

ANNOTATIE

# Dwingt de Hoge Raad de CRvB tot een andere benadering van het begrip dienstbetrekking?

*mr. dr. L. van den Berg*

## Inleiding

Sinds 1 januari 2006 heeft de (belastingkamer van de) Hoge Raad het laatste woord over de uitleg van het begrip dienstbetrekking in de werknemersverzekeringen. Met ingang van de genoemde datum is er in de werknemersverzekeringswetten (art. 129d WW, 75m ZW en 116 WIA) een cassatiemogelijkheid geïntroduceerd ten aanzien van uitspraken van de CRvB over het begrip dienstbetrekking in uitkeringszaken. In geschillen over het begrip dienstbetrekking in premiezaken geldt sinds diezelfde datum een fiscale rechtsgang. Het doel van deze overgang naar een (grotendeels) fiscaal regime van rechtsbescherming is het bereiken van een zekere harmonisatie met de fiscale jurisprudentie omtrent het begrip dienstbetrekking in de loonbelasting. In het arrest *De Gouden Kooi* (HR 25 maart 2011, LJN BP3887, RSV 2011/166, m.nt. Van den Berg, J.P.H. Zwemmer, 'Deelname aan televisieprogramma "De Gouden Kooi" leidt tot een privaatrechtelijke dienstbetrekking ondanks tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht', AR 2011-0232, m.nt. J.P.H. Zwemmer) is uitgemaakt dat de civielrechtelijke Groen-Schoeverscriteria van toepassing zijn bij de beoordeling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van de werknemersverzekeringen. Uit het arrest Groen-Schoevers (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149) wordt algemeen afgeleid dat behalve de wijze van uitvoering van de overeenkomst de partijbedoeling ('hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond') een rol speelt bij de beoordeling van de inhoud van een overeenkomst. Tot het arrest *De Gouden Kooi* had de partijbedoeling in de jurisprudentie van de CRvB over het begrip dienstbetrekking nauwelijks betekenis (vgl. CRvB 5 juni 2008, LJN BD3803). De harmonisatie lijkt dus verstrekkender dan de wetgever wellicht had durven dromen. Of toch niet? In dit commentaar ga ik, na een korte uiteenzetting van het *Gouden Kooi*-arrest, aan de hand van een bespreking van het onderhavige 'notarissenarrest' na in hoeverre de Hoge Raad in het notarissenarrest de socialeverzekeringsrechter (en de fiscale rechter) dwingt tot aanpassing van de benadering van het begrip dienstbetrekking, in het algemeen waar het gaat om de rol en invulling van de partijbedoeling en in het bijzonder waar het gaat om de arbeidsverhouding van (directeuren-)aandeelhouders van nv's en bv's.

## Terug in de Gouden Kooi

In het arrest De Gouden Kooi heeft de Hoge Raad de uitspraak van de CRvB over de aanwezigheid van een dienstbetrekking tussen de deelnemster aan en de producent van het televisieprogramma 'De Gouden Kooi' cassatieproof geoordeeld, ondanks de klacht van het UWV dat in die uitspraak geen expliciete aandacht was besteed aan de rol van het door de betrokkenen ondertekende contract, waarin expliciet was opgenomen dat partijen niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Loonstra heeft hieruit geconcludeerd, dat dit kan impliceren dat aan de partijbedoeling in feite slechts lippendienst wordt bewezen (C.J. Loonstra, 'Arbeidsovereenkomst en privaatrechtelijke dienstbetrekking: dezelfde betekenis en uitlegcriteria?', *ArA* 2010/2, p. 94). Een andere vraag die Loonstra opwerpt, is of de partijbedoeling juridisch wel zo relevant is in geval partijen geen arbeidsovereenkomst wensen teneinde daarmee een (meer) in het algemeen belang gewenste situatie te omzeilen. Deze vraag beantwoordt hij ontkennend: volgens Loonstra zijn er goede redenen de partijbedoeling van (veel) minder belang te in gevallen waarin het algemene (publieke) belang in het geding is (Loonstra 2010, p. 95). Hiermee doelt hij waarschijnlijk op het solidariteitskarakter van de werknemersverzekeringen en het bijbehorende uitgangspunt van een verplichte verzekering van rechtswege. Wanneer de bedoeling van partijen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan een rol zou spelen bij de kwalificatievraag, is het gevaar niet ondenkbeeldig dat de 'goede risico's' uittreden. Dit heeft een negatief effect op het draagvlak voor de werknemersverzekeringen. Uitgaande van de uitkomst van het Gouden Kooi-arrest en de opmerking van Loonstra over het in het geding zijnde publieke belang, zou het met andere woorden met die harmonisatie wel eens tegen (of, zo men wil: mee) kunnen vallen. Het notarissenarrest wijst echter in een andere richting.

### **Hof Amsterdam over de notarissen**

Volgens het Hof Amsterdam waren de zogenoemde B-aandeelhouders van een door een nv geëxploiteerde notarispraktijk, die via een zogenaamde aansluitingsovereenkomst met hun persoonlijke holdings voor de nv werkzaam waren, in dienst van die nv. Voor het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de nv en de B-aandeelhouders acht het hof onder meer van belang dat de B-aandeelhouders – anders dan de zogenoemde A-aandeelhouders – geen stemrecht hebben ten aanzien van een aantal belangrijke besluiten, zoals die ten aanzien van overdracht en uitgifte van aandelen in de nv en het aangaan, wijzigen en beëindigen van aansluitingsovereenkomsten. Meer in het bijzonder acht het hof van belang dat de B-aandeelhouders in de AVA geen stemrecht hebben bij het opzeggen van hun eigen aansluitingsovereenkomst. Verder is het volgens het hof van belang, dat de werkzaamheden van de notarissen worden verricht op en vanuit een gezamenlijk pand, waar binnenkomende opdrachten, aan de hand van een daartoe door medewerkers en de directeur opgestelde lijst, onder de verschillende notarissen worden verdeeld. Het hof maakt hieruit op dat de B-aandeelhouders op gestructureerde wijze binnen een organisatorische eenheid opereren. Nu de B-aandeelhouders voorts – anders dan de A-aandeelhouders – een gelimiteerd winstaandeel hebben, recht hebben op een minimuminkomen, de mogelijkheid hebben naar eigen inzicht de werkweek te verminderen en verzekerd zijn van een minimuminkomen van € 60.000 per jaar, is sprake van een ondergeschikte positie ten opzichte van de A-

aandeelhouders. Vanwege deze ondergeschikte positie is volgens het hof sprake van een gezagsverhouding tussen de B-aandeelhouders en (het bestuur van) de nv en daarmee van een dienstbetrekking. Aan de partijbedoeling besteedt het hof in het arrest geen aandacht. Artikel 17 Wet op het Notarisambt, waarin is bepaald dat de notaris zijn ambt niet mag uitoefenen in dienstbetrekking of in enig ander verband waardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt of kan worden beïnvloed, staat volgens het hof niet in de weg staat aan het aannemen van een dienstbetrekking, als aan de elementen van het werknemerschap is voldaan.

### **Vergelijking met directeur-kleinaandeelhouderjurisprudentie**

De benadering die het hof hier kiest, doet denken aan de werkwijze van de CRvB bij de beoordeling van de verzekerings- en premieplicht van de zogenoemde directeur-kleinaandeelhouder. De directeur-grootaandeelhouder van een bv of nv is volgens de CRvB niet in dienst van de bv of nv, omdat de feitelijke macht in de AVA het bestaan van werkgeversgezag en ondergeschiktheid uitsluit (CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21, m.nt. De Jong). In de jurisprudentie speelt het kunnen tegenhouden van het ontslag min of meer als ondergrens van het directeur-grootaandeelhouderschap. Wanneer bijvoorbeeld statutair is bepaald dat voor schorsing en ontslag van directeuren een meerderheid van twee derde van de stemmen nodig is, geldt de directeur met ten minste een derde van de (stemrechten, verbonden aan de) aandelen als directeur-grootaandeelhouder. Van een directeur-kleinaandeelhouder, dus een directeur die kan worden geschorst of ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders, neemt de CRvB als hoofdregel aan dat hij kan worden geconfronteerd met enige vorm van gezagsuitoefening, in het bijzonder in situaties van conflicterende belangen en/of verschillen van inzicht (vgl. CRvB 25 september 2007, LJN BB5284). Een gezagsverhouding wordt alleen afwezig geacht indien 'voldoende materiële indicaties naar voren komen om aan te nemen dat sprake is van het gezamenlijk drijven van een onderneming'. In mijn proefschrift heb ik geconstateerd, dat waar het bij de 'hoofdregel' gaat om de 'juridische' (dat wil zeggen: vennootschapsrechtelijke) mogelijkheid tot schorsing en ontslag, het bij situatie van gezamenlijk ondernemerschap gaat om de 'reële mogelijkheden' die bestaan om de directeur tegen zijn wil te ontslaan (L. van den Berg, *Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 244-246). Bij deze beoordeling spelen niet alleen de vennootschapsrechtelijke, maar ook de persoonlijke, financiële en contractuele banden met de andere aandeelhouders een rol. De CRvB heeft bij mijn weten in niet meer dan een handvol uitspraken gezamenlijk ondernemerschap aanvaard. Het enkele bezit van het bedrijfspand door de minderheidsaandeelhouder of uitsluitend het verstrekken van persoonlijke borgstellingen aan crediteuren van de vennootschap is niet voldoende om voorbij te gaan aan de 'juridische verhoudingen' (CRvB 26 februari 2004, USZ 2004/143). Ook het bestaan van een stemovereenkomst tussen de aandeelhouders, bijvoorbeeld inhoudend dat de aandeelhouders zich verplichten tegen te stemmen bij het voorstel tot ontslag van een van de directeuren, leidt op zichzelf niet tot gezamenlijk ondernemerschap, ook niet wanneer overtreding van zo'n stemovereenkomst resulteert in een

aanzienlijke boete (CRvB 25 mei 2000, RSV 2000/192 m.nt. A.E.J.M. Gielen). Gelet hierop, heeft de leer van het gezamenlijk ondernemerschap weinig praktische betekenis en komt bij de beoordeling van directeuren zeer zwaarwegende betekenis toe aan de 'juridische (aandelen-)verhoudingen in conflictsituaties'.

In mijn proefschrift heb ik geconstateerd, dat de wijze waarop ten aanzien van de directeur-kleinaandeelhouder tot de aanwezigheid van een gezagsverhouding wordt geconcludeerd, afwijkt van de gangbare benadering van de gezagsverhouding door de CRvB (Van den Berg 2010, p. 403). Binnen de gangbare benadering van de CRvB wordt onder meer gelet op de aard van het werk, de wijze waarop en de voorwaarden waaronder dit wordt verricht, alsmede de organisatorische inkadering daarvan. Wanneer het ontbreken van zeggenschap over schorsing en ontslag van werkers het doorslaggevende criterium zou zijn voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding, zou dat een aanmerkelijke verruiming van de personenkring van de werknemersverzekeringen betekenen. Het zou naar mijn mening navolging verdienen, dat nadat is vastgesteld dat een directeur-aandeelhouder niet in staat is zijn ontslag tegen te houden (dus: niet als directeur-grootaandeelhouder kwalificeert), aan de hand van de gangbare criteria na te gaan of van een gezagsverhouding sprake is.

### **Het oordeel van de Hoge Raad**

Na het uitstapje naar de directeur-kleinaandeelhoudersjurisprudentie, keer ik terug naar het oordeel van de Hoge Raad omtrent de notarissen. Ten eerste geeft de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 luid en duidelijk aan, dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijk bestaande rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig ook die welke eerst blijken bij de uitvoering van de overeenkomst. De Hoge Raad vervolgt het arrest met de overweging, dat het hof bij de beoordeling van de bedoeling van partijen ten onrechte niet (kenbaar) de aard van het notarisambt en de daarmee samenhangende positie van notarissen in het maatschappelijke verkeer in zijn oordeel heeft betrokken.

In zijn uitspraak geeft het hof er bovendien geen blijk van, dat het rekening heeft gehouden met alle omstandigheden die de rechtsverhouding van partijen bepalen, met name die in een andere richting dan een arbeidsovereenkomst wijzen. Bovendien blijkt uit 's hofs uitspraak niet in welk opzicht de in de uitspraak opgesomde omstandigheden op een gezagsverhouding wijzen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar (onderdelen 8.7. en 8.8 van) de conclusie van A-G Ballegooijen. Verder kan volgens de Hoge Raad niet op voorhand bijzonder zwaarwegende, laat staan doorslaggevende betekenis worden toegekend aan de omstandigheid dat de B-aandeelhouders geen stemrecht hebben ter zake van het opzeggen van hun aansluitingsovereenkomsten met de nv. Daarbij verdient volgens de Hoge Raad opmerking, dat de opzegging van een aansluitingsovereenkomst tussen rechtspersonen niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met het ontslag van een werknemer.

Hieronder ga ik allereerst in op de rol en de invulling van de partijbedoeling door de Hoge

Raad en de consequenties hiervan voor de jurisprudentie van de CRvB. Vervolgens becommentarieer ik de verwijzing van de Hoge Raad naar de onderdelen 8.7 en 8.8 van de conclusie van de A-G en bespreek ik de overwegingen van de Hoge Raad over het ontbreken van stemrecht ten aanzien van de aansluitingsovereenkomsten.

### **De rol en invulling van de partijbedoeling**

Uit dit arrest kan in de eerste plaats worden afgeleid dat bij de vaststelling van de partijbedoeling niet het etiket, maar de (afspraken omtrent de) de werkelijke contractsinhoud bepalend is. Dat is goed nieuws. De eerder door Loonstra geconstateerde bezwaren tegen het meewegen van de partijbedoeling zijn hiermee vanuit het perspectief van de bescherming van het draagvlak van de werknemersverzekeringen, waarbij een menging van goede en slechte risico's essentieel is, voor een groot deel weggenomen. In de tweede plaats is opvallend, dat het hof hier – anders dan de CRvB in het Gouden Kooi-arrest – op de vingers wordt getikt voor het niet in zijn oordeel betrekken van de bedoeling van partijen. Bij de vaststelling daarvan, zo leert de Hoge Raad in dit arrest, had het hof aandacht dienen te besteden aan de aard van het notarisambt en de daarmee samenhangende maatschappelijke positie van notarissen.

De vraag rijst of uit dit arrest dwingend volgt, dat de (socialeverzekerings- en fiscale) rechter voortaan de partijbedoeling uitdrukkelijk in zijn overwegingen meeneemt. Dat de CRvB dit ook sinds het Gouden Kooi-arrest niet altijd doet, volgt bijvoorbeeld uit een uitspraak omtrent de omzetting van een arbeidsovereenkomst met een schoonmaker in een overeenkomst van opdracht (CRvB 14 december 2011, LJN BV8832). In de uitspraak verwijst de CRvB keurig naar de Groen-Schoeverscriteria, maar komt uitsluitend met een verwijzing naar de wijze van uitvoering tot de conclusie dat een gezagsverhouding aanwezig is. Het is mijns inziens niet ondenkbaar, dat deze uitspraak, door het ontbreken van uitdrukkelijke aandacht aan de partijbedoeling, de toets der kritiek in cassatie niet zou doorstaan.

Bovendien is het de vraag of de CRvB bij de vaststelling van wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond wel uitging van de 'werkelijke partijbedoeling'. Zo volgde naar het oordeel van de CRvB reeds uit de omstandigheid dat partijen zulks uitdrukkelijk (schriftelijk) waren overeengekomen, dat de 'freelance' weg- en waterbouwers niet hadden beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten (zie: CRvB 25 november 2011, USZ 2012/14). De CRvB ging dus uitsluitend af op het etiket dat partijen op hun rechtsverhouding hebben geplakt. Dat is, gelet op de uitdrukkelijke instructie van de Hoge Raad om de werkelijk bestaande rechten en verplichten te onderzoeken, mogelijk te kort door de bocht.

### **Verhouding tot het bestuur of de A-aandeelhouders bepalend?**

De A-G brengt in onderdeel 8.7 en 8.8 verschillende bezwaren naar voren tegen de redenering van het hof, waarvan ik er één uitlicht. Voor hem is het oordeel van het hof dat de wijze waarop de B-aandeelhouders ten opzichte van het bestuur opereren een omstandigheid die wijst op gezag, onbegrijpelijk. Volgens de A-G is de beslissende vraag of het bestuur verantwoording aflegt aan de AVA. Zo ja, dan ligt het hoogste gezag namelijk bij de AVA, die

bepaalt immers het beleid van de vennootschap. Nu de B-aandeelhouders over een hele reeks onderwerpen (door middel van goedkeuring van besluiten van het bestuur) meebeslissen over het beleid van de nv, legt het bestuur voor dat beleid ook rekening en verantwoording af aan de B-aandeelhouders en kan volgens de A-G in zoverre niet worden gezegd dat zij onder gezag van het bestuur werkzaam zijn. Doorredenerend heeft deze argumentatie ogenschijnlijk als consequentie, dat iedere werker die aandelen heeft in de onderneming en uit dien hoofde bevoegd is goedkeuring te verlenen aan besluiten van het bestuur van de vennootschap, niet werkzaam is in een gezagsverhouding tot die vennootschap. Dat dit waarschijnlijk niet zijn bedoeling is, volgt uit het gebruik van de toevoeging 'in zoverre', hetgeen impliceert dat de A-G nog wel ruimte ziet voor het aannemen van een gezagsverhouding ten opzichte van (B-) aandeelhouders. Desalniettemin heb ik bezwaren tegen de redenering van de A-G. In mijn ogen weigert de A-G hier een onderscheid te maken tussen de verschillende petten van de B-aandeelhouders. Behalve als deelgenoot van de AVA, zijn de B-aandeelhouders (weliswaar via een aansluitingsovereenkomst met hun persoonlijke holding) als notaris voor de nv werkzaam. De gezagsuitoefening over werknemers vindt volgens artikel 24.1 van de statuten van de nv plaats door het bestuur. Nu de B-aandeelhouders geen overheersende stem hebben in de AVA, zie ik niet in dat gezagsuitoefening van het bestuur over de B-aandeelhouders is *uitgesloten*. Uiteraard is die enkele constatering onvoldoende voor het oordeel, dat een gezagsverhouding *aanwezig* is. Iets soortgelijks kan mijns inziens echter worden gezegd voor de in onderdeel 9.2 en 9.3 uiteengezette slotsom van de A-G, dat gelet op de ondergeschikte positie van de B-aandeelhouders in de AVA, onder meer tot uiting komend in de omstandigheid dat zij niet mogen stemmen over het wijzigen en beëindigen van de aansluitingsovereenkomsten, de B-aandeelhouders werkzaam zijn in een gezagsverhouding. In lijn met mijn in onderdeel 4 van dit commentaar uiteengezette kritiek op de wijze waarop de CRvB tot de aanwezigheid van een gezagsverhouding ten aanzien van de directeur-kleinaandeelhouder, ligt het mijns inziens voor de hand, om nadat is vastgesteld dat de B-aandeelhouders geen overheersende zeggenschap in de (AVA van de) vennootschap hebben, aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden te onderzoeken of zij bij het uitoefenen van hun werkzaamheden als notaris aan het gezag van de (AVA of het bestuur van de) vennootschap zijn onderworpen.

Of de Hoge Raad mijn zienswijze deelt, is niet helemaal duidelijk. De Hoge Raad overweegt weliswaar dat niet op voorhand bijzonder zwaarwegende, laat staan doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aan de omstandigheid dat de B-aandeelhouders geen stemrecht hebben ter zake van het opzeggen van hun aansluitingsovereenkomsten met de nv, maar het is de vraag wat de betekenis is van de toevoeging, dat *daarbij* opmerking verdient dat de opzegging van een aansluitingsovereenkomst tussen rechtspersonen niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met het ontslag van een werknemer. Het is niet ondenkbaar, dat het de Hoge Raad er uitsluitend om gaat, dat het hof niet uitdrukkelijk heeft gemotiveerd waarom er aanleiding was door (de contracten tussen de nv en) de holdings van de B-aandeelhouders heen te kijken.

**Tot slot**

Het notarissenarrest maakt duidelijk, dat de CRvB en de gerechtshoven er bij de beoordeling van de verzekerings- en premieplicht goed aan doen de partijbedoeling expliciet in hun overwegingen te betrekken. Nu het bij de vaststelling van de partijbedoeling niet gaat om het etiket dat partijen op hun rechtsverhouding hebben geplakt, maar om de (onder meer uit de maatschappelijke positie van de werker en de uitvoering van de arbeidsverhouding blijkende) werkelijk beoogde contractsinhoud, hoeft zulks niet te leiden tot een wijziging van het uiteindelijke oordeel over de kwalificatie van de arbeidsverhouding.

In hoeverre het notarissenarrest korte metten maakt met de opvatting dat bij het oordeel dat een (directeur-)aandeelhouder in een gezagsverhouding tot een nv/bv werkzaam is, (vrijwel) doorslaggevende betekenis toekomt aan het ontbreken van zeggenschap over het ontslag van de (directeur-)aandeelhouder, is nog de vraag. Naar mijn mening zijn er evenwel goede redenen bij de beoordeling van de gezagsverhouding van deze groep werkers alle relevante feiten en omstandigheden van het geval, waaronder (behalve de partijbedoeling en de maatschappelijke positie) de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden verricht in de beoordeling te betrekken.