemaal niet te kunnen worden opgezegd (long life employment); wil de werkgever dat toch, dan mag dat alleen op basis van een goede reden, maar ook dan blijft de werkgever aansprakelijk voor (een deel van) het inkomensverlies". Enigszins daar op lijkend: "Ook al is er een goede ontslaggrond; de grond verliest zijn 'juistheid' indien er niet ook een financiële voorziening voor de werknemer wordt getroffen." De Laet stelt: de rechtvaardiging voor de toekenning van een vergoeding aan de werknemer bij een 'verwijtloos' werkgeversverzoek ligt in de ongelijkheidscompensatie (die de kern van het ontslagrecht vormt)⁶⁴⁸.

De eerste redenering lijkt mij niet juist. Het Nederlands ontslagrecht kent nadrukkelijk de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst op te zeggen; als extra waarborg wordt daar alleen aan toegevoegd, dat dat ontslag wel van tevoren getoetst moet zijn. Een werknemer kan dus in beginsel niet de gerechtvaardigde verwachting hebben nooit te zullen worden ontslagen. De tweede variant lijkt op de bestuursrechtelijke constructie, dat een bepaald overheidshandelen weliswaar niet onrechtmatig is, doch wel onrechtmatig kan worden indien de als gevolg van dat handelen voortvloeiende schade niet (gedeeltelijk) wordt voldaan. Wáárom ongelijkheidscompensatie bij een 'verwijtloos' ontslag door de werkgever tot ontslagvergoeding zou moeten leiden, anders dan op de hierboven en hieronder genoemde gronden, is mij niet duidelijk. De Hoge Raad gaat er ten aanzien van één bepaalde categorie werknemers (de werknemer is langdurig arbeidsongeschikt, met slechte kansen op de arbeidsmarkt) van uit, dat ook bij een valide ontslaggrond enigerlei financiële ontslagvergoeding op zijn plaats is, opdat de werknemer niet helemaal aan zijn lot (dat wil zeggen aan de WW en uiteindelijk aan een bijstandsuitkering) wordt overgelaten. In het hier op betrekking hebbende Bouldiam-arrest⁶⁴⁹ ging het echter om een specifieke situatie (beëindiging van een zeer langdurig dienstverband met een arbeidsongeschikte werknemer die mede vanwege zijn leeftijd weinig kansen meer op de arbeidsmarkt meer heeft en daarom een aanzienlijk inkomensverlies zal lijden) en de door de Hoge Raad vervolgens redelijk geachte ontslagvergoeding dekte verre van de volledige door werknemer geleden en te lijden inkomensschade. Situatie (ii) – de redelijke ontslaggrond, maar het ontslag wordt op een onzorgvuldige wijze gegeven – komt echter wel voor een vergoeding in aanmerking, omdat de werkgever de procedure niet goed gevolg heeft. Voor wat betreft de schadevergoeding valt dan te denken aan een vergoeding vanwege het te vroeg gerealiseerde ontslag, dan wel een vergoeding vanwege geleden immateriële schade (onnodige beschadiging van de naam van de werknemer).

Conclusie: ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers – in het algemeen behorend tot de categorieën 1 en 2 van mijn vraagstelling – kan als grondslag voor een ook bij een redelijk ontslag toe te kennen vergoeding dienen, dat het op geen enkele wijze tegemoet komen in het financieel nadeel van het ontslag, aan het ontslag de redelijkheid ontnemt. Voor andere categorieën werknemers is die grondslag niet zonder meer duidelijk.

Ontslagvergoeding bij afwezigheid van een valide ontslaggrond

Voor toekenning van vergoeding op grond van inkomensachteruitgang is in ieder geval aanleiding in de situaties (iii) en (iv) – waarbij een redelijke ontslaggrond ontbreekt -, omdat de werkgever daar geen goede grond heeft voor ontslag en het dienstverband dus eigenlijk had moeten voortduren.

Indien de werkgever de werknemer tracht te ontslaan zonder valide ontslaggrond, en hierin ook slaagt, bijvoorbeeld doordat de beoordelende instantie van oordeel is dat de arbeidsverhouding

⁶⁴⁷ Zo ook in België: de werkgever die de beëindigingsregels in acht neemt en bijv. de opzeggingsformaliteiten en de lange opzegtermijn respecteert, is nooit een ontslagvergoeding verschuldigd, ook niet als de beëindiging in zijn risicosfeer ligt; Uit: Van Eeckhoutte 2001, p. 47

⁶⁴⁸ De Laet 2004

⁶⁴⁹ HR 25 juni 1999, JAR 1999/149

zozeer verstoord is, dat voortzetting van het dienstverband niet meer mogelijk is, ligt het voor de hand dat de werkgever aan de werknemer een vergoeding dient te betalen⁶⁵⁰. De vraag is echter: wat voor een? Een aantal deelvragen dienen zich daarbij aan: (a) hoe lang moet een werkgever voor vergoeding van die inkomensachteruitgang zorg dragen: voor de rest van het werkzame leven van de werknemer, of slechts een gedeelte daarvan? (b) vragen van causaliteit: indien de werknemer na zijn verbroken dienstverband elders tegen een gelijk salaris aan de slag kan, hetzij op vaste basis, hetzij op een tijdelijk contract: vervalt daarmee dan de vergoedingsplicht van de opzeggende werkgever, of herleeft die plicht wanneer de nieuwe arbeidsrelatie eindigt? Indien die nieuwe relatie echter door de nieuwe werkgever wordt beëindigd, dan zijn al twee werkgevers mogelijk aansprakelijk jegens de werknemer. Deze problematiek van pluriformiteit van schuldeisers vormt een van de argumenten om de oorspronkelijke werkgever niet voor het volledige inkomensverlies van de werknemer aansprakelijk te houden. Een ander argument daartoe is dat werkgevers anders zeer terughoudend zullen zijn in het aannemen van personeel. Het lijkt mij van belang bij de categorie 'afwezigheid van een redelijke ontslaggrond' onderscheid te maken tussen situaties dat het ontslag vanwege werkgeversperspectief (enigszins) begrijpelijk is, maar sociaal niet gerechtvaardigd, én de situatie dat het gedrag van de werkgever als regelrecht onrechtmatig moet worden gekenschetst.

Voorbeeld van een 'onjuist maar begrijpelijk' ontslag: de werkgever ontslaat de werknemer op bedrijfseconomische redenen, niet omdat dat persé nodig is, maar vanwege een streven naar winstmaximalisatie. Ander voorbeeld: de werkgever ontslaat de werknemer waarbij het anciënniteitsbeginsel niet helemaal op juiste wijze wordt toegepast. Derde voorbeeld: de werkgever ontslaat de werknemer vanwege onvoldoende functioneren, maar aan de werknemer zijn te weinig kansen tot verbetering gegeven.

Voorbeeld van onrechtmatig gedrag: de werkgever misbruikt de werknemer; ontslag vindt plaats op direct discriminatoire gronden; het dienstverband eindigt vanwege arbeidsongeschiktheid van de werknemer die veroorzaakt is door aan de werkgever toerekenbaar onveilige werkomstandigheden.

De eerste categorie van gedragingen (onjuist maar begrijpelijk) is niet onrechtmatig, en er lijkt mij om die reden geen grond aanwezig te zijn de werkgever te verplichten de volledige door de werknemer te lijden inkomensschade te vergoeden. Ten aanzien van de tweede categorie onrechtmatig handelen is volledige vergoeding van alle inkomens- (en overige) schade wel uitgangspunt. Vraag bij de eerste categorie is vervolgens: welk deel van de door de werknemer te lijden schade komt dan voor vergoeding in aanmerking? Dat antwoord kan naar mijn mening niet anders luiden dan dat dat naar billijkheid moet worden vastgesteld. Een veelheid aan aspecten omtrent de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, maar wellicht ook aan die van de werknemer, moeten worden meegewogen en voorts: de mate waarbij de mogelijkerwijs door de werknemer te lijden schade aan de werkgever kan worden toegerekend.

Een maatstaf zou kunnen worden gevonden door aan te knopen bij de tijd die de werknemer redelijkerwijs (of schattenderwijs) nodig zal hebben een andere (al dan niet gelijkwaardige) functie te verkrijgen.

De grondslag voor het toekennen van deze vergoeding is dus het zonder valide reden ontslaan van de werknemer. Dit zou handelen in strijd met het goed werkgeverschap kunnen worden genoemd, hoewel ik die term liever reserveer voor het handelen van de werkgever tijdens de dienstbetrekking. Ten aanzien van de omvang van de door de werkgever aan de werknemer te betalen schade dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de 'gewoon' onzorgvuldig handelend werkgever, en diens onrechtmatig handelende collega.

18.7.2

Ad 2 gaat uit van de noodzaak tot vergoeding van door de werknemer als gevolg van het ontslag geleden schade, anders dan inkomensschade. De werknemer kan gedwongen zijn te verhuizen

⁶⁵⁰ of herstel dienstverband, zoals ook door de Commissie ADO voor die situatie voorgesteld. Hierover ook: Duk 2001, p. 296-298

voor het verkrijgen van een andere baan; hij heeft misschien omscholingskosten moeten maken, of zal andere vakliteratuur of gereedschappen moeten aanschaffen.

Voor vergoeding van deze kosten bestaat in ieder geval reden in de situaties (iii) en (iv) (het onjuiste ontslag door de werkgever of de door de werkgever geforceerde ontslagname door de werknemer); denkbaar is dat er een lichte vorm van werkgevers-nazorgverplichting bestaat in de categorieën (i) en (ii). Wanneer een werkgever een werknemer in dienst heeft genomen, wetende dat die voor zijn nieuwe baan moet verhuizen, dan kan het vervolgens (mogelijkerwijs na korte tijd) verbreken van die arbeidsrelatie, een extra zorgplicht met zich meebrengen. Of en zo ja in welke mate dat is, hangt weer af van de omstandigheden: leeftijd van de werknemer, privé-situatie werknemer, mogelijkheden ander werk te vinden in deze regio vergeleken met dat zelfde zoeken in de oorspronkelijke regio etc. Ten aanzien van de vrijwillig vertrekkende werknemer is er geen aanleiding deze kosten te vergoeden.

18.7.3

Ad 3 gaat uit van immateriële schade, als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁶⁵¹. Gedwongen ontslag betekent gederfde levensvreugde: de werknemer raakt zijn fijne baan en/of zijn collega's kwijt, of voelt zich door de handelwijze van de werkgever gekwetst of overbodig. Bij deze grond dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de zorgvuldig handelend werkgever, en diens onzorgvuldig handelende collega. Ten aanzien van een onzorgvuldig handelend werkgever kan de rechtsgrond voor de ontslagvergoeding in dat onzorgvuldig handelen worden gevonden; de werknemer is bijvoorbeeld zonder goede gronden en ten overstaan van 'de buitenwereld' op non-actief gesteld. Die werknemer heeft dan aanspraak op een vorm van smartengeld⁶⁵².

Ten aanzien van de zorgvuldig handelend werkgever moet er echter iets anders zijn. Die grond zou er uit kunnen bestaan, dat een werknemer er in beginsel op mag rekenen niet tegen zijn zin in te worden ontslagen. Maar ook zonder ontslag kan de baan minder leuk worden, of kunnen de fijne collega's zelf zijn vertrokken; ook in die gevallen is er geen reden tot schadevergoeding. Het is niet helemaal duidelijk of de wetgever in 1951/52⁶⁵³ dit voor ogen heeft wanneer over de ontslagvergoeding gesproken wordt als "een pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig, ook al zijn daarbij alle termijnen volledig in acht genomen".

Toch gooit deze grond (vergoeding van immateriële schade) hoge ogen waar het gaat om het kenschetsen van ontslagvergoedingen. Immers daar waar, bijvoorbeeld door de Commissie ADO, een onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen 'schade' vergoeding en 'ontslag' vergoeding, wordt met het eerste bedoeld op zuivere (=materiële) schade, en met het laatste op de zowel materiële als immateriële schade. Ook de Hoge Raad gaat er van uit dat een opzegging, zelfs indien dit ontslag geen financieel nadeel met zich meebrengt, vanwege de voor de werknemer getroffen voorzieningen kennelijk onredelijk kan zijn; blijkbaar wordt daar dus ook gezien op de immateriële schade. Tenslotte: toen ik in het artikel in SMA⁶⁵⁴ aantoonde⁶⁵⁵ dat (op dat moment) de op basis van de kantonrechteraanbeveling toegekende vergoeding meer bedroeg dan de door de gemiddelde werknemer te lijden schade, vormde dat geen aanleiding tot aanpassing van de 'formule' over te willen gaan. Die (vermeende door de werknemer te lijden) immateriële schade speelt dus impliciet een belangrijke rol bij de toekenning van ontslagvergoedingen.

Desondanks lijkt mij dat ter zake van immateriële vergoedingen er geen reden is zeer hoge bedragen toe te kennen: weliswaar is er levensgeluk gederfd, maar het verliezen van enig geluk hoort ook wel bij de aanvaarde maatschappelijke risico's. Wanneer daar dan toch een prijskaartje

⁶⁵¹ Door Zwartkruis 1972 zelfs als eerste argument genoemd: compensatie van door het ontslag teweeg gebrachte persoonlijke prestige verlies

⁶⁵² Het standpunt van Sieburgh 2003, p. 196, dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk zou kunnen zijn voor aan die werknemer overkomen psychische schade omdat hij zijn als gevolg van een aan de werkgever te wijten arbeidsongeval uitgevallen fijne collega moet missen, gaat mij te ver. Die fijne collega had ook zelf ontslag kunnen nemen en dan was de werkrelatie ook verbroken geweest zonder dat er iemand schadelijkt jegens een ander was.

⁶⁵³ MvA, Bijl. Hand II 1951-1952, 881, nr. 6, p.30

⁶⁵⁴ Boot 1999

⁶⁵⁵ ik heb althans nimmer vernomen dat mijn betreffende berekeningen onjuist zouden zijn

aan gehangen wordt, denk ik eerder aan vergoedingen in de orde van grootte van het (tijdelijk) niet meer kunnen uitoefenen van een hobby, hetgeen in de regel tot geringe smartengeldvergoedingen leidt, dan de in de huidige ontslagpraktijk toegekende ‘extra’ ontslagvergoedingen van vele Euro-tonnen.

18.7.4

Ad 4 laat de werknemer meedelen in de mede door zijn toedoen door de werkgever gecreëerde winst. Het was onder andere deze ‘meerwaardevoet’ die K. Marx inspireerde tot *Das Kapital*⁶⁵⁶. De meerwaarde als grond voor een ontslagvergoeding heeft een aantal gevolgen, maar roept ook vragen op. Een eerste vraag: is het gewone loon dan niet de vergoeding voor de door de werknemer geleverde prestatie? Wanneer de werknemer voor zijn prestatie ‘te weinig’ betaald heeft gekregen, hoe kan het dan dat dat mechanisme niet (als gevolg van de wetten van vraag en aanbod) gecorrigeerd wordt? Wanneer er meerwaarde is (en die zal er meestal zijn, anders zou het bedrijf van de werkgever geen winst maken): aan wie en in welke verhouding komt die meerwaarde dan toe: aan de betreffende werknemers, aan de werkgever als degene die ondernemersrisico heeft gelopen en wellicht grote inzet heeft getoond en/of aan de geldschietters (aandeelhouders)? Dergelijke vragen raken de kern van ons economisch denken en zijn daarmee niet eenvoudig te beantwoorden⁶⁵⁷.

Gevolg van het aan de werknemer aan het eind van het dienstverband toekennen van meerwaarde is dat de reden van de beëindiging er dan niet (veel) meer toe zou moeten doen; de uit eigen vrije wil vertrekkende werknemer heeft er ‘recht’ op⁶⁵⁸; zelfs de erfgenamen van de overleden werknemer. Een onderscheid zou wellicht gemaakt moeten worden tussen de situatie dat het vertrek van de werknemer voor het bedrijf ‘gunstig’ is (in de vorm van kostenreductie), neutraal of ongunstig (doordat een ‘onmisbare’ kracht vertrekt). Het vertrek van die laatste richt immers wellicht veel schade aan. In beginsel ziet deze rechtsgrond echter op alle hierboven genoemde situaties (i), (ii), (iii), (iv) en (v).

Het belangrijkste argument tegen het aan de werknemer doen toekomen is de omstandigheid, dat de werknemer ook niet aansprakelijk is voor door de onderneming geleden verliezen.

Werknemerschap brengt niet automatisch aandeelhouderschap met zich mee.

Grote moeilijkheid bij het vergoeden van meerwaarde is de berekeningswijze: kan de door een individuele werknemer gerealiseerde meerwaarde worden becijferd, of kan alleen de door werknemers gezamenlijk gerealiseerde resultaat worden berekend?

Een andere vraag: indien meerwaarde zou moeten worden vergoed: waarom dan pas aan het eind van het dienstverband, en niet periodiek? Reden voor aan het eind betalen kan zijn: het creëren van een oudedagvoorziening, maar bij een vertrekkende jonge werknemer is dat weinig reëel. Al met al lijkt de door de werknemer gerealiseerde meerwaarde geen hanteerbare grondslag te vormen voor een te betalen ontslagvergoeding.

18.7.5.

Ad 5. Goodwill

Goodwill lijkt sterk op door de werknemer gerealiseerde of te realiseren meerwaarde. Het begrip wordt expliciet geregeld in de regeling met betrekking tot de agent (art. 7:442 BW). Aan de agent komt, los van het recht om schadevergoeding te vorderen, bij het einde van de agentuurovereenkomst het recht toe op een klantenvergoeding, voor zo ver hij nieuwe klanten heeft aangebracht en betaling van deze vergoeding billijk is, gelet op alle omstandigheden, in het bijzonder op de door hem verloren provisie.

Een agent is voor zijn inkomsten grotendeels afhankelijk van provisie, dus deze goodwill wordt in belangrijke mate gerechtvaardigd vanwege het door de agent te derven inkomensverlies. De vergoeding bedraagt niet meer dan de (gemiddelde) beloning van één jaar.

⁶⁵⁶ K. Marx, *Het kapitaal*, De Haan/Bussum, 1983, pag. 143 e.v.

⁶⁵⁷ Het voorstel tot een vermogensaanwasdeling leidde in het eerste kabinet den Uyl dan ook bijna tot een kabinetscrisis

⁶⁵⁸ Loonstra 2000, p. 101 trekt ook deze conclusie zowel voor de met wederzijds goedvinden vertrekkende werknemer, als voor de werknemer van wie het tijdelijke dienstverband niet wordt verlengd

Betaling van goodwill aan een vertrekkende werknemer zie ik niet snel als een valide, aparte rechtsgrond. Niet alleen is een dergelijke betaling in het BW niet geregeld, maar het ten aanzien van de ‘meerwaarde’ gebruikte argument geldt hier ook: het realiseren van een klantenkring behoort tot de reguliere werkzaamheden van een werknemer, en de beloning daarvoor wordt geacht in zijn reguliere salaris te vallen, dan wel kan tijdens het dienstverband als extra salaris worden uitbetaald⁶⁵⁹.

Een specifieke vorm van extra betaling vormt de aan werknemers soms toekomende octrooi- of auteursrechten. Ik zou deze echter niet als vorm van ontslagvergoeding willen beschouwen, maar als vorm van eventueel extra, tijdens de dienstbetrekking uit te keren loon. Ook om die reden zag de Hoge Raad geen probleem in het los van de ontbindingsvergoeding aan een werknemer uitkeren van zo’n octrooivergoeding⁶⁶⁰.

18.7.6

Ad 6.

De reden, dat er door de werkgever betaald wordt om aan het als preventief bedoelde stelsel te ontkomen, komt in strikte zin als oneigenlijk over. Toch speelt deze reden in de praktijk een (grote) rol: Zwartkruis noemt het nog neutraal: het naar buiten correct en rimpelloos doen plaatsvinden van het ontslag⁶⁶¹ maar Scholtens poneert de reden zelfs als zijn eerste stelling op het 25-jarig PAO-congres van de Erasmus-universiteit⁶⁶².

Hoe is de ‘afkoop’ van ontslagbescherming een maatschappelijk fenomeen geworden?

De ontslagpraktijk op basis van het Nederlandse arbeidsrecht kent de volgende ontwikkeling. Tot 1945 bestond de ontslagbescherming er hoofdzakelijk uit, dat de werkgever die het dienstverband wenste te beëindigen, tegenover de werknemer een opzegtermijn in acht moest nemen, gedurende welke de werknemer zijn inkomen behield. Na afloop van die opzegtermijn en dus vanaf het einde van het dienstverband kwamen de werknemer hooguit aanspraken toe op basis van werkloosheidsregelingen, die echter nimmer meer waren dan het laatst genoten salaris, maar vaak wel veel minder. Een door de individuele werkgever te betalen vergoeding was zelden aan de orde, hooguit in de bijzondere situatie dat beëindiging van de dienstbetrekking zo urgent was, dat van de werkgever toepassing van de reguliere opzegtermijn niet kon worden verlangd, en ontbinding van de arbeidsovereenkomst werd gevraagd. De mogelijkheid om aan de werknemer daarbij een vergoeding toe te kennen was nog niet geregeld en het artikel werd in de praktijk zelden toegepast.

Vanaf 1944/45 gold het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen, als gevolg waarvan uiteindelijk de ontslagbescherming van de werknemer sterk werd gewaarborgd: de werkgever kon voor de onder het BBA geldende groepen niet zonder voorafgaande toestemming de arbeidsovereenkomst opzeggen. De ontslagbescherming was daarmee sterk gericht op de arbeidsrust en het behoud van arbeidsplaatsen, en niet zozeer op het verstrekken van financiële genoegdoening aan de werknemer.

In 1953 werd het kennelijk onredelijk ontslag in het ontslagrecht geïntroduceerd en tegelijkertijd werd de mogelijk aan de rechter gegeven om in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan een der partijen een vergoeding toe te kennen. Met deze twee wijzigingen werden dus twee elementen aan het ontslagrecht toegevoegd, beiden gericht op de financiële compensatie van vooral de werknemer.

Het duurde in de praktijk geruime tijd voordat die wettelijke mogelijkheden werden uitgenut. Waarschijnlijk speelde daarbij een rol de grote krapte die in gedeelten van de jaren vijftig en zestig op de Nederlandse arbeidsmarkt heerste, zodat gedwongen ontslagen weinig voorkwamen en het in geval van ontslag voor een werknemer niet erg moeilijk was andere arbeid te verkrijgen. Dat

⁶⁵⁹ Dat dit voor de agent anders ligt komt omdat deze voor zijn beloning grotendeels afhankelijk is zijn gerealiseerde omzet. Wanneer echter de agent ook aanspraak heeft op semi-provisie voor na zijn vertrek tot stand gekomen overeenkomsten, dan is het daar boven op ook betalen van goodwill in zekere zin dubbel op.

⁶⁶⁰ Hoge Raad 1 maart 2002, JAR 2002, 66.

⁶⁶¹ Zwartkruis 1972

⁶⁶² Scholtens 1998, p. 30.

werd anders met de economische recessie vanaf het begin van de jaren zeventig van de twintigste eeuw. Het ontslagstelsel van het BBA, en vooral de manier waarop deze regeling destijds door de Directeuren van de Gewestelijk Arbeidsbureaus⁶⁶³ werd toegepast, maakte dat deze ontslagpraktijk door werkgevers als traag werd ervaren⁶⁶⁴. Om werknemers en werknemersorganisaties te bewegen hun medewerking te verlenen aan de in de ogen van werkgevers gewenste en in de ogen van de werknemers misschien ook wel onvermijdelijke ontslagen, boden werkgevers aan werknemers – al dan niet in de vorm van een Sociaal Plan - aan een ontslagvergoeding te betalen, in ruil voor het verlenen van medewerking aan het betreffende ontslag. Werknemers gingen daar in toenemende mate op in; de hoogte van die aan de werknemers te betalen vergoeding werd in toenemende mate ontkoppeld van de door de werknemers werkelijk te lijden schade. Aanvankelijk opteerden vele bedrijven voor regelingen, die aan werknemers een aanvulling toekenden op een te ontvangen werkloosheidsuitkering; gaandeweg werd dit vervangen door een los van de WW-uitkering toe te kennen bedrag, berekend op basis van een aantal maatstaven⁶⁶⁵. Deze praktijk van te betalen ontslagvergoedingen kwam al tot bloei voordat het fenomeen kennelijk onredelijk ontslag grote bekendheid kreeg. Eerder dan dat werd de praktijk van de door werkgevers aan werknemers aangeboden ontslagvergoedingen door de kantonrechters in inhoudelijke ontbindingszaken toe te kennen vergoedingen tot voorbeeld genomen⁶⁶⁶. In de gevallen waarbij (de vooral grotere) werkgevers met hun werknemers niet tot overeenstemming over een te betalen ontslagvergoeding konden komen, opteerden deze werkgevers in toenemende mate voor het adieren van de rechter in een inhoudelijke ontbindingsprocedure, in plaats van de zaak aan het GAB voor te leggen. Doordat hoger beroep tegen deze ontbindingsbeschikkingen, afgezien van enkele in de jurisprudentie ontwikkelde uitzonderingsgevallen, niet mogelijk was, liep de ontslagvergoedingen praktijk, zoals door alle individuele kantonrechters ontwikkeld, sterk uiteen. In de jaren tachtig werden een tweetal jurisprudentie-onderzoeken gedaan naar de hoogte van de tot dan toe in de gepubliceerde jurisprudentie toegekende vergoedingen, namelijk door Loonstra in 1983 over de periode 1970 tot 1983, en door Groen in zijn proefschrift uit 1989 over de periode 1953 tot 1987. Loonstra onderzoekt 68 ontbindingsbeschikkingen, waarbij in 50% van de gevallen ontbonden werd, waarvan in 32,4% onder toekenning van een vergoeding. Groen komt bij 227 onderzochte uitspraken tot 114 ontbindingen, dat wil zeggen ook 50%, waarvan 34% met een vergoeding⁶⁶⁷. Opvallend is dus dat – uitgaande van deze gegevens – in de praktijk tot 1987 veel minder vaak dan nadien tot ontbinding werd overgegaan, en daarbij bepaald niet altijd een vergoeding werd toegekend. In 1996 komt de Landelijke Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters voor de ontbindingsprocedure tot stand. In deze in de wandelgangen kantonrechtersformule genoemde aanbeveling wordt de toe te kennen ontslagvergoeding in hoge mate geabstraheerd van de werkelijke door de werknemer te lijden schade. De hoogte van de vergoeding wordt gebaseerd op de lengte van het dienstverband, op het salaris en op een correctiefactor. Doordat deze toe te

⁶⁶³ als gevolg van een overvloed aan zaken ook: noodgedwongen, zie Scholtens 1998, p. 14 e.v

⁶⁶⁴ het gaat hier dus om bedrijfseconomische ontslagen. In Stichting WIV 1974 (pag. 25) wordt opgemerkt dat “ontslag op verzoek wegens bijvoorbeeld ‘onverenigbaarheid van karakters’ voor c.a.o.-loners vrijwel niet voorkomt”.

⁶⁶⁵ De Stichting WOV geeft (pag. 97) een overzicht van de in 1974 bestaande situaties. Ten aanzien van aanvullingsregelingen na bedrijfseconomische ontslagen wordt geconstateerd dat deze veelal aanvulling van de WW-uitkering tot 100% regelen, gedurende twaalf maanden, daarna af te bouwen. In geval van een langdurig dienstverband of hoge leeftijd van de werknemer, gold deze aanvulling gedurende maximaal drie jaar (pag. 50). Uit onderzoek naar uitkeringen ineens in een vijftal representatieve bedrijfstakken blijkt dat aan werknemers van 30 jaar met drie jaar dienstverband een vergoeding van gemiddeld twee à drie weken salaris werd toegekend; na tien jaar dienstverband was dat zeven weken. Voor een werknemer van 40 jaar was dat drie à vier weken respectievelijk acht weken. Voor een werknemer van 50 jaar bij tien jaar dienstverband negen à tien weken en bij twintig jaar dienstverband zestien weken; voor een werknemer van 60 jaar bij tien jaar dienstverband elf weken en bij 30 jaar dienstverband twintig weken salaris ineens. De (zeer royale) overheidswachtgeldregeling (19,9% plus 1,5% per dienstjaar, dat alles vermenigvuldigd met de dienstdaag) gold toen overigens al wel.

⁶⁶⁶ Scholtens 1998, p. 16 spreekt in dit verband over de reflexwerking van de pro forma vergoedingen op de geregelde, p. 16; Duk 1998, p. 32 e.v. weerspreekt dit echter in dezelfde bundel

⁶⁶⁷ Groen 1989, p. 62

kennen vergoeding veel meer (dan strikt nodig was geweest) is geabstraheerd van de werkelijke inkomensschade, blijkt dat de hierboven genoemde gronden voor ontslagvergoedingen hooguit slechts zeer ten dele juist zijn. Wanneer delging van te verwachten inkomensverlies het Leitmotiv voor ontslagvergoedingen zou zijn geweest, had een langdurige aanvullingsverplichting meer in de rede gelegen. De schade anders dan inkomensschade (grond 2) komt in de Aanbeveling niet expliciet aan de orde; hetzelfde geldt voor grond 3, hoewel de gronden 2 en 3 in de praktijk bij het vaststellen van de correctiefactor wel een rol kunnen spelen. Grond 4 komt in de Aanbeveling evenmin expliciet naar voren, en in de praktijk van de Aanbeveling eigenlijk ook niet; hooguit zou de omstandigheid dat de hoogte van de ontslagvergoeding in hoge mate is gebaseerd op de lengte van het dienstverband, uitdrukking kunnen zijn van de gedachte, dat de ontslagvergoeding een vorm van 'uitgestelde beloning' vormt.

De rechtsgrond van de ontslagvergoedingen op basis van de Aanbeveling kan dus uit drie elementen bestaan: een sterk geabstraheerde vorm van de gronden 1 en 4, en in veel mindere mate van 2 en 3, en voorts uit een eigen grond of dynamiek, namelijk het door de werkgever 'afkopen' van het langzame en dus dure traject via (thans) CWI en opzegging. Dat dit laatste element ook een rol speelt blijkt uit de omstandigheid dat de zelfde Kring van Kantonrechters geen Aanbeveling ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen tot stand heeft gebracht.

Vormt 'afkoop van ontslagbescherming' een rechtsgrond voor het toekennen van ontslagvergoeding?

Ik zou hierbij een onderscheid willen maken tussen de situatie, dat er nog geen inhoudelijke procedure is gevoerd, en werkgever en werknemer een afspraak maken over de beëindiging van het dienstverband, én de situatie dat het dienstverband hetzij door opzegging is, dan wel door ontbinding door de rechter wordt beëindigd, en de rechter vervolgens dient te oordelen over een aan de werknemer eventueel toe te kennen vergoeding.

In het eerste geval is sprake van een afkoop van risico's: hoewel dat op zich zelf naar mijn mening geen rechtsgrond vormt, is het wel een maatschappelijk fenomeen, en wellicht acceptabel: de werknemer is bereid af te zien van bepaalde aanspraken, tegen betaling van een bedrag. De aanspraken waar de werknemer dan afstand van doet bestaan dan vooral uit de kans dat de oordelende instantie van mening is dat zich geen valide ontslaggrond voordoet. Dat de werkgever door middel van zo'n afspraak, ook een mogelijkerwijs lange ontslagprocedure kan bekorten, is ook een maatschappelijke realiteit, maar vind ik op zich zelf minder legitiem. Daar is de ontslagbescherming niet voor bedoeld; de opzegtermijn overigens wel.

In de tweede situatie heeft de rechter of CWI al geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst tot een einde moet komen, en dan dient zich weer de vraag aan, waarom die vergoeding? Afgaande op de hierboven geschetste en door Scholtens verwoorde historische ontwikkeling, is het niet zo zeer vreemd dat de 'markt' tot bepaalde afspraken kwam omtrent het regelen van ontslagzaken, maar is het wel vreemd dat de kantonrechters deze 'volle' vergoedingen als standaard gingen toekennen.

Ad 7. Loon gemiste opzegtermijn.

Aangezien de arbeidsovereenkomst dadelijk of op korte termijn dient te worden ontbonden, vindt die ontbinding vaak plaats op een kortere termijn dan met inachtneming van de opzegtermijn. Dat zou aanleiding kunnen vormen de werknemer te compenseren voor die 'gemiste' opzegtermijn. Aan de werknemer zou daartoe bij de ontbinding een vergoeding kunnen worden toegekend ter grootte van de schadeloosstelling zoals thans bepaald in art. 7:677 BW. Tegen die redenering valt niet zo veel in te brengen⁶⁶⁸. De praktijk laat echter zien dat veel hogere (ontslag)vergoedingen worden betaald dan het loonequivalent over de gemiste opzegtermijn.

18.8 Conclusie

⁶⁶⁸ Loonstra 2001, p. 33

De duidelijkste rechtsgrond voor ontslagvergoedingen is de op de werkgever rustende “post-contractuele zorgplicht”, in het licht van de door de werknemer als gevolg van het ontslag te verwachten materiële schade. Dat betekent dat er voor ontslagvergoedingen in beginsel geen ruimte zou behoren te zijn wanneer het ontslag geen (directe) materiële schade zal opleveren. Het hanteren van de post-contractuele zorgplicht betekent dat deze zorgplicht groter is naarmate de werknemer weinig mogelijkheden heeft op de arbeidsmarkt voor een adequate functie. Die functie elders hoeft niet gelijkwaardig te zijn aan de functie bij de laatste werkgever, wanneer de werknemer bij deze laatste werkgever relatief ‘hoog’ was betaald. Indien de werknemer lange tijd bij de ontslaggevende werkgever in dienst is geweest, en deze weinig heeft gedaan aan het opleidingsniveau van de werknemer (vanzelfsprekend: wanneer deze zich daarvoor openstelde) dan rust op de werkgever een grotere postcontractuele plicht dan in de situatie dat de werknemer er qua arbeidsmarktkansen bij deze werkgever niet of weinig op ‘achteruit’ is gegaan.

Aanknopingspunt hierbij zou kunnen zijn de in de Arbwet neergelegde verplichting dat de arbeid moet bijdragen tot de vakbekwaamheid van de werknemer. De eis dat de arbeid moet bijdragen om de vakbekwaamheid van de werknemer te vermeerderen mag echter niet worden gesteld, want het daartoe bij de totstandkoming van de Arbwet ingediende amendement, werd verworpen⁶⁶⁹. De op basis van deze rechtsgrond toe te kennen vergoeding is moeilijk in een formule te vatten, althans niet wanneer deze niet ruime marges (bijvoorbeeld in de vorm van een correctiefactor) kent⁶⁷⁰.

Bij de hoogte van de toe te kennen vergoeding dient – omdat het gaat om de geleden en te lijden materiële schade - vanzelfsprekend rekening te worden gehouden met de voorzieningen waarvoor de werknemer in aanmerking komt, zoals een WW-uitkering of (langer durende) wachtgeldvoorziening, alsmede de vraag wie deze gefinancierd heeft.

De vergoeding behoeft niet de volledige te verwachten inkomensschade op te vangen: de op de werkgever rustende post-contractuele zorgplicht stopt immers daar waar de werknemer gewoon zelf voor zijn eigen levensonderhoud moet zorg dragen. Daar waar hij dat als gevolg van door de werkgever veroorzaakt onjuist handelen in het geheel niet meer kan (bijv. na een arbeidsongeval) is de werkgeversverantwoordelijkheid wel zeer groot, omdat de werknemer in dat geval in de onmogelijkheid verkeert inkomsten uit arbeid te verwerven, en met dat onjuiste handelen van de werkgever een causaal verband bestaat. In veruit de meeste gevallen moet de werknemer echter wel in staat worden geacht andere werkzaamheden te verkrijgen. Ik acht het ook niet nodig dat in de ‘doorsnee’ gevallen (dat wil zeggen: een zowel aan de werkgever als aan de werknemer te verwijten ontslag, dan wel een ontslag waarbij niet zozeer verwijten een rol spelen, doch de ontslaggrond in de risicosfeer van de werkgever ligt) de werkgever die volledige te verwachten inkomensschade draagt; enerzijds omdat de werknemer ook zijn eigen verantwoordelijkheid houdt (‘de arbeidsovereenkomst is geen levensverzekering’) en anderzijds omdat het ontvangen van een ontslagvergoeding geen belemmering moet vormen zo spoedig mogelijk desnoods lager betaald ander werk te aanvaarden.

Het afkopen van een anders te verwachten langdurige ontslagprocedure acht ik geen rechtsgrond, maar is, wanneer het gaat om tussen partijen gemaakte vrijwillige afspraken, een te aanvaarden maatschappelijke realiteit. Dit betekent echter niet dat de rechter, nadat hij geoordeeld heeft dat het ontslag een redelijke grond heeft, die zelfde ‘afkoopvergoeding’ zou moeten toekennen.

Ontslagvergoeding bij wijze van uitgesteld loon voor door de werknemer gerealiseerde ‘meerwaarde’ acht ik niet gewenst. Wanneer werknemers structureel ‘onderbetaald’ worden, in de zin dat met gebruikmaking van hun arbeidskracht ongerechtvaardigd veel winst wordt gemaakt, dient die scheefgroei bij de onderhandelingen over het (desnoods variabele) loon te worden rechtgezet. Ik zie geen reden waarom deze uitbetaling dan bij het einde van het dienstverband (dus ook in geval van een vrijwillige ontslagname door of het overlijden van de werknemer) zou moeten plaatsvinden, nog afgezien van de onmogelijkheid die meerwaarde (over een reeks van jaren, met een niet toe te rekenen bijdrage van deze individuele werknemer daaraan) per individu te berekenen.

⁶⁶⁹ Geers 1987, p. 109/110

⁶⁷⁰ Ik ben daarom ook geen voorstander van het in de wet vastleggen van de Kantonrechttersformule; zie hierover ook Boot 2004

Dat een ontslagvergoeding (mede) betaald zou moeten worden vanwege de door de werknemer aan de werkgever in het verleden bewezen (trouwe) diensten acht ik daarmee ook onjuist: de contra-prestatie voor de door de werknemer geleverde diensten wordt gevormd door diens ontvangen salaris. Daarbij komt dat als de werknemer zelf vertrekt of met pensioen gaat, die bewezen diensten ook niet tot een nabetaling (anders dan het spreekwoordelijke gouden horloge) leiden.

Vergoeding in verband met geleden immateriële schade acht ik slechts bij wijze van uitzondering op zijn plaats. De inhoud van een arbeidsovereenkomst heeft een in hoge mate immaterieel aspect: werk kan heel leuk zijn, gewoon leuk, een beetje of helemaal niet. Waar dat leuke door wordt bepaald, is sterk individueel gekleurd: uitdagend werk, gezellige of juist intellectueel inspirerende collega's enz. De werkgever kan deze factoren maar ten dele beïnvloeden.

Bovendien: daar waar de werkgever er in slaagt de prettigste werkomgeving te creëren, is de 'pijn' om het verlies van die werkkring het grootst; die 'inspirerende' werkgever zou met een ontslag dus de grootste immateriële schade veroorzaken, en aldus het meest gestraft worden. Zulks zou niet bevorderlijk zijn voor het tot stand brengen van goede werkomgevingen.

Daar waar de 'pijn' van het voor een werknemer ontslagen worden toch vooral bestaat uit het te verwachten verlies aan inkomen, lijkt een adequater vorm van de delging van dat nadeel, om als uitgangspunt een langere opzegtermijn aan te houden, na afloop waarvan de werkgever aan zijn verplichtingen heeft voldaan⁶⁷¹. De werknemer werkt gedurende die opzegtermijn gewoon door, maar weet dat hij moet uitkijken naar een andere baan, en moet daar dan ook de gelegenheid voor krijgen. De werkgever is verplicht de werknemer gedurende die termijn door te betalen, waartegenover echter een arbeidsprestatie staat. Wanneer de werknemer gedurende die opzegtermijn ander werk vindt, moet hij snel weg kunnen gaan. Op deze manier wordt de doorsnee werkgever niet geconfronteerd met een "extra 13^e (of 14^e) maand". Slechts op expliciet verzoek van de werkgever zou deze opzegtermijn afgekocht moeten kunnen worden. Het is dan de werkgever die die keuze maakt, en hij behoort dan voor de financiële gevolgen (wel betalen; geen hiertegenover staande arbeidsprestatie) op te draaien. Op deze manier⁶⁷² zou de compensatie van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, meer aansluiting krijgen met de beëindiging van andere vergelijkbare duurovereenkomsten.

Het bovenstaande afgezet tegen de verschillende categorieën van werknemer, levert het volgende op. De 'maatschappelijke zwakke' en de 'gewone' werknemer leiden door het gedwongen verlies van hun baan in de regel inkomensverlies. Voor de niet hoogbetaalde werknemer grijpt het verschil tussen het laatstverdiende inkomen en de te ontvangen werkloosheidsuitkering vaak direct in in de door hem te betalen kosten van levensonderhoud. Dat laatste geldt in mindere mate voor de hoogbetaalde werknemer en directeur, maar voor deze twee groepen is het verschil tussen het laatstverdiende salaris en de te ontvangen WW-uitkering procentueel groter, omdat de WW-uitkering is gemaximeerd tot 70% van het maximum dagloon. De hoogbetaalde werknemer en directeur gaat er dus procentueel door het ontslag 'meer op achteruit'. Daar staat tegenover dat de hoogbetaalde werknemer vanwege het tijdens het dienstverband ontvangen hoge salaris makkelijker in staat moet worden geacht reserves op te bouwen. Bovendien zijn vele hoogbetaalde werknemers en directeurs er zich van bewust dat hun arbeidsrechtelijke positie minder 'zeker' is dan die van een (gechargeerd gesteld) productie-arbeider, omdat voor het vervullen van die hogere functie de vertrouwensbasis van essentieel belang is, en zo'n vertrouwensbasis gemakkelijk – of zelfs eenzijdig – kan komen te vervallen.

Omdat ook de hoogbetaalde werknemer en directeur dus in financiële zin (sterk) afhankelijk kan zijn van zijn werkgever, ligt het niet voor de hand hen de aan de 'gewone' werknemer toegekende ontslagbescherming dwingend geheel te ontzeggen. Om hoogbetaalde werknemers van de ontslagbescherming van het arbeidsrecht uit te sluiten, zoals Jacobs voorstelt, acht ik daarom niet

⁶⁷¹ zoals ook in het Belgische recht het geval is; zie bijv. Van Eeckhoutte 2001, p. 29

⁶⁷² die overigens sterk overeenkomst met het Belgisch arbeidsrecht; een element uit het Belgisch ontslagrecht dat ik zeker niet voorsta is dat de opzegtermijn substantieel langer dient te zijn naarmate het inkomen van de bediende hoger is

gerechtvaardigd. Ook het maximeren van aan statutair directeurs toe te kennen ontslagvergoedingen van een (of in geval van kennelijk onredelijk ontslag bij ontslag tijdens de eerste benoemingsperiode: twee) vast jaarsalaris(sen)⁶⁷³, is niet altijd gerechtvaardigd. Gelet op de hoge posities die deze groep werknemers (mijn categorie 3 en 4) innemen, vind ik het daarentegen wel verdedigbaar hen de keuze te geven in het niveau van bescherming. Het is immers denkbaar dat een bedrijf een 'bijzondere' kracht nodig heeft, daarvoor bereid is een hoog salaris te betalen, de situatie zich er niet toe leent een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan (bijvoorbeeld omdat de behoefte van de werkgever daartoe te onbepaald is) maar partijen zich er ook van bewust zijn dat dat hoge salaris niet iets 'voor het hele leven' is. In zo'n situatie dient de werknemer de mogelijkheid te hebben om van te voren af te zien van de 'volle' ontslagbescherming, in ruil voor een hoger salaris.

Kortom: aan hoog-betaalde werknemers en directeurs dient de mogelijkheid te worden gegeven wel of niet te opteren voor de toepasselijkheid van het volle ontslagrecht. Gelet op hun positie is het risico dat daar door de werkgever misbruik van wordt gemaakt, niet groot.

De volgende vraag die zich aandient is op welke wijze aan deze categorieën 3 en 4 die keuze dient te worden gegeven. Ik zie op zich zelf drie mogelijkheden: (i) door de wettelijke regeling inzake ontslagrecht voor hen van regeland recht te maken, in die zin dat bijvoorbeeld de artikelen 681 en 685 kunnen worden weggecontracteerd; een vorm daarvan is (ii) door ten aanzien van hen de mogelijkheid te scheppen bij aanvang van het dienstverband bindende afspraken te maken over de beëindiging daarvan, althans over de hoogte van een in geval van ontslag te betalen vergoeding⁶⁷⁴ of (iii) deze groep werkers de mogelijkheid te bieden af te zien van het werknemerschap, en bindend te opteren voor de opdrachtovereenkomst.

Omdat ontslagbescherming op zich zelf wel wezenlijk is voor de arbeidsovereenkomst, vallen categorie i en iii met elkaar samen. Indien afstand gedaan zou worden van de ontslagbescherming, is er wat dit aspect betreft weinig reden meer om die overeenkomst nog een arbeidsovereenkomst te blijven noemen. Omdat het onderscheid tussen de gewone en de hoogbetaalde werknemer altijd arbitrair zal blijven, én omdat ik een wezenlijk verschil zie tussen de hoogbetaalde werknemer en de zelfstandige, vind ik een alles-of-niets systeem weinig bevredigend. Oplossing ii zou daarom mijn voorkeur hebben, namelijk dat de hoogbetaalde werknemer wel een arbeidsovereenkomst behoudt, maar hij bij aanvang of tijdens het dienstverband in verdergaande mate dan thans de mogelijkheid heeft bindende afspraken te maken over ontslaggronden en –vergoedingen. Slechts wanneer nakoming van die afspraken tot een voor een der partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat zou leiden, zou de rechter de vrijheid behoren te hebben deze afspraken te door kruisen⁶⁷⁵. De jurisprudentie sinds het Hoge Raad-arrest Statenbank/Fiet, waarbij die partij-afpraak in beginsel niet bindend is, behoort daarmee tot het verleden.

Ten aanzien van opdrachtnemers is er weinig grond de bescherming die het BBA hen thans (op papier) verschaft, te handhaven. Op de bepaling wordt in de praktijk zelden een beroep gedaan, het bereik van de bescherming voor deze zogenaamde BBA-werknemers is niet duidelijk, hetgeen tot onduidelijkheid in de praktijk leidt. Daar staat tegenover dat de wettelijke regeling aan opdrachtnemers een, mede gezien op de grondslag voor het aan werknemers toekennen van ontslagvergoedingen (verschaffing van enige inkomenszekerheid c.q. post-contractuele goede trouw) wel heel zwakke positie toekent. Gelet op de jurisprudentie die zich ten aanzien van de beëindiging van duurovereenkomsten heeft gevormd, in vergelijking nemend de ontslagbescherming die in de huidige wettelijke regeling aan de agent is toegekend én vanuit de ontslagbeschermingsgedachte zoals die ten aanzien van werknemers wordt ingevuld, zou ik willen bepleiten aan opdrachtnemers een iets ruimere vorm van ontslagbescherming toe te kennen dan thans het geval is. Aangezien het belang van de opdrachtnemer er vooral uit bestaat gedurende enige tijd van inkomen verzekerd te zijn, bestaat er weinig bezwaar tegen deze

⁶⁷³ zoals voorgesteld door de Commissie Tabaksblat

⁶⁷⁴ met andere woorden: de lijn van HR 7 april 1995, JAR 1995/98 (Statenbank/Fiet) te verlaten

⁶⁷⁵ ten dele (namelijk voor wat betreft het toetsingscriterium) in deze lijn past de uitspraak van de Hoge Raad van 2 april 2004 (Drankencentrale Waterland), JAR 2004/112

ontslagbescherming te gieten in de vorm van een wat langere opzegtermijn. De opdrachtgever is de vergoeding dan niet kwijt; hij krijgt er immers een arbeidsprestatie voor terug. Voor wat betreft de lengte van de jegens de opdrachtnemer te hanteren opzegtermijn zouden de volgende overwegingen een rol kunnen spelen.

Wat betreft die drempelduur zou gedacht kunnen worden aan een periode van drie maanden gedurende welke er werkzaamheden zijn verricht; dat voorkomt dat de kapper moet worden opgezegd! Wat betreft de opzegtermijn zou gedacht kunnen worden aan één maand plus een maand voor iedere twee jaar dat er werkzaamheden zijn verricht – onderbrekingen korter dan drie maanden weggedacht - met een maximum van in totaal zes maanden. De reden om deze opzegtermijn aldus te bepalen is de volgende. De opdrachtnemer aan wie wordt opgezegd, zal in beginsel geen afzonderlijke ontslagvergoeding krijgen. De aan hem te geven compensatie moet dus in de opzegtermijn verdisconteerd worden; dat rechtvaardigt dat een langere opzegtermijn dan tegenover de werknemer in acht moet worden genomen⁶⁷⁶. De wettelijke regeling met betrekking tot de agent begint met een termijn van 3 maanden, en wordt uitgebreid tot vijf maanden indien meer dan zes jaar is gewerkt. De begindrempel van drie maanden vind ik – vergeleken met de regeling voor werknemers - veel; het maximum van vijf maanden – wanneer dit de gehele compensatie voor de opzegging vormt - wat kort. Bedacht moet worden dat de agent naast deze opzegtermijn ook goodwill en ontslagvergoeding kan ontvangen. Ter vergelijking kan ook gekeken worden naar de situatie van de opzegging van distributieovereenkomsten. Aldaar moet in de regel een forse opzegtermijn – oplopend tot twee à drie jaar - in acht worden genomen⁶⁷⁷. Dat is begrijpelijk, omdat de distributeur doorgaans forse investeringen zal hebben gedaan (in de vorm van acquisitie, reclamekosten e.d.) die terugverdiend moeten worden. Dergelijke belangen spelen voor de opdrachtnemer meestal niet. Al met al lijkt een minimum opzegperiode van één maand redelijk, wanneer het tenminste gaat om een duurovereenkomst die minimaal drie maanden geduurd heeft; tevens lijkt een maximum opzegperiode van zes maanden ook redelijk. In abstracto verschilt de regeling dus niet voor de afhankelijke en de onafhankelijke opdrachtnemer: in de praktijk wel, omdat de afhankelijke opdrachtnemer vaak gedurende langere periode voor de opdrachtgever zal hebben gewerkt.

⁶⁷⁶ Een werknemer ontvangt in de praktijk vanaf het moment van ontslagaanzegging meestal ook minimaal drie maandsalarissen, hetzij als loon, hetzij als ontslagvergoeding. De minimale reguliere opzegtermijn tegenover een werknemer is één volle kalendermaand. De duur van de daaraan voorafgaande CWI-procedure is in de praktijk in ruim meer dan de helft van de gevallen tussen de vier en zes weken. Vanaf het moment van de ontslagaanvraag is de werknemer dus gemiddeld gezien minimaal verzekerd van inkomstencontinuering gedurende twee tot tweeëneenhalve maand (exclusief de aanzegperiode van art. 6:672 lid 1 BW). De standaardvergoeding op basis van de kantonrechttersaanbeveling bij een dienstverband van meer dan zes maanden is ook één maandsalaris. De duur van een ontbindingsprocedure bedraagt in de praktijk zes tot acht weken. Vanaf het moment van het indienen van een ontbindingsverzoek is zo'n werknemer ook minimaal verzekerd van een inkomstenvoorziening van tweeëneenhalf tot drie maanden.

⁶⁷⁷ Zie J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, *Distributieovereenkomsten*, Kluwer 1997, pag. 152 e.v. en C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, diss., Kluwer 1999; W.M. Visser 't Hoofd, *Japanese contract law and anti-trust law and the unilateral termination of distribution agreements*, (diss.) Leiden, 2000, pag. 131 e.v.

Hoofdstuk 19 Arbeidsomstandigheden

19.1 Inleiding

Voor werknemers en opdrachtnemers gelden sterk verschillende regels op het gebied van veiligheid en arbeidsomstandigheden. Ten aanzien van werknemers dienen bepaalde arbeidsomstandigheden in acht te worden genomen: de arbeid dient zich binnen bepaalde tijden af te spelen en bepaalde (andere) veiligheidsvoorschriften moeten in acht worden genomen. Een ander aspect betreft arbeidsongevallen: wanneer er in het kader van de verrichte arbeid zich ten aanzien van de werknemer ongevallen voordoen, dan heeft die werknemer een extra bescherming, vergeleken met de onrechtmatige daad-actie, die ieder slachtoffer van onrechtmatig handelen heeft. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden in hoeverre beide vormen van bescherming (veiligheidsvoorschriften; extra bescherming bij arbeidsongevallen) gelden voor werknemers, en in welke mate voor werkende niet-werknemers, en welke verklaringen er voor een eventuele verschillende of juist gelijke behandeling worden gegeven.

19.2 Veiligheidsvoorschriften en arbeidsomstandigheden: de doelgroepen

Het begrip (wat thans genoemd wordt) arbeidsomstandigheden was al in de 19e eeuw niet beperkt tot loutere veiligheid. De in 1890 ingestelde Staatscommissie Rochussen werd gevraagd een onderzoek in te stellen “omtrent de arbeid in en omtrent de toestand van fabrieken en werkplaatsen met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn der werklieden”⁶⁷⁸. Dat de ontwikkeling van het welzijn van werknemers een doelstelling van het arbeidsrecht in de breedste zin van het woord zou moeten zijn, komt tot uiting in een aantal studies in de jaren 80 van de 20^e eeuw, verschenen onder de naam humanisering van de arbeid⁶⁷⁹. Omdat het ‘zich welbevinden’ moeilijk meetbaar is, en het ‘welbevinden’ van werknemers en anderen ook moeilijk vergelijkbaar, richt dit hoofdstuk zich vooral op de ‘harde’ regels op het gebied van veiligheid en arbeidsongevallen. Van de drie elementen die in de opvatting van Geers de humanisering van de arbeid bepalen (1. veiligheid, gezondheid en hygiëne; 2. zeggenschap en 3. verantwoordelijkheid en ontplooiing) beperk ik mij dus tot het eerste element⁶⁸⁰.

Aan het einde van de 19^e eeuw was een van de grote discussiepunten op het gebied van veiligheidswetgeving, of deze voor alle werknemers zou moeten gelden, of voor sommige groepen werknemers niet. De Kinderwet Van Houten gold niet voor huis- en landarbeid. De Arbeidswet 1889 maakte ook een uitzondering voor de agrarische sector; de in de wet neergelegde maximering van de toegestane arbeidsduur gold alleen voor vrouwen en jeugdigen. In 1894 werd door de Staatscommissie Rochussen bepleit om voor sommige groepen volwassen mannen (spoorwegpersoneel; bakkers; havenarbeiders) maatregelen te nemen op het gebied van werktijden en veiligheid en gezondheid⁶⁸¹. Bij de behandeling van de Veiligheidswet in 1894/95 ging het om de vraag of en welke maatregelen voor alle volwassen werknemers genomen zouden moeten worden. De uitkomst van die discussie was, dat de veiligheidsmaatregelen, zoals neergelegd in de Veiligheidswet, gingen gelden voor alle werknemers, ook de volwassen mannen. Een beperking van de toegestane arbeidsduur voor volwassen mannen was echter nog een stap te ver, en pogingen van de regering in 1898 om de Arbeidswet ook op hen van toepassing te laten worden, strandden⁶⁸². Pas de Arbeidswet 1919 zal ook voor de mannelijke volwassenen gaan gelden. Ook anderen dan werknemers verrichten echter arbeid. Geers bespreekt in zijn studie

⁶⁷⁸ Wet van 19 januari 1890, Stb. 1 resp. KB 18 april 1890, nr 51. Zie hierover meer uitgebreid: Geers 1987

⁶⁷⁹ De Galan, Van Gils & Van Strien 1980; Geers 1987

⁶⁸⁰ Aan de door Geers beschreven merkwaardige situatie dat reeds voordat de bepaling omtrent het bevorderen van het welzijn door de arbeid (art. 3 Arbowed) in werking trad, al weer bepleit werd haar af te schaffen, laar ik dus rusten (Geers 1988, p. 105 e.v.) Opvallend is verder dat daar waar bij de totstandkoming van de Arbowed 1980 gesproken wordt over humanisering van de arbeid, dit zonder nadere argumentatie in de MvA beperkt wordt tot ‘het welzijn van de werknemers’ TK 1978-1979, 14497, nr. 5, p. 7 en 8.

⁶⁸¹ Geers 1988, p. 43

⁶⁸² Geers 1988, p. 44/45; 49

vooral de positie van de werknemer, waartoe hij echter ook rekent diegene die zonder arbeidsovereenkomst voor een ander onder diens gezag werkzaam is⁶⁸³.

19.3 Invoering Ongevallenwet, art. 1638x BW en Veiligheidswet 1934

De discussie over de Ongevallenwet 1901 betrof vooral de vraag, wie met de controle hierop belast werd: een overheidsorgaan (RVB) of de sociale partijen. Daarmee samen hing de vraag op wie de getroffen werknemer een vordering zou krijgen, op het overheidsorgaan, of op de verantwoordelijke werkgever? De pacificatie⁶⁸⁴ werd er ten slotte in gevonden dat de werknemer, in ruil voor zijn vordering op de SVB, zijn claim tegen de werkgever moest laten vallen. Het verzekerd risico was het zogenaamde *risque professionnel*, en had dus alleen betrekking op de schade die de werknemer tijdens zijn werk was overkomen.

Art. 1638x BW

De werkgever kreeg in 1907 ook een eigen verplichting opgelegd, daar waar hij moest zorg dragen voor de bescherming van de werknemer tegen gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed. Bij de invoering van deze wettelijke bepaling speelden een aantal discussiepunten: (i) is de bepaling nodig (ii) welk karakter heeft een dergelijke bepaling: publiekrechtelijk of privaatrechtelijk; en daarmee: welke sanctie moet op overtreding worden gesteld?

Wat betreft de noodzaak van de bepaling werd aangevoerd dat de verplichting van de werkgever aangaande de veiligheid en gezondheid van de werknemer al zou voortvloeien uit het algemene recht (art. 1375 BW) dan wel het goed werkgeverschap (art. 1638z BW). Drucker wees er echter tijdens de parlementaire behandeling op dat in de rechtspraak voordien wel eens was uitgemaakt dat de enige verplichting die de werkgever had, was zorg te dragen voor uitbetaling van het overeengekomen loon, zodat dit nieuwe wetsartikel toch geen overbodigheid zou vormen⁶⁸⁵.

Welk karakter (publiek- dan wel privaatrechtelijk) de betreffende bepaling moest hebben, vormde onderwerp van uitvoerige discussie. Aanvankelijk meende minister Loeff, dat de bepaling hoewel publiekrechtelijk van aard, toch wel in het BW kon worden geplaatst, omdat het BW wel meer publiekrechtelijke zaken regelde. In de Tweede Kamer werd door kamerlid De Savornin Lohman naar voren gebracht, dat sanctionering echter door de strafrechter zou dienen te geschieden. Een meerderheid van de Kamer vond, dat de bepaling toch vooral een zaak was tussen werkgever en werknemer, en dus in de regeling van de arbeidsovereenkomst moest worden opgenomen. Door deze plaatsing ging de bepaling gelden voor alle werknemers. Aangezien de beperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid ten gevolge van de Ongevallenwet ook gold voor dit nieuwe art. 1638x BW, kreeg laatstgenoemd wetsartikel pas praktische betekenis met de vervanging van de Ongevallenwet in 1967 door de WAO.

De Ongevallenwet 1901 werd na twintig jaar vervangen door de Ongevallenwet 1921, en kreeg daarmee een ruimere werking. Met uitzondering van de landbouw en zeevaart, ging zij gelden voor alle bedrijven. Het *risque professionnel* werd iets verruimd, doordat ongevallen in verband met de dienstbetrekking tot het verzekerd risico gingen behoren, en daarmee ook ongevallen tussen werk en huis verzekerd waren⁶⁸⁶.

Veiligheidswet 1934

De Veiligheidswet 1895 kende maar een beperkt bereik want de wet richtte zich alleen op de beveiliging van fabrieken en werkplaatsen. Omdat de gevaren verbonden aan het verrichten van arbeid zich ook en in toenemende mate daarbuiten afspeelden, werd een verruiming van die werkingsfeer beoogd. Daartoe werd in het ontwerp Veiligheidswet 1934 het begrip 'arbeid' geïntroduceerd, wat betrekking had op alle werkzaamheden in een onderneming, behalve die verricht door het hoofd of de bestuurder van de onderneming. Aparte bepalingen zijn gewijd aan

⁶⁸³ Geers 1988 p. 14

⁶⁸⁴ term van minister Cort van der Linden, geciteerd in Clausing 1964, p. 407-408

⁶⁸⁵ Geers 1988, p. 61

⁶⁸⁶ Geers 1988, p. 72

onder andere de landbouw en het vervoer te water. De Veiligheidswet definieerde de onderneming als een zaak die men opzet of drijft om geldelijk voordeel te halen. De Veiligheidswet 1934 kende een strafrechtelijke aansprakelijkheid, die ook gericht was op de werknemer zelf. Een werknemer die een veiligheidsvoorschrift zijn arbeid aangaande niet naleefde, kon strafrechtelijk vervolgd worden. De wetgever had hierbij het oog op de situatie waarbij de werkgever al het mogelijke had gedaan om de wet na te leven, maar de werknemer nalatig bleef om de daartoe onmisbare medewerking te verlenen⁶⁸⁷. Tien jaar eerder was de mogelijkheid van een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer nog van de hand gewezen⁶⁸⁸. In de discussie in 1934 werd tegen het al te makkelijk toepassen van die strafbaarstelling aangevoerd dat werknemers, vaak werkend op basis van stukloon, om aan een behoorlijk loon te komen, óf om de werkgever te behagen, in de verleiding konden komen om op zich goede maatregelen op het gebied van veiligheid niet in acht te nemen.

Het opnemen van de strafbaarstelling jegens de werknemer werd ook verwacht een preventieve werking te zullen hebben. De gewijzigde positie van werknemers, beschreven met termen als 'volwassenheid der werknemers', maakte dat dezen 'rijp' werden geacht tot het verkrijgen van deze eigen verantwoordelijkheid⁶⁸⁹.

Geers toont zich over deze bepaling kritisch, omdat tegenover de toegenomen verplichtingen die werknemers hiermee kregen, amper rechten, in de vorm van zeggenschap of controle, stonden. Zo kregen de werknemersorganisaties, bij de invoering van de Veiligheidswet 1934, niet, zoals wel bepleit was, een rol bij de controle op de uitoefening van de veiligheidsvoorschriften. Die rol moest volgens de minister uitsluitend bij de onafhankelijke Arbeidsinspectie blijven liggen.

In 1951 vond wel een uitbreiding van bevoegdheden van de met de handhaving van de Veiligheidswet belaste personen plaats, in die zin dat een ambtenaar, het districtshoofd, in geval van ernstig gevaar voor personen, door hem aangewezen werkzaamheden mocht staken, dan wel personen de toegang tot verblijven mocht ontzeggen. Stillegging van het werk langer dan zeven dagen behoeft de goedkeuring van de President Rechtbank.

In 1959 werd aan de Veiligheidswet bovendien een paragraaf toegevoegd over de bedrijfsgeneeskundige diensten. Bedrijven met een groot aantal werknemers (in 1959 gesteld op 750) moesten een eigen bedrijfsgeneeskundige dienst instellen, dan wel zich aansluiten bij een voor meer ondernemingen werkzame gezamenlijke dienst. Doelstelling hierbij was preventieve gezondheidszorg.

19.4 Arbowet 1980

Vanaf het begin van de jaren zeventig van de twintigste eeuw vindt een accentverschuiving plaats van dwingende wetgeving naar vrijwillige samenwerking tussen de sociale partners en de ontwikkeling van een eigen beleid ten aanzien van de arbeidsomstandigheden in de individuele ondernemingen⁶⁹⁰. De taak van de wetgever wordt dan primair het scheppen van juridische garanties en institutionele kaders voor de zelfwerkzaamheid van het bedrijfsleven. Exponent van deze nieuwe gedachtevorming is de regeling omtrent het Veiligheidsrapport uit 1977. Het doel van het rapport is de leiding van de onderneming meer bewust te maken van de gevaren die zich voor de werknemers kunnen voordoen en van de verantwoordelijkheid van de bedrijfsleiding daarbij. Het Veiligheidsrapport ging vooral over de industrieën die grote gevaren opriepen⁶⁹¹. De verplichting om schriftelijke veiligheidsrapportages op te stellen, gold alleen voor ondernemingen of onderdelen daarvan met bijzondere gevaren voor de gezondheid of veiligheid van werknemers. Als bezwaren tegen de Veiligheidswet 1934 werd genoemd, dat de wet slechts een limitatieve opsomming van de onderwerpen kende die geregeld moesten worden, en daarbuiten dus geen algemeen kader gaf. Verder werden de werknemers niet betrokken bij het onderwerp bedrijfsveiligheid. In 1980 leidt dit tot de Arbowet 1980, met als doelstelling veiligheid,

⁶⁸⁷ Geers 1988, p. 67

⁶⁸⁸ Geers 1988, p. 68

⁶⁸⁹ Geers 1988, p. 69, met verwijzing naar A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, IIB, p. 1346

⁶⁹⁰ Geers 1988, p. 82/83

⁶⁹¹ Geers 1988, p. 87

bescherming van de gezondheid en het bevorderen van het welzijn van de werkende mens. De verplichtingen op basis van de Arbowet gaan daarmee – niettegenstaande de woorden van de Memorie van Toelichting, die stelt dat het gaat om de publiekrechtelijke uitwerking van datgene waartoe de werkgever reeds op grond van art. 1638x BW verplicht is⁶⁹² - verder dan de werkgeversverplichtingen op grond van thans art. 7:658 BW. De Arbowet verplicht de werkgever om systematisch een geformaliseerd beleid te formuleren en te voeren op het gebied van de arbeidsomstandigheden⁶⁹³. Het gaat in deze wet om alle arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst, publiekrechtelijke aanstelling of onder gezag van een ander. Opvallend is dat onder de werking van de Arbowet niet valt de materiële werkgever die zijn werknemer uitgeleend heeft. Dat is opmerkelijk omdat die materiële werkgever op basis van thans art. 7:658 BW wel verantwoordelijk is. Het zwaartepunt van dit arbeidsomstandighedenbeleid ligt bij de onderneming zelf, maar de Arbeidsinspectie kan ingrijpen door middel van het geven van een aanwijzing.

De Arbowet 1980 kent open normen, en betreft de werknemers veel meer dan voorheen bij de bedrijfsveiligheid. Dat gebeurt door middel van aan de Ondernemingsraad verstrekt bevoegdheden⁶⁹⁴, maar ook doordat er voor de werknemers openbare veiligheidsrapportages moeten worden gemaakt, doordat er voorlichting moet worden gegeven en er door de onderneming een veiligheidsjaarverslag moet worden opgesteld. De wet richt zich daarmee vooral op werknemers.

De belangrijkste bescherming die de Arbowet biedt is het volgende:

1. De werkgever moet de arbeid zodanig organiseren dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer (art. 3 lid 1 sub a);
 2. Werktuigen en hulpmiddelen die een gevaar voor veiligheid of gezondheid kunnen opleveren moeten worden vermeden (art. 3 lid 1 sub c);
 3. Bij de toewijzing van taken moet de werkgever rekening houden met de persoonlijk eigenschappen van de werknemer (art. 3 lid 1 sub f);
 4. De arbeid moet bijdragen tot de vakbekwaamheid van de werknemer (art. 3 lid 1 sub g);
 5. bij het voeren van zijn ondernemingsbeleid dit beleid mede moet richten op een zo groot mogelijke veiligheid, een zo goed mogelijke bescherming van de gezondheid en het bevorderen van het welzijn van de werknemer (art. 4 lid 1) .
- dit alles gebaseerd op de stand van de techniek (art. 3 lid 1 aanhef), waarbij de werkgever

De wet richt zich zoals aangegeven vooral op werknemers, maar niet alleen op hen.

19.5 Niet-werknemers onder de Arbowet

Art. 1 lid Arbowet 1980 definieert de werkgever onder sub 1 als degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten

⁶⁹² TK 1976-1977, 14 497, nr. 3, p. 12

⁶⁹³ Geers 1988, p. 115

⁶⁹⁴ Wat betreft het werknemerscontrole orgaan vonden bij de totstandkoming van de Arbowet nogal wat wijzigingen plaats. In de Adviesaanvraag aan de SER werd de OR niet als belangrijkste medezeggenschapsorgaan genoemd ten aanzien van de arbeidsomstandigheden; die plaats was in de grotere bedrijven weggelegd voor op te richten veiligheidscommissies en in de overige bedrijven waren dat de veiligheidsvertegenwoordigers. De SER ziet echter voor zowel OR als de veiligheidscommissie dezelfde instemmingsbevoegdheid in zaken betreffende de arbeidsomstandigheden; de veiligheidsvertegenwoordiger is dan al van tafel. In de uiteindelijke wettekst ligt het accent sterk op de OR.

De OR heeft op grond van art. 27 lid 1 sub e WOR instemmingsrecht voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of instelling van een aantal limitatief opgesomde regelingen, het sociaal beleid betreffende. Hiertoe vallen regelingen op het gebied van veiligheid, gezondheid of welzijn in verband met de arbeid. De verplichting geldt echter niet voor zo ver de betreffende materie al is geregeld in een op deze onderneming toepasselijke CAO.

Art 28 lid 1 bepaalt dat de OR, zo veel als in zijn vermogen ligt, de naleving dient te bevorderen van de voorschriften ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de in de onderneming werkzame personen.

van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten, en tevens onder sub 2 als degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder sub 1⁶⁹⁵. De werknemer is ‘de ander’ genoemd in art. 1 lid 1. Lid 2 breidt het werkgeversbegrip uit tot degene die zonder werkgever of werknemer te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten. De wetgever hanteert deze algemene en dus ruime formule om bescherming te bieden aan mensen die in afhankelijkheid van een ander arbeid verrichten⁶⁹⁶. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een stagiair of de vrijwilliger, die geen loon ontvangt en dus geen echte werknemer is.

Derden (bijvoorbeeld omwonenden) worden door art. 11 voor bepaalde situaties beschermd, maar ook andere werkers dan werknemers vallen onder de bescherming van de Arbowet 1980. Dat is geregeld in art. 27 en in art. 29. In art. 27⁶⁹⁷ is bepaald dat de verplichtingen van de artt. 24 en 25 (waarin staat aangegeven op welke terreinen er allemaal veiligheid dient te worden verzekerd) ook aan het bedrijf worden opgelegd wanneer aan de ten behoeve van dat bedrijf verrichte arbeid bijzondere gevaren voor de veiligheid of de gezondheid zijn verbonden die wordt verricht door personen die geen werkgever of werknemer zijn, dat wil zeggen door zelfstandigen of vrije beroepsuitoefenaren. Art. 29 regelt de situatie dat twee of meer personen gezamenlijke arbeid verrichten, bijvoorbeeld in het kader van burenhulp of doe-het-zelvers in de woningbouw. Op grond van art. 27 zijn ook besluiten genomen die niet-werknemers aangaan, zoals het Veiligheidsbesluit Schrikdraden⁶⁹⁸ en de Kantelbeveiliging Landbouwtrekkers.

Art. 27 Arbowet 1980 is zonder veel discussie tot stand gekomen. In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat hoofden van ondernemingen en zelfstandigen voorheen niet onder de bescherming van de Veiligheidswet vielen, omdat zij hun arbeid in een positie van onafhankelijkheid verrichtten. Dat uitgangspunt, dat deze categorieën geen bescherming zouden behoeven, is volgens de Memorie in toenemende mate verlaten. Dat is vooral te zien in het sociaal zekerheidsrecht, met als voorbeeld de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) die sinds 1 oktober 1976 op de gehele beroepsbevolking van toepassing was geworden. Voor wat betreft de arbeidsbeschermende wetgeving wordt verwezen naar de Silicosewet 1951 en de Bestrijdingsmiddelenwet 1962.

Uitgangspunt bij het treffen van de nieuwe arbo-regelingen is dat het verrichten van bepaalde arbeid zodanige risico's voor de veiligheid en gezondheid met zich meebrengt, dat wettelijke regelingen tot bescherming tegen die gevaren van toepassing dienen te zijn op ieder die deze arbeid verricht, ook indien zij in een positie van onafhankelijkheid verkeren. In de artikelsgewijze toelichting bij de Arbo-wet is dit aldus verwoord, dat de Arbo-wet van toepassing is op iedereen die in Nederland arbeid verricht. Dat betekent volgens de toelichting dat alle arbeid op Nederlands grondgebied onder de werking van de Arbowet valt⁶⁹⁹. De Minister verwacht dat van die bevoegdheid maar een beperkt gebruik zal hoeven te worden gemaakt, en dan vooral voor bepaalde sectoren. Voor administratieve beroepen verwacht de bewindsman de genoemde ‘bijzondere gevaren’ niet, maar voor bijvoorbeeld de agrarische sector wel. Niet alleen zijn daar naar verhouding een groot aantal zelfstandigen werkzaam; het door de toenemende mechanisering aan de arbeid verbonden risico is daar aanzienlijk⁷⁰⁰. De minister wijst er op dat ook de SER dat voorstel ondersteunt. In de Tweede en Eerste Kamer vindt over de bepaling geen discussie plaats. Wel wordt bij derde Nota van Wijziging (maar zonder toelichting) aan het (toen nog als art. 24 genummerde) artikel toegevoegd: “Regelen als bedoeld in art. 21 lid 5

⁶⁹⁵ De uitlener wordt dus niet als werkgever in de zin van de Arbowet 1980 beschouwd, en de inlener wel. Aan het feitelijk gezag kunnen uitoefenen wordt in dit verband blijkbaar veel waarde toegekend.

⁶⁹⁶ TK, 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 48

⁶⁹⁷ Art. 27 lid 2 is overigens pas ingevoerd bij Wet van 9 juni 1994 (Stbl. 1994, 440) houdende wijziging van de Arbowet, in verband met de ten uitvoer legging van de Richtlijn 92/57/EG van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen.

⁶⁹⁸ Besluit 21 maart 1988, Stcrt. 116

⁶⁹⁹ TK 1997-1998, 25 879, nr. 3, p. 36; Advies Commissie Arbeidsomstandigheden SER, april 2004, p. 7

⁷⁰⁰ Wetsvoorstel 14.497, MvT, nr. 3, p. 45

kunnen zich mede richten tot personen die niet werkgever of werknemer in de zin van de wet zijn”. Bij het derde Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet van 27 juni 1980 wordt het artikel vernummerd tot 27.

In de Arbowet 1998 wordt in duidelijker bewoording aangegeven dat de Arbo-verplichtingen ook betrekking hebben op zelfstandigen.

Art. 16 lid 6 (thans lid 7) bepaalt in het hoofdstuk Bijzonder verplichtingen, dat bij AMvB kan worden bepaald dat de verplichting tot naleving van daarbij aangewezen voorschriften voor arbeid waaraan bijzonder gevaren voor de veiligheid of de gezondheid verbonden zijn zich mede richten tot zelfstandig werkenden. De gegeven bevoegdheden worden slechts gebruikt in de gevallen, waarin aan het verrichten van bepaalde arbeid zodanige risico's voor de veiligheid of de gezondheid verbonden zijn, dat wettelijke regels tot bescherming tegen deze gevaren van toepassing dienen te zijn op ieder die deze arbeid verrichten, ook indien zij in de positie van onafhankelijk verkeren. Vandaar de woorden ‘bijzonder gevaren’ in art. 16 lid 7 Arbowet⁷⁰¹. De onderwerpen ten aanzien waarvan voor zelfstandigen verplichtingen zijn opgenomen worden beschreven in art. 9.5 Arbobesluit. Zij hebben betrekking op onder andere bouwnijverheid, elektrische installaties, benzinstations, tankschepen, springstoffen, werken met asbest en crocidoliet, propaansulfonylverbod, zandsteen- en zandstraalverbod, vervangen van stoffen ter voorkoming van het organisch psycho syndroom, duikarbeid, landbouwtrekkers, kraanmachinisten⁷⁰².

Waarom de bescherming van de zelfstandigen krachtens art. 27 Arbowet 1980 (en later art. 16 lid 7 Arbowet 1998) beperkt blijft tot de bescherming tegen de ‘bijzondere gevaren voor de veiligheid of gezondheid’ wordt niet expliciet toegelicht. De Grondwet bepaalt zoals hierboven aangegeven in art. 19 lid 2: de wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap. De verruiming van de doelgroep ‘werknemers’ tot ‘ieder die arbeid verricht’ had ten doel zelfstandigen en vrije beroepsuitoefenaren onder deze beschermingsbepaling te brengen. Weliswaar wordt daarbij in de Grondwetsgeschiedenis aangegeven dat de bescherming voor zelfstandigen anders is als die van werknemers, waarbij door de Minister wordt geantwoord dat bij de bescherming van de andere categorieën (zelfstandigen en beroepsuitoefenaren) te denken valt aan de vestigingwetgeving en de wetgeving ter zake van de bedrijfs- en beroepspensioenfondsen ten aanzien van niet-loontrekkenden, maar dan nog is niet duidelijk waarom in nieuwe regelgeving (zoals de Arbowet of de Arbeidstijdenwet), die bescherming zo zeer wordt beperkt⁷⁰³.

De precieze lijst van bepalingen die krachtens art. 9.5 Arbobesluit van toepassing zijn voor zelfstandigen⁷⁰⁴, roept daarbij tal van vragen op⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Van der Poest Clement & Boere, 1999, p. 176.

⁷⁰² Van der Poest Clement & Boere 1999, p. 175

⁷⁰³ De regering lijkt dit zelf te onderkennen, waar in april 2003 ter zake een advies aan de SER wordt gevraagd – zie hierover verderop.

⁷⁰⁴ Het Arbobesluit kent de volgende indeling. (II: Arbozorg en organisatie van de arbeid; III: Inrichting van de werkplaatsen; IV: Gevaarlijke stoffen en biologische agentia; V: Fysieke belasting; VI: Fysische factoren; VII: Arbeidsmiddelen en specifieke werkzaamheden; VIII: Persoonlijke beschermingsmiddelen).

Een op het oog vrij willekeurige lijst van artikelen zijn blijkens art. 9.5 Arbobesluit op zelfstandigen van toepassing. Van Hoofdstuk 3 zijn dat de artt. 3.4 (Electrische installaties), 3.5 (electrische bediening aan een electrische installatie), 3.16 (valgevaar) en 3.39 en 3.40 (veiligheidseisen benzinstations).

Van hoofdstuk 4 zijn op zelfstandigen van toepassing 4.7 (veiligheid tankschepen), 4.8 (explosieve stoffen), 4.8a (professioneel vuurwerk), 4.38 (spuitverbod asbestproducten), 4.39 (crocidolietverbod), 4.41 (asbestverbod), 4.45 lid 1 (voorkomen blootstelling asbeststof), 4.46 lid 1 (grenswaarde asbeststof), 4.54 (slopen asbest/crocidoliet), 4.55 (werkplan ter uitvoering 4.54), 4.56 (crocidoliet, voor uitvoering laboratorium onderzoek), 4.58 (propaansulfonylverbod), 4.59 (specifieke stoffenverbod), 4.60 (zandsteenverbod), 4.61 (zandstraalverbod), 4.62b (voorkomen blootstelling aanvluchtige stoffen).

Van hoofdstuk 6 is van toepassing 6.16 (bepalingen omtrent duikarbeid), 6.18 (compressiekamer bij duikarbeid), 6.19 lid 1 (caissonarbeid, moet door minstens 2 personen) en 6.20 (compressiekamer caissonarbeid).

Een toelichting waarom deze en niet andere artikelen van het Arbobesluit van toepassing zijn, ontbreekt. Dat is jammer en opvallend. Voor andere zogeheten bijzondere groepen, namelijk thuiswerkers, jeugdigen en zwangere werknemers, wordt wel per groep artikelen aangegeven of deze op de betreffende groep van toepassing is of niet. Aangezien de Arbowet 1998 meer 'doel'-normen stelt dan gedetailleerde regels⁷⁰⁶, zou het ook eenvoudiger zijn geweest die doelnormen op zelfstandigen toe te passen, zodat enerzijds hun veiligheid meer gewaarborgd is dan slechts tegen 'bijzondere gevaren' zonder hen anderzijds op te schepen met onnodig gedetailleerde regelgeving.

19.6 Aanpassing regelgeving

De regering heeft op 28 april 2003 ook zelf onderkend dat de voor zelfstandigen geldende veiligheidsnormen te beperkt zijn. Mede naar aanleiding van de aanbeveling van de Europese raad van 18 februari 2003⁷⁰⁷, waarin lidstaten wordt opgeroepen zich in te spannen voor de verbetering van de arbeidsomstandigheden van zelfstandigen⁷⁰⁸, is aan de SER een advies gevraagd aangaande het in verdergaande mate laten vallen van zelfstandigen onder de arbeidsomstandighedenregelgeving. De Adviesaanvraag Uitbreiding Toepassingsgebied Arboregelgeving op zelfstandigen voor wat betreft zeer ernstige risico's ziet op het eventueel van toepassing verklaren van een groter deel van die regelgeving op alle zelfstandigen voor zo ver het een aantal levensbedreigende risico's betreft⁷⁰⁹. In de aanvraag worden diverse redenen genoemd om de beschermende regelgeving voor zelfstandigen uit te breiden. Allereerst betreft dat hun eigen veiligheid. Daarnaast werken zij vaak in de omgeving van werknemers, die blootgesteld zouden kunnen worden aan ernstige risico's, wanneer de betreffende zelfstandige onvoldoende voorzorgsmaatregelen neemt. Juist omdat mensen soms als zelfstandige en op een ander moment als werknemer werken, of mensen in gelijke omstandigheden maar met een verschillende arbeidsstatus werken, is het volgens de Minister van SZW onwenselijk dat de ene keer wel en de andere keer niet tegen levensbedreigende risico's wordt beschermd⁷¹⁰. Concreet neemt de regering voor om voor zelfstandigen alle relevante bepalingen uit de lijst van ernstige beboetbare feiten⁷¹¹ van toepassing te verklaren, voor zo ver die al niet waren opgenomen in art. 9.5 Arbobesluit. Deze ernstig beboetbare feiten bestaan uit twee soorten bepalingen: (i) in de eerste plaats verboden feiten waarbij altijd sprake is van zeer ernstig gevaar voor personen; (ii) in de tweede plaats situatieafhankelijke feiten: waar de ernst van het gevaar afhangt van de aard van het werk, de omgeving, het proces of het type arbeidsmiddel. Indien een dergelijke ernstig beboetbaar feit wordt geconstateerd kan worden overgegaan tot de stillegging van het werk, zoals bedoeld in art. 28 van de Arbowet, en zijn de overige strafbepalingen van de Arbowet en het Arbobesluit van toepassing. De voorgestelde nieuwe lijst verboden risico's is veel uitgebreider dan die van art. 9.5 Arbobesluit; hij ziet ook op het werken op hoogten van meer dan 2,50 meter,

Van hoofdstuk 7 is slechts van toepassing de bepaling omtrent landbouwtrekkers zwaarder dan 800 kilogram (die moeten van deugdelijk materiaal zijn en een deugdelijke constructie hebben) en 7.32 leden 2 en 3.

⁷⁰⁵ Niet duidelijk is waarom bij asbeststof (4.45) voor zelfstandigen de algemene norm wel van toepassing is, en de specifieke normen van lid 2 niet, terwijl bij art. 4.46 lid 1 (met de grenswaarde norm) wel van toepassing is, maar de specifieke maatregelen om onder die norm te komen, zoals bepaald in lid 2, weer niet. Bij het laboratorium onderzoek met betrekking tot crocidoliet (4.56) is de algemene regel wel van toepassing, maar de grenswaardenorm weer niet, evenmin als het verbod om vuil en schoon materiaal gezamenlijk op te slaan. Ten aanzien van zandsteen is het ook voor zelfstandigen verboden dat in voorraad te houden. Of met andere woorden hier consequent de marginale toetsing wordt gehanteerd is twijfelachtig. Het regelmatig moeten inspecteren van caissons (6.19 lid 3) is weer niet van toepassing. Art. 7.32 lid 3 wekt verbazing: lid 1, dat bepaalt dat de bediener een certificaat moet hebben is niet van toepassing; lid 2 (dat het certificaat op de arbeidsplaats aanwezig moet zijn) weer wel.

⁷⁰⁶ Special PS, Arbeidsomstandighedenwet 1998, p. 9

⁷⁰⁷ Aanbeveling van de Raad van de EU van 18 februari 2003 (PB L 53/45 van 28.2.2003)

⁷⁰⁸ In de meeste andere lidstaten van de EU vallen zelfstandigen in (veel) verdergaande mate dan in Nederland onder de arbeidsomstandighedenregelgeving (bijlage 3 bij SER-adviesaanvraag)

⁷⁰⁹ Adviesaanvraag Uitbreiding Toepassingsgebied Arboregelgeving op zelfstandigen voor wat betreft zeer ernstige risico's, AVB/VDB/03 33708, 28 april 2003

⁷¹⁰ Adviesaanvraag SER, 28 april 2003, p. 2

⁷¹¹ zijnde bijlage 2 bij beleidsregel 33 van de Beleidsregels Arbeidsomstandighedenwetgeving

het werken met elektrische installaties met een hoge spanning, het als thuiswerker werken met gevaarlijke stoffen waardoor ernstig gevaar bestaat voor brand of explosie of gezondheidsbedreigende blootstelling aan gevaarlijke stoffen, dampen en gassen, geluidsoverlast gedurende de hele dag met een niveau van meer dan 85 dB(A) over de hele dag of 135 dB(A) als piekwaarde en heel algemeen: het gebruiken van arbeidsmiddelen op een andere wijze of plaats dan waarvoor zij zijn ingericht en bestemd.

De Commissie constateert dat geen Nederlandse cijfers voorhanden zijn over de hoeveelheden arbeidsongevallen bij zelfstandigen. De Commissie acht het aannemelijk dat zij ongeveer dezelfde risico's lopen op arbeidsongevallen als werknemers. Engelse cijfers leren dat zelfstandigen in de agrarische zelfs een iets hogere kans hebben om ten gevolge van een arbeidsongeval te overlijden dan een werknemer in deze sector⁷¹².

De Commissie vindt het argument van het bevorderen van de preventiecultuur op zich zelf onvoldoende om zelfstandigen in verdergaande mate onder de Arbowetgeving te brengen. Voor het bevorderen van een preventiecultuur is niet persé wetgeving nodig en zelfstandig en verantwoord ondernemerschap, cultuurverandering, best practices en gerichte voorlichting zijn daartoe meer geschikte argumenten⁷¹³. Het tweede door de Staatssecretaris overtuigt de commissie ook niet, omdat de werkgever, ook wanneer hij zelfstandigen inschakelt, de verplichting houdt voor zijn werknemers een veilige werkplek te garanderen. De dynamiek van de arbeidsmarkt is een nauwelijks op zich staand argument. Slechts een lid van de SER-Commissie bestrijdt het standpunt van de Staatssecretaris. Hij werpt daartoe onder andere de vraag op of met de voorgestane uitbreiding de zelfstandige meer bescherming zou krijgen dan hij wenselijk acht.

De reden dat de SER-Commissie het voorstel van de Staatssecretaris toch met een bijna unaniem advies⁷¹⁴ overneemt is gebaseerd op het uitgangspunt dat de situatie waarin gewerkt wordt veilig dient te zijn voor ieder die aan het werk is⁷¹⁵. Dat is overigens niet alleen voor de werkenden zelf van belang, maar ook voor willekeurige derden, zoals bezoekers, klanten, passanten en leveranciers. Omdat het onderscheid tussen degenen die aan het werk zijn niet altijd makkelijk te maken is, dient bescherming tegen bijzondere gevaren voor veiligheid en gezondheid bij bepaalde (zeer risicovolle) arbeid te gelden voor allen die arbeid verrichten.

19.7 Conclusie

De regelingen aangaande arbeidsomstandigheden hebben in de loop van ruim 100 jaar een wisselend maar langzamerhand toenemend bereik. De Veiligheidswet 1895 richtte zich alleen op fabrieken en werkplaatsen; de Ongevallenwet 1921 gold voor alle bedrijven, met uitzondering van landbouw en zeevaart; art. 1638x BW, hetgeen bescherming bood tegen schade als gevolg van arbeidsongevallen, gold voor alle werknemers, ook in dienst van particulieren; de Veiligheidswet 1934 geldt weer alleen voor arbeid binnen ondernemingen. De Arbowet 1980 is niet beperkt tot ondernemingen en beschermt in beperkte mate ook zelfstandigen; tevens heeft de wet een verdergaand bereik: doelstelling is de veiligheid, gezondheid en welzijn van de werkende mens. De uitwerking wordt echter meer dan in voorgaande wetten aan werkgevers en werknemers zelf overgelaten. De aan zelfstandigen gegeven bescherming is tot op heden beperkt tot die tegen 'bijzondere gevaren voor de veiligheid of gezondheid'. Dat vindt zijn uitwerking onder andere in het verbod op het werken met bijzonder giftige of schadelijke stoffen als asbest en de veroorzakers van OPS. Ook vinden her en der wat verdergaande beperkingen plaats op het gebied van duiken, zandstralen, en het gebruik van landbouwtrekkers en kranen.

⁷¹² Advies Commissie Arbeidsomstandigheden SER, april 2004, p. 11

⁷¹³ Advies Commissie Arbeidsomstandigheden SER, april 2004, p. 14

⁷¹⁴ alleen de vertegenwoordiger van LTO-Nederland was tegen

⁷¹⁵ Advies Commissie Arbeidsomstandigheden SER, april 2004, p. 15

Ten aanzien van de bescherming die de Arbowet aan zelfstandigen zou moeten geven dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen werkzaamheden die geheel binnen het bedrijf(je) van de zelfstandige worden verricht, én de werkzaamheden die binnen de invloedssfeer van het bedrijf van de opdrachtgever worden uitgevoerd. Een voorbeeld van de eerste categorie is de zelfstandig werkende landbouwer. Voorbeeld van de tweede categorie is de zelfstandige schilder. Het valt te billijken dat voor zelfstandigen die hun werkzaamheden helemaal binnen hun eigen bedrijf verrichten, lichtere veiligheidsnormen gelden op het gebied van veiligheid. De ratio achter de veiligheidsnormen jegens werknemers is immers dat werknemers hun werkzaamheden krijgen opgedragen, en de daarmee samenhangende risico's vaak niet kennen. De 'echte' zelfstandigen bepalen zelf welke werkzaamheden zij verrichten. Vaak ook zullen zij op de hoogte zijn van de daarmee samenhangende risico's, maar niet altijd. Dat laatste, als ook het algemeen maatschappelijk belang, rechtvaardigt dat ook voor deze 'echte' zelfstandige veiligheidsnormen gelden, in de vorm van bescherming tegen bijzonder gevaren. De verplichtstelling van een rolbeugel voor de tractor valt onder de bescherming tegen die bijzondere gevaren. De uitwerking van de regeling aangaande die bijzondere gevaren, zoals thans geschied is in art. 9.5 Arbobesluit, verdient echter heroverweging, in die zin dat de lijst met verboden situaties wordt uitgebreid. In dat verband onderschrijf ik het Advies Uitbreiding toepassingsgebied arboregelgeving op zelfstandigen van de Commissie Arbeidsomstandigheden van de SER van april 2004 van harte. Voor de zelfstandige die zijn werkzaamheden verricht ten bedrije van de opdrachtgever geldt niet hetzelfde. Een schilder moet er op kunnen vertrouwen dat aan de veiligheidsvoorschriften op het bedrijfsterrein is voldaan. Deze ambulante zelfstandige dient derhalve in de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer als 'werknemer' in de zin van de Arbo-wet te worden beschouwd.

Hoofdstuk 20 Schade en aansprakelijkheid

20.1 Inleiding

Ten aanzien van door en aan werknemers toegebrachte schade gelden bijzondere bepalingen. Indien een werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden aan een derde schade toebrengt, dan is hiervoor veelal zijn werkgever aansprakelijk, en soms ook de werknemer zelf, wanneer deze een fout heeft gemaakt. In de terminologie van de Hoge Raad is voor dat laatste vereist dat de werknemer een persoonlijk verwijt te maken valt⁷¹⁶. Wanneer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden aan de werknemer letsel wordt toegebracht, dan is hiervoor de werkgever ook vaak aansprakelijk. Het eerste aspect, dat de werkgever aansprakelijk is voor door de werknemer buiten de contractuele verhouding⁷¹⁷ toegebrachte schade, wordt kwalitatieve aansprakelijkheid genoemd en is hoofdzakelijk geregeld in art. 6:170 BW. Het tweede aspect, de werkgever die aansprakelijk is voor aan de werknemer toegebrachte lichamelijke schade, valt onder de noemer arbeidsongevallen en beroepsziekten en is geregeld in art. 7:658 BW. Ten aanzien van deze aansprakelijkheden gelden tal van beperkingen en uitbreidingen, die verderop zullen worden behandeld. In dit hoofdstuk staan de volgende vragen centraal: (i) hoever reikt de kwalitatieve werkgeversaansprakelijkheid en wat is de achtergrond hiervan: (ii) hoever reikt de werkgeversaansprakelijkheid ten aanzien van bedrijfsongevallen en beroepsziekten en wat is de achtergrond hiervan en daar tussen in (iii) in hoeverre hangen de bepalingen omtrent de kwalitatieve aansprakelijkheid en die omtrent bedrijfsongevallen en beroepsziekten samen. De wet kent opdrachtnemers een minder mate van bescherming, zowel op het punt van aansprakelijkheid voor toegebrachte schade, als op het gebied van arbeidsongevallen. Onderzocht zal worden in hoeverre dit door de specifieke positie van de opdrachtnemer gerechtvaardigd is.

20.2 Kwalitatieve aansprakelijkheid - algemeen

Achtergrond

Wanneer een werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden aan een derde schade toebrengt en hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt, dan is de werkgever jegens deze derde aansprakelijk. De werknemer is soms zelf ook aansprakelijk jegens die derde, maar wanneer hij daartoe door de derde wordt aangesproken en de schade ook betaalt, kan de werknemer op zijn werkgever verhaal plegen, tenzij sprake was van door de werknemer gepleegde opzet of bewuste roekeloosheid⁷¹⁸. In het oude BW, en zelfs in het voorontwerp NBW art. 6.3.8 lid 3 uit 1961 was dit anders: daar werd er nog van uitgegaan dat de werkgever op de schadetoebrengende werknemer in beginsel verhaal kon nemen. In het ontwerp uit 1976 werd het uitgangspunt omgedraaid, en wordt bepaald dat de schade in beginsel door de werkgever moet worden gedragen. De werkgever is aldus op grond van art. 6:76 en 6:170 BW⁷¹⁹ kwalitatief aansprakelijk voor door zijn werknemer als gevolg van een fout veroorzaakte schade⁷²⁰: het eerste in een contractuele setting, het tweede in de buitencontractuele situatie. Die kwalitatieve aansprakelijkheid heeft een extern en een intern aspect. Het externe aspect is dat de derde, het slachtoffer, er een andere, doorgaans kapitaalkrachtiger debiteur bij krijgt, namelijk de werkgever; de werknemer is op basis van art. 6:162 daarnaast ook aansprakelijk voor de door hem gepleegde onrechtmatige daden. Het interne aspect brengt met zich mee dat de werknemer wanneer deze

⁷¹⁶ HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165

⁷¹⁷ indien er binnen de contractuele verhouding tussen de 'werkgever' en diens contractpartij schade wordt toegebracht door een 'hulp persoon' van de werkgever aan die contractspart, is de 'werkgever' hier op grond van art. 6:76 BW voor aansprakelijk

⁷¹⁸ Klaassen 2000, p. 17/18; Klaassen 2003. Klaassen pleit er voor de werknemer ook tegenover de derde slechts aansprakelijk te maken in geval van opzet of bewuste roekeloosheid en niet dus reeds in het geval dat de werknemer 'slechts' een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

⁷¹⁹ Zie over de verhouding tussen deze artikelen: Hartlief 2002, p. 893

⁷²⁰ De door Hoekzema 2000, p. 220 in dit verband tevens genoemde 'vereenzelviging speelt naar mijn mening voor mijn onderzoek geen aparte rol.

door de derde krachtens art. 6:162 BW is aangesproken, op zijn werkgever verhaal ex art. 7:661 BW heeft, tenzij de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld⁷²¹. Wanneer de werkgever door de derde is aangesproken, heeft deze werkgever op zijn werknemer slechts verhaal bij opzet of bewuste roekeloosheid van laatstgenoemde⁷²².

Waarom hoeft de werknemer alleen te betalen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid en waarom dus niet bij gewone nalatigheid? Waarom moet de werkgever betalen, terwijl deze met de door de werknemer veroorzaakte schade zelf vaak niets te maken heeft en daar dus niets aan kan doen?

De ratio van deze aansprakelijkheid is enigszins omstreden⁷²³ en zo wordt dat ook erkend in de Parlementaire Geschiedenis. Desalniettemin komt deze vorm van aansprakelijkheid al sedert zeer lange tijd in Nederland voor⁷²⁴ en komt zij ook voor in alle ons omringende rechtstelsels⁷²⁵.

Hoekzema stelt hierover⁷²⁶: “de onduidelijkheid over de grondslag laat onverlet dat het bestaansrecht van de aansprakelijkheid in Nederland en de andere genoemde landen (Frankrijk, België, Duitsland, gb) onomstreden is”. Opgemerkt dient te worden dat in Frankrijk, België en Nederland een risico-aansprakelijkheid geldt, maar dat in Duitsland de werkgever zich kan disculperen, wanneer hij zowel ten aanzien van de selectie van de werknemer als ten aanzien van het op deze uitgeoefende toezicht geen fout heeft gemaakt. Als ratio worden de volgende argumenten genoemd, die Asser⁷²⁷ ieder op zichzelf niet afdoende vindt, maar die bij elkaar toch aangeven welke gedachten achter deze risico-aansprakelijkheid schuilen:

- Aanvankelijk heerste de schuld-gedachte: de werkgever wordt geacht onvoldoende zorg te hebben uitgeoefend hetzij bij het uitkiezen van zijn personeel (culpo in eligendo) hetzij bij het uitoefenen van toezicht (culpo in custodiendo). Asser⁷²⁸ en o.a. Hoekzema⁷²⁹ geven aan dat deze theorie verlaten is⁷³⁰.
- Omdat de werkgever profiteert van de inspanning en daden van de werknemer, moet hij ook opdraaien voor door die werknemer veroorzaakte schade⁷³¹
- risicospreiding: de werkgever zal zijn aansprakelijkheid veelal verzekerd hebben dan wel zal de werkgever deze kosten veelal in zijn prijzen doorberekenen⁷³²
- slachtofferbescherming⁷³³

Opvallend genoeg wordt in dit verband niet expliciet als ratio genoemd⁷³⁴ dat het door de werknemer genoten salaris doorgaans niet in verhouding staat met de mogelijkerwijs door de werknemer bij ‘gewone’ onvoorzichtigheid te veroorzaken schade.

Zoals wij hierna bij de bespreking van art. 171 zullen zien vormt de slachtofferbescherming (deze moet zich tot een doorgaans kapitaalcrachtige debiteur kunnen wenden, zonder zich te hoeven bekommeren omtrent de binnen de onderneming gelegen verhoudingen) de leidraad. Van de vijf

⁷²¹ Lindenbergh 2000, 18; Asser-Hartkamp 4-III, p. 161/162. Over de totstandkoming van art. 7:661 BW: Kuip 1995, p. 68

⁷²² art. 7:661 BW. De betekenis van de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in art. 7:661 lid 2 en 7:658 is overigens niet precies dezelfde. Volgens de HR gaat het in 7:661 lid 2 om “ernstige verwijtbaarheid” (30 maart 2001, JAR 2001/127), terwijl in 7:658 een nog verdergaande eis wordt gesteld, namelijk dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan de schadeveroorzakende gebeurtenis zich daadwerkelijk bewust was van de roekeloosheid van zijn gedrag en de aldus gecreëerde kans op schade (HR 20 september 1996, NJ 1997,198). Op laatstgenoemd arrest Pollemans is echter zo veel kritiek verschenen – zie bijvoorbeeld Klaassen 2003, p. 33 -, dat ik er niet van overtuigd ben dat dit arrest ‘vaste rechtspraak’ vormt.

⁷²³ Spier, Hartlief, Van Maanen & Vriesendorp 2000, p. 82

⁷²⁴ Oldenhuis 1997, p. 37/38

⁷²⁵ Van Dam 2000, p. 381

⁷²⁶ Hoekzema 2000, pag. 46

⁷²⁷ Asser-Hartkamp 4-III, pag. 157 e.v.

⁷²⁸ Asser-Hartkamp 4-III, pag. 158

⁷²⁹ Hoekzema 2000, p. 43

⁷³⁰ Hartlief 2002, p. 890 verwijst ook naar de ontstaansgeschiedenis van art. 6:171 BW, waarbij in het ontwerp Meijer deze grondslag nog wel voor kwam, maar in het Gewijzigd Ontwerp niet meer.

⁷³¹ Hoekzema 44, die ook verwijst naar de Toelichting Meijers bij art. 6.3.8 en 6.3.9; Hartlief, *Ars Aequi*, 2002, p. 891

⁷³² Hoekzema 2000, p. 45

⁷³³ Hoekzema 2000, p. 46

⁷³⁴ wel overigens door de HR al in 1959, ten aanzien van de vraag omtrent een mogelijk regresrecht van de werkgever op de werknemer

hierboven genoemde argumenten zal naast het vierde ook het tweede en derde argument veelal hout snijden, en afhankelijk van de hoogte van de beloning voor de werknemer, ook het laatste.

Een goed begrip van art. 7:170 wordt bemoeilijkt, door het per 1 januari 1992 ingevoerde art. 7:171. Art. 7:170 bestond reeds zeer lang voorafgaand aan de invoering van het NBW; art. 170 is ook met de invoering van het NBW niet wezenlijk veranderd. Een belangrijk element voor de aansprakelijkstelling op basis van art. 170, namelijk het door de werkgever hebben kunnen uitoefenen van toezicht op de werknemer, en het voor de werkgever daarom in zekere zin toch verantwoordelijk zijn, kwam per 1 januari 1992 op losse schroeven te staan, omdat de werkgever vanaf die datum onder iets andere voorwaarden ook aansprakelijk werd voor door hem ingeschakelde personen over wie hij geen toezicht had uitgeoefend of uit kon oefenen. Voor deze studie is de relevantie van art. 7:170 daarmee afgenomen. Tot 1992 zou onderzoek zinvol zijn geweest naar de vraag: voor welk soort ondergeschikten is de werkgever aansprakelijk? Of anders gezegd: wat is de reikwijdte van het begrip 'ondergeschikte' in de zin van art. 7:170? Omdat die reikwijdte iets verschilt en verschilde van die van het werknemersbegrip in art. 1637 (610) BW zou van belang zijn geweest de achtergrond daarvan te onderzoeken. Met de invoering van art. 7:171 is echter duidelijk geworden, dat niet meer het begrip 'ondergeschikte' bepalend is voor de werkgevers-aansprakelijkheid, maar dat de slachtofferbescherming centraal is komen te staan. Voor het slachtoffer moet het niet van belang zijn op welke basis een bedrijf (kenbaar⁷³⁵) iemand voor zich laat werken, wanneer die ingeschakelde derde vervolgens als gevolg van onrechtmatig handelen schade toebrengt, aldus de ministeriële toelichting.

De reden dat in het navolgende toch summier zal worden stilgestaan bij art. 7:170, is dat deze bepaling raakvlakken heeft met art. 7:658 BW. De werknemer is niet-draagplichtig voor tegenover derden door hem in de uitoefening van zijn dienstverband veroorzaakte schade, tenzij als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid. Evenzo behoeft hij de door hem in dat verband geleden schade niet te dragen (maar moet die dus door de werkgever worden betaald), tenzij hij met opzet of bewust roekeloos handelt, en op voorwaarde dat de werkgever in zijn zorgplicht tekort is geschoten. Die laatste voorwaarde geeft ook aan waarin art. 7:170 en 7:658 van elkaar verschillen, want het eerste vormt een risicoaansprakelijkheid en het tweede niet.

20.3 Art. 6:170 BW reikwijdte en omvang aansprakelijkheid

De kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever is niet absoluut; er dient een verband te zijn met de door de werknemer uitgeoefende werkzaamheden. De kwalitatieve aansprakelijkheid is daarmee het uitvloeisel van de door een ondergeschikte verband houdend met de uitoefening van werkzaamheden aan een derde toegebrachte schade. Zij wordt dus gezien als een consequentie van het uitoefenen van het productieproces; de mate waaraan daarbij aan de 'werkgever' een verwijt valt te maken, speelt voor die aansprakelijkheid geen rol (meer). Voor art. 6:170 speelt de ondergeschiktheid een doorslaggevende rol: daaruit lijkt voort te vloeien dat deze aansprakelijkheid gebaseerd is op het hebben kunnen uitoefenen van dat toezicht. Art. 6:171 regelt echter zoals aangegeven een vergelijkbare aansprakelijkheid voor bedrijven voor fouten gemaakt door niet-ondergeschikten. Voor beide bepalingen tezamen is dus niet het hebben kunnen uitoefenen van toezicht redengevend, maar de risico's verbonden aan inschakelen van derden, veelal voor productiedoeleinden. Tussen de aansprakelijkheid van art. 170 en 171 bestaat wel enig verschil; de aansprakelijkheid van art. 170 gaat iets verder. Art 171 geeft slechts kwalitatieve aansprakelijkheid wanneer de schade is toegebracht door werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de werkgever verricht: de particuliere⁷³⁶ werkgever valt hier dus niet onder.

Personenkring

⁷³⁵ De ingeschakelde moet immers naar buiten toe een zekere een eenheid vormen met de opdrachtgever, zie HR 21 december 2001, NJ 2002, 75

⁷³⁶ Kritiek op deze beperking wordt gegeven door Klaassens, 2003

De aansprakelijkheid van de ‘werkgever’ op grond van art. 6:170 geldt niet alleen voor zijn eigen werknemers, maar voor al zijn ondergeschikten, mits deze schade is toegebracht aan een derde, wanneer de schade is toegebracht in de uitoefening van zijn taak, wanneer de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedraging waarin de fout was gelegen (art. 6:170 lid 1). Voor natuurlijke personen als werkgever niet zijnde een beroep of bedrijf, geldt een iets beperkter aansprakelijkheid, namelijk voor zo ver de ondergeschikte bij het begaan van de fout handelde ter vervulling van de hem opgedragen taak (art. 6:170 lid 2). Deze laatste bepaling, die in de ons omringende landen niet voorkomt, bedoelt de aansprakelijkheid van de particuliere werkgever te beperken tot schade als gevolg van directe opdrachten, en neemt dus geen aansprakelijkheid aan voor handelingen die ondergeschikten weliswaar binnen het kader van hun opdracht, maar op eigen houtje, hebben toegebracht. Bij deze particuliere werkgeversaansprakelijkheid zal niet verder worden stilgestaan.

Art. 6:170 lid kent aldus een aantal elementen:

- ondergeschikte
- vergroting kans schade door uitoefening taak
- zeggenschap

Het begrip ondergeschikte in de zin van art. 6:170 wordt ruim uitgelegd⁷³⁷, hoewel de eis van ondergeschiktheid (in tegenstelling tot iemand die geheel zelfstandig voor een ander werkzaamheden verricht) van oudsher wél gesteld is⁷³⁸. Door Böhtlingh werd in 1954 in zijn dissertatie verdedigd de reikwijdte van het begrip uit te breiden, omdat in het aan art. 6:170 ooit ten grondslag liggende art. 1384 al. 3 Code Civil wordt gesproken van het (ruimere) begrip ‘préposé’ - hetgeen ziet op een ieder die een ander heeft aangesteld tot waarneming zijner zaken - maar dat pleidooi heeft het niet gehaald⁷³⁹: het moge zo zijn dat het begrip préposé ruimer uitlegbaar is, ook de Franse en Belgische rechtspraak heeft van oudsher de eis van ondergeschiktheid gesteld. Dat het begrip ruim wordt uitgelegd, bleek toen de Hoge Raad hier in 1998⁷⁴⁰ ook zelfstandige hulppersonen toe rekende: reeds de door de Ontvanger der Belastingen als bewaarnemer aangestelde makelaar werd als ondergeschikte aangemerkt⁷⁴¹. Hoekzema geeft aan dat het voor het begrip ondergeschikte voldoende is als er zeggenschap is; dat hoeft geen inhoudelijke of feitelijke zeggenschap te zijn, voldoende is als het een formele zeggenschap betreft, en betrekking heeft op de randvoorwaarden en de organisatorische kant van de werkzaamheden⁷⁴². Van ondergeschiktheid is reeds sprake wanneer de werkgever de bevoegdheid heeft om bij de opgedragen taak aanwijzingen en bevelen te geven; niet beslissend is of daarvan vaak gebruik wordt gemaakt. In zoverre komt deze formulering overeen met die welke gebruikt wordt om te bepalen óf sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Waarom het begrip ‘ondergeschikte’ in art. 6:170 tot 1992 dan toch ruimer wordt uitgelegd dan de enkele arbeidsovereenkomst, wordt niet duidelijk.

Het vereiste ‘zeggenschap’ vormt een wijze van invulling van het vereiste ‘ondergeschikte’: wanneer er sprake is van zeggenschap, dan is ook sprake van ondergeschiktheid. Wat dat betreft kan het vereiste van zeggenschap in dit verband als apart criterium worden geschrapt.

Kansverhoging: de werknemershandeling die de schade toebrengt, moet voor wat betreft art. 170 gedaan zijn in of verband houdend met de uitoefening van zijn werkzaamheden. Volgens de rechtspraak gaat het er om of er al dan niet voldoende verband bestaat tussen de aan de werknemer opgedragen taak en de onrechtmatige daad⁷⁴³. Wanneer de werknemer in zijn vrije tijd

⁷³⁷ Lankhorst (Tekst & Commentaar), art. 6:170 BW, aant. 2b

⁷³⁸ HR 28 december 1899, W 7383, HR 14 januari 1916, WPNR 2441/NJ 1916, p. 453

⁷³⁹ Hoekzema 2000, p. 40

⁷⁴⁰ HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 852

⁷⁴¹ de betreffende uitspraak is overigens wel bekritiseerd door Hoekzema 2000, p. 52.

⁷⁴² Hoekzema 2000, p. 50

⁷⁴³ Asser-Hartkamp 4-III, p. 155

en op een geheel los van zijn werkzaamheden staande wijze (‘s avonds tijdens café-bezoek) schade toebrengt aan een derde, dan is zijn werkgever hiervoor natuurlijk niet aansprakelijk. De ratio van aansprakelijkheid voor in het kader van werkzaamheden veroorzaakte schade is dat de benadeelde een onderneming als een geheel moet kunnen zien en niet voor het bewijsprobleem moet worden gesteld, of de betreffende schadetoebrengende handeling expliciet was opgedragen of niet. Zoals gezegd wordt het slachtoffer ten aanzien van de particuliere werkgever wat dat betreft niet beschermd. Het verband tussen de fout en de werkzaamheden wordt ook ruim uitgelegd: het ruimst in geval van een diefstal door een werknemer uit een woning, daags nadat de door hem verrichte werkzaamheden waren afgelopen⁷⁴⁴; van kansvergroting is zelfs sprake wanneer de werkgever de gedraging uitdrukkelijk heeft verboden, dus bij misbruik van functie⁷⁴⁵.

20.4 Artikel 6:171: de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten

Art. 6:171 kent de benadeelde zoals aangegeven ook een vordering toe op de opdrachtgever/’werkgever’ voor handelingen van niet-ondergeschikten. De ratio hiervan is dat het voor de benadeelde in beginsel niet mag uitmaken of de schade die hij lijdt nu wel of niet door een ondergeschikte is toegebracht⁷⁴⁶. Ook voor de achtergrond van deze bepaling wordt in de parlementaire geschiedenis verwezen naar de verzekeraarbaarheid van het risico, en de gedachte van de eenheid van onderneming, die haar begrenzing vindt in het vereiste van een functioneel verband⁷⁴⁷. Ook hier geldt dat de inhuurder van de arbeidskracht hiervan het profijt heeft en dat hij de hierdoor geschapen kans op schade als een bedrijfsrisico moet aanvaarden⁷⁴⁸.

Art. 6:171 gebruikt ten aanzien van de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten iets andere woorden dan art. 6:170: de aansprakelijkheid betreft fouten die ‘bij de opgedragen werkzaamheden zijn begaan’. Betekent dat net zo’n beperking als voor de particuliere werkgever ex art. 6:170 lid 2 bestaat? De Parlementaire geschiedenis van art. 6:171 rept, naast de ook voor art. 6:170 geldende eisen van ‘voldoende verband met de werkzaamheden’ en het ‘niet uitgesloten zijn dat de fout bestaat in een gedraging die met de aan de opdrachtnemer opgedragen taak strijdig zijn’, van het ‘tijdens’ de werkzaamheden zijn begaan van de fout. Asser⁷⁴⁹ meent op basis van de ratio van art. 6:171 (voor de benadeelde moet het niet uitmaken of de schade hem wordt toegebracht door een werknemer of door een ‘independant contractor’) dat zo’n beperkte uitleg niet voor de hand ligt.

De Hoge Raad legt in een recent arrest de werking van art. 6:171 BW echter restrictief uit. De aansprakelijkheid op basis van genoemd artikel “bestaat alleen indien het gaat om werkzaamheden die een opdrachtgever ter uitoefening van zijn bedrijf door die opdrachtnemer doet verrichten. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen indien de benadeelde de ander en diens opdrachtgever niet als een zekere eenheid kan beschouwen. De schade behoort dan niet tot de risicosfeer van de opdrachtgever.”⁷⁵⁰

Voor art. 6:171 is – nog meer dan art. 6:170 – een bepaling van risico-aansprakelijkheid. Art. 6:170 geeft immers alleen aansprakelijkheid voor diegene over wie men ‘zeggenschap’ heeft, dus die te beïnvloeden zijn; art. 6:171 geldt juist ten aanzien van personen over wie men geen zeggenschap heeft. Hun enkele aanstelling maakt dus de opdrachtgever aansprakelijk voor zo ver deze ingeschakelde als onderdeel (‘eenheid’) van de onderneming is te beschouwen⁷⁵¹.

De kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:170 kan sinds 1 januari 1992 overigens ook nog worden versterkt door art. 6:173 (risico aansprakelijkheid voor gebrekkige goederen), door art. 6:174 (risico aansprakelijkheid voor opstallen), en sinds 1 februari 1995 ook door art. 6:175

⁷⁴⁴ Hof Amsterdam, NJ 1960, 288

⁷⁴⁵ Hoekzema 2000, p. 81

⁷⁴⁶ Lankhorst (Tekst & Commentaar), art. 6:171 BW, aant. 3

⁷⁴⁷ Parl. Gesch. 6, p. 719; Parl. Gesch. 6, p. 729 en Parl. Gesch. 6, p. 730

⁷⁴⁸ Asser-Hartkamp 4-III, p. 164

⁷⁴⁹ Asser-Hartkamp 4-III, p. 164

⁷⁵⁰ Hoge Raad 21 december 2001, NJ 2002, 75, met een annotatie hierbij door Hartlief 2002, p. 886-896.

⁷⁵¹ Lankhorst (Tekst & Commentaar), art. 6:171 BW, aant. 3

(gevaarlijke stoffen), waarbij krachtens art. 6:181 BW deze aansprakelijkheden rusten op de uitoefenaar van het aldaar gevestigde bedrijf, en niet op de bezitter er van.

Valt iedere opdrachtnemer onder het bereik van art. 6:171 BW? Wie de wettekst leest zou de indruk krijgen van wel. Vanuit de achtergrond dat ‘de eenheid die de onderneming naar buiten toe vormt’ met zich meebrengt dat het voor het slachtoffer niet uit moet maken of de dakpan die hij op het hoofd krijgt, uit handen van een werknemer van het bouwbedrijf afkomstig is, of uit die van een door het bouwbedrijf ingeschakelde onderaannemer, is van belang in hoeverre de door het bedrijf ingeschakelde opdrachtnemer onderdeel uitmaakt van de eenheid van dat bedrijf. Of anders gezegd: kan het slachtoffer de opdrachtnemer als onderdeel van dat bedrijf hebben beschouwd? Spier stelt dat bij art. 6:171 BW vooral is gedacht aan onderaanneming of aanneming van werk. Vanuit de hierboven genoemde eenheidsgedachte brengt ons dat voor de vraag naar het bereik van art. 6:171 toch niet veel verder: voor de derde kan menig opdrachtnemer evengoed een eenheid vormen met de opdrachtgever als de onderaannemer dat doet. In de praktijk zal de – wat in deze studie genoemd wordt: - afhankelijke opdrachtnemer veelal als onderdeel van de eenheid van het bedrijf worden opgevat, en de onafhankelijke opdrachtnemer niet. De afhankelijke opdrachtnemer werkt immers vooral of uitsluitend voor dit bedrijf, en zal ook gelet op zijn maatschappelijke positie niet de ondubbelzinnige indruk wekken ‘los van het bedrijf’ te staan. De onafhankelijke opdrachtnemer (zoals de advocaat of het gespecialiseerde installatiebureau) wekt daarentegen naar buiten toe niet de indruk deel uit te maken van het bedrijf van de opdrachtgever.

20.5 Link tussen kwalitatieve aansprakelijkheid en 658

Wanneer de werkgever voor ‘gewone fouten’ door zijn werknemer aan een derde toegebracht aansprakelijk is, en de werknemer in de meeste gevallen (behalve zoals gezegd bij opzet of bewuste roekeloosheid) zelf niet aansprakelijk althans niet draagplichtig is; dan ligt het voor de hand dat de werkgever ook draagplichtig is voor aan de werknemer zelf cq zijn eigen goederen toegebrachte schade, mits natuurlijk in de uitoefening van zijn functie en mits buiten de situaties van opzet of bewuste roekeloosheid⁷⁵².

Een andere link betreft de (vermoede) ratio van beide bepalingen: wanneer art. 6:170 mede de profijtgedachte als achtergrond heeft, en art. 7:658 óók, dan kan de wijze waarop de ene bepaling wordt uitgelegd, van invloed zijn op die van de ander. Het verband tussen de invloed van de uitleg van beide artikelen op elkaar, wordt in de literatuur een enkele maal gesteld. Lindenbergh⁷⁵³ vraagt zich af of, indien voor zaaksschade het vereiste van tekortschieten door de werkgever eigenlijk niet meer wordt gesteld, dat zelfde dan ook niet dient plaats te vinden voor personenschade (ten aanzien waarvan in art. 7:658 die eis nog duidelijk wel gesteld wordt)?

20.6 Werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten

20.6.1 Inleiding

De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde veiligheidsverplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (art. 7:658 lid 2 BW).

Ten opzichte van art. 6:162 BW kent art. 7:658 BW voor de werkgever jegens zijn werknemer op een aantal punten een verdergaande aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten. Hoewel art. 7:658 geen risicoaansprakelijkheid vormt - indien de werkgever ten aanzien van de schade geen enkel verwijt te maken valt, is hij niet aansprakelijk⁷⁵⁴ - vormt het toch een van de

⁷⁵² Zo ook HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 voor door schuld van de werknemer aan zijn eigen auto toegebrachte schade

⁷⁵³ Lindenbergh 2000, pag. 88

⁷⁵⁴ HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, JAR 1994/153; HR 4 oktober 2002, JAR 2002/259

meest vergaande aansprakelijkheden⁷⁵⁵. Van Maanen noemt art. 7:658 een 'bijna risico-aansprakelijkheid', met nauwelijks ruimte voor het eigen schuld verweer⁷⁵⁶. Ook Rauws constateert dat de 658-aansprakelijkheid tendeert in de richting van risicoaansprakelijkheid⁷⁵⁷. Deze verder dan normaal gaande aansprakelijkheid bestaat uit een aantal onderdelen⁷⁵⁸:

- op de werkgever rust een vergaande zorgplicht
- op de werkgever rust het bewijsrisico van deze zorgplicht
- er bestaat een beperking ten aanzien van het jegens de werknemer in te roepen eigen-schuld verweer.

Voorwaarde is wel dat het arbeidsongeval samenhangt met het werk. Het ongeval hoeft niet per se tijdens de eigenlijke werkzaamheden te zijn plaatsgevallen, maar art. 7:658 is niet meer van toepassing wanneer het verband met het werk 'te los' is. Wel onder art. 7:658 viel het ongeval na afloop van de werkzaamheden, waarbij de uitgeleende werknemer over het bedrijfsterrein liep, waar de inlener ook gevestigd was, en getroffen werd door een vallend voorwerp. Die aansprakelijkheid werd echter geconstrueerd door het oprekken van het begrip hulppersonen⁷⁵⁹. Niet onder 658 vallen ongevallen overkomen tijdens woon-werkverkeer⁷⁶⁰; ook niet onder art. 7:658 valt een ongeval overkomen buiten werktijd, maar wel verband houdend met het werk. Dit laatste arrest aangaande een reclasseringsambtenaar is van belang, omdat het aangeeft welke achtergrond de Hoge Raad vrij recentelijk aan art. 7:658 toekent⁷⁶¹. De casus is triest: een reclasseringsambtenaar wordt op een avond thuis bezocht door een cliënt, die hem in de deuropening van zijn huis met een ijzeren staaf mishandelt. De Hoge Raad is van mening dat de hieruit voortvloeiende schade niet valt onder art. 7:658 omdat het voorval plaatsvond in de privé-sfeer van werknemer, en de werkgever dus geen zeggenschap over de werkplek had, en tevens niet de bevoegdheid had om aanwijzingen te geven ter zake de uitoefening van de werkzaamheden. De Hoge Raad geeft echter aan dat in bijzondere gevallen er op basis van goed werkgeverschap toch aansprakelijkheid kan zijn, namelijk indien sprake is van een aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar, en de werkgever nalaat in redelijkheid van hem te vergen veiligheidsmaatregelen te treffen. De Hoge Raad verwerpt in dit Reclasserings-ambtenaarsarrest expliciet het standpunt dat de aansprakelijkheid van art. 7:658 alleen is gebaseerd op de sociaal-economische band tussen werkgever en werknemer; de sociaal-economische positie speelt wel enige rol. Van Dam⁷⁶² vindt deze door de Hoge Raad genoemde norm van de op art. 7:611 gebaseerde aansprakelijkheid te beperkt: het zou niet moeten gaan om een bekend risico, maar beslissend zou moeten zijn of gezien de omvang van dat risico, het nemen van veiligheidsmaatregelen van hem kon worden gevergd. Echter ook in een andere situatie heeft de Hoge Raad recentelijk⁷⁶³ art. 658 niet exclusief geoordeeld, namelijk daar waar sprake was van een tijdens werktijd door de werknemer zelf veroorzaakt verkeersongeval. Van een tekortschieten door de werkgever was geen sprake, dus art. 7:658 kon niet aan de orde zijn: toch moest de werkgever op basis van art. 7:611 de door de werknemer geleden schade vergoeden⁷⁶⁴. Uit billijkheidsoogpunt is dat te begrijpen, want diens meerijsende collega's kregen hun schade van de verzekeringsmaatschappij uitgekeerd, en het was de werknemer opgedragen om te chaufferen. Genoemd arrest verkleint de kloof naar een op de werkgever rustende risicoaansprakelijkheid wel en het is om meerdere redenen (waaronder die van preventie: wanneer de werkgever toch altijd moet betalen, loont het treffen van extra veiligheidsmaatregelen niet

⁷⁵⁵ Faure & Hartlief 2001, p. vii

⁷⁵⁶ Faure/Hartlief, p. 32

⁷⁵⁷ Rauws 2003

⁷⁵⁸ Lindenberg 2000, pag. 28

⁷⁵⁹ Lindenberg 2000, pag. 83; HR 9 november 2001, JAR 2001/257

⁷⁶⁰ HR 16 november 2001, JAR 2001/260; de vergoeding van de hierbij ontstane schade kan echter wel vallen onder de uit het goed werkgeverschap voortvloeiende verplichtingen

⁷⁶¹ HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534; JAR 1999/44

⁷⁶² Van Dam 2000, pag. 415

⁷⁶³ HR 12 januari 2001, JAR 2001/24

⁷⁶⁴ Over de vraag of er naast de 'specius' bepaling van art. 7:658 wel ruimte behoort te zijn voor aansprakelijkheid op grond van art. 611 vindt een verwoede discussie plaats. Een recent overzicht van de stand van zaken hierin geeft Loonstra, in O&R 2003, p. 91-112

meer) de vraag of dat wenselijk is⁷⁶⁵. Ook ten aanzien van een ongeval tijdens woon-werkverkeer oordeelde de Hoge Raad dat dit niet binnen het kader van art. 7:658 viel (niet 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden') waarbij het hebben van zeggenschap over de werkplek en kunnen geven van aanwijzingen expliciet genoemd wordt, maar er toch aansprakelijkheid van de werkgever wordt geconstrueerd, in dat geval op basis van art. 6:248 BW⁷⁶⁶. Reden daarvoor was dat de werknemer er op aangewezen was met zijn eigen auto naar het werk te komen en daarbij ook collega's te vervoeren, waarvoor hij ook een reisuivenvergoeding ontving. Genoemd vervoer moet daarom op een lijn worden gesteld met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.

Door onder andere Van Dam⁷⁶⁷ is aangevoerd dat het ontbreken van zeggenschap over de werkplek de toepasselijkheid van art. 7:658 niet steeds kan uitsluiten, bijvoorbeeld in het geval van telewerken⁷⁶⁸. Indien de werkgever (waarschijnlijk uit bedrijfsbelang) thuiswerkplekken ter beschikking heeft gesteld, en de werknemer aldaar een ongeval overkomt (RSI, of een plotseling ongeval als gevolg van ondeugdelijk materiaal), dan is een bijzondere werkgeversaansprakelijkheid zeer wel denkbaar.

Dat de aansprakelijkheid van art. 7:658 lid 1 grotendeels is gebaseerd op het kunnen uitoefenen van zeggenschap, is moeilijk in overeenstemming te brengen met het per 1 januari 1999 toegevoegd lid 4, dat een extra 'werkgeversaansprakelijkheid' oplegt, ook voor degenen die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werken.

Aangezien ook in situaties waarbij de werkgever geen zeggenschap kan uitoefenen, buiten art. 7:658 om (via art. 7:611) toch werkgeversaansprakelijkheid wordt aangenomen, is het criterium 'zeggenschap' voor het aannemen van die werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, niet erg overtuigend.

20.6.2 Zorgplicht werkgever

Op de werkgever rust een vergaande zorgplicht ten aanzien van de in art. 7:658 lid 1 genoemde veiligheidsvoorschriften. De wettekst bepaalt dat de werkgever verplicht is de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Hij wordt ook niet geacht alleen maatregelen te treffen tegen gevaar dat hij kent, maar ook tegen gevaren die hij geacht wordt te kennen⁷⁶⁹. Wanneer de werkgever achteraf gezien het gevaar had kunnen kennen (bijvoorbeeld uit vaktechnische publicaties, desnoods in het buitenland verschenen) dan kan hij voor achteraf gebleken schade toch aansprakelijk worden gehouden, zo bleek uit de diverse asbest-zaken.

Bewijsrisico zorgplicht

Sinds 1999 bepaalt de wettekst dat de bewijslast omtrent het nakomen van de in lid 1 genoemde zorgverplichting, op de werkgever rust. Voordien lag deze bewijslast krachtens art. 7:1638x BW op de werknemer, hoewel de rechtspraak in een toenemend aantal gevallen die bewijslast omdraaide. Achtergrond van de huidige bepaling is dat de werkgever beter inzicht heeft in de op het punt van veiligheidsvoorschriften getroffen maatregelen, en hij dus ook makkelijker aan de

⁷⁶⁵ Hartlief is zelfs van mening dat het toepassingsgebied van art. 7:658 sowieso te ver is doorgeschoten en, bijvoorbeeld als gevolg van het in de toekomst onverzekerbaar worden van de hier onder vallende schade, en 7:658 aan zijn eigen succes ten onder zal gaan, Hartlief 2003, p. 152/153

⁷⁶⁶ HR 9 augustus 2002, JAR 2002/205

⁷⁶⁷ Van Dam, 2000, pag. 43-44

⁷⁶⁸ Loonstra 2003, p. 100, is van mening dat de thuiswerker sowieso onder het bereik van art. 7:658 valt, omdat de HR in IVA/Queijssen, 17 november 1978, NJ 1979, 140 jegens de thuiswerkster een instructierecht heeft aangenomen en er daarmee dus gewoon een gezagsrelatie geldt; zo ook Riphagen 2000, p. 569-575, die dan welk vindt dat aan de thuiswerkgever minder strenge eisen moeten worden gesteld

⁷⁶⁹ HR 2 oktober 1998, JAR 1998/227

bewijslast kan voldoen. Dit neemt niet weg dat in gevallen waarin het wel of niet voldoen aan de voorschriften arbitrair is, de huidige bepaling ook materiële betekenis heeft.

20.6.3 Beperkt eigen schuld verweer

Slechts indien de veroorzaakte schade gevolg is van door de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos gepleegd handelen, is de werkgever op grond van art. 7:658 in het geheel niet aansprakelijk. Indien slechts sprake is van (grote) (mede)schuld aan de zijde van de werknemer, niet zijnde opzet of bewuste roekeloosheid, dan matigt dit de werkgeversverantwoordelijkheid op geen enkele wijze. Deze bepaling is voor de werkgever dus een alles-of-niks verweer.

Op dat alles-of-niks karakter bestaat wel kritiek. Ook werknemers lijken de redelijkheid van de huidige bepaling niet altijd te onderschrijven, althans de huidige bepaling niet te kennen, zo blijkt uit het proefschrift van Vinke. Uit haar rechtssociologisch onderzoek uit 1997 blijkt dat de meeste van de ondervraagde werknemers in de situatie van een bedrijfsongeval waaraan de werknemer (grote)(mede) schuld had (maar niet opzettelijk handelde), van mening waren dat de werkgever niet aansprakelijk kon worden gesteld⁷⁷⁰.

20.6.4 Reikwijdte: personenkring en omvang aansprakelijkheid

Achtergrond

Aan de achtergrond van art. 7:658 wordt in de literatuur en de jurisprudentie niet veel aandacht besteed. Lindenbergh⁷⁷¹ noemt als redenen dat de werkgever voor deze schade aansprakelijk behoort te zijn de in hoge mate geïndustrialiseerde samenleving, het werken met machines en gevaarlijke stoffen en de veelal hoge werkdruk. Bedoeld zal zijn hiermee te zeggen, dat alsdan een ongeval snel veroorzaakt kan zijn. Van Dam⁷⁷² baseert de hoge op het punt van zorgplicht aan de werkgever te stellen eisen op de omstandigheid dat deze laatste “veelal het best in staat is om risico’s op de werkplek te voorkomen of te verminderen. Bovendien trekt hij profijt uit het inschakelen van personen in zijn bedrijf; omdat hij de lusten daarvan heeft, moet hij ook eerder de lasten dragen”.

Asscher-Vonk⁷⁷³ noemt een drietal redenen voor de specifieke bescherming die de werknemer ten aanzien van hem overkomen arbeidsongevallen heeft: (i) de sociaal-economisch afhankelijke positie van de werknemer cq diens afhankelijkheid van de werkgever voor zijn levensonderhoud; (ii) de afhankelijkheid binnen de arbeid: de werknemer kan niet zelf zijn arbeidsomstandigheden bepalen; het is de werkgever die de keuze maakt voor de productieprocessen, materialen en hulpmiddelen en (iii) het ervaringsfeit dat werkzaamheden een routinematig karakter krijgen. Voor het eerste argument verwijst zij naar het – ingetrokken – wetsvoorstel 25 759, waar met zo veel woorden werd aangegeven dat de gevolgen van de schade voor de werknemer ingrijpender zijn dan die voor de werkgever. Voor het tweede argument wijst zij op de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 23 438, waar gewezen wordt op het belang van de vaststelling door de werkgever van de arbeidsomstandigheden⁷⁷⁴. Het derde argument wordt ook door de Hoge Raad gehanteerd⁷⁷⁵.

In de recente discussies wordt de op de werkgever rustende aansprakelijkheid ook direct gekoppeld aan de terugtrekkende overheid cq de afnemende publieke voorzieningen. Om die reden zou in de plaats daarvan een private voorziening nodig zijn⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ Vinke 1997, p. 136 en p. 150

⁷⁷¹ Lindenbergh 2000

⁷⁷² Van Dam 2000, p. 413

⁷⁷³ Asscher-Vonk 2003, p. 141/142

⁷⁷⁴ Asscher-Vonk 2003, p. 140

⁷⁷⁵ HR 14 april 1978, NJ 1979, 245

⁷⁷⁶ Klosse 2001, p. 15; Faure & Hartlief 2001, p. 80; Lindenbergh 2000, voorwoord. Dat sprake is van een teruggang in het niveau van sociale voorzieningen is juist wanneer dit in 2003/04 bestaande niveau vergeleken wordt met dat van 1967: de van 1967 tot midden jaren tachtig van de twintigste eeuw bestaande hebbende uitkering is verlaagd van 80% gedurende onbepaalde tijd van het laatstverdiende salaris bij volledige arbeidsongeschiktheid naar 70% gedurende slechts enkele jaren (en voor jongeren in het geheel niet), waarna een vervolguitkering op lager niveau plaatsvindt. Misschien moet echter geconstateerd worden dat het van 1967 tot midden jaren tachtig bestaande hebbende betreffende systeem gewoonweg te royaal was.

De link tussen de publieke en de private voorziening is een voor de hand liggende. Tot aan het eind van de 19^e eeuw werden bedrijfsongevallen en beroepsziekten gezien als een individueel op de werknemer rustend risico; daarna als bedrijfsrisico⁷⁷⁷. Met de invoering van de Ongevallenwet 1901 werd een publieke voorziening getroffen, maar tegelijkertijd werd in de wet bepaald, dat de werkgever daarmee zelf gevrijwaard werd van aanspraken van de werknemer jegens hem ter zake van inkomensschade als gevolg van een ongeval. Ook thans kent bijvoorbeeld België een systeem van een collectieve verzekering, waarnaast voor aansprakelijkheid jegens individuele werkgevers geen plaats is⁷⁷⁸. De Ongevallenwet zag uiteraard alleen op schade als gevolg van ongevallen tijdens of verband houdend met het werk.

In 1967 werd de WAO van kracht, die werknemers in geval van volledige arbeidsongeschiktheid een uitkering toekende gelijk aan 80% van het op dat moment verdiende salaris (met als maximum 80% van het maximum dagloon). Voor deze aanspraak maakte het niet uit wat de reden was van de arbeidsongeschiktheid: of deze door het werk was veroorzaakt (*risque professionnel*) of daarbuiten (*risque social*). Die keuze ging niet zonder slag of stoot: de verantwoordelijke minister Veldkamp meende dat het ongevalsrisico inherent is aan het proces der maatschappelijke voortbrenging, en dat de werkgever daarom daarvoor de premies moeten betalen; Molenaar verzette zich daar echter tegen⁷⁷⁹. Voorafgaand aan de invoering van de WAO werd daarom stilgestaan bij de vraag of de uitsluiting van de individuele werkgeversaansprakelijkheid moest worden gehandhaafd of niet. Het argument om die uitsluiting te handhaven, namelijk dat de werkgevers als collectief het WAO-stelsel al financierden, en in geval van daar boven op te stellen individuele aansprakelijkheid, die werkgever dus dubbelop betaalde, haalde het niet. In recente wetgeving wordt de lijn van individuele werkgeversaansprakelijkheid overigens ook weer naar de collectieve sector doorgetrokken, door werkgevers in de premiesfeer extra te laten betalen voor het veroorzaken van WAO-gevallen. Desalniettemin is het ook thans denkbaar het huidige systeem te verruilen voor een waarbij, met uitsluiting van de aansprakelijkheid van de individuele werkgever jegens de werknemer, de werknemer een aanspraak krijgt op een collectieve voorziening⁷⁸⁰. Om de individuele werkgever dan een stimulans te geven zo min mogelijk arbeidsongevallen/zieken te veroorzaken, is binnen dat systeem denkbaar dat de door de werkgever jegens het collectief te betalen premie afhangt van de door hem veroorzaakte schade. Probleem bij iedere vorm van differentiëring in door de werkgever te betalen premie is, dat het (i) als onrechtvaardig wordt ervaren, indien de werkgever moet betalen voor door de werknemer geheel in diens privé-sfeer veroorzaakte arbeidsongeschiktheid (*risque social*) maar het (ii) moeilijk wordt gevonden een duidelijk onderscheid te maken tussen het *risque social* en het *risque professionnel*, vooral voor wat betreft arbeidsongeschiktheid met een psychische component. In hoeverre dit een teveel vasthouden aan 'verworven' rechten is, kan men zich afvragen: tot 1967 maakte de Ongevallenwet genoemd onderscheid; ook thans in België kan men met genoemd onderscheid uit de voeten⁷⁸¹.

Omvang aansprakelijkheid

Wanneer de werkgever op basis van art. 7:658 aansprakelijk is, dient de volledige door de werknemer geleden schade te worden vergoed. Naast posten als kosten voor geneeskundige behandeling, zaaksschade, schade in de categorie van noodzakelijke aanpassing van de woning en immateriële schade, betreft deze (inkomens)schade het verschil tussen hetgeen de werknemer zonder ongeval (redelijkerwijs geschat) had kunnen verdienen, en datgene wat hij nu (schattenderwijs) nog kan verdienen. Op de werknemer rust wat betreft die schattingen geen strenge bewijslast⁷⁸². Dat volledige verschil moet worden betaald, zonder dat voor eigen schuld

⁷⁷⁷ zie Vinke 1997, p. 168, alsmede haar interviews omstreeks 1997 met werknemers, die in vele gevallen arbeidsongevallen nog steeds als individueel risico zien

⁷⁷⁸ Faure & Hartlief 2001, 103 en Rauws 2001, p. 122. Recent wordt door verzekeringsrecht deskundigen gepleit voor het ook in Nederland invoering van zo'n directe verzekering, zie bijvoorbeeld Hartlief 2003, 171, die daarbij zelfs de werkgever weer de bij de Ongevallenwet behorende immunititeit wil geven.

⁷⁷⁹ Rauws 2001, p. 124

⁷⁸⁰ Klosse 2001, p. 2; zie ook twee noten hiervóór.

⁷⁸¹ Rauws 2001, p. 124 e.v.

⁷⁸² Lindenbergh 2000, p. 25 met verwijzing naar HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624

van de werknemer (anders dan opzet of bewuste roekeloosheid) plaats is. Dat in zulke gevallen de volledige schade moet worden betaald, en bij beëindiging van een dienstverband 'slechts' een naar billijkheid te bepalen bedrag, maakt dat het voor sommige groepen werknemers interessant kan zijn, een aansprakelijkheid van hun werkgever te baseren op art. 7:658. Juist omdat het niet volledig is uitgesloten dat psychische schade ook onder art. 7:658 kan vallen⁷⁸³, én omdat de Hoge Raad naast de ontslagprocedure een op andere juridische gronden gebaseerde procedure tegen de werkgever mogelijk acht⁷⁸⁴, zullen sommige arbeidsongeschikt en werkloos geworden werknemers een dergelijke 658-claim instellen. Voor een 48-jarige 'versleten' werknemer die na een dienstverband van 25 jaar wordt ontslagen maakt het immers een groot verschil, of hij op basis van art. 7:658 volledige schadevergoeding zal krijgen (maximaal zeventien jaarsalarissen, minus een te verwachten bedrag aan WW van hooguit tweeënehalf jaar loongerelateerde uitkering⁷⁸⁵ en mogelijkterwijs bijstanduitkering daarna, daargelaten zijn overige resterende verdien capaciteit), dan wel een op de neutrale Kantonrechttersaanbeveling gebaseerde ontslagvergoeding van $8 \times 1,5$ plus $17 \times 1 = 29$ maandsalarissen tezamen met die WW-uitkering. Vanuit de arbeidsrechtelijke hoek is aangevoerd, dat in dergelijke gevallen de op de kantonrechttersaanbeveling gebaseerde vergoedingen te laag zijn⁷⁸⁶; vanuit verzekeringsrechtelijke hoek wordt betoogd de 'volledige schadevergoeding' van art. 7:658 in verdergaande mate dan thans te normeren⁷⁸⁷. Als voordelen voor normering noemen laatstgenoemden daarbij: meer rechtszekerheid, gelijkheid, minder transactiekosten, meer snelheid, minder belasting voor het slachtoffer en een betere mogelijkheid voor premiebetaling. Giessen, Kamminga, Barendrecht zien deze relevantie tot normering vooral voor immateriële schade, en denken bovendien aan veel lagere bedragen dan doorgaans in ontslagprocedures als sanctie op slecht werkgeverschap worden gezet. Zij zien als maximum aan immateriële schade (bij algehele invaliditeit) onder het huidig recht een bedrag van NLG 300.000; vergeleken met ontslagprocedures is dat bescheiden want in een ontslagprocedure was een onterechte schorsing in 1990 al goed voor NLG 100.000 extra vergoeding⁷⁸⁸.

Doelgroep

Tot 1 januari 1999 richtte artikel 1638x BW zich uitsluitend op werknemers. Deze konden zich bij arbeidsongevallen tot hun werkgever wenden, en hadden dan - in vergelijking met een gewone onrechtmatige daadvordering - het voordeel dat geringe of gewone eigen schuld niet aan volledige vergoeding in de weg stond, dat de werkgever aan vergaande zorgverplichtingen moest voldoen en de rechtspraak de tendens kende de bewijslast van het hebben voldaan aan die zorgverplichting op de werkgever te leggen. Niet-werknemers konden zich niet rechtstreeks op art. 1638x beroepen. Dat deed zich het duidelijkste voor bij uitgeleende werknemers: degene bij wie zij aan het werk waren, en die feitelijk degene was die de zorgverplichting kon hebben geschonden, was hun werkgever niet, en kon dus niet rechtstreeks op art. 1638x worden aangesproken. Hun eigen werkgever had die zorgverplichting wel, maar kon aanvoeren dat hij geen invloed had op de door de inlener uitgeoefende zeggenschap. De rechtspraak was deze uitgeleende werknemers en uitzendkrachten al op beide fronten tegemoet gekomen: de inlener was tegenover de werknemer aansprakelijk op grond van art. 1401 BW, waarbij de zelfde normen (beperkt eigen schuld verweer, tendens naar omkering bewijslast) golden als bij 1638x van toepassing waren; de eigen werkgever werd ook aansprakelijk gehouden voor de wijze waarop de inlener aan diens zorgverplichting uitvoering gaf, middels het leerstuk van de hulppersonen⁷⁸⁹. Voor de uitlener vormt het kunnen uitoefenen van zeggenschap dus niet de grond voor aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid bestaat ongeacht in hoeverre hij zeggenschap over de werknemer heeft behouden⁷⁹⁰. In een enkel geval werd 1638x zelfs rechtstreeks van toepassing

⁷⁸³ over de uitleg van het HR arrest Chubb Lips/Janssen (30 januari 1998, JAR 1998/82) bestaat verschil van mening

⁷⁸⁴ HR PTT/Guerand, 1 maart 2002, JAR 2002/67

⁷⁸⁵ de vervolguutkering is per 1 januari 2004 afgeschaft

⁷⁸⁶ waartegenover overigens ook en nog meer gevallen staan waarbij die vergoedingen te hoog zijn, Boot, SMA 1999

⁷⁸⁷ Giessen & Kamminga & Barendrecht 2001, p. 142 e.v.

⁷⁸⁸ HR 26 januari 1990, NJ 1990, 499 (Allard de Lange/Nilsson)

⁷⁸⁹ HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716;

⁷⁹⁰ HR 4 oktober 2002, JAR 2002/260

geacht op de niet-werknemer⁷⁹¹, bijvoorbeeld ten aanzien van een stagiair⁷⁹². Om deze jurisprudentie te codificeren, werd per 1 januari 1999 (Wet Flexibiliteit en Zekerheid) aan art. 7:658 lid 4 toegevoegd.

20.6.5 Artikel 7:658 lid 4 BW

Artikel 7:658 lid 4 bepaalt: hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.

Reeds tijdens de Parlementaire Geschiedenis van deze wet deed zich de vraag voor welke reikwijdte deze bepaling had: welke personen vielen hier onder? Afgaande op de tekst van lid 4 is deze strekking heel ruim, en ziet eigenlijk op iedere opdracht (in de vorm van opdrachtsovereenkomst of aanneming van werk) die beroeps- of bedrijfsmatig is verstrekt. Blijkens de wetsgeschiedenis is dat niet de bedoeling. Aanvankelijk werd door de verantwoordelijke bewindslieden gesteld: de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van de arbeid door werknemers of door anderen, behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van diegene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval⁷⁹³. Dat standpunt is vooral van belang voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat⁷⁹⁴. Het is echter ook mogelijk, dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie die arbeid wordt verricht wel een overeenkomst is gesloten, in het bijzonder een opdrachtsovereenkomst, en in ieder geval geen arbeidsovereenkomst.

Frenk is van mening dat 7:658 lid 4 niet ziet op de opdrachtsovereenkomst, aangezien daarvoor een bijzondere regeling (art. 7:406 BW) geldt⁷⁹⁵.

Art. 7:406 lid 2 kent alleen in bijzondere situaties aan de getroffen opdrachtnemer schadevergoeding toe, namelijk bij de verwezenlijking van een 'bijzonder gevaar', en voor wat betreft de professionele opdrachtnemer dan ook nog alleen wanneer dat gevaar de risico's welke de aard van dat beroep of bedrijf meebrengt, te buiten gaat. Volgens de Hoge Raad moet er in de regel van worden uitgegaan dat de beloning immers mede als contraprestatie worden gezien voor het dragen van de risico's die aan de uitvoering van de opdracht verbonden zijn⁷⁹⁶. Kortom: art. 7:406 lid 2 is een uiterst terughoudende regeling, waarbij aan de opdrachtnemer slechts in zeer specifieke situaties aanspraken worden gegeven. De achterliggende gedachte moet zijn geweest dat de opdrachtnemer geacht wordt zijn eigen belangen afdoende te regelen. In de praktijk hoeft dat overigens helemaal niet het geval te zijn.

Loos⁷⁹⁷ betwist het *lex specialis* karakter van art. 7:406, omdat dat (ook) ziet op de situatie dat aan de opdrachtgever geen verwijt te maken valt (en dus een nog verdergaande aansprakelijkheid betekent), terwijl 7:658 wel schending van de zorgplicht als intree-eis stelt. Beide standpunten overtuigen niet echt: dat van Loos het minst, omdat nergens uit de totstandkoming van art. 7:406 valt op te maken, dat dit als een vorm van 'super-aansprakelijkheid' moet worden beschouwd. Frenks opvatting echter ook niet, omdat 7:658 lid 4 een recenter wettelijke bepaling is, en aldaar nergens een integrale uitzondering wordt gemaakt voor de opdrachtsovereenkomst.

In zijn samen met Faure in 2002 uitgebrachte boek wijst Hartlief⁷⁹⁸ echter ook op de verdere wetsgeschiedenis van 7:658 lid 4: in de toelichting op de reparatiewet antwoordt de minister op de vraag of lid 4 ook van toepassing is op een advocatenkantoor dat de voorgevel door een schildersbedrijf laat schilderen, en een van de schilders een ongeval overkomt, dat het

⁷⁹¹ Hof Arnhem, 2 mei 1996, JAR 96/127

⁷⁹² Anders: Hof Amsterdam, 8 augustus 1996, VR 1997,58 ten aanzien van de maker van een bedrijfsfilm. Met instemming over beide uitspraken: Hartlief 1998, p. 222

⁷⁹³ 25 263, nr. 14, p. 6

⁷⁹⁴ Faure & Hartlief 2002, p. 33

⁷⁹⁵ Frenk 1998

⁷⁹⁶ HR 15 mei 1981, NJ 1982, 237; Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, p. 70

⁷⁹⁷ Loos 1999, p. 263

⁷⁹⁸ Faure & Hartlief 2002

toepassingsgebied ziet op de werkzaamheden “ die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten”⁷⁹⁹. Lid 4 is dus niet tot de core business van de inlener beperkt; beslissend is welke diensten en faciliteiten de betrokken opdrachtgever zelf in huis heeft.

Het is de vraag welke betekenis hier aan gegeven moet worden. Een mogelijkheid is, dat de opdrachtgever jegens degenen die werkzaamheden verrichten “ die hij in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten” een vorm van zeggenschap kan uitoefenen. Voor de hand liggender is het, dat het criterium ‘ook door eigen werknemers’ er op ziet dat deze opdrachtgever wetenschap heeft van de veiligheidsmaatregelen die hij ten behoeve van zijn eigen werknemers moet nemen, en die wetenschap daarom ook op deze ingeschakelde opdrachtnemers moet toepassen. Het zal dan dus veelal om branche-eigen activiteiten gaan. Het element ‘eenheid’ speelt in deze discussie, anders dan bij art. 6:171, niet zo’n rol, aangezien het bij art. 6:171 om de bescherming van buitenstaanders (derden) gaat, en art. 7:658 de bescherming van de eigen werkers betreft.

20.6.6 Gelijke behandeling werknemers en afhankelijke opdrachtnemers

Bouwens wijdt zijn bijdrage in O&R 2003 aan lid 4 van art 7:658 BW, en komt daarin tot het volgende. Onder verwijzing naar de hierboven genoemde rechtspraak, wetsgeschiedenis en overige literatuur, pleit hij er voor om het bereik van art. 658 lid 4 aldus te herformuleren, dat daaronder komt te vallen diegene die onder “een zekere zeggenschap” werken. Bouwens wil daarmee “de verschillen in rechtspositie opheffen tussen de werknemer à la art. 7:610 BW en zij die materieel in dezelfde positie verkeren als die werknemer”⁸⁰⁰. Als bijkomend argument noemt Bouwens dat dit beter zou aansluiten bij de Arbwet, omdat het aldaar ook gaat om de zorgverplichting voor diegene die feitelijk onder zijn gezag arbeid laat verrichten, waaronder stagiaires en vrijwilligers. Ik ben het met Bouwens’ conclusie omtrent het opheffen van die verschillen in rechtspositie eens, maar kom hiertoe niet via de weg van ‘een zekere zeggenschap’, maar omdat de hierboven door Asscher-Vonk voor de 658-werkgevers aansprakelijkheid genoemde argumenten (economische afhankelijkheid; het niet zelf kunnen bepalen van de arbeidsomstandigheden; het routinematig worden van de werkzaamheden), ook van toepassing zijn op de met de werknemers vergelijkbare categorie afhankelijke opdrachtnemers.

20.6.7 Aparte positie statutair directeur

De statutair directeur heeft naast zijn arbeidsovereenkomst ook een vennootschapsrechtelijke betrekking; hij is krachtens art. 2:9 BW gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Volgens de Hoge Raad⁸⁰¹ betekent dat hij op zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. In hoeverre legt art. 2:9 BW op deze directeur een ruimere aansprakelijkheid dan op de gewone werknemer?

De Hoge Raad stelt de bestuurder aansprakelijk voor door zijn handelen of nalaten veroorzaakte schade, wanneer hem van dat handelen of nalaten een “ernstig verwijt” kan worden gemaakt. Van een ernstig verwijt is eerder sprake dan van opzettelijk of grof nalatig handelen. Een voorbeeld daartoe vormt bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad van 10 januari 1997.

Aan betrokken bestuurder waren zeer ernstige verwijten gemaakt, dat het Gerechtshof stelde dat zij, indien juist, wanbeleid zouden hebben gevormd. Het Hof bepaalt echter dat deze verwijten niet zijn komen vast te staan (o.w. 14). Wat wel overblijft is dat betrokken bestuurder op onvoordelige wijze verplichtingen was aangegaan in combinatie met de daarbij behorende te sluiten leningen. Het Hof merkt ook dat als voldoende ‘ernstig verwijt’ aan en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. Het komt mij voor dat een dergelijk handelen als een fout, of desnoods ernstige fout zou kunnen worden aangemerkt, maar dat bij een werknemer zo iets niet tot aansprakelijkheid zou hebben geleid. Dat zou ook besloten kunnen liggen in de uitwerking die de

⁷⁹⁹ 26257, nr. 7, p. 5

⁸⁰⁰ Bouwens 2003, p. 89

⁸⁰¹ 10 januari 1997, NJ 1997,360

Hoge Raad geeft aan het criterium ernstig verwijt, namelijk dat des bestuurders handelingen getoetst moeten worden onder andere aan het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Met andere woorden: de goedwillende maar onbekwame bestuurder lijkt wel aansprakelijk voor zijn tekortkomingen; een zelfde ‘domme’ werknemer die fouten maakt is niet aansprakelijk voor de schade als gevolg van zijn fouten.

Dat de normen ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ niet met elkaar kunnen worden gelijkgesteld, volgt ook uit Hoge Raad 10 december 1999⁸⁰². Aldaar werd aan de bestuurder/werknemer verweten dat door zijn toedoen kastekorten waren ontstaan: hij zou de gelden hebben verduisterd. De betreffende bedragen werden teruggevorderd. Het Hof wijst die vordering toe, omdat betrokkene “als degene die het kasgeld onder zich had, in beginsel aansprakelijk (is) voor het verdwijnen van het geldbedrag uit de kantoorkas.” De Hoge Raad casseert het Hof-arrest omdat (i) het niet uitgesloten is dat niet betrokkene, maar diens echtgenote het beheer had over de kas; het staat dus niet vast dat betrokkene iets fouts heeft gedaan. Een afzonderlijke cassatiegrond vormt voor de Hoge Raad het door het Hof niet aangegeven waarom betrokkene aansprakelijk is. De Hoge Raad overweegt: “dat, indien moet worden aangenomen dat M. het kasgeld zelf onder zich had, hij als bestuurder van M. BV alleen aansprakelijk is voor het verdwijnen van dat geld in geval van ernstige verwijtbaarheid. Voor zo ver moet worden aangenomen dat M. als werknemer van M. BV wordt verweten dat het kasgeld is verdwenen, voert het onderdeel terecht aan dat M. in beginsel daarvoor jegens zijn werkgever slechts aansprakelijk is in geval van opzet of bewuste roekeloosheid”. Terwijl het cassatiemiddel in één zin had geformuleerd dat het Hof had miskend te oordelen dat M. slechts aansprakelijk was “dan in geval van ernstige verwijtbaarheid of van opzet of bewuste roekeloosheid”, haalt de Hoge Raad de twee normen uit elkaar en wijdt daar twee aparte zinnen aan. Dat kan naar mijn mening niet anders betekenen dan dat die normen niet gelijk zijn aan elkaar.

Conclusie: de aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon, zijnde bestuurder én werknemer, wordt naar (iets) andere maatstaven beoordeeld dan de aansprakelijkheid van de ‘gewone’ werknemer. Dat hoeft op zich zelf niet onoverkomelijk te zijn, mits betrokken bestuurder (i) zich daarvan bewust is, én een vergoeding ontvangt die in verhouding staat met dat extra te lopen risico, dan wel dit extra risico verzekerd is.

20.7 Conclusie

Een werknemer die tijdens of in verband met zijn werk schade toebrengt aan zijn werkgever, aan een derde of aan zich zelf, behoeft die schade – onder andere op basis van art. 6:170 BW - slechts te dragen wanneer deze opzettelijk of bewust roekeloos is toegebracht. De ratio achter deze ook in ons omringende landen voorkomende bepaling houdt verband met de profijtgedachte (de werkgever heeft het profijt van de arbeid en dient daarom ook de lasten van die arbeid te dragen), risicospreiding (de schade is voor de werkgever makkelijker te verzekeren c.q. in de prijs van zijn product door te berekenen) en slachtofferbescherming: het slachtoffer krijgt er een doorgaans kapitaalcrachtige debiteur bij.

Art. 6:171 BW breidt de bescherming voor de werker in de vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid voor de ‘ontvanger’ van de arbeid uit tot diegene die arbeid laat verrichten door niet-ondergeschikten. Aangezien de kwalitatieve aansprakelijkheid van de artikelen 6:170/171 niet beperkt is tot ondergeschikten, kan de grond van deze aansprakelijkheid niet slechts gelegen zijn in het aspect ondergeschiktheid. Recente Hoge Raad-rechtspraak beperkt de uitbreiding van art. 6:171 echter tot die werkzaamheden die door het derde-slachtoffer mochten worden opgevat als te zijn verricht door het bedrijf voor wie de opdrachtnemer zijn werkzaamheden verrichtte. Op zich zelf zouden de ten aanzien van art. 6:170 BW genoemde argumenten ook kunnen gelden voor door de opdrachtnemer aan een derde toegebrachte schade: van het werk van de opdrachtnemer heeft de opdrachtgever in beginsel het profijt; het betreffende schade-risico is

⁸⁰² HR 10 december 1999, NJ 2000,6

voor de opdrachtgever te verzekeren en het slachtoffer krijgt er een extra debiteur bij. Het is echter de vraag of de uitbreiding van deze kwalitatieve aansprakelijkheid naar de opdrachtgever ook nodig is. Wanneer immers de opdrachtnemer zich tegen de betreffende risico's zou kunnen verzekeren, vervallen de genoemde argumenten: in plaats van de opdrachtgever, krijgt het slachtoffer er dan deze verzekeringsmaatschappij bij als extra mogelijkheid om schade vergoed te krijgen.

Van belang is dus of het honorarium van de opdrachtnemer een dergelijke verzekering toelaat. Bij de 'afhankelijke' opdrachtnemer (categorie 5) zal dat veelal niet het geval zijn; bij de 'onafhankelijke' opdrachtnemer (categorie 6) in het algemeen wel.

De recente uitspraak van de Hoge Raad, dat art. 6:171 ziet op een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de opdrachtnemer van wie de buitenstaander mag menen dat deze onderdeel vormt (een eenheid vormt met) van het bedrijf van de opdrachtgever, is te billijken. Vanuit het slachtoffer gezien gaat het om aan hem door de ten behoeve van een bedrijf werkenden toegebrachte schade; wanneer het slachtoffer weet of behoort te weten dat de schadeveroorzaker geen deel uitmaakt van dat bedrijf, is er ook weinig aanleiding hem die extra bescherming te bieden. In de regel zal het Hoge Raad-criterium betekenen dat de afhankelijke opdrachtnemer tot de eenheid van dat bedrijf gerekend wordt, en de onafhankelijke opdrachtnemer niet. De afhankelijke opdrachtnemer neemt immers een ten opzichte van het bedrijf afhankelijke positie in; zal dus voor het bedrijf een groot deel van zijn tijd werken en doet dat op een met de positie van reguliere werknemers veelal vergelijkbare wijze. Voor de onafhankelijke opdrachtnemer, met een veelheid aan opdrachtgevers, geldt dat niet of in veel mindere mate.

De positie van de derde staat los van de onderlinge relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en daarmee van de draagplicht in de onderlinge verhouding tussen opdrachtgever en de opdrachtnemer. Boek 7 titel 7 BW kent dienaangaande geen bepaling, hetgeen wordt opgevat als dat partijen vrij zijn op dit punt af te spreken wat zij willen. In de verhouding opdrachtgever versus afhankelijke opdrachtnemer kan dat snel tot de situatie leiden dat de opdrachtgever de betreffende risico's op de opdrachtnemer afwentelt: deze verkeert veelal niet in de positie zich tegen zo'n opgelegde althans voorgestelde bepaling te verzetten. Om een dergelijke, maatschappelijk sociaal gezien onbillijke, afschuiving van risico's op de afhankelijke opdrachtnemer te voorkomen, zou met betrekking tot die onderlinge verhouding in boek 7 titel 7 kunnen worden bepaald dat in de relatie opdrachtgever / opdrachtnemer de opdrachtgever onderling draagplichtig is, tenzij de opdrachtgever de opdrachtnemer voor het betreffende risico verzekerd heeft, dan wel de honorering van de opdrachtnemer het hem ook toestaat een dergelijke verzekering te sluiten. De huidige bepaling van art. 7:406, dat de professionele (waaronder ook te rekenen de afhankelijke) opdrachtnemer die tijdens zijn werkzaamheden schade oploopt, slechts aanspraak op vergoeding heeft, indien sprake is van verwezenlijking van een 'bijzonder gevaar', waarbij dat gevaar de risico's welke de aard van dat beroep of bedrijf meebrengt, te buiten gaat en schadevergoeding ook nog eens slechts aan de orde is wanneer bij de vaststelling van dat loon met dat gevaar geen rekening was gehouden, biedt voor deze situatie geen oplossing, en is wat dat betreft daarom onbevredigend.

De statutair directeur heeft op grond van zijn vennootschapsrechtelijke positie een iets verdergaande aansprakelijkheid dan de gewone werknemer. Hij is niet alleen aansprakelijk in geval van door zijn opzet of grove nalatigheid veroorzaakte schade, maar ook wanneer hem ter zake van het ontstaan van die schade een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat hoeft op zich zelf niet onoverkomelijk te zijn, mits betrokken bestuurder zich daarvan bewust is, én een vergoeding ontvangt die in verhouding staat met dat extra te lopen risico, dan wel dit extra risico verzekerd is.

Artikel 7:658 legt een grotere dan de gewone (ex art. 6:162 BW) aansprakelijkheid op degene die een ander arbeid laat verrichten, indien die ander in dat verband een ongeval overkomt of een beroepsziekte oploopt. De economische rechtvaardiging van art. 7:658 berust ook op de profijtgedachte en de verzekerbaarheid van het risico. Die grotere dan gewone aansprakelijkheid heeft betrekking op de grote zorgplicht die van de werkverschaffer wordt verwacht, de bewijslast die hij daarbij heeft aan die zorgplicht te hebben voldaan, alsmede de regel dat voor de

vergoeding aan de werker van de door hem geleden schade geen rekening wordt gehouden met diens eigen schuld, anders dan opzet of bewuste roekeloosheid. Deze op de werkverschaffer rustende extra aansprakelijkheid is geen risicoaansprakelijkheid, want wanneer de werkverschaffer niets valt te verwijten, is hij niet aansprakelijk. Ook voor door de werknemer in de privé-sfeer overkomen schade is de werkverschaffer/werkgever (daarom) niet aansprakelijk, want over gedragingen in die privé-sfeer kan hij geen zeggenschap uitoefenen. De kring van beschermden is op grond van art. 7:658 lid 4 BW ruimer dan werknemers alleen: ook degene die ten behoeve van een ander werkt zonder contractuele band (bijvoorbeeld de gedetacheerde in de verhouding met de inlener) valt hieronder. Volgens de wetsgeschiedenis en een enkele uitspraak van een lagere rechter⁸⁰³ valt ook de opdrachtnemer onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW, indien het gaat om werkzaamheden die de betreffende opdrachtgever in het kader van dat beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.

Hoewel de extra aansprakelijkheid van art. 7:658 lid 1 volgens Hoge Raad-jurisprudentie⁸⁰⁴ – vanuit de werkverschaffer bezien – berust op het kunnen uitoefenen van zeggenschap over de werknemer is dat met de aansprakelijkheid op grond van lid 4 niet of niet duidelijk het geval. De opdrachtgever heeft over de opdrachtnemer (die werkzaamheden verricht waarvoor hij ook eigen werknemers in dienst heeft) op grond van art. 7:402 BW maar een beperkte zeggenschap. Dat de opdrachtgever ex art. 7:658 lid 4 toch aansprakelijk is, juist voor de gedragingen van deze groep opdrachtnemers, moet er welhaast op gebaseerd zijn dat deze opdrachtgever vanuit zijn werkgeverschap over anderen wetenschap heeft van de risico's die betrokkene loopt: die wetenschap moet hij immers ook voor zijn eigen werknemers hebben. Vanuit die wetenschap weet de opdrachtgever ook welke voorzorgsmaatregelen daarbij getroffen moeten worden. Vaak zijn deze lid 4-opdrachtnemers de volgens mijn definitie afhankelijke opdrachtnemers, maar zeker is dat niet. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat een geheel onafhankelijke artswaarnemer zich tegen royale betaling dan eens aan deze artsenpraktijk, en dan eens aan dat ziekenhuis 'verhuurd', om aldaar vervangingswerkzaamheden te verrichten: aan het Hoge Raad-criterium van art. 7:658 lid 4 is dan voldaan, zonder dat sprake is van een afhankelijke opdrachtnemer. Afgezien van die bijzondere categorie zal het criterium uit de wetsgeschiedenis aangaande het bereik van art. 7:658 lid 4 (met werknemers vergelijkbare opdrachtnemers) er toch vaak op neerkomen dat aan de afhankelijke opdrachtnemer de bescherming van art. 7:658 lid 4 wordt gegeven, en aan de onafhankelijke opdrachtnemer niet. Omwille van de rechtszekerheid verdient het dan aanbeveling dat duidelijk vast te leggen.

Opvallend is dat ten aanzien van art. 7:658 niet, zoals dat bij de uitbereiding van de aansprakelijkheid met art. 7:171 het geval is, slachtofferbescherming de leidraad vormt. Ware dat wel zo geweest, dan zouden alle opdrachtnemers onder de bescherming van art. 7:658 lid 4 hebben moeten vallen. De reden dat de wetgever dat niet heeft gewild is er waarschijnlijk in gelegen dat de art. 7:658-adressant niet een willekeurige buitenstaander is, maar een direct betrokkene.

⁸⁰³ Ktr Den Haag 11 juli 2002, JAR 2002/234 formuleert: lid 4 is slechts dan niet van toepassing wanneer het om branchevreemde activiteiten zou gaan.

⁸⁰⁴ HR 22 januari 1999, JAR 1999/44 (Reclasseringsambtenaar)

Hoofdstuk 21 Arbeidstijden

21.1 Inleiding

Het maximeren van de arbeidstijd van een werknemer past in het kader van het waken over veiligheid en gezondheid. In de Arbeidswet 1919 waren de arbeidsomstandigheden en de arbeidstijden daarom beiden geregeld. In 1966 werd hiervan de vakantieregeling afgesplitst. In 1980 kwam de Arbeidsomstandighedenwet 1980 tot stand, zonder dat hierbij de reguliere (dagelijkse en wekelijkse) arbeidstijden waren opgenomen. Die arbeidstijden kwamen terecht in de Arbeidstijdenwet 1996 (ATW). In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of en zo ja in welke mate de arbeidstijden- en vakantieregeling van toepassing is op werknemers en opdrachtnemers, en of dit aansluit bij de achtergrond van de betreffende regelingen.

21.2 Arbeidstijdenwet 1996.

De doelstelling van de ATW is, blijkens de considerans, de noodzaak om wettelijke regels te stellen inzake arbeids- en rusttijden met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid. Tevens, en die tweede doelstelling werd op aandrang van de TK toegevoegd, kent de ATW als doelstelling de bevordering van de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken, alsmede andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid⁸⁰⁵. Die noodzaak vloeit ook voort uit de EU Richtlijn van 23 november 1993. Geers en Heerma van Voss merken in dat verband op dat de normeringen in de ATW zeer ruim gelden: in principe tot overal waar gewerkt wordt⁸⁰⁶. Toch is die ATW beperkt tot de reguliere arbeidsovereenkomst.

De Arbeidstijdenwet hanteert een zelfde definitie van werknemer als de Arbeidsomstandighedenwet. Dat betekent dat de ATW zich richt op de reguliere werknemer, met uitzondering van de uitgeleende werknemer, maar met inbegrip van de ingeleende werknemer. In art. 1:1 lid 2 wordt de gezagseis nadrukkelijk gesteld. Opvallend is dat ten aanzien van de arbeids- en rusttijden op grond van het Arbeidstijdenbesluit een uitsluiting geldt voor de leidinggevenden die minstens twee maal het wettelijk minimumloon verdienen⁸⁰⁷, en ook voor overige werknemers die minstens drie maal dat minimumloon verdienen⁸⁰⁸. Dat het uitsluiten van de arbeidstijdenregeling van 'hogere' werknemers vanaf een bepaald niveau een breed draagvlak heeft mag er uit blijken dat de FNV⁸⁰⁹ voorstelt die twee uitzonderingen (voor leidinggevenden tweemaal het minimum loon, voor andere drie maal) gelijk te trekken tot voor iedereen een driemaal het wettelijk minimum loon. Waarom voor die groep werknemers de urenregeling van de arbeidstijden niet zou behoren te gelden wordt echter nauwelijks toegelicht⁸¹⁰. Blijkbaar wordt het door de grootste vakorganisatie normaal gevonden dat leidinggevenden en hoger betaalden meer (mogen) werken dan 40 tot 50 uur per week. De CNV bekritiseert echter de vrijstelling van de hoger betaalden van de werktijden in de ATW⁸¹¹.

De Wet ken een dubbele normenstelsel: er gelden standaardnormen en daarvan afwijkende overlegnormen. De standaardnormen bepalen dat per week maximaal 45 uur mag worden gewerkt, en over een periode van 13 weken gemiddeld maximaal 40 uur per week. Bij CAO, of, in sommige gevallen⁸¹² in overleg met de Ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, kan

⁸⁰⁵ Nota naar Aanleiding van het eindverslag, TK 1994-95, 23 646, nr. 11; SER-advies Aanpassing Arbeidstijdenwet 25 april 2003, p. 6

⁸⁰⁶ Geers & Heerma van Voss 1996, p. 12.

⁸⁰⁷ Art. 2.1.5. lid 1 sub a ATB

⁸⁰⁸ Art. 2.1.5. lid 1 sub d ATB

⁸⁰⁹ Brief aan vaste Commissie voor SZW van de TK, 3 oktober 2001, 67/420/72, Bijlage 3a bij SER advies Aanpassing Arbeidstijdenwet 25 april 2003

⁸¹⁰ de FNV pleit er slechts voor dat voor hen de regeling van het bestendige arbeidspatroon en de vrijwilligheid van het werken op zondag moet gelden

⁸¹¹ Brief CNV aan Vaste Commissie TK, 12 november 2001, CAR-01-166, Bijlage 3b bij SER advies Aanpassing Arbeidstijdenwet 25 april 2003

⁸¹² de in 2003 geldende regeling is overigens ingewikkeld: OR en personeelsvertegenwoordiging mogen alleen een overlegregeling treffen, indien er geen CAO is, of indien in de CAO wel alleen een regeling is getroffen over rusttijd

geldig worden afgesproken dat per week maximaal 50 uur, en gemiddeld over 13 weken maximaal 45 uur per week wordt gewerkt⁸¹³. In overleg met de CAO-partijen, OR of personeelsvertegenwoordiging mag dus méér dan op basis van de standaard wettelijke regeling. De reden daarvan is dat de werknemersvertegenwoordigers geacht worden voldoende onderhandelingspositie hebben om te kunnen beoordelen of verruiming van die arbeidstijden voor de betrokken werknemers niet te belastend is, dan wel tegenover die verruiming andere voordelen te verkrijgen. De handhaving van de ATW is overigens matig. Uit onderzoek van de Arbeidsinspectie blijkt, dat tussen de 10% (voor bedrijven waar de standaardnormen gelden) en 26% (bedrijven met wisselende arbeidspatronen) van de bedrijven de arbeidstijden worden overtreden. Dit leidt nauwelijks tot civiele procedures⁸¹⁴, en ook de publiekrechtelijke pakkans wordt door werkgevers laag ingeschat.

Dat de werkgever voor wat betreft de arbeidstijden rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, is versterkt door de initiatiefwet Bussemaker/van Dijke, waarbij bepaald is dat de werkgever bij de vaststelling van het arbeidstijdenpatroon van de individuele werknemer rekening moet houden met diens persoonlijke omstandigheden, in combinatie met de verplichting voor de werkgever zorg te dragen voor een bestendig en regelmatig arbeidspatroon⁸¹⁵.

De enige plaats in de ATW waar zelfstandigen worden genoemd, is in art. 2.7. Bij Algemene Maatregel van Bestuur kan namelijk worden bepaald, dat de bepalingen van de wet mede moeten worden nageleefd door een zelfstandige, indien zulks noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig gevaar voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen. Opvallend is dus dat de beschermingsnorm niet de eigen veiligheid van de zelfstandige is, maar slechts die van derden. In de Memorie van Toelichting⁸¹⁶ wordt er op gewezen dat hiervan sprake kan zijn op het punt van verkeersveiligheid (het op de Rijtijdenwet 1936 gebaseerde Rijtijdenbesluit geldt ook voor zelfstandigen⁸¹⁷), en voor beroepsgroepen als piloten, loodsen en binnenschippers. Door de Tweede en Eerste Kamer wordt hier vervolgens niet meer op ingegaan.

Hoewel ook in andere sectoren, bijvoorbeeld de bouw en de gezondheidszorg aan het te lang werken door zelfstandigen voor derden ernstige gevaren verbonden kunnen zijn, zijn voor die sectoren (nog) geen vergelijkbare regelingen getroffen⁸¹⁸.

Tussen de beschermings sfeer van de ATW en de Arbowet voor zelfstandigen bestaat dus een aanmerkelijk verschil. De Arbowet legt de zelfstandige bescherming op tegen ernstige gevaren; de ATW biedt die bescherming niet, althans niet geschreven vanuit het belang van de zelfstandige. Waarom de ATW niet op enigerlei wijze de blijkens zijn eigen considerans en de door de Grondwet ook voor zelfstandigen bedoelde vorm van bescherming opneemt, wordt niet aangegeven en wordt ook bij de Evaluatie van de ATW in 2001 en 2002⁸¹⁹ nauwelijks aan de orde gesteld. Alleen in het kader van de beoordeling van de zorgsector zal ten aanzien van de zelfstandige medische specialisten bekeken worden of er, net als de medisch specialisten in loondienst, aanleiding is hen onder de normering van de ATW te brengen⁸²⁰.

en pauze, of alleen over de arbeidstijd, arbeid op zondag en arbeid in nachtdienst. De SER adviseert in zijn advies van 25 april 2003 die mogelijkheid voor OR en pvt te verruimen.

⁸¹³ Art. 5.7 ATW

⁸¹⁴ Het voeren van civielrechtelijke acties werd ook niet aangemoedigd door de Hoge Raad, die het ontslag op staande voet in stand liet van een werknemer die weigerde overwerk te verrichten, en er zich onder andere op beriep dat hij stelselmatig meer dan 50% per week moest werken. Het voor de Hoge Raad doorslaggevend argument was dat hij op het moment van werkweigering die week nog niet aan zijn maximum zat, 27 januari 1995, JAR 1995/50

⁸¹⁵ Art. 4.1a ATW

⁸¹⁶ Wetsvoorstel 23.646, nr. 3, artikelsgewijs commentaar bij art. 2.7, p. 84/85

⁸¹⁷ Art. 2.2.2 ATB Vervoer

⁸¹⁸ Brief FNV aan Vaste Commissie SZW van de TK, 3 oktober 2001, 67/420/72, Bijlage 3a bij SER advies Aanpassing Arbeidstijdenwet 25 april 2003

⁸¹⁹ Evaluatie Arbeidstijdenwet, wetsvoorstel 27 865, nr. 3, brief Minister SZW aan de Voorzitter van de TK, 17 september 2002

⁸²⁰ 27 865, nr. 1, pag. 3

21.3 Conclusie ATW

De arbeidstijdenwet beoogt werkenden te behoeden voor overmatige arbeidstijden, met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid. De wet richt zich vrijwel uitsluitend op laag en gemiddeld betaalde werknemers: de hoogbetaalde werknemers, en de leidinggevenden, zijn van een deel van de bescherming van de wet (arbeids- en rusttijden) uitgesloten. Daar waar de wet van toepassing is op zelfstandigen is dat niet vanwege hun eigen veiligheid, gezondheid of welzijn, maar die van derden. Waarom zelfstandigen niet beschermd worden tegen ernstige gevaren voor hun zelf die gevolg zouden kunnen zijn van overmatig werken, wordt nergens uitgelegd. Een aantal redenen zijn echter denkbaar: (i) het is een eigen keuze om als zelfstandige te gaan werken; daar behoren zo min mogelijk beperkingen aan te worden gegeven; (ii) op het gebied van arbeidstijden kunnen zich geen ernstige gevaren voordoen; (iii) de controle op de arbeidstijden van zelfstandigen is zeer moeilijk uit te oefenen. Het eerste argument is niet helemaal overtuigend: de arbeidstijdenwet geldt immers niet alleen voor werknemers die door hun werkgever gedwongen worden over te werken, maar ook werknemers die dat uit eigen vrije wil doen. Het tweede argument is ook niet helemaal overtuigend: op een bepaald moment gaat bovenmatige arbeid voor zelfstandigen ook ten koste van hun eigen gezondheid cq vergroot dat de kansen op ongevallen. Het derde argument snijdt wel enig hout, maar ook niet volledig. Natuurlijk is het in sommige situaties (bijvoorbeeld bij een thuiswerker) in de praktijk niet mogelijk (en van uit privacy oogpunt misschien ook wel niet wenselijk) het aantal gewerkte uren te controleren, maar in andere situaties (beroepsuitoefenaren, winkeliers) kan dat wel. Het argument van de moeilijke controleerbaarheid zou voorts ook ten aanzien van de Arbeidsomstandighedenwet (verboden gebruik van sommige materialen) kunnen worden gebruikt, hetgeen niet is geschied. Het volledig uitsluiten van de Arbeidstijdenwet voor zelfstandigen (anders dan daar waar de gezondheid van derden in het geding is), en van hoogbetaalde werknemers is dan ook niet in overeenstemming met de uit de considerans van de ATW blijkende doelstelling (veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met arbeid) als ook met de bescherming die hen op grond van de Grondwet toekomt. Er zou een raambepaling tot stand kunnen worden gebracht, houdende dat zelfstandigen en van hoogbetaalde werknemers in het kader van hun bedrijf of beroep niet een zodanig aantal uren mogen werken, dat dit – wanneer een minimale regeling wordt beoogd - tot (ernstige) gevaar van hun zelf kan leiden, of – wanneer iets meer staatsinterventie voor lief wordt genomen – dit ten koste kan gaan van hun veiligheid of gezondheid. Vervolgens zal dit algemene criterium in aparte besluiten per beroepsgroep moeten worden uitgewerkt.

21.4 Vakantieregeling

Vakantie is de geautoriseerde vorm van vrijstelling van arbeid, terwijl het loon wel doorbetaald wordt. Sinds zeer lange tijd hoeft daarnaast op de zondagen en op de algemene Christelijke feestdagen niet te worden gewerkt⁸²¹. Doorbetaling op zondagen vindt, wanneer geredeneerd wordt vanuit de gedachte van een dagloon, niet plaats; tijdens algemene feestdagen wel. Tenslotte kent het arbeidsrecht verlof; dat is, meestal doorbetaalde, vrije tijd om bepaalde handelingen te kunnen verrichten. Tot voor kort ging het daarbij om het kunnen voldoen aan wettelijke verplichtingen, zoals dienstplicht of het worden opgeroepen als getuige. In de laatste twee decennia van de 21^e eeuw dook in (collectieve) arbeidsovereenkomsten ook het al dan niet doorbetaalde ouderschapsverlof op, en andere vormen van zorgverlof. Het ouderschapsverlof kreeg in 1990 een wettelijke basis; andere vormen van zorgverlof werden onder andere geregeld in de Wet Arbeid en Zorg, die per 1 december 2001 van kracht werd.

Doorbetaling tijdens vakantie, welke een of meer weken bedraagt, is iets van de 20^e (en 21^e) eeuw. Ten tijde van de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst werd hierin niet

⁸²¹ Van Melle 2003 maakt er melding van dat in de periode – rond 1910 - dat in Nederland doorbetaalde vakantie nog vrijwel onbekend was, (slechts) aannemers en bouwbedrijven moeilijk deden over doorbetaling op de vrije christelijke feestdagen; p. 244-248.

voorzien. Toch bestond in allerlei bedrijven en bedrijfstakken een vorm van doorbetaalde vakantie. In 1911 was er al in 35 CAO's sprake van vakantie met behoud van loon; in 1920 was dit aantal CAO's opgelopen tot 504 en in 1928 tot 551⁸²². Het aantal doorbetaalde vakantiedagen steeg ook: in 1920 betrof het merendeel doorbetaalde vakantie gedurende één tot vijf dagen; in 1928 kende een ruime meerderheid rechten toe gedurende zes tot twaalf dagen⁸²³. In 1936 stelde de Internationale Arbeids-Conferentie Verdrag 52 en Aanbeveling 47 vast, met als onderwerp de wenselijkheid een wettelijke regeling omtrent vakantie tot stand te brengen. In 1952 verscheen een rapport van de Internationale Arbeids-organisatie met een overzicht van diverse landen die wettelijke regelingen aangaande vakantie kenden. Dat bleken er een 49-tal te zijn; in 12 landen was het recht op vakantie zelfs in de grondwet neergelegd. Het beginsel van vakantie komt ook tot uitdrukking in artikel 24 van de Universele Verklaring van de rechten van de Mens. In 1954 vindt een nieuwe bijeenkomst van de Internationale Arbeids-conferentie plaats, waarbij Aanbeveling nr. 98 wordt vastgesteld⁸²⁴. In 1961 wordt het recht op vakantie geconcretiseerd, in de artikelen 2 onder 3 van het Europees Sociaal Handvest. Dit artikel verlangt voor werknemers een jaarlijkse vakantie van ten minste twee weken, en voor werknemers beneden achttien jaar een jaarlijkse vakantie van drie weken.

In Nederland werd het onderwerp vakantie op de agenda gezet door de Tweede Kamerleden Drop in 1928 en Kupers in 1937: de eerste motie werd zonder behandeld te zijn in 1933 van de agenda afgevoerd, en de tweede motie werd verworpen. Toch werd de Hoge Raad van Arbeid op 10 januari 1940 om advies gevraagd over een voorontwerp aangaande de wenselijkheid van een wettelijke vakantieregeling. Dit advies werd op 13 april van dat jaar uitgebracht waarna ook de Raad van State op 7 mei 1940 een advies gaf. Door de oorlogsjaren bleef dit wetsvoorstel liggen. Op verzoek van de Stichting van de Arbeid, gaf het College van Rijksbemiddelaars⁸²⁵ op 9 augustus 1945 een beschikking af, houdende een algemene machtiging waarbij het werkgevers werd toegestaan een minimumvakantie met behoud van loon van één week te geven. De Stichting deed ook het dringende beroep op werkgevers om van deze mogelijkheid gebruik te maken⁸²⁶. De Stichting boog zich ook over een eventuele langere vakantie, maar kwam niet tot een eensgezind standpunt. De werkgeversleden vonden één week genoeg; voor het overige moest maatwerk worden verricht. De werkgeversleden achtten de verplichte langere vakantie economisch onverantwoord, en bovendien niet wenselijk. De werknemersleden wilden een vakantie van 12 dagen, zijnde twee volle weken. In de meeste CAO's werd vervolgens ook een vakantie overeengekomen van 12 dagen. De regering was in 1945 tegen een wettelijke regeling met betrekking tot vakantietoeslag, om verhoging van het loonniveau te voorkomen. In 1947 ontstond binnen de Stichting wel unanimiteit over de wenselijkheid van twaalf dagen vakantie per jaar: 6 dagen aaneengesloten en 6 losse dagen. Ook bestond binnen de Stichting geen bezwaar tegen toekenning van één week extra loon als vakantietoeslag, dat wil zeggen een kleine 2%. In navolging hiervan gaf het College van Rijksbemiddelaars op 12 juni 1947 een algemene vergunning af tot het door werkgevers doen van een extra uitkering van 2% van het jaarloon bij wijze van vakantietoeslag⁸²⁷. In 1949 verscheen wederom rapport van een commissie uit de Stichting van de Arbeid, waarbij vooral de wenselijkheid van een regeling voor jongere werknemers werd benadrukt. In 1955⁸²⁸ was een wetsontwerp gereed, waarover de SER in 1957 adviseerde⁸²⁹. Pas zes jaar later, op 24 april 1963, werd wetsontwerp 7168 ingediend. De Minister mag ten aanzien van dit trage tempo simpelweg melden 'dat andere meer dringende zaken een

⁸²² Van Melle 2003 beschrijft hoe in de Metaalsector in de zomer van 1928 gestaakt werd met als inzet een zesdaagse (dat wil zeggen een week) doorbetaalde vakantie. Vier dagen vrijaf werd het resultaat.

⁸²³ Bölger 1929; Van Drongelen 2001

⁸²⁴ Ter kennisgeving gebracht aan de Tweede Kamer, zitting 1954-55, nr. 3845

⁸²⁵ het College van Bemiddelaars was bevoegd om regelingen van en in verband met lonen en andere arbeidsvoorwaarden van werknemers bindend vast te stellen

⁸²⁶ De Leede 1968, p. 390 e.v.

⁸²⁷ De Leede 1968, p. 392

⁸²⁸ Voorontwerp, september 1955 van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Sociale zaken, genoemd in TK, 26 april 1966, Handelingenp. 1721.

⁸²⁹ Sociaal Economische Raad, 28 juni 1957, Publicaties 1957, nr. 8

grotere prioriteit verlangden⁸³⁰, het bedrijfsleven had intussen niet stilgezeten. Uit het genoemde SER-advies bleek dat in 1957 al 95% van alle werknemers onder enige vakantieregeling viel; dit percentage lag in 1966 nog hoger. De reden voor de totstandbrenging van een wettelijke regeling was daarmee tweërlei: in de eerste plaats een regeling tot stand brengen voor die groep werknemers, die niet of nooit onder een CAO zouden vallen en voorts een waarborg te scheppen dat ook in tijden van economische teruggang de vakantieregeling (wettelijk) gewaarborgd was⁸³¹. Nederland liep daarmee, wat betreft het treffen van een dergelijke wettelijke regeling, van de West-Europese landen helemaal achteraan.

Als grondslag voor het verschaffen van doorbetaalde vakantie aan werknemers werden in 1966 een tweetal redenen genoemd: 1. Mededelen in de welvaart, die mede door zijn inspanning tot stand gekomen is en 2. herstel van de arbeidskracht en het behoud van gezondheid⁸³². Met betrekking tot de verdeling van welvaart wordt in de Memorie van Toelichting gesteld: “het niet behoeven te verrichten van arbeid is een verschijningsvorm van welvaart. Vrije tijd opent de weg tot andere vormen van welvaart, waarvan het genieten afhankelijk is van de beschikking over vrije tijd. Toedeling van vrije tijd is derhalve een belangrijk element van maatschappelijke verdeling”⁸³³. Het herstel van de arbeidskracht is ook een werkgeversbelang, want deze ‘krijgt immers een beter toegeruste werknemer terug’. Deze dubbele grondslag blijkt ook recentelijk nog te gelden. Tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 26079, komt zowel tot uitdrukking dat vakantie ‘als een op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarde wordt gezien’⁸³⁴, als ook wordt stilgestaan bij de wat tegenwoordig wordt genoemd recuperatiefunctie van de vakantie.

Slechts in de Memorie van Toelichting wordt stilgestaan bij de vraag, voor wie de vakantieregeling zou moeten gelden: alleen voor werknemers of ook voor zelfstandigen?. Wanneer gekeken wordt naar de grond tot het geven van vakantie, enerzijds welvaartverdeling, anderzijds herstel van arbeidskracht, dan lijkt de tweede grond ook voor zelfstandigen opgeld te doen. De eerste grond speelt ten aanzien van hen minder, aangezien zelfstandigen in zekere zin hun eigen welvaart creëren en genieten. In de MvT wordt hierover gesteld dat bij zelfstandigen soms moeilijkheden van feitelijke aard het nemen van vakantie zullen belemmeren. Het kan nodig zijn een vervanger aan te stellen, terwijl het bijvoorbeeld bij winkeliers en ambachtslieden van belang kan zijn, dat een regeling bestaat waardoor voorkomen wordt, dat men door het niet opnemen van vakantie elkaar concurrentie aandoet. De aangestipte praktische moeilijkheden lenen zich – nog steeds volgens de MvT - of in het geheel niet voor een wettelijke regeling, dan wel kunnen zij door een uniforme wettelijke regeling niet opgelost worden. De arbeider is juridisch niet vrij vakantie te nemen, wanneer zijn werkgever daartegen bezwaar maakt; voor hem is die regeling dus nodig. Dat is tevens de reden dat de bewindsman van het treffen van een vakantieregeling voor zelfstandigen afziet. Een wettelijke regeling moet derhalve uitgaan van de arbeid, die in loondienst wordt verricht⁸³⁵.

Inhoud van de wettelijke regeling 1966⁸³⁶

De wettelijke regeling uit 1966 kent de gewone werknemer het recht op doorbetaalde vakantie toe gedurende twee weken. De wet is daarmee een minimumregeling, want de meeste CAO's kenden op dat moment al doorbetaalde vakantie toe gedurende drie weken. Voor werknemers onder achttien jaar bedraagt het wettelijk minimum in 1966 drie weken doorbetaalde vakantie, terwijl de meeste CAO's op dat moment voor hen vier weken bepaalden. De wettelijke regeling is ingewikkeld: hij koppelt het verkrijgen van vakantieaanspraken aan het ontvangen van loon, en geeft vervolgens een aantal uitzonderingen (situaties waarbij geen loon wordt ontvangen, maar

⁸³⁰ TK, 7168, zitting 1965-66, nr. 5, p. 1

⁸³¹ TK, zitting 1962-63, nr. 3, p. 5

⁸³² bijv. TK zitting 1965-66, Handelingen p. 1722 en 1727

⁸³³ TK, 7168, zitting 1962-63, nr. 3, p. 4

⁸³⁴ TK, 26079, nr. 5, p. 12

⁸³⁵ TK, 7168, nr. 3, p.5

⁸³⁶ Wet van 14 juli 1966, Stb. 1966,290.

toch vakantierechten worden opgebouwd), uitzonderingen op die uitzonderingen en ook daar weer uitzonderingen op. De regeling werd op dit punt in 1996 bij de invoering van boek 7 titel 10 BW vereenvoudigd, maar blijft uit drie lagen bestaan⁸³⁷.

In het wetsontwerp 7168 was de regeling op een aantal belangrijke punten van dwingend recht: van het minimum aantal vakantiedagen per jaar; het niet hoeven opnemen van vakantie tijdens ziekte; het niet kunnen afkopen van vakantiedagen tijdens het dienstverband mocht niet, althans niet ten nadele van de werknemer, worden afgeweken. Tijdens de wetsgeschiedenis werd al gevraagd of deze dwingendrechtelijke bepalingen niet versoepeld zou kunnen worden, voor de aanspraken die uitgaan boven het wettelijk minimum, maar de Minister vindt dat door dat te doen, de toch al ingewikkelde regeling nog ingewikkelder zou worden. Deze voorgestelde liberalisering zou per 1 februari 2001 overigens wel worden ingevoerd⁸³⁸.

Hevig punt van discussie bij de regeling in 1965/66 was de vraag, of bij het tot stand brengen van een regeling omtrent doorbetaalde vakantie niet ook hoorde het verplicht toekennen van vakantietoeslag. Het van vakantie kunnen genieten en opdoen van nieuwe indrukken brengt immers extra kosten met zich mee⁸³⁹. Deze vakantietoeslag is een vorm van beloning. De SER was in 1957 over de kwestie van het verplicht toekennen van vakantietoeslag verdeeld. Medio jaren zestig kenden de meeste bedrijven echter wel een vakantietoeslagregeling, in 1966 meestal 6% van het jaarsalaris. Tijdens de behandeling van wetsontwerp 7168 werd een amendement ingediend tot het ook in deze BW-regeling opnemen van vakantietoeslag. Na het betoog van Minister Samkalden, dat de vakantietoeslag een publiekrechtelijke regeling zou moeten zijn, met in geval van overtreding publiekrechtelijke sancties⁸⁴⁰, én de toezegging een dergelijke regeling met voortvarendheid tot stand te brengen, werd het betreffende amendement weer ingetrokken⁸⁴¹. Samkalden hield woord, want de wettelijke regeling met betrekking tot vakantietoeslag kwam op 27 november 1968 tot stand⁸⁴².

De wettelijke regeling omtrent vakantie werd in de jaren zeventig en tachtig enkele malen aangepast. Bij Wet van 9 juni 1971 werd het minimum aantal vakantiedagen op, voor volwassenen, drie maal het wekelijks gewerkte aantal dagen gesteld, en voor jeugdigen op viermaal dat wekelijks gewerkte aantal dagen⁸⁴³. Bij Wet van 9 juni 1988 werd dat minimum voor allen op het equivalent van vier weken vakantie bepaald⁸⁴⁴.

Met de vaststelling van boek 7 titel 10 werd opnieuw stilgestaan bij de vakantieregeling. Hoewel met het onderbrengen van de arbeidsrechtelijke bepalingen in het Nieuw BW geen inhoudelijke veranderingen werden beoogd, bracht de invoering van de nieuwe artikelen 7: 635 tot en met 645 toch enkele wijzigingen met zich⁸⁴⁵. Zo werd de verjaringstermijn van de op te nemen vakantiedagen verruimd van 24 maanden naar twee volle kalenderjaren, en werd de termijn tot uitbetaling van niet-opgenomen vakantiedagen verlengd van 6 maanden naar vijf jaar.

Een ingrijpende wijziging van de vakantieregeling vindt plaats per 1 februari 2001. Per die datum wordt de Wet van 30 november 2000 tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot vakantie en ouderschapsverlof van kracht⁸⁴⁶.

De wet geeft mede uitvoering aan beleidsvoornemens in het kader van de Nota Arbeid en Zorg⁸⁴⁷. De Nota Arbeid en Zorg benadrukt dat de wettelijke regeling van de vakantie een

⁸³⁷ Boot 1995, p. 39-42

⁸³⁸ Wetsvoorstellen 26079 en 27 079.

⁸³⁹ De Amsterdamse wethouder Arbeidszaken F.M. Wibaut kende om die reden in 1914 al aan de Amsterdamse ambtenaren naast doorbetaalde vrije dagen vakantiegeld toe, "om den werkmán in staat te stellen zijn vacantie tot een genot te maken", Van Melle, a.w. pag. 247

⁸⁴⁰ TK, Handelingen 26 april 1966, p. 1732

⁸⁴¹ TK Handelingen, 26 april 1966, p. 1736

⁸⁴² Wet 27 november 1968, Stbl. 1968, 657

⁸⁴³ Wet van 9 juni 1971, Stbl. 1971, 379

⁸⁴⁴ Wet van 9 juni 1988, Stbl. 1988,281

⁸⁴⁵ Boot 1995, p. 37 t/m 44.

⁸⁴⁶ Staatsblad 2000,545 en 546.

bijdrage kan leveren aan een vergroting van de mogelijkheid om arbeid- en zorgtaken te combineren en stelt vast dat het overwegend dwingendrechtelijk karakter van de huidige regeling er toe leidt dat deze mogelijkheden niet optimaal kunnen worden benut⁸⁴⁸.

De vakantieregeling moet volgens het kabinet worden gewijzigd omdat 1: het dwingendrechtelijk karakter van de tot dan bestaande regeling niet meer past bij de visie op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en sociale partners. Die visie komt er in het kort op neer dat werkgevers en werknemers verantwoordelijk zijn voor het tot stand brengen van maatwerk in de onderneming; de overheid schept condities voor verantwoorde flexibilisering en draagt zorg voor minimumnormen en –voorzieningen en 2: de dan bestaande regeling onvoldoende bijdraagt aan de wens dat er meer mogelijkheden moeten komen om werknemers in staat te stellen hun eigen verantwoordelijkheden ten aanzien van de combinatie van betaalde arbeid en andere (zorg-)verplichtingen waar te maken⁸⁴⁹.

Als gevolg van de nieuwe wet wordt i. de verjaringstermijn van de op te nemen vakantiedagen verlengd tot vijf volle kalenderjaren: dat stelt werknemers in de gelegenheid gedurende lange tijd vakantiedagen op te sparen en ze te gebruiken voor een langdurig verlof. Verder kan ii de werkgever niet meer tegen de wens van de werknemer in opname van vakantie vast stellen; weliswaar stelt de werkgever op basis van art. 7:638 BW in de nieuwe regeling de vakantieopname nog steeds vast, doch overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij zwaarwichtige redenen zich daar tegen verzetten, en voor zo ver in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst. Wanneer in de arbeidsovereenkomst of CAO niet is bepaald dat vakantie plaatsvindt gedurende een vooraf bepaalde periode (bijvoorbeeld de bouwvakvakantie), dan kan de werkgever de werknemer dus niet dwingen enige vakantie op te nemen. De in artikel 7:638 BW genoemde zwaarwichtige redenen kunnen de werkgever hooguit beletten de werknemer zijn vakantie te laten opnemen op het door hem gewenste tijdstip. Deze bepaling is logisch, vanuit het oogpunt dat de werknemer in staat moet worden gesteld vakantiedagen op te sparen voor een langdurig verlof. Wanneer de werkgever de werknemer zou kunnen dwingen vakantiedagen op te nemen, dan had de werknemer de mogelijkheid tot sparen niet in eigen hand.

Het gevolg van het door de werkgever niet meer kunnen aanwijzen van vakantiedagen kan echter zijn dat de werknemer, wellicht vanuit het streven in de toekomst een langdurig verlof te kunnen opnemen, onvoldoende rust neemt en zich over de kop werkt. Met andere woorden: de recuperatiefunctie is bij de nieuwe regeling niet gewaarborgd.

Een in opdracht van de FNV verricht en in januari 2002 gepubliceerd onderzoek strookt met deze veronderstelling⁸⁵⁰. Zeventig procent van de duizend ondervraagde werknemers had eind 2001 nog vakantiedagen over van dat jaar; voor bijna twintig procent bedroeg dat overschot meer dan tien dagen. Door de ondervraagde werknemers worden verschillende redenen gegeven van die overgehouden dagen. In achttien procent van de gevallen waarin meer dan vijf dagen waren overgespaard wordt als oorzaak genoemd dat de werkdruk of de werkgever het niet toeliet om alle vakantiedagen op te nemen. Evenzo achttien procent van de ondervraagden geeft aan geen behoefte te hebben aan het opnemen van alle opgebouwde dagen. Veertien procent zegt, conform de strekking van de in 2001 aangepaste vakantieregeling, vakantiedagen te sparen voor een langdurig verlof⁸⁵¹. Van de ondervraagde werknemers zegt 6% vakantiedagen te kunnen kopen en 9% dagen te kunnen verkopen. Al met al is 70% van de ondervraagden van mening voldoende vakantiedagen te hebben, 24% vindt het te weinig en 3% vindt zich te royaal toebedeeld.

Die recuperatiefunctie komt door de invoering van de nieuwe vakantieregeling ook op een andere wijze in het gedrang. Het wordt de werknemer namelijk op grond van art. 7: 640 BW toegestaan om in de arbeidsovereenkomst of bij latere schriftelijke overeenkomst te bepalen dat de

⁸⁴⁷ Om de Kwaliteit van Arbeid en Zorg: investeren in verlof, TK 1996/97, 24 332, nr.2;

⁸⁴⁸ TK, 26 079, nr. 3, p.1

⁸⁴⁹ TK, 26 079, nr. 3, p.2

⁸⁵⁰ Vakantie en verlof; de (on-)mogelijkheden geregeld, MuConsult B.V., 7 januari 2002

⁸⁵¹ Vakantie en verlof, MuConsult, p. 10

zogenoemde bovenwettelijke vakantiedagen kunnen worden afgekocht. Met bovenwettelijke dagen wordt bedoeld het aantal dagen dat het wettelijk minimum van art. 7:634 BW, te weten vier weken per jaar, te boven gaat. Deze afkoopmogelijkheid is echter sterk verruimd door de bij herhaling gebezigde uitleg door de verantwoordelijke bewindslieden tijdens de parlementaire behandeling. Tot de bovenwettelijke dagen worden namelijk ook gerekend de dagen die uit voorgaande jaren zijn overgespaard, zowel de bovenwettelijke- als de wettelijke dagen uit die vorige jaren⁸⁵². Deze uitleg brengt met zich mee dat een werknemer, die in enig jaar geen vakantiedagen opneemt, in het daar op volgend jaar al deze dagen uitbetaald kan krijgen. Voor dat niet-opnemen kunnen verschillende redenen zijn: de werknemer wil sparen, de werkdruk staat het opnemen van vakantie niet toe of het kan gaan om gebrek aan medewerking van de werkgever omtrent het opnemen van vakantie op de door de werknemer gewenste tijdstippen. Deze mogelijkheid sluit volledig aan bij de opmerking uit de Nota naar Aanleiding van het Verslag, dat, door de groei van het aantal vakantiedagen, het recht op vakantie steeds meer wordt ervaren als een op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarde⁸⁵³.

In de Eerste Kamer worden daarom, in navolging van de SER⁸⁵⁴, vragen gesteld of deze bepaling niet in strijd is met de recuperatiefunctie die mede ten grondslag ligt aan de vakantiewetgeving, en ook of de regeling daarmee niet in strijd zou komen met artikel 7 van de Richtlijn 93/104/EG inzake de organisatie van de arbeidstijd.

De verantwoordelijke bewindslieden achten die strijd niet aanwezig. Zij argumenteren dat als volgt: "Artikel 7 lid 1 van deze richtlijn legt de lidstaten de verplichting op om de nodige maatregelen te nemen opdat aan alle werknemers **jaarlijks** een vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken wordt toegekend. Artikel 7:634 garandeert een wettelijke minimumvakantie van vier weken per jaar. De interpretatie, dat overgebleven minimumvakantiedagen in een bepaald jaar, wel voor afkoop in aanmerking komen, is niet in strijd met artikel 7 lid 2 van genoemde richtlijn. Deze bepaling verbiedt immers slechts afkoop van de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie. Het nieuwe tweede lid van artikel 7:640 BW ... maakt afkoop van de vakantieaanspraken mogelijk, die het wettelijk minimum in een jaar te boven gaan. Ieder jaar opnieuw wordt een minimumvakantie verworven, die in dat jaar blijft uitgesloten van de in lid 2 gecreëerde mogelijkheid van afkoop⁸⁵⁵. In de Tweede Kamer worden, bij de behandeling van een novelle⁸⁵⁶ door meerdere partijen vraagtekens gezet bij deze uitleg en zij stellen voor advies in te winnen van Europese zijde⁸⁵⁷. De leden van D'66 wijzen er bovendien op dat artikel 12 van ILO-Verdrag 132 een dergelijke afkoop van het minimum aantal toe te kennen vakantiedagen niet zou toestaan⁸⁵⁸. Zij stellen daarom voor de afkoop slechts mogelijk te maken voor de bovenwettelijke dagen van het lopende jaar als ook die van voorafgaande jaren. De regering houdt echter voet bij stuk. Wat betreft de gestelde strijd met de EG-richtlijn wijst zij er op dat in diverse Europese landen niet-opgenomen vakantiedagen zeer snel vervallen: in Engeland en België direct aan het eind van het kalenderjaar, in Duitsland na 3 maanden, in Ierland na 6 maanden. Wanneer in Nederland vakantiedagen dan gedurende vijf jaren mogen worden opgespaard, maar de opgespaarde dagen ook kunnen worden afgekocht, dan is de Nederlandse regeling veel werknemersvriendelijker dan die in de genoemde andere landen. Het vragen van een deskundigenadvies kan alleen bij het Hof van Justitie van de EG. De daarvan als gevolg zijnde op zijn minst op enkele jaren geschatte vertraging wordt onwenselijk gevonden. De ministers stellen dat ook artikel 12 van het ILO-verdrag, gelezen in combinatie met artikel 3 van dat verdrag, spreekt over het recht op een *jaarlijkse* betaalde minimumvakantie en het verbod op de afkoop van die *jaarlijkse* betaalde minimumvakantie.

De reden dat de regering het voorstel om slechts de bovenwettelijke uit voorgaande jaren overgehouden dagen voor afkoop vatbaar te maken niet wil overnemen, is dat de uitvoering van

⁸⁵² EK, 26 079, nr. 176, p. 3 en 5; TK, 27 079, nr. 3, p.4; TK 27 079, nr. 5, p. 4; EK, 27 079, nr. 6, p. 2 en 5.

⁸⁵³ TK, 26 079, nr. 5, p. 12

⁸⁵⁴ Advies 2 november 1999, 1999/15

⁸⁵⁵ EK, 26 079, nr. 176, p. 5

⁸⁵⁶ wetsvoorstel 27 079

⁸⁵⁷ TK, 27 079, nr. 5, p. 3 t/m 5.

⁸⁵⁸ TK, 27 079, nr. 5, p. 5

zo'n regeling gecompliceerd is en tot een lastenverzwaring voor het bedrijfsleven leidt. Met zo'n regeling zou voor iedere werknemer moeten worden teruggekeken en bijgehouden of en in hoeverre die werknemer van het wettelijk minimum per jaar dagen heeft opgenomen of niet. Het kan niet ontkend worden dat zo'n regeling tot extra administratie leidt⁸⁵⁹.

Er valt nog een vraagteken te plaatsen bij de redenering van de Minister met betrekking tot eventuele strijd met Europese regelgeving. In de nieuwe regeling stelt de werkgever de opname van vakantie vast overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. De wettelijke regeling bepaalt niet dat de werkgever, indien dergelijke gewichtige redenen zich voordoen en hij de door de werknemer gewenste vakantie blokkeert, verplicht is vakantie op een ander moment toe te staan. Met andere woorden: de werkgever kan het opnemen van vakantie door de werknemer tegenhouden. In die zin is aan artikel 3 lid 1 van ILO-Verdrag 132, dat een ieder op wie dit Verdrag van toepassing is, recht heeft op een jaarlijkse betaalde vakantie van minimaal drie weken, en aan genoemde EU-richtlijn, ook met de onderhavige wettelijke regeling niet helemaal voldaan⁸⁶⁰.

21.5 Vakantie voor niet-werknemers

Wanneer een dergelijk gegarandeerd vrijaf voor de ruim zes miljoen werknemers in Nederland als recht wordt aanvaard, dient de vraag zich aan of anderen die ook aan werkbelasting bloot staan ook niet een dergelijke aanspraak of desnoods verplichting zouden moeten krijgen.

Nu werden de zelfstandigen buiten de vakantiewet van 1966 gehouden, omdat zij 'in principe hun vakantierechten zelf kunnen bepalen'⁸⁶¹ dan wel dat zich moeilijkheden van feitelijke aard kunnen voordoen zelfstandigen zo'n vakantie toe te kennen.

Ten aanzien van het recht op vakantie voor zelfstandigen bestaat voor velen een juridische vrijheid gedurende een bepaalde periode vrijaf te nemen. Die vrijheid geldt niet voor allen zonder meer, omdat beroepsmatige verplichtingen, bijvoorbeeld voor medici of advocaten, in geval geen waarnemer of vervanger kan worden gevonden, verhinderen dat vakantie wordt genoten. Of voor de meerderheid der (kleine) zelfstandigen de maatschappelijke vrijheid bestaat vakantie op te nemen, is moeilijk te zeggen. Ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemers of schijnzelfstandigen is het de vraag of zij de maatschappelijke vrijheid hebben vakantie op te nemen. De zogenaamde 'eigen rijder' kan voor een belangrijk deel van zijn inkomsten afhankelijk zijn van opdrachten van één bedrijf, vaak de voormalige werkgever. Het is niet zeker of zo'n eigen rijder in de positie verkeert een dringend beroep van die opdrachtgever tot het verrichten van een bepaalde rit, te weerstaan.

In dit verband is opvallend dat in 1996 op een tweetal vlakken maar op verschillende wijze een wijziging van onder meer werktijden is doorgevoerd. In de eerste plaats vond per 1 januari 1996 een wijziging van de Arbeidstijdenwet plaats waarbij aan werknemers en werknemerscollectieven grotere zeggenschap over de invulling van de arbeidstijden werd gegeven. Verder kwam per 1 juni 1996 de Winkeltijdenwet in de plaats van de Winkelsluitingswet.

⁸⁵⁹ Allereerst zou van alle bestaande aanspraken moeten worden aangegeven of het wettelijke of bovenwettelijke dagen betreft. Verder moet dan ook een systeem worden ontwikkeld voor de volgorde van het opnemen van vakantiedagen. Op dit moment is het zo dat de werknemer geacht wordt zijn oudste vakantieaanspraken het eerst op te souperen; dat voorkomt onnodige verjaring van vakantiedagen. In het voorgestelde systeem is het denkbaar dat eerste alle wettelijke dagen worden opgemaakt: die wettelijke dagen zijn immers het 'hardste' recht. Op die manier blijven dan zo veel mogelijk bovenwettelijke dagen over die dan dus voor afkoop vatbaar worden. Een dergelijke vaste opname volgorde betekent echter dat de oudste bovenwettelijke dagen eerder dan strikt nodig verjaren: wanneer er zowel wettelijk als bovenwettelijke dagen uit 1998 openstaan, en voorts wettelijke dagen uit 1999 en 2000, leidt het gedwongen opnemen van eerst de wettelijke dagen, dat de niet-opgenomen bovenwettelijke dagen eind 2003 verjaren, terwijl het eerst opnemen van alle wettelijke en bovenwettelijke dagen uit 1998 misschien betekent dat er niets verjaart. Om werknemers daarvoor te behoeden zou hen dus de vrijheid moeten gegeven aan te geven welke dagen zij willen opnemen: oude bovenwettelijke of recentere wettelijke. Daaruit blijkt dat met de opmerking dat een dergelijke regeling gecompliceerd is, niets te veel is gezegd.

⁸⁶⁰ Evenzo kritisch over het standpunt van de minister: Olbers (Arbeidsovereenkomst), aant. 3 bij art. 7:640

⁸⁶¹ De Leede 1968, p. 390

De wijziging van de arbeidstijdenwet in 1996 betekende een flexibilisering van de werktijdbeperking. Zaterdag werd een reguliere werkdag, de zondag mag tot 39 keer per jaar een werkdag zijn en incidenteel mag van de standaardwerktijden worden afgeweken⁸⁶². De hieruit mogelijkerwijs voortvloeiende druk door werkgevers op werknemers om ook daadwerkelijk op zondagen te gaan werken werd eind 2002 weer sterk ingeperkt, met de initiatiefwet Bussemaker-Van Dijk. Op grond van die wet hoeft de werknemer alleen op zondagen te werken wanneer hij daar voor dat geval mee instemt⁸⁶³.

De Winkeltijdenwet 1996 liberaliseerde de winkeltijden. Winkels mogen geopend zijn van maandag tot en met zaterdag van 06.00 tot 22.00 uur, zonder limiet voor het totale aantal uren per week. Verder zijn de mogelijkheden voor winkels verruimd om op zon- en feestdagen geopend te zijn. Daarbij is het niet uitgesloten dat naast die openingstijden de betreffende winkeliers andere, bijvoorbeeld administratieve, werkzaamheden moeten verrichten. Kortom: de recuperatiefunctie van deze groep (kleine) zelfstandigen komt dan wel heel sterk in het gedrang. De verruiming van de winkeltijden heeft als belangrijkste reden om voor werknemers die werkzaam zijn buiten het winkelbedrijf, de combinatie van werken en andere (huishoudelijke) taken te faciliteren. Werknemers werkzaam binnen het winkelbedrijf krijgen in toenemende mate te maken met werktijden buiten de voorheen reguliere arbeidsuren. De hoeveelheid arbeidsuren neemt voor deze werknemers als gevolg van die Winkeltijdenwet in beginsel niet toe: de diverse CAO's die op het winkelbedrijf betrekking hebben, gaan van een stijging van de individuele arbeidstijd in ieder geval niet uit.

Voor kleine zelfstandigen die een winkel hebben, zal de Winkeltijdenwet in vele gevallen wel een vergroting van het door hen gewerkte uren aantal betekenen. Uit vrees voor de toegenomen concurrentie die de verruimde openingstijden van het grootwinkelbedrijf met zich mee brengt, zullen deze zelfstandigen er snel toe overgaan hun winkeltijden ook te verruimen. Dat mogelijk gevolg werd bij de invoering van de Winkeltijdenwet voorzien, maar werd vanwege het groter geachte voordeel van die verruimde tijden, voor lief genomen.

Uit een onderzoek van het Nederlands Research Instituut voor Recreatie en Toerisme blijkt echter dat een grote meerderheid van kleine zelfstandigen er desgevraagd melding van maakt jaarlijks drie a vier weken per jaar vakantie te nemen. Wat dat betreft blijken zij ook zonder enige wettelijke regeling in een wat betreft de hoeveelheid vrije dagen met de norm van de EU-richtlijn 93/104 (namelijk minimaal 4 weken per jaar) overeenkomstige mate te kunnen recupereren⁸⁶⁴.

21.6 Conclusie

Aan de voor werknemers geldende vakantieregeling lag bij de totstandkoming ten grondslag het door de werknemers laten meedelen in de welvaart die mede door hun inspanning tot stand is gekomen, en het herstel van arbeidskracht en behoud van gezondheid. Voor het eerste argument is geen vakantieregeling nodig: meedelen in welvaart kan ook in direct financiële vorm geschieden. Herstel van arbeidskracht en gezondheid van de werknemer zijn begrippen die dicht bij elkaar liggen. Herstel arbeidskracht lijkt vooral te duiden op een voordeel voor de werkgever: hij krijgt uitgeruste werknemers op de werkvloer terug. Gezondheid van de werknemer is een belang van de werknemer, maar ook dat van zijn werkgever. Het is opvallend dat zowel voor als na 2001 – toen een ingrijpende wijziging van de vakantieregeling plaatsvond – deze belangen niet in de regelgeving werden omgezet. Vóór 2001 was het volgens de wettelijke regeling de werkgever die het moment van opname van de vakantie bepaalde. Dat zou nog met het herstel van de werknemer te maken hebben kunnen hebben, maar was waarschijnlijk ingegeven door de – op zich ook begrijpelijke – gedachte dat de werkgever ook niet te veel last van de vakantie mocht hebben (bijvoorbeeld doordat te veel werknemers tegelijk weg wilden, of juist gespreid).

⁸⁶² Trends in de tijd, een schets van recente ontwikkelingen in tijdsbesteding en tijdsordening, SCP, Den Haag, oktober 2001, p. 29

⁸⁶³ Wetsvoorstel 27 224, art. 5.4 Arbeidstijdenwet.

⁸⁶⁴ NRIT (2001), Trendrapport Toerisme en recreatie 2000/2001, Nederlands Research Instituut voor Recreatie en Toerisme; Continu Vakantie Onderzoek CVO van het CBS

De praktijk voor 2001 was echter, dat de wens van de werknemer tot opname van vakantie op een bepaald moment veelal werd gehonoreerd. De wettelijke bepaling dat vakantie zoveel als mogelijk genoten moest kunnen worden in de zomermaanden was waarschijnlijk ingegeven vanuit de veronderstelde behoefte van de werknemer of eventueel vanwege diens gezondheid. Vanaf februari 2001 heeft de werknemer een overwegende stem gekregen in het bepalen van het moment van opname van zijn vakantie, hetgeen strookt met zijn welzijn. Dat het de werknemer is toegestaan zijn vakantiedagen gedurende vijf jaar op te sparen dan wel te laten uitbetalen, en de werkgever de werknemer zelfs niet met het oog op diens gezondheid kan verplichten vakantie op te nemen, strookt niet met het motief herstel arbeidskracht/gezondheid. Het argument daartoe was naast welzijn ('wereldreis') het kunnen combineren van arbeid en zorg, in die zin dat aldus voor een langdurig zorgverlof kan worden gespaard. Dat laatste belang mag valide zijn, maar verklaart niet waarom op basis van de wettelijke regeling een werkgever zijn werknemer vanuit het belang voor diens gezondheid niet zou kunnen verplichten enige vakantie op te nemen. Waarschijnlijk niet goed doordacht of te zeer ingegeven door de wens de administratieve lasten voor werkgevers terug te brengen, was de opmerking van de regering tijdens de wetsgeschiedenis, dat alle over vorige jaren opgebouwde en niet genoten vakantiedagen door de werkgever op verzoek van de werknemer kunnen worden afgekocht. Daarmee wordt de recuperatiefunctie van de vakantieregeling geheel losgelaten. Bezien vanuit de doelstellingen van de vakantieregeling voor werknemers, is de huidige vakantieregeling dus niet geheel adequaat.

Het is opmerkelijk dat voor zelfstandigen wettelijk gezien niets (en voor winkeliers: niets meer) geregeld is op het gebied van vakantieregeling, hoewel een van de twee doelstellingen van de vakantieregeling voor werknemers (herstel arbeidskracht/gezondheid) voor zelfstandigen ook geldt. Het argument om voor zelfstandigen geen (verplichte) vakantieregeling in het leven te roepen zou kunnen zijn, dat dit 'te betuttelend' voor hen is of dat pas tot maatregelen dient te worden overgegaan wanneer hun gezondheid of veiligheid in ernstige mate in het geding is. Dat standpunt valt te verdedigen, hoewel het dan toch uitgesproken zal moeten worden. Er kan tegen in worden gebracht dat juist voor afhankelijke zelfstandigen een zekere vorm van bescherming wel op zijn plaats is, gelet op hun maatschappelijk afhankelijke positie. Ook kan tegen de veronderstelde opvatting worden aangevoerd dat op andere gebieden (bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden) de heel terughoudende norm (alleen ingrijpen in geval van ernstige gevaren) juist wat wordt aangescherpt.

Gelet op de – uit overigens beperkt onderzoek blijkende – feitelijke situatie weerhoudt het ontbreken aan wettelijke regelingen zelfstandigen er niet van om gemiddeld drie à vier weken per jaar vakantie op te nemen. Blijkbaar kunnen zelfstandigen het in dezen zonder regelgeving. Op dit moment is er daarom onvoldoende aanleiding hen die op te leggen.

Deel 5 Conclusies

Hoofdstuk 22

22.1 Vraagstelling

De vraagstelling van dit boek luidt welke arbeidsrechtelijke bescherming bepaalde groepen werkenden genieten en op welke bescherming deze groepen, vanuit de achtergrond van deze regelingen, aanspraak zouden moeten kunnen maken. Bij de bepaalde groepen werkenden wordt een onderscheid gemaakt tussen werknemers en opdrachtnemers met een zwakke respectievelijk met een sterke maatschappelijke positie. Het onderzoek omtrent de arbeidsrechtelijke bescherming wordt beperkt tot de bescherming op de onderwerpen loon en ontslag, arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden.

22.2 Definitie arbeidsovereenkomst

De vraagstelling noopt in de eerste plaats tot het (her)definiëren van de arbeidsovereenkomst. Immers zonder dat kan het verschil in behandeling tussen de categorieën werknemers en opdrachtnemers niet goed worden gemaakt. De huidige definitie van de arbeidsovereenkomst is onbevredigend, omdat uit de delen 2 en 3 van deze studie bleek dat het volgens de jurisprudentie en de doctrine meest kenmerkende element (de gezagsverhouding) ook in zekere mate aanwezig is bij de opdrachtsovereenkomst, terwijl er ook arbeidsovereenkomsten zijn, waarbij het gezag amper uitgeoefend zal worden. Het element ‘gezagsverhouding’ is daarmee onvoldoende specifiek om op zich zelf doorslaggevend te kunnen zijn. Daarmee is niet gezegd dat gezagsverhouding geen enkele rol zou kunnen spelen bij de afbakening van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtsovereenkomst.

Ik wil er voor pleiten om naast de arbeidsovereenkomst ook de opdrachtsovereenkomst te handhaven. Denkbaar zou zijn om de opdrachtsovereenkomst voor de natuurlijke opdrachtgevers⁸⁶⁵ af te schaffen, en iedere vorm van werken ten behoeve van een ander en anders dan in geval van aanneming van werk, als een arbeidsovereenkomst te beschouwen. Het staat echter te ver af van de maatschappelijke realiteit om het werk van de kapper als een arbeidsovereenkomst voor 1 uur te zien, waarbij dan vakantieanspraken e.d. ontstaan.

In de huidige definitie van de arbeidsovereenkomsten zijn ook geen andere (of combinaties van) elementen dan de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst op ondubbelzinnige wijze afbakenen van de opdrachtsovereenkomst. Bij de verantwoording van de vraagstelling is aangegeven tot welke problemen dat leidt.

Uit de civielrechtelijke en de sociaal zekerheidsrechtelijke jurisprudentie alsmede de literatuur blijkt dat in een te wijzigen definitie van de arbeidsovereenkomst de volgende – overigens niet geheel vergelijkbare - aspecten een rol zouden kunnen spelen:

- (a) gezagsverhouding of ondergeschiktheid/zeggenschap
- (b) persoonlijk moeten verrichten van arbeid
- (c) economische afhankelijkheid
- (d) hoogte van het loonniveau
- (e) werken als niet-zelfstandige (waarbij een rol speelt of gewoonlijk slechts voor een of weinig werkverschaffers arbeid wordt verricht en ook of de betrokken werker zelf personeel in dienst heeft)

⁸⁶⁵ in tegenstelling tot rechtspersonen

- (f) aard van de werkzaamheden (wezenlijk onderdeel van de onderneming dan wel werkzaamheden die gewoonlijk op basis van een arbeidsovereenkomst worden uitgeoefend)
- (g) financieel risico ten aanzien van betaling en/of financieel risico ten aanzien van resultaat en veroorzaakte schade

Deze aspecten worden hierna uitgewerkt.

22.2.1 Gezagsverhouding

Het aspect gezagsverhouding of werken in ondergeschiktheid/onder zeggenschap speelt in de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst een doorslaggevende rol, maar het probleem in de praktijk is dat vooral bij hoger geplaatste en/of betaalde werknemers in toenemende mate niet altijd duidelijk is of van een dergelijk ondergeschiktheid sprake is. Het criterium wordt in alle in het EIRO-rapport⁸⁶⁶ onderzochte landen een belangrijke rol toegekend; een rol die echter tevens problematisch wordt genoemd. Gelet op de in deze studie geconstateerde onduidelijkheid met betrekking tot het criterium gezagsverhouding, zowel blijkend uit de wetsgeschiedenis, als uit de Hoge Raad- en Centrale raad van Beroep-jurisprudentie, als ook uit de Beleidskaders van het UWV en de Belastingdienst, is het element gezagscriterium in Nederland onvoldoende onderscheidend voor het wel of niet aanmerken van een arbeidsrelatie tot arbeidsovereenkomst.

22.2.2 Persoonlijk verrichten van arbeid

Het persoonlijk moeten verrichten van arbeid is een zinvol element, maar het is niet kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst: ook bij de opdrachtovereenkomst kan sprake zijn van het persoonlijk moeten verrichten van arbeid. Het vereiste dient volgens de Hoge Raad-jurisprudentie ook niet zo restrictief te worden opgevat dat indien de werknemer zich door een door de werkgever goedgekeurde andere werknemer, dan wel zeer incidenteel door een door hem niet goedgekeurde andere werknemer mag laten vervangen, geen sprake meer zou kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst.

22.2.3 Loonniveau

De suggestie om het arbeidsrecht niet of slechts gedeeltelijk te laten gelden voor werkers boven een bepaald inkomensniveau is, gelet op het beschermingskarakter van het arbeidsrecht, niet helemaal onlogisch. In tal van sociaal zekerheidswetten vond in het verleden ook een dergelijke uitsluiting plaats, zo bleek in hoofdstuk 9. Ook op andere sociaal-rechtsgebieden, bijvoorbeeld het huurrecht, wordt voor wat betreft het niveau van bescherming een onderscheid gemaakt al naar gelang de huurprijs van de woning. De bescherming van de huurder gaat verder wanneer sprake is van het huren van een woning onder een bepaald (aan huurpunten gerelateerd) kwaliteitsniveau, dan wanneer sprake is van een (veelal zeer dure) gemeubileerde woning. Met de gedachte dat het arbeidsrecht er is ten behoeve van sociaal zwakkeren strookt het om die bescherming vooral te geven aan zij die weinig verdienen en om die bescherming in mindere mate te verstrekken aan degenen die een hoog loon ontvangen. De uitwerking van het stellen van een loongrens in de arbeidsrechtelijke bescherming zou op een aantal wijzen kunnen plaatsvinden:

1. boven een bepaald loonniveau geldt het arbeidsrecht in zijn geheel niet (het Ziekenfondsmodel).
2. voor de werkers boven een bepaald loonniveau gelden de bepalingen van het arbeidsrecht slechts tot dat niveau, en niet voor het meerdere (het model van een maximum dagloon).

⁸⁶⁶ Van Peijpe 2003

3. boven een bepaald loonniveau wordt de werker de expliciete mogelijkheid gegeven te opteren voor het wel of niet werken op basis van een arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een expliciete keuze de wetgever deze keuze maakt.
4. Een variant op 3. zou zijn de werkers boven een bepaald loonniveau de keuze te geven te opteren voor onderdelen van het arbeidsrecht. Dat zou betekenen dat onderdelen van het arbeidsrecht die nu nog (driekwart)dwingend zijn, voor die groep van regelend recht wordt gemaakt.

Model 1 is zeer vergaand. Het niet gelden van het arbeidsrecht zou naar het huidige Nederlandse recht betekenen dat sprake is van een opdrachtovereenkomst en betekent dat het bereiken van die loongrens een forse cesuur in arbeidsrechtelijke positie veroorzaakt. Dat sluit onvoldoende aan bij de maatschappelijke realiteit. Het verschil in maatschappelijke positie tussen werknemers die net iets minder dan wel net iets meer dan (bijvoorbeeld) drie of vijf keer het Wettelijk Minimumloon (WML) verdienen, is niet zo groot dat dit het altijd wel dan wel nooit op basis van een arbeidsovereenkomst werken, rechtvaardigt.

Model 2 komt weliswaar in het arbeidsrecht reeds voor (bijvoorbeeld bij de minimum vakantietoelage) en het model zou voor een aantal onderdelen van het arbeidsrecht (loon- en ontslagvergoedingsbepalingen) te hanteren zijn, maar zij is toch onpraktisch omdat er vele andere bepalingen zijn die wel óf niet moeten gelden, en die niet gedeeltelijk kunnen werken (veiligheidsnormen, preventieve ontslagbescherming, veiligheidsnormen).

Model 3 is denkbaar; het zou dan voor de hand liggen te bepalen dat bij gebreke van een dergelijke keuze er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dat zou dan in de praktijk betekenen dat de goed in de markt liggende 'dure' werker er voor kan kiezen te gaan werken op basis van een arbeidsovereenkomst dan wel precies datzelfde werk te verrichten – wellicht tegen een nog hogere betaling - op basis van een opdrachtovereenkomst. Een dergelijke keuzemogelijkheid lijkt vanuit de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht toepasbaar voor een beperkte categorie 'super'hoogbetaalden, te weten de statutair directeurs (mits zij ook een bepaald inkomensniveau verdienen); deze groep werknemers heeft immers al een afwijkende rechtspositie vanwege de vennootschapsrechtelijke band die zij ook heeft. Een vervolgvraag is of, gelet op het systeem en achtergrond van het ontslagrecht, het dan ook voor de hand ligt de andere hoogbetaalde 'werknemers' een dergelijke keuze voor het werken op basis van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst te geven. Argument om alle hoogbetaalde werknemers een dergelijke keuzevrijheid te geven, is de inzichtelijkheid van het alsdan te creëren systeem. Bovendien betreft de groep hoogbetaalde werknemers een zodanig beperkte categorie, dat het hen geven van de volledige vrijheid op basis van een opdrachtovereenkomst te werken, amper tot misbruik door de 'werkgever' kan leiden. Het bezwaar van het aan alle hoogbetaalde werknemers geven van die mogelijkheid is echter dat, indien zij zouden opteren voor een opdrachtovereenkomst zonder dat zij voor het overige kunnen worden aangemerkt als zelfstandige (zij vragen geen zelfstandigheidsverklaring aan), er weer een extra onderscheid wordt gemaakt tussen de arbeidsrechtelijke en de sociaal verzekeringsrechtelijke- en fiscale benadering van arbeidsrelaties. Die groep hoogbetaalden zou dan immers een opdrachtovereenkomst hebben maar niet zelfstandige zijn. Aangezien de systematiek van het heffen van de sociale verzekeringspremies en vooral ook die van de loonbelasting in toenemende mate gebaseerd wordt op het wel of niet hebben van een zelfstandigheidsverklaring (nieuwe stijl), zouden voor hen dan toch sociaal zekerheidspremies en loonbelasting moeten worden ingehouden. Daarmee zou hun rechtspositie wel erg onduidelijk worden. Voorkeur verdient het daarom de statutair directeurs en de hoogbetaalden, zolang zij geen zelfstandigheidsverklaring hebben verkregen, op basis van een arbeidsovereenkomst te laten werken, maar hen daarbinnen wel een grotere keuzevrijheid te geven⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ Mocht blijken dat de praktijk er - ondanks de verderop door mij voor hen voorgestelde liberalisering van het arbeidsrechtelijk systeem – toch behoefte aan heeft dat betrokken groepen de vrijheid moeten krijgen op basis van een opdrachtovereenkomst te gaan werken, dan kan dat door de criteria ten aanzien van het verkrijgen van een

Model 4 geeft aan hoogbetaalden werkenden binnen het kader van de arbeidsovereenkomst meer dan de huidige keuzevrijheid. Per arbeidsrechtelijke bepaling zou dan aangegeven kunnen worden, of hier zonder meer afstand van kan worden gedaan, dan wel dat dit slechts onder voorwaarden mogelijk is, dan wel dat het dwingend rechtelijke bepalingen blijven. Dat betekent dat de loonhoogte niet bepalend zou moeten zijn voor de vraag of iets een arbeidsovereenkomst is, maar wel voor het niveau van bescherming binnen de categorie arbeidsovereenkomst. Een dergelijk systeem lijkt de beste uitwerking van de gedachte om bij het beschermingsniveau een onderscheid aan te brengen op basis van de loonhoogte. In de eerste plaats is model 4 waarschijnlijk eenvoudiger, en in ieder geval minder ingrijpend dan de modellen 1 tot en met 3. Het uitgangspunt voor niet-zelfstandigen blijft immers, dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt. In de tweede plaats kan juist met een dergelijk systeem maatwerk worden gerealiseerd: in die situaties waarin met minder bescherming kan worden volstaan kan dat, wellicht in ruil voor andere arbeidsvoorwaarden, gerealiseerd worden.

22.2.4 Economische afhankelijkheid

Economische afhankelijkheid lijkt een zinvol element bij de afbakening van de arbeidsovereenkomst. De goedbetaalde zelfstandige consultant die aangeeft geen behoefte te hebben aan de bescherming van het arbeidsrecht zal veelal niet economisch afhankelijk zijn. Probleem is echter wat onder economische afhankelijkheid moet worden verstaan. Wanneer een zelfstandige kapper honderden verschillende klanten heeft, is evident dat hij niet van een van hen economisch afhankelijk is. De zelfstandig werkende advocaat (de ‘eenpitter’) met één groot bedrijf als cliënt en verder een aantal losse particuliere cliënten, is van dat bedrijf wel economisch afhankelijk, tenzij hij er in zou slagen in geval van verlies van die grote cliënt, anderen daar voor in de plaats te verkrijgen. Toch wordt zo’n advocaat niet als economisch afhankelijk van dat bedrijf beschouwd. De zeer goed verdiende broker in dienst van een effectenbank is voor zijn huidige inkomsten afhankelijk van die bank; of hij in geval van verlies van die baan elders en zonder problemen vergelijkbare werkzaamheden kan verrichten, is niet zeker⁸⁶⁸. Het begrip economische afhankelijkheid behoeft daarom nadere invulling. Een tweede opmerking bij dit element is dat het een open criterium vormt, en daarom vertaald dient te worden naar een vast criterium. Voor dat laatste komt het meest in aanmerking het wel of niet zijn van zelfstandige. Een invulling van het begrip economische afhankelijkheid kan blijken uit de hoogte van het loon. De advocaat brengt een uurtarief in rekening, waarin het werkloosheidsrisico vanuit de beleving van de cliënt geacht wordt te zijn verdisconteerd⁸⁶⁹.

Het element economische afhankelijkheid kan daarom een rol spelen bij het bepalen van het bereik van de arbeidsovereenkomst, indien het element vertaald wordt naar het al dan niet zijn van zelfstandige. Het werken als niet-zelfstandige is vervolgens een zinvol element in de definitie van de arbeidsovereenkomst. Het element speelt in de huidige regelgeving en jurisprudentie ook een – zij het niet altijd doorslaggevende – rol en het komt in een aantal ons omringende landen ook voor.

22.2.5 Aard werkzaamheden

De aard van de werkzaamheden kan een oplossing bieden in een aantal gevallen waar andere criteria dat niet doen. De aard van de werkzaamheden van een kapper is dat dit – afgezien

zelfstandigheidverklaring zodanig vast te stellen, dat de statutair directeuren en de hoogbetaalden aan die criteria kunnen voldoen

⁸⁶⁸ althans hangt sterk af van de conjunctuur; Nagelkerke is van mening dat er grote mate van onzekerheid bestaat over de mate van economische onafhankelijkheid van groepen van werknemers, waaronder hoogbetaalden (Nagelkerke 2004, p. 162/163)

⁸⁶⁹ In werkelijkheid was het in de jaren tachtig van de twintigste eeuw door de Orde van Advocaten genoemde adviestarief gebaseerd op het salaris van een bepaald soort rechter, het geschatte aantal van 1200 uur declarabele uren per jaar alsmede een schatting van de door een advocaat te maken kantoorkosten.

wellicht van de uitzonderlijke artiest die een persoonlijke kapper in dienst heeft⁸⁷⁰ - geen arbeidsovereenkomst vormt: zowel niet wanneer het om een kapper gaat die EUR 200 voor een knipbeurt rekent, als die waar de betaling 1/20-ste deel daarvan kost. Omdat de aard van de werkzaamheden niet of nauwelijks in 'harde' criteria onder te brengen is, is het lastig te gebruiken bij de vaststelling of iets een arbeidsovereenkomst is of niet. Indien dat zou gebeuren is een gecompliceerd en voortdurend wisselend overzicht van regels nodig welke aard van werkzaamheden indicatie vormen voor een arbeidsovereenkomst en welke niet.

22.2.6 Financieel risico

Het financieel of economisch risico kan blijken uit hetgeen tussen partijen is afgesproken. Het betreffende risico kan ook een invulling vormen van het begrip 'zelfstandige'. Immers: wanneer de werker relatief lage verdiensten heeft en desalniettemin contractueel met een aantal risico's (in de sfeer van: slechts uitbetaling indien bepaalde resultaten worden geboekt alsmede: verantwoordelijk zijn voor veroorzaakte schade) wordt opgescheept, is het de vraag of die werker wel altijd als zelfstandige kan worden beschouwd. Voor de vraag of iemand als zelfstandige te beschouwen is, vormt het door betrokkene wel of niet dragen van een financieel risico een belangrijk element.

22.2.7 Andere criteria?

Opleidingsniveau

Het door Jacobs geuite criterium van opleidingsniveau past niet helemaal bij de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht. De bescherming van de werkende binnen het arbeidsrecht is er immers niet zozeer op gebaseerd dat de werknemer 'dom' is, doch dat deze, gelet op zijn economische positie, van de werkgever afhankelijk is. Ook universitair opgeleiden kunnen een heel zwakke positie op de arbeidsmarkt hebben, bijvoorbeeld in situaties waarin zij niet werkzaam zijn in hun eigen vakgebied, maar – soms vanwege de slechte arbeidsmarktpositie op dat vakgebied – laaggekwalificeerd werk elders moeten verrichten. In tegenstelling tot het loonniveau (dat op basis van harde maatstaven en desnoods per dag kan worden beoordeeld) is de uitwerking van het element opleiding ook veel meer arbitrair (wanneer is de opleiding helemaal of bijna afgerond; moeten de werkzaamheden ook op dat gebied worden verricht?).

Algehele vrijheid?

Een in theorie laatste mogelijkheid zou zijn het aan een ieder geheel vrij laten te bepalen of op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt of niet. Een dergelijk volledig liberaal systeem voorkomt afbakeningsproblemen, maar schept een groot risico van het maken van misbreuk door bedrijven die tegenover grote groepen werkers wél in een (economische) machtspositie verkeren. Nog afgezien er van dat diverse internationale verdragen zich tegen een dergelijk volledig liberaal systeem zouden verzetten, is een dergelijk systeem, zolang niet gekoppeld aan allerlei voorwaarden (zie hierboven onder 4, zoals het genieten van loon boven een bepaald niveau of het extern verzekerd zijn) daarom zo zeer onwenselijk, dat dit niet verder zal worden uitgewerkt.

22.2.8 Toepassing van criteria op een nieuwe definitie van de arbeidsovereenkomst

Geen van alle hierboven genoemde zeven criteria a t/m g vormt op zich een doorslaggevend element in de definitie van de arbeidsovereenkomst. Ondergeschiktheid of het werken in een gezagsverhouding of onder zeggenschap is te onbepaald en doet zich bij beide categorieën voor; het persoonlijk moeten verrichten van arbeid kan zich bij beide categorieën voor doen; economische afhankelijkheid is een vaag begrip en behoeft verdere vertaling; om de aard van de

⁸⁷⁰ Het dagblad Metro maakte er op 19 september 2003 melding van dat zowel de Britse voetballer David Beckham als ook zijn echtgenote Victoria in 2002 een bedrag van EUR 50.000 aan hun kappers hadden uitgegeven.

werkzaamheden tot zinvolle maatstaf te maken is een zeer gedetailleerd en aan wisselingen onderhevig stelsel van regels nodig, hetgeen niet strookt met de eisen van zekerheid en eenvoud die aan de definitie van een arbeidsovereenkomst moeten worden gesteld; het te dragen risico vloeit deels voort uit hetgeen partijen hebben afgesproken⁸⁷¹; het contractueel te dragen risico zou daarom indicatie kunnen zijn van een nader te hanteren criterium zelfstandigheid. Een systeem waarbij een optelsom aan criteria wordt gegeven, waaraan dan in minimaal x uit y criteria moet zijn voldaan (zoals Groot-Brittannië of Duitsland het geval is⁸⁷²) acht ik ook onbevredigend omdat de betreffende criteria een geheel verschillende zwaarte hebben en daarmee ook niet getalsmatig aan elkaar gelijk kunnen worden gesteld. Al met al kan van de in paragraaf 22.2 genoemde criteria daarom het best het begrip zelfstandigheid worden opgenomen in de nieuwe definitie van de arbeidsovereenkomst; voor de nadere invulling van het begrip zelfstandigheid kunnen deelaspecten als de hoeveelheid opdrachtgevers een rol spelen.

Het toekennen van een belangrijke rol aan het begrip zelfstandige in de definitie van de arbeidsovereenkomst strookt met het recente wetsvoorstel met betrekking tot de status van de Zelfstandigheidsverklaring Nieuwe Stijl. Een werker kan 'zelfstandige' worden, door hiertoe een verzoek in te dienen bij een daartoe aan te wijzen instantie (volgens de laatste voorstellen: de fiscus); deze instantie toetst dat verzoek op basis van door betrokkene verstrekte gegevens, waartoe in ieder geval het bewijs dat een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijfsongevallen is afgesloten, maar ook op basis van enkele andere eenvoudig te beoordelen criteria zoals het staan ingeschreven bij de KvK en aanmelding bij de Inspectie Omzetbelasting. Indien betrokkene aldus een zelfstandigheidsverklaring (ZV) ontvangt, dient deze een niet al te lange geldigheidsduur te hebben (bijvoorbeeld voor de duur van 1 jaar), en krijgt betrokkene de mogelijkheid om bij het verrichten van werkzaamheden boven een bepaalde omvang (in uren of bij gebrek aan een omschreven hoeveelheid uren aan geld) de bindende keuze te maken of dit op basis van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst geschiedt. Die keuze wordt dan gedurende de looptijd van de ZV niet meer getoetst aan de feitelijke situatie; dat is ook de reden dat een ZV een niet al te lange looptijd dient te krijgen.

Een en ander heeft tot gevolg dat het je haar laten knippen door een kapper op grond van het omvangcriterium een opdrachtovereenkomst zal zijn; wanneer een krant een freelance-journalist inschakelt is van belang de omvang van de werkzaamheden, als ook het hebben van een ZV van de journalist. Bij geringe omvang is het altijd een opdrachtovereenkomst, tenzij partijen expliciet opteren voor een arbeidsovereenkomst. Indien het werk boven die omvang komt, en de journalist geen ZV heeft, is het altijd een arbeidsovereenkomst; indien de journalist in dat geval wel een ZV heeft, kan bindend worden afgesproken of op basis van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst wordt gewerkt. Bij het door een zelfstandige werken boven die urenomvang mag worden gechopt voor de arbeidsovereenkomst, maar is uitgangspunt een opdrachtovereenkomst.

Wat betreft de omvangsgrens lijkt een goed aanknopingspunt de in de Werkloosheidswet en in het besluit WMM genoemde vijf uren werk per week⁸⁷³. Werken gedurende minder dan vijf uur per week wordt in de WW als een niet substantiële hoeveelheid werk gezien; daarboven is het wel substantieel⁸⁷⁴. De grens van vijf uur per week werd op die grond destijds door Van den Boom genoemd als grens voor 'werk van bijkomstige aard'⁸⁷⁵.

Om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van 'zwakke' zelfstandigen (in die zin dat door een kwaadwillende werkverschaffer tegen een werkloze wordt gezegd: ik heb werk voor je, maar dan moet je een ZV aanvragen en dan kun je tegen een hongerloon als zelfstandige op opdrachtbasis werken, en wentel ik bovendien alle risico's op jou af), dient aan de – aan de hand

⁸⁷¹ Indien iets een arbeidsovereenkomst is, is de werknemer buiten de situatie van opzet of bewuste roekeloosheid niet aansprakelijk voor eigen fouten; indien het een opdrachtovereenkomst is wel.

⁸⁷² Van Peijpe 2003, p. 247/249

⁸⁷³ de toevoeging in art. 16 WW: of tenminste de helft van zijn arbeidsuren, laat ik in dit verband terzijde

⁸⁷⁴ Ook Van den Berg bepleit het buiten de werknemersverzekeringen houden van de marginale arbeidsverhoudingen; Van den Berg 2004, p. 299/300

⁸⁷⁵ Van den Boom 1992

van duidelijke criteria te bepalen – ‘zwakke’ opdrachtnemer een extra bescherming wordt gegeven. Deze criteria zullen hieronder worden uitgewerkt. De ZV wordt jaarlijks getoetst, dus – bijvoorbeeld door de vakorganisaties te signaleren - misstanden kunnen binnen niet al te lange tijd worden geredresseerd. Een laatste wellicht te verwachten ongewenste situatie zou kunnen bestaan uit het door een en dezelfde materiële (maar in formele zin uit verschillende rechtspersonen bestaande) werkgever aanbieden van diverse kruimel dienstverbanden van ieder minder dan 5 uur per week. Deze vorm van misbruik is tegen te gaan door de mogelijkheid te laten bestaan dat verschillende werkgevers als elkaars opvolgers worden beschouwd⁸⁷⁶. Indien betrokkene een ZV heeft en opteert voor de ene of de andere overeenkomst, dan dient die keuze (vanzelfsprekend met de beperkte ontsnappingsmogelijkheden van dwang, dwaling en bedrog) bindend te zijn, zowel voor betrokken partijen als voor de fiscus en de sociaal zekerheidsinstanties. Indien laatstgenoemden zouden menen dat de ZV ten onrechte (bijvoorbeeld op basis van onjuiste verstrekte gegevens) is afgegeven, dient dat niet te leiden tot het betrokkene alsnog als verzekerd beschouwen, maar tot een strafrechtelijke sanctie dan wel bestuursrechtelijke boete⁸⁷⁷. Vanzelfsprekend zal dan voor een volgend jaar niet licht wederom een ZV worden afgegeven. Aldus wordt voorkomen dat een der partijen er belang bij heeft dat de fiscus de betreffende zelfstandigheidsverklaringen gaat herbeoordelen. Het risico van opting out in deze constellatie is beperkt: indien blijkt dat misbruik wordt gemaakt van het aanvragen van ZV'en, dan is dat veelal binnen een jaar te redresseren, door zorgvuldiger te toetsen, of de criteria die leiden tot het verstrekken van de ZV'en voor de toekomst aan te scherpen.

Het schema met betrekking tot het op basis van een arbeidsovereenkomst of opdrachtsovereenkomst werken ziet er dan aldus uit:

Niet in bezit van ZV:

- werk voor minder dan 5 uur per week: op basis van opdrachtsovereenkomst, tenzij schriftelijk is overeengekomen dat dit op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt;
- werk voor meer dan 5 uur per week: op basis van een arbeidsovereenkomst

Wel in bezit van ZV:

- werk voor minder dan 5 uur per week: op basis van een opdrachtsovereenkomst, tenzij schriftelijk is overeengekomen dat dit op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt;
- werk voor meer dan 5 uur per week: op basis van een opdrachtsovereenkomst, tenzij schriftelijk is overeengekomen dat dit op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt.

Voor het niveau van bescherming van zowel de opdrachtnemer als de werknemer is de hoogte van het overeengekomen loon van belang.

Zeer recent werd ten aanzien van het bereik van de werknemersverzekeringen door Van den Berg een enigszins vergelijkbaar voorstel gedaan⁸⁷⁸. Ook zij sluit voor het verzekerdenbegrip in sterke mate aan bij het niet-zelfstandige zijn; ook zij legt een ondergrens aan. Ten opzichte van mijn voorstel bestaan een aantal verschillen. Zij bepleit verzekeringsplicht voor iedere niet-zelfstandige, zodra er meer dan 30 dagen is gewerkt, of zodra er gedurende een kortere periode een inkomen gelijk aan of hoger dan 40% van het minimum-loon wordt verdiend. Daarmee vallen echter nog tal van zeer korte en kleine dienstverbanden onder de verzekeringsplicht. Ten slotte ziet haar voorstel alleen op de verzekeringsplicht van de werknemersverzekeringen, terwijl ik er voor pleit de nieuwe definitie van de arbeidsovereenkomst ook in het civiele recht te laten gelden.

⁸⁷⁶ vergelijk HR 12 april 1996, JAR 1996/114 (Jalinkilic) en art. 7:668a lid 2 BW

⁸⁷⁷ De bij de overheid bestaande populariteit van de bestuursrechtelijke boete boven de strafrechtelijke sanctie komt ten aanzien van de handhaving van de Arbeidstijdenwet tot uitdrukking in wetsvoorstel 29000.

⁸⁷⁸ Van den Berg 2004

22.2.9 Rechtsvermoeden

Een vraag is of naast de hierboven genoemde criteria ruimte moet blijven voor het rechtsvermoeden bestaan-arbeidsovereenkomst (art. 7:610a BW). De bedoeling van dat rechtsvermoeden is het versterken van de rechtspositie van de flex-werknemer of de kleine zelfstandige die 'eigenlijk' op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat het rechtsvermoeden bestaan-arbeidsovereenkomst tot op heden veel heeft opgeleverd, maar dat komt wellicht omdat 'malafide' werkverschaffers het toch al niet aandurfd en flexwerkers 'wurgcontracten' aan te bieden. Anderzijds leidt het rechtsvermoeden bestaan-arbeidsovereenkomst tot rechtsonzekerheid, wanneer het vermoeden invloed heeft op de definitie van de arbeidsovereenkomst. Zoals hierna zal blijken is in het door mij bepleite systeem geen behoefte meer aan het rechtsvermoeden bestaan-arbeidsovereenkomst.

22.2.10 Omvang

Op zich zelf is het, bijvoorbeeld voor studenten of degenen met vergaande zorgverplichtingen, of voor personen die met meerdere werkverschaffers kleine werkverbanden aangaan (huishoudelijke hulpen) zinvol dat een arbeidsovereenkomst voor minder dan vijf uur per week kán worden aangegaan.

22.2.11 Nieuwe definitie arbeidsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst definieer ik op grond van het bovenstaande als de overeenkomst waarbij

1. door een niet-zelfstandige in een omvang van meer dan vijf uur per week ten behoeve van een ander tegen loon arbeid wordt verricht.

Van een arbeidsovereenkomst is tevens sprake indien

2. door een zelfstandige of een niet-zelfstandige in een omvang van minder dan vijf uur per week ten behoeve van een ander arbeid tegen loon wordt verricht en tussen partijen schriftelijk is overeengekomen dat zulks op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt, dan wel
3. door een zelfstandige in een omvang van meer dan vijf uur per week ten behoeve van een ander arbeid tegen loon wordt verricht, indien tussen genoemde zelfstandige en die ander schriftelijk is overeengekomen dat zulks op basis van een arbeidsovereenkomst geschiedt.

In een ander artikel wordt dan aangegeven dat de overeenkomst waarbij iemand zich verbindt een stoffelijk werk tot stand te brengen, in afwijking van bovenstaande definitie, wordt geacht te zijn geschiedt op basis van aanneming van werk, tenzij schriftelijk is overeengekomen dat het een arbeidsovereenkomst is.

Een zelfstandige in de hierboven genoemde zin is diegene die bij het aangaan van de overeenkomst een door de daartoe bevoegde autoriteiten afgegeven zelfstandigheidverklaring toont; iedere andere werker geldt als niet-zelfstandige.

22.3 Toepassing op de zes categorieën van werkers

In het voorgaande is aangegeven dat voor de vraag naar de aanwezigheid van een opdrachtovereenkomst, een doorslaggevende rol is weggelegd voor de zelfstandigheidsverklaring, tenzij het gaat om arbeidsrelaties met een geringe omvang, in welk geval als uitgangspunt een opdrachtovereenkomst wordt aangenomen. Vervolgens dient, met het oog op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, binnen de arbeidsovereenkomst en binnen de opdrachtovereenkomst, onderscheid te worden gemaakt naar het niveau van bescherming. Als beste onderscheidend criterium kan daarbij het loonniveau worden gehanteerd.

Wat betekent dit voor de zes categorieën⁸⁷⁹ werkenden uit mijn vraagstelling? Blijkt de aldus aan ieder van hen toe te kennen rechtspositie van elkaar te verschillen, of vallen er bepaalde categorieën met elkaar samen? Om op die laatste vraag antwoord te kunnen geven, dient per categorie op basis van de in deel 4 gevonden conclusies te worden bezien welke mate van rechtsbescherming aan iedere categorie dient toe te komen.

Ik zal daarom allereerst per categorie werk-/opdrachtnemers per arbeidsrechtelijke bepaling aangeven welke mate van rechtsbescherming dient te worden toegekend en daarmee of er behoefte bestaat aan wijziging van die arbeidsrechtelijke bepalingen. Het is in dat verband niet zo zinvol alle arbeidsrechtelijke bepalingen door te lopen. Ik zal mij, gelet op de vraagstelling van dit onderzoek, beperken tot groepen van bepalingen die betrekking hebben op loon en ontslagbescherming, en tot bepalingen op het gebied van arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden.

De groepen bepalingen die ik per categorie werker onder de loupe zal nemen zijn de volgende:

- Loonbepalingen algemeen (7:616 t/m 626; 630/634 BW)
- Aanspraak op loon (7:627/628; 629b BW)
- Loon bij ziekte (7:629 BW)
- Vakantie (7:634 t/m 642 BW)
- Zorgverplichting werkgever/aansprakelijkheid (7:658 BW)
- Aansprakelijkheid werknemer voor aangebrachte schade (7:661 BW)
- Opzegbepalingen (7:670 t/m 675; 677 t/m 680 BW); proeftijd (7:652; 676 BW)
- Ontslagvergoedingen (7:681; 685;686 BW)
- BBA
- Wet Minimum Loon en Minimum vakantiebijslag
- Sociaal Zekerheidswetten (WW; ZW;WAO)
- Arbeidsomstandighedenwet
- ATW

1^e categorie (werknemer met zwakke maatschappelijke positie)

De 'zwakke' werknemer behoeft in beginsel dezelfde bescherming als de 'gewone' werknemer en dus in ieder geval niet minder.

Dat betekent ten aanzien van de huidige regelingen het volgende.

De ter bescherming van de werknemer in het leven geroepen dwingendrechtelijke loonbepalingen (7:616 t/m 626; 630/634 BW) dienen gehandhaafd te blijven. Dwingendrechtelijke bepalingen zijn immers juist tot stand gebracht met het oog op de bescherming van diegenen die dat nodig hebben.

Er is vanuit de vraagstelling van dit onderzoek geen aanleiding om de regelgeving met betrekking tot de aanspraak op loon (7:627/628; 629b BW) te wijzigen. Ook die bestaat uit voor de werknemer beschermende bepalingen. In het midden laat ik daarbij dat het vanuit het oogpunt van werknemersbescherming minder gelukkig is dat gedurende het eerste halfjaar van de arbeidsovereenkomst de bepalingen van art. 628 leden 1 t/m 4 kunnen worden weggecontracteerd.

Om dezelfde als hierboven genoemde redenen (beschermingsgedachte) dient de regelgeving met betrekking tot ziekte van dwingend recht te blijven.

Ook de dwingende regelgeving met betrekking tot vakantie dient voor categorie 1, voor wat betreft de wettelijke aanspraak (vier weken vakantie per jaar), te worden gehandhaafd. Gelet op de recuperatiefunctie van vakantie en de verantwoordelijkheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsomstandigheden is het in de huidige regeling ongelukkig dat de werknemer het kan tegenhouden om vakantie op te nemen en de werknemer vervolgens alle vakantierechten hetzij af

⁸⁷⁹ Nog even gedefinieerd op basis van de 'oude' definitie van de arbeidsovereenkomst

kan kopen hetzij gedurende zeer lange tijd op kan sparen⁸⁸⁰. Vanuit de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht (in dit geval de recuperatiefunctie) zou de werkgever de mogelijkheid moeten hebben (een deel van) de krachtens wettelijke aanspraken opgebouwde dagen aan te wijzen, dan wel zou de werknemer de verplichting dienen te hebben (een deel van) de krachtens wettelijke aanspraken opgebouwde dagen ieder jaar op te nemen.

Vanuit de beschermingsgedachte dient voor categorie 1 de regelgeving met betrekking tot arbeidsongevallen (art. 7:658 leden 1 en 2) ongewijzigd (dus in de praktijk: dwingend rechtelijk) te blijven.

Het zelfde geldt met betrekking tot de bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van de werknemer voor door hem toegebrachte schade: deze bepalingen dienen van dwingend recht te blijven. De reden hiervoor is, zoals in hoofdstuk 20 bleek, dat het inherent is aan de positie van de werknemer (die een relatief laag salaris verdient dat niet in verhouding staat tot de hoogte van de mogelijkerwijs toe te brengen schade) dat deze de door hem onopzettelijk aan zijn werkgever of derden toegebrachte schade niet behoeft te dragen.

In het kader van de vraagstelling in dit onderzoek is er geen aanleiding het systeem van ontslagvergoedingen als zodanig aan te passen. Wel bleek dat de rechtsgrond van de aan werknemers toe te kennen ontslagvergoedingen maar moeilijk rechtvaardigt dat vergoedingen worden toegekend op een niveau zoals dat sinds 1996 gebruikelijk is geworden.

BBA: in het kader van deze studie is er geen aanleiding om te pleiten de preventieve ontslagtoets tegenover werknemers af te schaffen. Voor een dergelijk stelsel zou op zich zelf een ander stelsel (zoals bijvoorbeeld voorgesteld door de Commissie Rood) in de plaats kunnen komen, doch ook in een dergelijk stelsel zal de zwakke werknemer gelet op zijn maatschappelijk zwakke of afhankelijke functie een bijzondere vorm van ontslagbescherming dienen te behouden.

Ten aanzien van werknemers met een maatschappelijk zwakke positie dient de WMM gehandhaafd te blijven.

Gelet op de door mij voorgestelde gewijzigde definitie van de arbeidsovereenkomst zal het bereik van de sociaal zekerheidswetten voor de werkenden met een zwakke maatschappelijke positie enigszins veranderen. Diegenen die meer dan 5 uur per week werken zullen, zolang niet in het bezit van een zelfstandigheidsverklaring, altijd op basis van een arbeidsovereenkomst werken, en dus altijd verzekerd zijn. Indien minder dan 5 uur per week gewerkt wordt, is in beginsel sprake van een opdrachtovereenkomst – en daarmee van het ontbreken van een verzekeringsplicht – tenzij expliciet geopteerd wordt voor een arbeidsovereenkomst.

Gelet op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht dient ten aanzien van deze categorie de regelgeving met betrekking tot arbeidsomstandigheden en Arbeidstijdenwet volledig van toepassing te blijven.

2° categorie ('gewone' werknemer)

Vrijwel al hetgeen ten aanzien van de 'zwakke' werknemer opgemerkt is, geldt ook voor de gewone werknemer. Er is in het kader van dit onderzoek geen aanleiding voor gewone werknemers de dwingendrechtelijke bescherming te beperken.

De positie van de gewone werknemer is daarmee gelijk aan die van de 'zwakke' werknemer voor zo ver deze laatste (op grond van het uren-criterium) werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.

3° Categorie (hoogbetaalde werknemer, niet zijnde statutair directeur)

Zoals hierboven aangegeven pleit ik er voor dat de hoogbetaalde werknemer, zolang niet in het bezit van een zelfstandigheidsverklaring, werkzaam blijft op basis van een arbeidsovereenkomst. Aangezien deze categorie in veel mindere mate dan de zwakke en de gewone werknemer specifieke arbeidsrechtelijke bescherming behoeft, behoeft slechts een beperkt aantal bepalingen van dwingend recht te blijven. Veel van de overige bepalingen kunnen van regeland recht worden gemaakt omdat betrokkene voldoende in staat moet worden geacht en een voldoende positie

⁸⁸⁰ Het andersluidende arrest van het gerechtshof Amsterdam van 11 maart 2004 (JAR 2004/181) is onjuist; zie G.C. Boot, Over het mogen meenemen van vakantiedagen, te publiceren in *Bedrijfsjuridische Berichten*, najaar 2004

heeft om op basis van gelijkwaardigheid met de werkgever te onderhandelen over die specifieke onderwerpen.

De loonbepalingen zouden om de hierboven genoemde reden van regelend recht kunnen worden. Met regelend recht wordt in dit verband bedoeld: de huidige bepaling geldt als uitgangspunt, maar van deze bepalingen mag schriftelijk worden afgeweken. Het belang van deze bepalingen (wijze van uitbetaling, vergoeding bij te laten betaling) is geringer dan die van de hierna te noemen categorie 'aanspraak loon'. Dat bijvoorbeeld art. 7:625 BW wordt weggecontracteerd, is voor de hoogbetaalde werknemer overkomelijk. Indien van de mogelijkheid de wettelijke bepalingen niet van toepassing te laten zijn gebruik wordt gemaakt, dan blijven – voor zo ver niet ook van regelend recht - de algemene bepalingen van boek 3 en 6 van toepassing.

Zoals in hoofdstuk 16 bleek, wijken de bepalingen omtrent aanspraak op loon (7:628 BW) in zoverre af van de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht, dat vrijwel alle omstandigheden die er toe leiden dat door de werknemer niet gewerkt kan worden, in de risicosfeer van de werkgever liggen. De gedachte daarachter is dat de werknemer voor zijn levensonderhoud van zijn loon afhankelijk is, en daarom omstandigheden waar beide partijen weinig of niets aan kunnen doen, in de risicosfeer van de werkgever worden gebracht. Die argumenten gelden voor de hooggeplaatste werknemers in veel minder mate: hun salaris is niet direct noodzakelijk voor de kosten van hun levensonderhoud. Er bestaat daarom weinig bezwaar tegen de betreffende loonbepalingen (art. 7:627 en art. 7:628) ook ten aanzien van hen van regelend recht te maken.

Ten aanzien van de loonaanspraken tijdens ziekte ligt het daarentegen niet voor de hand de hooggeplaatste werknemer volledige vrijheid te geven. Bij de totstandkoming van de ziekte- en arbeidsongeschiktheidswetgeving in het begin der twintigste eeuw is er nadrukkelijk voor gekozen ook hoogbetaalde werknemers onder het bereik van die wetten te houden. Een dergelijke bescherming werd als fundamenteel gezien. Deze vorm van verzekering gold en geldt slechts tot een bepaalde loonhoogte. In de jaren tachtig en negentig van de twintigste eeuw en in de eerste jaren van de een-en-twintigste eeuw is de verplichting tot doorbetaling van loon bij ziekte in toenemende mate in plaats van bij de collectieve fondsen, bij de werkgever komen te liggen, zonder dat daarmee een wijziging in het bereik van die 'verzekering' werd beoogd. Er is gelet op de vraagstelling (hebben de hoogbetaalde werknemers niet al te veel rechten?) evenwel zeker ook geen aanleiding de aanspraken van hen tijdens ziekte te vergroten. De betreffende regelingen met betrekking tot doorbetaling tijdens ziekte behoeven vanuit de vraagstelling van dit onderzoek daarom geen aanpassing.

Vakantie. Met inachtneming van de internationale regelgeving (recht op vier weken doorbetaalde vakantie per jaar) zou de gehele regeling ter zake van vakantie van regelend recht kunnen worden. Dat betekent dat de werknemer jaarlijks aanspraak heeft op vier weken doorbetaalde vakantie, doch dat deze – indien niet opgenomen – ook tijdens het dienstverband kunnen worden afgekocht.

Ongevallen. Ook de hoogverdienende werknemer zal zich in de regel moeten voegen naar opdrachten van zijn werkgever; tevens zal deze betreffende werknemer in de regel geen overwegende invloed hebben op de arbeidsomstandigheden waaronder hij werkt. Dat zal slechts anders zijn wanneer de betreffende werknemer een duidelijk leidinggevende positie bekleedt. Omdat het ook bij het bekleden van een leidinggevende positie geenszins vaststaat dat de werknemer op de hoogte is van, laat staan invloed heeft op, alle arbeidsomstandigheden die bij het ontstaan van arbeidsongevallen een rol kunnen spelen (bijvoorbeeld de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen), ligt het sterk voor de hand om art. 7:658 leden 1 en 2 dwingendrechtelijk te houden. Teneinde geen ongerechtvaardigde verschillen tussen de positie van de hoogbetaalde werknemer en de opdrachtnemer te creëren ligt het dan ook voor de hand om een vergelijkbare aansprakelijkheid voor de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer in te stellen, zij het dat indien en voorzover de opdrachtnemer zich tegen de betreffende schade heeft verzekerd, de bepaling kan worden weggecontracteerd; tevens dient met de belangen van de opdrachtgever (die een andere positie kan innemen dan de professionele werkgever) rekening te worden gehouden.

Aansprakelijkheid. Artikel 7:661 BW en art. 6:170 lid 3 BW zijn al van regelend recht voor zo ver de werknemer ter zake verzekerd is. Het salaris van de hoogbetaalde werknemer moet voldoende worden geacht een dergelijke verzekering te kunnen bekostigen. In het geval van zo'n verzekering zal dan het argument, dat het loon niet meer in verhouding staat tot de potentieel te veroorzaken schade, geen opgeld meer doen. De bepalingen kunnen daarom gehandhaafd blijven.

Opzegbepalingen/ontslagvergoedingen/BBA. Vanuit de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht is er geen bezwaar tegen indien het ontslagrecht voor hoogbetaalde werknemers meer dan thans van regelend recht wordt gemaakt: hoogbetaalde werknemers moeten immers meer dan gewone werknemers in staat worden geacht inkomensachteruitgang als gevolg van het verlies van hun baan te kunnen opvangen, door daarvoor voorafgaand voorziening te treffen ('sparen'). De vraag is echter welke bodem aan ontslagbescherming zou moeten worden behouden: die van de preventieve ontslagtoets; die van de naar huidige maatstaven toegekende ontslagvergoedingen of (ook) die van de overige opzegbepalingen? Omdat er tussen de positie van de onafhankelijke opdrachtnemer en de hoogbetaalde werknemer een duidelijk onderscheid is en blijft bestaan (de opdrachtnemer werkt meer voor eigen risico en hanteert daarom in de regel op uur-/dagbasis hogere tarieven) is het niet onlogisch het meest wezenlijke element van het huidige ontslagrecht voor werknemers (de preventieve toets) voor de hoogbetaalde werknemers wel te handhaven, zolang het huidige ontslagrecht voor de gewone werknemers aldus is ingericht. Dat zo zijnde, is het het eenvoudigste ook de regeling met betrekking tot de opzegverboden voor hen te handhaven. De huidige regeling met betrekking tot ontslagvergoedingen is rechters-recht. Zoals hierboven (bij de bespreking van de 'gewone' werknemer) aangegeven, is er aanleiding de hoogte van de in de praktijk gegroeide en toegekende ontslagvergoedingen onder de loupe te nemen. Om toch ten aanzien van hoogbetaalde werknemers een grotere mate van contractvrijheid tot stand te brengen dient ten aanzien van hen bij aanvang of tijdens het dienstverband in verdergaande mate dan thans de mogelijkheid te bestaan bindende afspraken te maken over ontslaggronden en -vergoedingen. Slechts wanneer nakoming van die afspraken tot een voor een der partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat zou leiden, zou de rechter de vrijheid behoren te hebben deze afspraken te doorkruisen. De jurisprudentie sinds het HR-arrest Statenbank/Fiet, waarbij die partij-afpraak in beginsel niet bindend is, behoort daarmee tot het verleden.

Voor de hoogbetaalde werknemers is de WMM niet relevant.

Aangezien de hoogbetaalde werknemers krachtens de in deze studie gedane voorstellen op basis van een arbeidsovereenkomst blijven werken, blijven de sociaal verzekeringswetten op hen van toepassing. Onder andere daarmee onderscheiden de hoogbetaalde werknemers zich van de hoogbetaalde opdrachtnemers. Overigens kennen die sociale zekerheidswetten (tot een maximum dagloon) afgetopte uitkeringen toe, zodat de hoogte van de aanspraken (en de daartegenover te betalen premies) toch in omvang beperkt blijven.

Arbeidsomstandigheden. In de Arbeidsomstandighedenwet 1980 zijn de hoofden van ondernemingen juist onder het bereik van de Arbeidsomstandighedenwet gebracht. Bovendien is de wetgever ook voornemens zelfstandigen meer dan voorheen onder het bereik van de Arbeidsomstandighedenwetgeving te brengen. Ook de hoogbetaalde werknemers dienen daarom onder het bereik van die wetgeving te blijven vallen.

ATW: Net als ten aanzien van opdrachtnemers zou in de ATW als ondergrens opgenomen dienen te worden dat de arbeidsduur niet ten koste mag gaan van de vrijheid of gezondheid van betrokken werknemers.

Al met al pleit ik er daarom voor dat de hooggeplaatste werknemer dwingend de positie van werknemers behoudt, en dus niet 'zomaar' van die werknemers-status afstand kan doen, zij het dat een aantal bepalingen van regelend recht dient te worden, dit alles tenzij de betreffende werker er voor opteert om als zelfstandige door het leven te gaan en aan de daarbij behorende criteria voldoet.

Categorie 4: Statutair directeurs (al dan niet groot aandeelhouder) van vennootschappen
De meest vergaand suggestie op dit gebied werd gedaan door de Commissie Tabaksblatt, die aanvankelijk voorstelde de statutair directeur – althans die van de beursvennootschap - zijn

werknemerstatus te ontnemen. Hoewel de commissie in zijn concept-Code niet aangeeft welke rechtspositie die directeur naast zijn vennootschapsrechtelijke dan verkrijgt (dat er naast de vennootschapsrechtelijke positie immers iets geregeld moet zijn is onontkoombaar; de in boek 2 over die positie geschreven artikelen zijn immers te beperkt en zullen in de praktijk aangevuld moeten worden op basis van enigerlei soort van overeenkomst), moet het er voor gehouden worden dat dat dan op basis van een opdrachtovereenkomst zal zijn. In de definitieve Code is dit standpunt verlaten, en geeft de Commissie de regering slechts in overweging de arbeidsrechtelijke positie van de statutair directeur van de beursvennootschap nader te bepalen.

Tegen het gedwongen ontnemen aan de statutair directeur van beursvennootschappen van diens werknemerstatus heb ik bezwaren. Het zou namelijk afbreuk doen aan de diversiteit van de groep statutair directeuren indien een statutair directeur altijd op basis van een opdrachtovereenkomst zou werken; bovendien doen zich dan problemen voor in de situatie dat een werknemer langzaam aan op klimt en op enig moment tevens de positie van statutair directeur verwerft. Hij zou dan ofwel al zijn werknemers-aanspraken kwijtraken, ofwel zou met hem moeten worden afgerekend; beide oplossingen lijken niet altijd wenselijk.

Een reëlere mogelijkheid lijkt het om de statutair directeur er voor te laten kiezen of hij op basis van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst wil werken. Bezwaar van het laten opteren van de statutair directeur voor het opdrachtnemerschap is de aansluiting met de sociale verzekeringsplicht en de loonbelasting. Aangezien bij die wetten het begrip ‘zelfstandige’ voorop wordt gesteld, zou de statutair directeur dan ofwel een zelfstandigheidsverklaring moeten aanvragen, dan wel als zelfstandige moeten worden beschouwd. Dat heeft echter weer fiscale consequenties die op zich zelf door betrokkenen niet gewenst worden.

Indien daarom ten aanzien van hoogbetaalden (waaronder de statutair directeur die minimaal vijf maal het WML verdient) de arbeidsrechtelijke bepalingen voor een gedeelte van regeland recht worden verklaard, is er veel minder behoefte de statutair directeur de mogelijkheid te geven te opteren voor het opdrachtnemerschap. Ik pleit er daarom voor de statutair directeur zijn arbeidsrechtelijke status te laten behouden, tenzij hij voldoet aan de criteria (par. 22.3) om een ZV te kunnen verkrijgen en zelfstandige is.

De arbeidsrechtelijke regeling voor de statutair directeur behoeft daarom slechts in geringe mate af te wijken van die van de overige hoogbetaalde werknemers. Ik zal hierna slechts die bepalingen behandelen waarin zo'n afwijking te overwegen is.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen geldt voor de statutair directeur dat hij in de regel meer dan de hoogverdienende werknemer de arbeidsomstandigheden bepaalt. Toch zal ook hij niet altijd op de hoogte zijn van alle veiligheidsrisico's die zich binnen zijn bedrijf afspelen. Vanuit de beschermingsgedachte van art. 7:658 BW ligt het daarom voor de hand dit artikel te laten gelden voor alle werknemers en opdrachtnemers (waarbij het wel moet gaan om opdrachtnemers die werkzaamheden verrichten die behoren tot de gebruikelijke bedrijfsactiviteiten, dat wil zeggen activiteiten op welke risico's het bedrijf zicht op heeft) – en dus ook de statutair directeur -, waarbij de aard van de zorgverplichting van het bedrijf als ook de eigen opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer kan afhangen van de positie van deze laatste binnen het bedrijf.

Ten aanzien van zijn eigen aansprakelijkheden wijkt de positie van de statutair directeur wezenlijk af van die van de gewone werknemer: op grond van boek 2 is hij verantwoordelijk voor door hem veroorzaakte schade als gevolg van wanbeleid. Artikel 7:661 BW en art. 6:170 lid 3 BW zijn al van regeland recht voor zo ver de werknemer ter zake verzekerd is. De aansprakelijkheid van boek 2 kent die eis van verzekerd zijn niet. Het invoeren van een dergelijke voorwaarde in boek 2 stuit op bezwaren, omdat de norm van goed bestuurderschap aldaar zich richt op vele anderen dan de statutair directeur; bovendien gaat het daarbij om een andere hoedanigheid die de directeur heeft, namelijk een vennootschapsrechtelijke. Vanuit de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht hoeven de betreffende wettelijke bepalingen daarom niet te worden aangepast.

BBA: het BBA geldt al niet voor de statutair directeur van de BV of NV. De praktijk – waarbij de statutair directeur er in ontslagsituaties in het algemeen niet slecht van afkomt – noopt niet tot wijziging van die regeling.

Categorie 5, de afhankelijke opdrachtnemer

Dit betreft volgens mijn nieuwe definitie de opdrachtnemer die gewoonlijk voor niet meer dan 3 opdrachtgevers werkt, en die bij de opdrachtgever ten aanzien van wie de afhankelijkheid moet worden vastgesteld, op uurbasis niet meer verdient dan 2 maal het WML. In situaties waarbij het uurloon moeilijk kan worden vastgesteld ('ik weet niet hoe lang de kleermaker bezig is met het inzetten van een nieuwe rits') zal, voor zo ver al geen sprake is van aanneming van werk, veelal sprake zijn van een onafhankelijke opdrachtnemer, maar moeten de verdiensten zo nodig – net als dat thans ook geschiedt bij het beoordelen of aan de bepalingen van de WMM is voldaan – tot een uurloon worden herleid. Een kleine zelfstandige kapper is dus geen afhankelijke opdrachtnemer (heeft immers gewoonlijk meer dan 3 klanten), een advocaat ook niet (verdient meer dan 2 WML), maar de garnalenpelster waarschijnlijk wel. Dat het om een opdrachtnemer gaat, en niet om een werknemer, blijkt vooral uit de door betrokkene verkregen zelfstandigheidsverklaring, dan wel andere handelingen die onmiskenbaar op het werken als zelfstandige duiden (aard van de werkzaamheden, zoals de voor een particuliere klant werkende kleermaker).

Een opdrachtnemer, ook de afhankelijke opdrachtnemer, neemt een van de 'zwakke' werknemer afwijkende positie in: er wordt immers niet op basis van een arbeidsovereenkomst gewerkt. Dat betekent dat het gaat om een werkovereenkomst voor een gering aantal uren (minder dan vijf per week), ofwel dat betrokkene een zelfstandigheidsverklaring heeft. In de eerste situatie is het belang voor betrokkene geringer, hoewel het mogelijk is dat een bepaalde opdrachtnemer bij verschillende opdrachtgevers kleine arbeidsbetrekkingen heeft, zonder dat ieder van hen bereid is daartoe een arbeidsovereenkomst te sluiten. Afgezien van deze werkovereenkomsten met een gering aantal uren gaat het dus om opdrachtnemers met een zelfstandigheidsverklaring. Bij het toekennen van een zelfstandigheidsverklaring zullen wél eisen worden gesteld op het gebied van aantal opdrachtgevers, debiteurenrisico en zelfstandig afgesloten verzekeringen, maar niet op het gebied van de te verwerven inkomsten. Het risico is derhalve aanwezig dat ook maatschappelijk gezien 'zwakke' opdrachtnemers een zelfstandigheidsverklaring aanvragen en verkrijgen en op grond daarvan opdrachtovereenkomsten afsluiten. Ter bescherming van hun positie zouden een aantal dwingendrechtelijke bepalingen dienen te worden opgenomen.

De loonbepalingen van boek 6 en titel 7 van boek 7 zijn, voor zo ver aanwezig, van overwegend regeland recht regelt; in de praktijk leidt dat niet tot de grote problemen.

Aanspraak loon: de kwetsbaarheid van de afhankelijke opdrachtnemer uit zich vooral in het niet betalen terwijl betrokkene wel op werk 'gerekend' had of daarvoor beschikbaar was. Het past daarom binnen de beschermingsgedachte om betrokkene een wat dit betreft sterkere positie dan thans te verschaffen, door artikel 7:628 op deze arbeidsrelatie van toepassing te verklaren en dus ook om die regeling (in ieder geval na een arbeidsrelatie van 6 maanden) van dwingend recht te maken.

Ziekte: de opdrachtnemer met een zelfstandigheidsverklaring valt niet onder het bereik van de sociaal zekerheidswetgeving. Het zou dan onlogisch zijn betrokkene een dwingende aanspraak te geven tot doorbetaling van loon tijdens ziekte terwijl die aanspraak van oudsher onder die sociale verzekeringswetten viel en pas recentelijk tot een werkgeversverplichting is geworden. Het is dus niet logisch om de opdrachtgever gedurende lange tijd van ziekte van de opdrachtnemer aansprakelijk te stellen voor doorbetaling van loon. Bovendien zou zich bij zo'n doorbetalingsverplichting het probleem voordoen dat de opdrachtgever de ziekte zal moeten laten controleren, terwijl dat risico voor hem moeilijk verzekeraar is en de controle daarop (alsmede de daaruit voortvloeiende reïntegratieverplichtingen) nauwelijks is te realiseren. Een en ander laat onverlet dat partijen wel mogen afspreken dat tijdens ziekte, voor kortere of langere tijd zal worden doorbetaald.

Ongevallen. Zoals in hoofdstuk 20 bleek, valt zowel de afhankelijke als de onafhankelijke opdrachtnemer onder de bescherming van art. 7:658 (lid 4), tenzij het om voor de opdrachtgever bedrijfsvreemde activiteiten gaat (hetgeen vooral zal blijken uit de omstandigheid dat hij voor die activiteiten geen werknemers in dienst heeft of heeft gehad). De opdrachtnemer zal ook veelal geen invloed hebben op de arbeidsomstandigheden binnen het bedrijf waar hij werkzaam is.

Deze laatste – met de Hoge Raad-jurisprudentie uit december 2001 overeenstemmende - toevoeging dat de buiten de gewone bedrijfsactiviteiten werkende opdrachtnemer niét onder 7:658 valt is ten aanzien van de onafhankelijke en dus beter betaalde opdrachtnemer te billijken, omdat een opdrachtgever (in het bijzonder een niet-professionele opdrachtgever) er op moet kunnen vertrouwen dat de professionele opdrachtnemer kan bepalen welke risico's verantwoord zijn en welke onverantwoord. Ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemer is het minder gepast te bepalen dat de opdrachtgeversaansprakelijkheid mag worden weggecontracteerd, omdat deze opdrachtnemer aldus wel heel veel risico's voor zijn rekening kan krijgen die niet in de honorering terugkomen. De wettelijke bepaling van art. 7:658 lid 4 BW behoeft daarom geen aanpassing: slechts voor wat betreft het bereik van art. 7:658 lid 4 zou moeten komen vast te staan dat de afhankelijke opdrachtnemer hiertoe gerekend wordt wanneer het om een niet-professionele opdrachtgever gaat.

Aansprakelijkheid afhankelijke opdrachtnemer: de argumenten om een werknemer niet aansprakelijk te achten voor door hem veroorzaakte schade, kunnen ook worden toegepast op de afhankelijke opdrachtnemer. Zijn beloning staat immers ook niet in verhouding tot de potentieel door hem te onopzettelijk veroorzaken schade. Het ligt daarom voor de hand art. 7:661 ook van toepassing te achten op de afhankelijke opdrachtnemer. Merkwaardigerwijs bepaalt het huidige art. 7:661 dat ten aanzien van werknemers artikel 7:661 mag worden weggecontracteerd indien betrokkene verzekerd is, zonder dat daarbij is aangegeven dat na betaling van die verzekeringspremies in ieder geval beloning conform het WML resteert. Een dergelijke restrictie zou aan het kunnen wegcontracteren van art. 7:661 c.q. art. 7:406 dienen te worden toegevoegd. Vakantie hoeft voor deze categorie niet geregeld te worden. Blijkens onderzoek komen opdrachtnemers ook zonder wettelijke regeling aan een zodanig aantal vrije dagen toe, dat ter bescherming van dat belang niet een afzonderlijke regeling tot stand hoeft te komen. De doorbetaling tijdens vakantie moet geacht worden in het loon voor de opdracht te zijn inbegrepen.

Opzegbepalingen, ontslagvergoedingen en BBA. Een preventieve ontslagtoets jegens opdrachtnemers is vanuit de beschermingsgedachte nauwelijks te rechtvaardigen. Hoewel de bepaling sinds bijna 50 jaar in het BBA staat, heeft zij voor opdrachtnemers nauwelijks bekendheid, en bestaat er dus ook niet veel behoefte aan. Het past ook niet bij de status van zelfstandige, om de opdrachtnemer met die bescherming op te zadelen en het past al helemaal niet bij de belevingswereld van de opdrachtgever, deze verplichting (in de vorm van een aan te vragen vergunning) op te leggen. Daarbij moet wel bedacht worden dat uit het algemeen overeenkomstenrecht in geval van opzegging van algemene duurovereenkomsten (niet zijnde benoemde contracten) volgt dat een redelijke opzegtermijn in acht moet worden genomen. Om te voorkomen dat het in acht nemen van een iets te korte opzegtermijn leidt tot nietigheid van de opzegging (hetgeen moeilijk te rijmen is met de rechtszekerheid) lijkt het reëel om bij wijze van regelen recht te bepalen, dat wanneer de opdrachtovereenkomst een bepaalde drempelduur is overschreden – afhankelijk van de periode waarin door deze opdrachtnemer voor deze opdrachtgever opdrachten zijn verricht – minimaal een in maanden uitgedrukte opzegtermijn in acht moet worden genomen, gedurende welke de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de werkzaamheden moet verschaffen althans het loon moet betalen waarop in een daaraan voorafgaande periode aanspraak bestond. Al naar gelang de lengte van de arbeidsverhouding pleit ik ervoor deze opzegtermijn te laten variëren van één tot zes maanden. De afhankelijke opdrachtnemer moet tegenover de professionele opdrachtgever aanspraak kunnen maken op het WML wanneer het gaat om werkzaamheden die op objectieve wijze tot tijd herleidbaar zijn. Arbeidsomstandigheden: zoals al door de SER voorgesteld dient de Arbeidsomstandighedenwet voor niet-werknemers een ruimer toepassingsgebied krijgen. Ten aanzien van de opdrachtnemers die op de locatie van de opdrachtgever werken, zou kunnen worden overwogen hen als 'werknemer' in de zin van de Arbowet te beschouwen. Voor de opdrachtnemers die niet op die locatie werken, dient de lijst van tegen bijzondere gevaren beschermende bepalingen te worden herzien.

ATW: Er zou een raambepaling tot stand kunnen worden gebracht, houdende dat zelfstandigen in het kader van hun bedrijf of beroep niet een zodanig aantal uren mogen werken, dat dit –

wanneer een minimale regeling wordt beoogd - tot (ernstige) gevaar van hun zelf kan leiden, of – wanneer iets meer staatsinterventie voor lief wordt genomen – dit ten koste kan gaan van hun veiligheid of gezondheid. Vervolgens zal dit algemene criterium in aparte besluiten per beroepsgroep moeten worden uitgewerkt.

De sociale verzekeringswetgeving dient in mijn visie niet van toepassing te zijn op de afhankelijke opdrachtnemer⁸⁸¹.

Categorie 6, de onafhankelijke opdrachtnemer

Dit betreft de opdrachtnemer die gewoonlijk voor 3 of meer opdrachtgevers werkt, dan wel die bij de opdrachtgever ten aanzien van wie de afhankelijkheid moet worden vastgesteld, op uurbasis meer verdient dan 2 maal het WML. De positie van de onafhankelijke opdrachtnemer lijkt op die van de afhankelijke opdrachtnemer, behalve dat laatstgenoemde meer dan de onafhankelijke opdrachtnemer voor zijn directe levensonderhoud van loon afhankelijk zal zijn, en dat loon minder ruimte kent om andere betalingen uit te verrichten, zoals de premies voor de verzekering tegen aansprakelijkheden. Hieronder zullen daarom die bepalingen worden behandeld waarin de positie van de onafhankelijke opdrachtnemer zou moeten afwijken van die van de afhankelijke opdrachtnemer.

Ten opzichte van de huidige regelgeving, die ten aanzien van opdrachtnemers sterk ‘liberaal’ is, bestaat voor de categorie onafhankelijke werknemers niet veel aanleiding tot aanpassing.

Loonbepalingen: boek 6 en titel 7 van boek 7 regelen hieromtrent thans weinig, maar in de praktijk leidt dat niet tot grote problemen.

Aanspraak loon: boek 6 en titel 7 van boek 7 regelen hieromtrent thans weinig, maar in de praktijk leidt ook dat niet tot grote problemen en dat kan zo blijven. In beginsel geldt ‘geen arbeid geen loon’, maar partijen mogen daar van afwijken.

Ziekte: titel 7 regelt ook hieromtrent niets, en dat kan zo blijven: in beginsel geldt ‘geen arbeid geen loon’, maar partijen mogen daar van afwijken.

Vakantie hoeft voor deze categorie niet geregeld te worden. Blijkens onderzoek komen opdrachtnemers ook zonder wettelijke regeling aan een zodanig aantal vrije dagen toe, dat ter bescherming van dat belang niet een afzonderlijke regeling tot stand hoeft te komen. De doorbetaling tijdens vakantie moet geacht worden in het loon voor de opdracht te zijn inbegrepen.

Ongevallen. Zoals in hoofdstuk 20 bleek, valt zowel de afhankelijke als de onafhankelijke opdrachtnemer onder de bescherming van art. 7:658 (lid 4), tenzij het om voor de opdrachtgever bedrijfsvreemde activiteiten gaat (hetgeen vooral zal blijken uit de omstandigheid dat hij voor die activiteiten geen werknemers in dienst heeft of heeft gehad). De opdrachtnemer zal ook veelal geen invloed hebben op de arbeidsomstandigheden binnen het bedrijf waar hij werkzaam is. Deze laatste – met de Hoge Raad-jurisprudentie uit december 2001 overeenstemmende - toevoeging dat de buiten de gewone bedrijfsactiviteiten werkende opdrachtnemer niet onder art. 7:658 valt is ten aanzien van de onafhankelijke en dus beter betaalde opdrachtnemer te billijken, omdat een opdrachtgever (in het bijzonder een niet-professionele opdrachtgever) er op moet kunnen vertrouwen dat de professionele opdrachtnemer kan bepalen welke risico's verantwoord zijn en welke onverantwoord. De wettelijke bepaling van art. 7:658 lid 4 BW behoeft daarom geen aanpassing.

Aansprakelijkheid werker: in beginsel dient de onafhankelijke opdrachtnemer aansprakelijk te zijn voor schade veroorzaakt door eigen fouten, maar van deze bepaling mogen partijen afwijken. Het argument ten aanzien van de afhankelijke opdrachtnemer – dat zijn loon niet in verhouding staat tot de door hem mogelijkterwijs onopzettelijk te veroorzaken schade – doet zich ten aanzien van de onafhankelijke opdrachtnemer minder voor. Wat dat betreft is een wetswijziging niet nodig.

⁸⁸¹ Ik sluit mij wat dat betreft aan bij een van de destijds door het TICA/CTSV genoemde mogelijkheden, namelijk om geen verzekeringsplicht meer aan te nemen op grond van zogenaamde fictieve dienstverband (zie SER-advies 18 juni 2004)

Opzegbepalingen, ontslagvergoedingen en BBA. Hetgeen is opgemerkt bij de afhankelijke opdrachtnemer kan ook hier gelden
De WML is voor de onafhankelijke opdrachtnemer niet relevant.

22.4 Eindconclusies

De vraagstelling van dit boek luidt welke arbeidsrechtelijke bescherming bepaalde groepen werkenden genieten en op welke bescherming deze groepen, vanuit de achtergrond van deze regelingen, aanspraak zouden moeten kunnen maken. De vraag naar de momenteel door de werknemers en opdrachtnemers genoten arbeidsrechtelijke bescherming is, per aspect (ontslagbescherming, loon, bescherming op het gebied van arbeidsomstandigheden, vakantie en een beperking van aansprakelijkheid) in de voorgaande hoofdstukken besproken. De conclusie luidt dat de mate van bescherming per groep werkenden niet steeds overeenkomt met de bedoeling van de desbetreffende regeling en dat er onvoldoende onderlinge consistentie is. Gelet op de grondgedachte van het arbeidsrecht, ongelijkheidscompensatie, is er alle aanleiding aan de ‘zwakke’ werknemer en de ‘gewone’ werknemer het volledig palet aan arbeidsrechtelijke bescherming te blijven toekennen. Dit laat onverlet de hoogte van de in de praktijk aan werknemers toegekende ontslagvergoedingen aan een kritische blik te onderwerpen.

De rechtspositie van de hoogbetaalde werknemer alsmede die van de statutair directeur, dat wil zeggen degenen met een basissalaris hoger dan vijf maal het Wettelijk minimum loon, zou, gelet op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, van meer regelend recht kunnen worden. Hiervoor komen in aanmerking de onderdelen loon en vakantie. Juist ten aanzien van hen is de juridische grondslag van de aan hen in de praktijk betaalde ontslagvergoedingen erg mager. Bij de beoordeling van de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 zal, indien een leidinggevende of directeur een arbeidsongeval overkomt, een rol spelen de mate waarin betrokkene zelf verantwoordelijk was voor de betreffende arbeidsomstandigheden. Bepleit wordt de hoogbetaalde werknemers en de statutair directeur verzekerd te laten blijven voor de sociale verzekeringswetten. Slechts voor de directeur groot-aandeelhouder blijft gelden, dat hij niet verzekerd is voor die werknemersverzekeringen.

Vanuit de gedachte van ongelijkheidscompensatie is er aanleiding de afhankelijke opdrachtnemer, dat wil zeggen diegene die op uurbasis minder verdient dan tweemaal het WML, meer bescherming toe te kennen dan thans het geval is. Wanneer er niet gewerkt kan worden om redenen die in de risicosfeer van de opdrachtgever liggen, zou hij tegenover zijn opdrachtgever aanspraak op doorbetaling van loon (vergelijkbaar met art. 7:628 BW) behoren te krijgen. De afhankelijke opdrachtnemer zou verder onder het bereik van art. 7:658 BW dienen te komen vallen en hij is niet aansprakelijk voor schade door hem veroorzaakt, tenzij deze het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid of wanneer de opdrachtnemer hiervoor verzekerd is. In mijn visie kan, geredeneerd vanuit de beschermingsgedachte, de toepasselijkheid van het BBA voor de afhankelijke opdrachtnemer worden afgeschafte, maar de door de opdrachtgever jegens hem in acht te nemen opzegtermijnen dienen wettelijk te worden vastgelegd (en ten opzichte van de huidige praktijk te worden verlengd).

Voor de onafhankelijke opdrachtnemer zou vanuit diezelfde beschermingsgedachte een regime moeten gelden van regelend recht, met dien verstande dat de opdrachtgever ex art. 7:658 BW aansprakelijk is voor bedrijfsongevallen wanneer het gaat om bedrijfseigen activiteiten van de opdrachtgever. Ook tegenover de onafhankelijke opdrachtnemer moet, wanneer het om een langduriger relatie gaat (namelijk van meer dan drie maanden) in geval van opzegging door de opdrachtgever een opzegtermijn in acht worden genomen.

Teneinde de rechtspraktijk de thans ontbrekende maar gewenste rechtszekerheid te bieden, dient het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst op andere wijze dan nu het geval is te worden gemaakt. Als onderscheidend criterium is de gezagsverhouding niet geschikt. Wel geschikt zou kunnen zijn een criterium waarbij in sterke mate wordt aangeknoopt bij de door de werkende op bepaalde criteria te verkrijgen zelfstandigheidsverklaring. Degene in bezit van zo'n zelfstandigheidsverklaring werkt in beginsel op basis van een opdrachtovereenkomst, tenzij expliciet een arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen.

Degene zonder zelfstandigheidsverklaring werkt altijd – indien een bepaalde urenrempel wordt overschreden, door mij voorgesteld op 5 uren per week – op basis van een arbeidsovereenkomst; indien er minder wordt gewerkt dan die urenrempel, is sprake van een opdrachtovereenkomst, tenzij expliciet wordt geopteerd voor een arbeidsovereenkomst. Daar waar door partijen keuzes gemaakt (kunnen) worden, zijn die in mijn voorstel bindend. Aldus komt een systeem tot stand waarbij de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht voorop blijft gesteld, maar de rechtszekerheid meer dan thans het geval is, wordt gediend.