

Art. 7:610 BW en de partijbedoeling

PROF. MR. C.J.H. JANSEN EN PROF. MR. C.J. LOONSTRA

In 1997 wees de Hoge Raad het arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997/«JAR» 1997/263; NJ 1998, 149), een arrest dat om meerdere redenen opvallend was. Eén van deze redenen betrof het feit dat de Hoge Raad oordeelde dat de partijbedoeling onderdeel vormt van de kwalificatievraag, namelijk of op grond van art. 7:610 BW wel of geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. In dit artikel stellen wij de vraag of de rechter deze partijbedoeling altijd in aanmerking moet nemen in geschillen over het soort overeenkomst van werk dat partijen hebben gesloten. Deze vraag plaatsen we – alvorens haar (ontkennend) te beantwoorden – in de arbeidsrechtelijke context.

Deze context is die van de bescherming van de werker als sociaaleconomisch zwakke partij tegenover een wederpartij met een machtspositie en een voorsprong in kennis en deskundigheid. De plaatsing van de arbeidsovereenkomst in het BW heeft aan die beschermingsgedachte in geen enkel opzicht afbreuk gedaan. Het is van oudsher gebruikelijk dat de wetgever beschermingsregels in dit wetboek opnam (regels van dwingend recht, vormvereisten, afkoelperiodes, e.d.). Uit de eenheid van het burgerlijke recht vloeit juist voort dat het de taak is van het contractenrecht om een (sociaaleconomisch zwakke) partij te beschermen tegen een onredelijke ongelijke machtspositie bij de totstandkoming van een overeenkomst. Wetgever en rechter behoren op dit punt elkaar onderling aan te vullen.¹ De primaire grondslag van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW was en is ongelijkheidscompensatie, een uitgangspunt dat de auctor intellectualis van ons BW, E.M. Meijers, aan het hele wetboek ten grondslag wenste te leggen: 'Unser Privatrecht soll sozial sein, oder es soll nicht sein.' Volgens Hartkamp is het creëren van waarborgen voor zwakkeren een wezenstrek van het huidige BW.²

In deze bijdrage gaan wij eerst in op de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf Groen/Schoevers. Daarna beargumenteren

wij waarom de door de Hoge Raad geformuleerde partijbedoeling naar onze mening in het genoemde perspectief moet worden gelezen. Na een intermezzo over het leerstuk van de hoedanigheid van contractspartijen komen wij op de partijbedoeling terug. Hoedanigheid ziet op de maatschappelijke positie en de individuele eigenschappen (zoals de deskundigheid, de mogelijkheid tot deskundige bijstand, de machtspositie, de spreidingsmogelijkheid van risico's) van partijen. Er bestaat een duidelijk verband tussen hoedanigheid van contractspartijen en ongelijkheidscompensatie. Partijen behoren een gelijke onderhandelingspositie te hebben bij het sluiten van een overeenkomst. In de een na laatste paragraaf bespreken we enkele recente uitspraken uit de lagere rechtspraak ex art. 7:610 BW waarin naar onze mening (anders dan volgens de betrokken rechters) de partijbedoeling niet behoefde te worden vastgesteld. Ten slotte volgen in de laatste paragraaf enkele afrondende opmerkingen.

De rechtspraak van de Hoge Raad vanaf Groen/Schoevers

Het arrest Groen/Schoevers mag met recht een klassieker op het terrein van het arbeidsrecht worden genoemd. In dit arrest ontvouwde de Hoge Raad op vernieuwende wijze zijn visie op de kwalificatievraag ex art. 7:610 BW. Kort gezegd bevat deze visie twee aspecten. Het eerste heeft betrekking op het feit dat niet één element van de arbeidsverhouding doorslaggevend is, maar dat alle elementen die deze verhouding kenmerken, in gezamenlijk verband moeten worden genomen en beoordeeld (inclusief de maatschappelijke positie van partijen). Later is men dit de 'holistische benadering' gaan noemen.³ Dit aspect laten we in dit artikel

1 Zie A.S. Hartkamp, 'De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht', in: *In het nu, wat worden zal*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk, Deventer: Kluwer 1991, p. 100-102; R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 16-17, p. 246.

2 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. Nieuw BW A1, derde druk, Deventer: Kluwer 2002, nr. 16; C.J.H. Jansen, C.J. Loonstra, 'De eeuw van de Wet op de arbeidsovereenkomst', in: NJB 2007, p. 1657. Zie voorts C.J.H. Jansen, 'De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van ons Burgerlijk Wetboek', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19 (met een beroep op O. von Gierke).

3 Zie voor een volledige behandeling van deze holistische benadering C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *SR* 2005-3, p. 96-102.

verder buiten beschouwing. Het tweede behelst het oordeel van de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag welke overeenkomst van werk partijen hebben gesloten, bepaald wordt door hetgeen hen 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. Het eerste deel van deze regel heeft betrekking op wat in de rechtspraak doorgaans de partijbedoeling is gaan heten. Deze partijbedoeling ('wat stond partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor ogen?') had de Hoge Raad vóór Groen/Schoevers nimmer (zo expliciet) in het kader van art. 7:610 BW onder woorden gebracht.⁴ Tot de datum van verschijning van dit arrest was wel duidelijk dat de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hadden gegeven, voor de kwalificatievraag van belang was. Een voorbeeld waarin die feitelijke uitvoering in combinatie met de partijbedoeling bij de Hoge Raad in beeld was gekomen, is het arrest Agfa/Schoolderman (HR 8 april 1994, «JAR» 1994/94), een arrest waarin niet de kwalificatievraag centraal stond, maar de vraag welke arbeidsvoorwaarden op mevrouw Schoolderman van toepassing waren, gegeven het feit dat zij gedurende een aantal jaren op basis van tijdelijke contracten voor Agfa werkzaam was geweest (met beduidend minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan de vaste krachten), terwijl deze tijdelijke overeenkomsten werden afgewisseld door periodes van uitzendarbeid. De stelling die de werkneemster had ingenomen, luidde dat zij op enig moment werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dus recht had op de arbeidsvoorwaarden die voor deze categorie werkers golden. De Hoge Raad overwoog in dat verband in overweging 3.3:

'Aldus overwegende 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.'

Een soortgelijke overweging schreef de Hoge Raad drie jaar later op, nu met betrekking tot het kwalificatievraagstuk. Dit arrest uit 1997 geeft wel aanleiding tot enkele vragen. De eerste luidt of rechtens eerst dient vast te staan wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan, alvorens de feitelijke uitvoering wordt beoordeeld. Als de rechter op grond van de feitelijke uitvoering al tot het oordeel komt dat partijen op basis van een arbeidsovereenkomst jegens elkaar zijn gebonden, moet hij dan toch eerst de partijbedoeling bij het sluiten van de overeenkomst vaststellen, zo nodig (indien de partijen daarover van mening verschillen) via bewijsvoering? De Hoge Raad

heeft deze vraag in het arrest Diosynth/Groot uitdrukkelijk bevestigend beantwoord.⁵ Derhalve moet de rechter eerst beslissen over de partijbedoeling, terwijl hij daarna op basis van de feitelijke uitvoering dient vast te stellen of – anders dan partijen oorspronkelijk hebben gewild – de wijze waarop aan het contract praktische uitvoering is

De hoedanigheid van partijen is in het arbeidsrecht en de periode daarvóór, zo evident op ongelijkheid gebaseerd, dat die partijbedoeling geen of een veel minder belangrijke rol van betekenis bij de kwalificatievraag zou mogen spelen

gegeven, tot het oordeel leidt dat partijen op grond van een andersoortige werkovereenkomst aan elkaar gebonden zijn. Wezen gaat alleen voor schijn, als de schijn eerst rechtens vaststaat. Dit oordeel geeft aan dat de partijbedoeling in de ogen van de Hoge Raad zonder enige twijfel arbeidsrechtelijk relevant is.⁶ Het spiegelbeeld van Diosynth/Groot doet, getuige het arrest BBO⁷, eveneens opgeld. Staat de partijbedoeling bij het sluiten van de overeenkomst vast, dan kan de rechter een door één van partijen met argumenten betwiste stelling van de andere partij, niet onbesproken laten. Ook dan moet eerst door bewijslevering die feitelijke uitvoering vaststaan, alvorens de kwalificatievraag aan de orde kan komen.

De tweede vraag is wat de precieze verhouding tussen partijbedoeling en feitelijke uitvoering is. In Groen/Schoevers lijkt de Hoge Raad te willen betogen dat de partijbedoeling van meer belang is dan de feitelijke uitvoering. Hij gaf immers aan dat bepalend is hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede gelet op de wijze waarop zij feitelijk uitvoering aan die overeenkomst hebben gegeven. De feitelijke uitvoering lijkt daarmee een aspect van de partijbedoeling te zijn. Of de Hoge Raad dit werkelijk zo heeft bedoeld, kan op grond van het arrest STR/PGGM worden betwijfeld.⁸ In dit arrest gebruikte de Hoge Raad namelijk andere bewoordingen. Hij overwoog in overweging 3.3:

'Het hof heeft derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomene, (...)'

'Niet slechts, maar ook' duidt op gelijkwaardigheid in het juridische gewicht van de aspecten partijbedoeling en feitelijke uitvoering. Wij stellen ons op het standpunt dat de Hoge Raad veel eerder deze gelijkwaardigheid op het oog

4 Enigermate wel in HR 16 september 1994, «JAR» 1994/215 (NN/Woudsend), waarin werd overwogen dat partijen aan de 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. Het woord 'mogelijk' zwakt de noodzaak tot vaststelling van de partijbedoeling opmerkelijk af.

5 HR 10 december 2004, «JAR» 2005/15; «JIN» 2005/52, m.nt. Loonstra.

6 Dat betekent dat een oorspronkelijk bedoelde opdrachtovereenkomst door de praktische uitvoering op enig moment in een arbeidsovereenkomst kan evolueren, maar eveneens dat een oorspronkelijk bedoelde arbeidsovereenkomst door de praktische uitvoering kan worden omgevormd tot een opdrachtovereenkomst.

7 HR 15 december 2006, «JAR» 2007/19; «JIN» 2007/48, m.nt. Houweling.

8 HR 13 juli 2007, «JAR» 2007/231; NJ 2007, 449, m.nt. Verhulp.

heeft dan de boven- en onderschikking van de partijbedoeling respectievelijk de feitelijke uitvoering. Ons eerste argument heeft betrekking op het feit dat naar het oordeel van de Hoge Raad – zoals hiervoor is gebleken – zowel de partijbedoeling (eventueel door middel van bewijslevering) als de feitelijke uitvoering (eveneens zo mogelijk via bewijslevering) vast dienen te staan, alvorens de rechter de kwalificatievraag kan beantwoorden. Ons tweede argument bevat de opstap naar de volgende paragraaf. Dit luidt dat de Hoge Raad bij het centraal stellen van de partijbedoeling (met de feitelijke uitvoering als aspect dat daarmee samenhangt) het traditionele beginsel dat in het arbeidsrecht centraal staat, namelijk de ongelijkheidscompensatie, wel erg veel geweld aan doet. Dat kan volgens ons niet de bedoeling zijn (geweest).

De relevantie van de partijbedoeling

Het arbeidsrecht heeft al meer dan een eeuw het beginsel van de ongelijkheidscompensatie hoog in zijn vaandel (gehad). De werknemer bevindt zich in een zodanig kwetsbare, juridisch en economisch afhankelijke positie ten opzichte van zijn werkgever, dat (vooral) dwingend recht die ongelijkheid (tot op zekere hoogte) compenseert.⁹ Deze ongelijkheid manifesteert zich niet alleen tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, maar uiteraard ook daarvóór (in de precontractuele fase), in die zin dat een werker doorgaans een arbeidsovereenkomst ambieert. Of zijn contractspartij daartoe bereid is, is de vraag. In deze precontractuele fase trekt de werker, naar algemeen mag worden aangenomen, aan het kortste einde als de wederpartij geen arbeidsovereenkomst wenst aan te gaan.¹⁰ De werkverschaffer is uiteindelijk degene die zijn wil aan de werker kan opleggen. Als hij geen arbeidsovereenkomst wenst aan te gaan, zal hij op zijn voorwaarden en onder de vlag van de door hem gewenste overeenkomst met de werker in zee gaan.

Tegen deze achtergrond lijkt het oordeel van de Hoge Raad in Groen/Schoevers dat ter beantwoording van de kwalificatievraag mede van belang is wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, opmerkelijk. Het naar voren schuiven van de partijbedoeling suggereert gelijkheid van de contractspartijen, een uitgangspunt dat aan ons algemene contractenrecht ten grondslag ligt.¹¹ Terecht constateert Verhulp dan ook dat met de introductie van de partijbedoeling het arbeidsrecht meer in de richting van het 'gewone' civiele recht is opgeschoven.¹² De vrijheid van de partijen die tot elkaar in een werkrelatie willen treden,

krijgt met de partijbedoeling namelijk een duidelijk groter accent dan vóór Groen/Schoevers toen die partijbedoeling geen (duidelijk) onderdeel van de kwalificatievraag was. Is dit een gewenste ontwikkeling? Zij die het beginsel van de ongelijkheidscompensatie (nog steeds) een warm hart toedragen, zullen deze vraag ontkennend beantwoorden. De werker dient ook met betrekking tot het antwoord op de vraag of hij met zijn tegenpartij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, gevrijwaard te blijven van een (al te) groot stempel dat de werkverschaffer op het soort overeenkomst kan drukken. Want hoe dan ook, het is de laatste die in feite, als het erop aankomt, eenzijdig kan bepalen hoe die partijbedoeling vorm krijgt. Gelijkwaardigheid in onderhandelingspositie is immers doorgaans niet aanwezig. De hoedanigheid van partijen is in het arbeidsrecht en de periode daarvóór, zo evident op ongelijkheid gebaseerd (een zwakke(re) en een sterke(re) partij), dat die partijbedoeling geen of een veel minder belangrijke rol van betekenis bij de kwalificatievraag zou mogen spelen.

De hoedanigheid van contractspartijen

Het uitgangspunt in het contractenrecht is dat twee volledig geïnformeerde partijen vanuit een gelijkwaardige onderhandelingspositie in alle vrijheid tot wilsovereenstemming kunnen komen. Bij het sluiten van overeenkomsten van werk is deze ideale situatie niet altijd een gegeven. Of er al dan niet sprake is van een gelijke positie, hangt af van – wat civilisten wel noemen – de hoedanigheid van partijen: hun maatschappelijke positie, hun mogelijkheid tot deskundige bijstand, hun deskundigheid enzovoort. Door rekening te houden met de hoedanigheid kan de rechter een van de partijen zo nodig contractenrechtelijke bescherming geven, waardoor bestaande ongelijkheden worden gecompenseerd. In zoverre bestaat er dus een duidelijke koppeling tussen hoedanigheid en ongelijkheidscompensatie. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in arbeidssituaties, in de verhouding tussen werkzoekenden en werkverschaffers. Werkverschaffers hebben een bepaalde machtspositie, beschikken over deskundigheid en deskundige bijstand en kunnen financiële risico's spreiden. Vanuit deze eigenschappen oefenen zij sterke invloed uit op de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst en op wat uiteindelijk als partijbedoeling komt te gelden. Waar de onderlinge positie in kennis, ervaring en deskundigheid tussen werkzoeker en werkverschaffer gelijk is, bestaat er weinig grond voor bescherming. Waar die onredelijk verschilt, moet het contractenrecht de zwakkere partij bescherming bieden tegen de ongelijkheid.¹³

De hoedanigheid van contractspartijen speelt overigens niet alleen een rol bij de kwalificatievraag van het type overeenkomst van werk, maar ook al eerder bij het antwoord op de vraag of überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen. Of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden (met andere woorden wat de partijbedoeling is geweest), hangt af van hetgeen zij over en weer hebben verklaard

9 Vergelijk de afscheidsbundel voor de Leidse hoogleraar M.G. Rood: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997. Zie ook ons stuk 'De eeuw van de Wet op de Arbeidsovereenkomst', in: *NJB* 2007, p. 1257.

10 In de meeste gevallen zal de werkverschaffer niet per se *deze* werker in de organisatie wensen. Als dat wel zo is, heeft deze laatste uiteraard meer onderhandelingsmacht.

11 Uitzonderingen daargelaten, zoals het consumentenrecht en het huurrecht.

12 E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', in *SR* 2005-3, p. 87-95.

13 Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, p. 11-14; p. 243 e.v.

en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. Deze formulering is afkomstig uit het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635).¹⁴ Zij laat alle ruimte om rekening te houden met de maatschappelijke positie en hoedanigheidsaspecten (zoals deskundigheid en ervaring).¹⁵

Vervolg: de relevantie van de partijbedoeling

Het is naar onze mening de vraag of de Hoge Raad in Groen/Schoevers daadwerkelijk heeft gewild dat de partijbedoeling altijd mede een rol speelt bij de vaststelling van het soort werkovereenkomst dat op partijen van toepassing is. En in het verlengde plaatsen wij een vraagteken bij de juistheid van het feit dat de lagere rechtspraak vanaf 1997 nagenoeg altijd bij het beslechten van geschillen over de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst, aanvangt met de stelling dat daarvoor partijbedoeling en feitelijke uitvoering (in onder- of nevenschikking) doorslaggevend zijn.¹⁶

Van belang is vooral dat de casus in het arrest Groen/Schoevers weinig verwantschap vertoont met de 'normale' situatie waarin de kwalificatievraag aan de orde is. Groen was immers reeds jarenlang de 'leading man' in een door hem gerund belastingkantoor die vanuit die positie les ging geven bij het opleidingsinstituut Schoevers. Vanuit deze wetenschap (en startpositie) is te begrijpen en zal niemand betwisten dat Groen een min of meer gelijke onderhandelingspositie had als Schoevers. Zouden zij niet tot overeenstemming zijn gekomen, dan zou Groen 'gewoon' op voltijdse basis in zijn onderneming aan de slag zijn gebleven. Dat dan de partijbedoeling bij het sluiten van de overeenkomst mede een (belangrijke) rol van betekenis heeft, kan nauwelijks een punt van discussie zijn. Het is mede daardoor te begrijpen dat de maatschappelijke positie van partijen in de context van de partijbedoeling moet worden betrokken. Die maatschappelijke positie van Groen was immers zodanig dat hij ten minste een gelijke onderhandelingspositie als Schoevers als werkverschaffer had.¹⁷

Maar, zo zou men kunnen vragen, in de kwalificatie-arresten van de Hoge Raad die na het arrest Groen/Schoevers zijn geweest, werd de partijbedoeling toch eveneens genoemd, bijvoorbeeld in Diosynth/Groot, waarin de acquisitrice bepaald niet tot de 'categorie Groen' kon worden gerekend?¹⁸ Dat mag zo zijn, maar in die arresten was in het cassatiemiddel niet de Hoge Raad voorgelegd, of de vaststelling van de partijbedoeling wel überhaupt een

Het is naar onze mening de vraag of de Hoge Raad in Groen/Schoevers daadwerkelijk heeft gewild dat de partijbedoeling altijd mede een rol speelt bij de vaststelling van het soort werkovereenkomst dat op partijen van toepassing is

rol mag spelen bij de beantwoording van de kwalificatievraag. Daarop lijkt één uitzondering te bestaan, het arrest Beurspromovendi.¹⁹ In dit arrest werd in cassatie gesteld dat de rechtbank (in hoger beroep) de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering niet afzonderlijk en duidelijk heeft vastgesteld en dat daarom het vonnis diende te worden vernietigd. Leest men het (overigens fraai gemotiveerde) vonnis van de rechtbank, dan is er zeker wel grond voor de juistheid van het cassatiemiddel. De rechtbank noemt aan het begin van haar vonnis wel 'vluchtig' de twee aspecten, maar staat in het vervolg nauwelijks bij de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering stil. Zij gaat uitgebreid in op de voorwaarden van art. 7:610 BW en hanteert daarbij de 'holistische benadering', maar daar blijft het bij. De Hoge Raad maakt nientemin korte metten met het geformuleerde middel: de rechtbank heeft de twee aspecten wel degelijk in haar beschouwing betrokken. In onze bewoordingen betoogde daarmee de Hoge Raad dat de partijbedoeling in de situatie van beurspromovendi niet of nauwelijks (en ons inziens terecht) in aanmerking mag worden genomen. Daarmee is Beurspromovendi eerder een bevestiging van onze stelling dan een weerlegging.

Ter verduidelijking van onze stelling gaan wij in de volgende paragraaf in op enkele recente uitspraken waarin de rechter de partijbedoeling uitdrukkelijk in zijn beschouwingen heeft betrokken, maar waarin dat naar onze mening niet noodzakelijk was geweest. Dat zou betekenen dat de

14 HR 5 april 2002, «JAR» 2002/100 (ABN AMRO/Malhi); *ArA* 2002/2, p. 38 e.v. (m.nt. C.J.H. Jansen); C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, derde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 108-109.

15 Asser-Hartkamp 4-II (Algemene leer der overeenkomsten), twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2005, nr. 286a (met een verwijzing naar de omstandigheden van het geval).

16 Zie Loonstra en Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, p. 92 e.v.; C.J. Loonstra, 'Kwalificatie', in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (hoofdred.), *Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009 en de rechtspraak die hierna wordt behandeld.

17 Men zou nog kunnen verdedigen dat uit Groen/Schoevers kan worden afgeleid dat de maatschappelijke positie van Groen – waar uitdrukkelijk naar wordt verwezen – mede bedoeld is om de partijbedoeling invulling te geven. Op basis van de maatschappelijke positie van de werker wordt dan de hoedanigheid van partijen bij de partijbedoeling betrokken. Het pleidooi om op grond van de hoedanigheid van partijen de partijbedoeling niet of nauwelijks een rol te laten spelen, is daarmee overbodig. Om twee redenen lijkt ons deze redenering niet correct. In de eerste plaats wordt de maatschappelijke positie in Groen/Schoevers aan de feitelijke uitvoering van de overeenkomst gekoppeld, een uitvoering die

'holistisch' moet worden beoordeeld. Bij de beoordeling van de feitelijke uitvoering staat de partijbedoeling reeds vast. In de tweede plaats wordt de maatschappelijke positie van Groen genoemd met betrekking tot het oordeel dat hij *niet* op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is geweest. In de door ons verdedigde visie wordt uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor de zwakke(re) partij bij de overeenkomst van werk, die op zichzelf niets 'bedoeld' heeft, maar iets opgedrongen wordt en niet krijgt wat hij wenst, namelijk *wel* een arbeidsovereenkomst. Als dat het geval is, kan ons inziens de partijbedoeling geen of nauwelijks een rol spelen. De feitelijke uitvoering zou overigens altijd nog tot het oordeel kunnen leiden dat geen arbeidsovereenkomst gesloten is. Zie voor een focus op de maatschappelijke positie, G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijk bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

18 Zie noot 6.

19 HR 14 april 2006, «JAR» 2006/119; «JIN» 2006/226, m.nt. Houweling.

rechtspositie van de werker vanwege het ontbreken van de toets aan de partijbedoeling sterker zou zijn geweest dan in de benadering die de betreffende rechters in het kielzog van Groen/Schoevers hebben gekozen. Vanzelfsprekend hoeft dit niet te betekenen dat daarmee ook de uitkomst van de procedure een andere zou zijn geweest. De mogelijkheid daartoe is echter wel degelijk aanwezig.

Bespreking van de lagere rechtspraak

In het afgelopen jaar zijn ruim dertig uitspraken van lagere rechters verschenen over de kwalificatie van het soort overeenkomst van werk, waarin de criteria ex art. 7:610 BW speelden. In negen uitspraken was er sprake van een letterlijke verwijzing naar de formulering in Groen/Schoevers.²⁰ Dit bracht met zich dat de rechters de partijbedoeling centraal stelden en de feitelijke uitvoering als een aspect daarvan behandelden (ondanks de verwijzing in een arrest van het Hof Arnhem (van 23 september 2008) naar de uitspraak van de Hoge Raad in STR/PGGM (HR 13 juli 2007, «JAR» 2007/231), waarin de gelijkwaardigheid van beide aspecten uitgangspunt was). Slechts in twee uitspraken gingen de rechters wel uit van de gelijkwaardigheid van de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst.²¹ In drie uitspraken tot slot spraken rechters alleen over de partijbedoeling.²²

De status van de werkende partij loopt in de zaken sterk uiteen: een 19-jarige kapster, een docent van taal- en cultuurcursussen Italiaans, een deponhouder van te bezorgen kranten en folders, een verrichter van koerierswerkzaamheden, een bankmedewerkster, maar ook een senior financieel adviseur, het hoofd van een administratie en een statutair directeur (tweemaal). Bij de laatste twee functies mag men ervan uitgaan dat er sprake is geweest van een gelijke uitgangs- en onderhandelingspositie.²³ Bij de financieel adviseur en de bankmedewerkster was dit, gelet op de casus, al minder het geval. Wij bespreken in concreto een aantal zaken.

Een eerste geval is de zaak van een 19-jarige kapster. Zij stelde een arbeidsovereenkomst te hebben met een VOF, omdat zij gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uur per maand tegen beloning arbeid heeft verricht. De VOF bestreed dit standpunt en stelde dat de kapster als zelfstandig ondernemster werkzaam was. Zij huurde een kappersstoel van

dinsdag tot en met zaterdag. De kantonrechter te Arnhem overwoog dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten en dat de uitvoering die partijen hebben gegeven aan de huurovereenkomst met deze bedoeling strookte. Daarna behandelde hij de vragen van het formele en het materiële werkgeversgezag. Kapster en VOF hadden duidelijk niet dezelfde uitgangspositie in kennis, ervaring en deskundigheid. Het is de vraag of de kantonrechter zich niet eerst had moeten buigen over de onderhandelingspositie van de kapster en enkele andere hoedanigheidsaspecten en dan pas zich eventueel had moeten uitlaten over de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst. Hij ging aan het einde van zijn uitspraak overigens wel expliciet in op het verschil in machtspositie, maar dat mocht de 19-jarige niet baten. De onervarenheid en de jonge leeftijd van het meisje achtte hij ondervangen door de bijstand van haar ouders, het bezoek aan een boekhouder en de uitvoerige voorlichting door de VOF over de voorgestelde huurovereenkomst en het zelfstandige ondernemerschap. Toch blijven er vraagtekens. Het resultaat van de uitspraak is uiteindelijk niet onbevredigend. Dit heeft meer te maken met de gerechtvaardigheid van de twijfel of voldaan is aan het vereiste van de formele invulling van de gezagsverhouding dan met een zorgvuldige weging van de posities van partijen. Het meisje bepaalde bijvoorbeeld haar aanwezigheid naar eigen inzicht en was vrij om haar eigen producten te gebruiken.²⁴

Schrijnend is het geval van een docent van taal- en cultuurcursussen Italiaans. Deze heeft sinds 1990 op basis van tijdelijke contracten gewerkt voor de organisatie Dante. Het merendeel was mondeling overeengekomen. De docent vorderde voortzetting van zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De kantonrechter ging – zonder overigens te verwijzen naar Groen/Schoevers – in op de partijbedoeling, zoals die naar voren kwam uit een aantal arbeidsovereenkomsten (waarbij hij ‘enige’ betekenis aan de woorden van die contracten wenste toe te kennen). Gelet op de onderlinge positie van partijen en het misbruik dat de werkgever van zijn positie heeft gemaakt, is het beroep op de partijbedoeling een overbodige stap in het redeneerproces van de kantonrechter. Of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, lijkt niet het werkelijke probleem in deze zaak. Het draaide om de vraag of die voor bepaalde of onbepaalde tijd was aangegaan.²⁵

Een bijzonder geval speelde zich af voor het Hof 's-Gravenhage. Een werkneemster kreeg een relatie met de zoon van de werkgever, tevens een werknemer. Na de verbreking van de relatie vorderde de werkneemster/werkster een groot bedrag aan achterstallig salaris, omdat de arbeidsovereenkomst altijd is blijven voortbestaan. Het hof kwam na een letterlijke verwijzing naar Groen/Schoevers tot de slotsom dat uit de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding het kennelijk niet de bedoeling

20 Ktr. Arnhem 7 juli 2008, LJV BE9164; Hof Arnhem 23 september 2008, LJV BH6903; Hof Arnhem 13 januari 2009, LJV BH4601; Hof Amsterdam 3 februari 2009, LJV BH4194; Rb. Leeuwarden 11 maart 2009, LJV BH5952; Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, «JIN» 2009/417; Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2009, «JAR» 2009/144; Hof Leeuwarden 19 mei 2009, LJV BI6144; Hof Leeuwarden 7 juli 2009, LJV BJ1925.

21 Vzngr. Rb. Alkmaar 4 december 2008, LJV BG6060; Sector kanton Rb. Dordrecht, locatie Gorinchem 23 februari 2009, LJV BG3864.

22 Ktr. Utrecht 12 december 2008, «JAR» 2009/31; Rb. Rotterdam 6 april 2009, «JAR» 2009/140; Hof Arnhem 19 mei 2009, LJV BJ4212.

23 Zie in dit verband ook het recente arrest van de Hoge Raad, HR 20 november 2009, LJV BJ8840, waarin de werknemer een statutair bestuurder was. Partijbedoeling en feitelijke uitvoering speelden in dit arrest – terecht – een rol.

24 Ktr. Arnhem 7 juli 2008, LJV BE9164.

25 Ktr. Utrecht (Vzngr.) 12 december 2008, «JAR» 2009/31.

was geweest om werkzaamheden te verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst. In deze zaak ontbreekt aandacht voor de onderlinge positie en deskundigheid van partijen, die naar onze mening gelet op de persoonlijke verhouding tussen partijen met alle mogelijkheden tot informele dwang wel nodig was geweest. Het feit dat werkneemster nooit inkomsten heeft opgegeven in de IB-aangifte zegt weinig zonder rekening te houden met het feit dat beide partijen een relatie hebben gehad. De conclusie van het hof dat werkneemster een meewerkende partner was, wringt daarom volgens ons. Uit de overwegingen van het hof komt overigens niet naar voren dat er een duidelijke en onduidelzinnige instemming van werkneemster is geweest met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden.²⁶

Een interessante zaak is die van een senior financieel adviseur bij het afsluiten van hypotheek en levensverzekeringen. De werknemer heeft op 1 november 2006 zijn arbeidsovereenkomst bij Optima BV opgezegd met terugwerkende kracht tot 25 september 2006. Vanaf laatstgenoemde datum is hij nagenoeg dezelfde werkzaamheden blijven verrichten. De bedoeling was dat hij als franchisenemer verder zou gaan. Dit mislukte. Volgens de kantonrechter moest bij de beantwoording van de vraag hoe de contractuele relatie van partijen moest worden geduid, worden gekeken naar partijbedoeling en de uitvoering van de overeenkomst. Hij kwam tot de slotsom dat de werker zich niet als werknemer van Optima beschouwde, maar als zelfstandige. Hij leidde dit af uit door de werker verstuurd brieven, de poging van de werker om een BV op te richten, de afspraak tussen hem en Optima over de verdeling van de winst, e.d. Bovendien was niet gebleken dat Optima de bevoegdheid had om de werker instructies te geven. Opnieuw heeft volgens ons de kantonrechter verzuimd naar de maatschappelijke positie van partijen en hun onderlinge hoedanigheid te kijken. De werker had nog als werknemer bij Optima een aantal herseninfarcten gehad. Op een gegeven moment wilde hij zijn oude werkzaamheden weer oppakken, maar Optima ging hiermee niet akkoord (mede gestoeld op het feit dat de huisarts en de arbo-arts de werker hadden geadviseerd geen auto te rijden). De werker had vervolgens een gesprek met Optima met betrekking tot zijn verzelfstandiging via de Optima Franchise Formule. Had de werker wel deskundige bijstand in de gesprekken? Waren zijn plannen financieel haalbaar? In welke onderhandelingspositie bevond hij zich? Nergens blijkt dat de kantonrechter bij de kwalificatievraag heeft rekening gehouden met deze gang van zaken en met deze vragen.²⁷

Interessant zijn voorts vier zaken over een aantal vergelijkbare functies: een deponhouder van te bezorgen kranten en folders, een krantenbezorger, een aanbrenner van klanten en een koerier. De deponhouder en de krantenbezorger stelden dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam waren. In beide zaken overwoog de rechter (het Hof Arn-

hem) dat partijen vanaf het begin van hun samenwerking de (uitdrukkelijke) bedoeling hadden een overeenkomst van opdracht (een depotovereenkomst c.q. een distributieovereenkomst) aan te gaan. In beide zaken werd daarnaast opgemerkt dat de gezagsverhouding niet verder strekte dan in een relatie tussen een opdrachtgever en opdrachtnemer ingevolge de art. 7:402 en 403 BW. Ook het feit dat de deponhouder financieel afhankelijk was van Interlanden (de drukker van de kranten), maakte volgens het Hof Arnhem niet dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Hoewel veel ervoor pleit de aangegane overeenkomsten als opdrachtovereenkomsten te kwalificeren, gaat het hof te gemakkelijk voorbij aan de ongelijkheid van partijen in macht, kennis en deskundigheid in de precontractuele fase. Het centraal stellen van de partijbedoeling heeft in de beide zaken ertoe geleid dat de rechtspositie van de werker te eenzijdig is belicht.²⁸

Hetzelfde geldt naar onze mening met betrekking tot de aanbrenner van klanten voor een in Oostenrijk gevestigde fabrikant van tenten. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch bleek – onder gebruikmaking van de criteria uit Groen/Schoevers – uit de overgelegde stukken dat partijen niet de bedoeling hadden gehad een arbeidsovereenkomst te sluiten. Uit de feitelijke uitvoering van de overeenkomst kwam evenmin naar voren dat sprake was van een arbeidsovereenkomst (het overgelegde organisatieschema bevatte geen instructiebevoegdheid of rapportagelij). Toch kan bij de (motivering van deze) uitspraak door het hof vraagtekens worden geplaatst. Uit het feit dat een ‘managementfee’ werd betaald, kan volgens ons niet zonder meer worden afgeleid dat partijen niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten (zoals het Hof 's-Hertogenbosch doet). Over de onderlinge verhouding tussen partijen bij het aangaan van de overeenkomst merkte het hof niets op. Het heeft de gehele precontractuele fase buiten beschouwing gelaten. Dit klemt des te meer, nu de rechtsverhouding tussen partijen nimmer schriftelijk was vastgelegd.²⁹ De machtspositie van de werkverschaffer stond prominent in de schijnwerpers in de zaak van een uitvoerder van koeriersdiensten. Mikropakket weigerde eenvoudigweg koeriers in dienst te nemen, ook al wilde de koerier dat zelf graag wel. Volgens het Hof Amsterdam heeft die onvoldoende gemotiveerd dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst een arbeidsovereenkomst voor ogen hebben gehad. Het hof miskende naar ons oordeel volledig de ongelijkheid van contractspartijen en hun onderlinge hoedanigheid en sanctioneerde zonder meer de toch tamelijk botte opstelling van de werkverschaffer. Het centraal stellen van de partijbedoeling benadeelt in dit geval duidelijk de werker.³⁰

Een laatste, hier te bespreken zaak betrof het geval van een culinair journaliste. Tussen werkverschaffer en werker was geen schriftelijk contract gesloten. De journaliste schreef

26 Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, «JIN» 2009/417.

27 Sector kanton Rb. Dordrecht, locatie Gorinchem 23 februari 2009, LJN BH3864.

28 Hof Arnhem 13 januari 2009, LJN BH4601; Hof Arnhem 19 mei 2009, LJN BJ4214.

29 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2009, «JAR» 2009/144.

30 Hof Amsterdam 3 februari 2009, LJN BH4194.

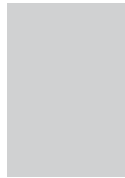
al bijna twintig jaar recepten voor *NRC Handelsblad*. Per 1 januari 2009 zegde de krant de overeenkomst op. De Rechtbank Rotterdam overwoog dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet hadden beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten. Zij hadden namelijk geen arbeidsovereenkomst getekend en er was ook niet gebleken van andere afspraken die op een arbeidsovereenkomst duiden. De werkster was namelijk grotendeels vrij in de wijze waarop zij haar taken mocht uitvoeren. Geldt dit echter niet voor iedere inhoudelijk ervaren journalist? Naar ons oordeel kan de motivering van de rechtbank niet zonder meer het oordeel dragen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, mede gelet op het feit dat de journaliste haar werkzaamheden persoonlijk moest verrichten en zij haar inkomsten in overwegende mate uit haar werkzaamheden voor *NRC Handelsblad* putte.³¹

Afrondende opmerkingen

Gelet op de centrale plaats die aan de hoedanigheid van partijen en de daaraan gerelateerde ongelijkheidscompensatie in het civiele recht en het arbeidsrecht is toegekend, kan de partijbedoeling ('hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan') naar onze mening alleen dan een rol van betekenis bij de kwalificatievraag spelen indien de contractspartijen in kennis, ervaring en deskundigheid (min of meer) elkaars gelijken zijn.


In de zaak Groen/Schoevers zal niemand (kunnen) betwisten dat daarvan sprake was. Daarmee is begrijpelijk dat de Hoge Raad de partijbedoeling zo duidelijk benoemde. Tegelijk moet dit tot gevolg hebben dat die partijbedoeling niet of minder belangrijk is, ingeval die gelijkheid niet kan worden aangenomen. De rechter dient in die situatie de ruimte te worden geboden, aan de hoedanigheid van contractspartijen in het kader van de door hem te nemen beslissing, aandacht te besteden. De (mate van) ongelijkheid tussen partijen weegt dan mee in het oordeel over de kwalificatievraag. De hoedanigheid van partijen wordt niet door de partijbedoeling 'weggeblokt'. Wij kunnen ons niet voorstellen dat de Hoge Raad een andere mening zou zijn toegedaan.

Over de auteur



Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Over de auteur



Prof. mr. C.J. Loonstra is hoogleraar Arbeidsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam en redacteur van dit blad.

31 Rb. Rotterdam 6 april 2009, «JAR» 2009/140.