

ANNOTATIE

De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht

prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie bij Hoge Raad, 06-11-2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (AR-2020-1345)

1. Inleiding

Vrijdag 8 november 2019 ging kort na 10 uur de kersverse beschikking van de Hoge Raad in de *Xella*-zaak 'viral'.^[1] Een jaar later is het wederom raak in de eerste week van november. Op 6 november wees de Hoge Raad arrest in de *X/Gemeente Amsterdam*-zaak (ook wel bekend als de 'IOAW'-zaak, ECLI:NL:HR:2020:1746). Centraal stond de vraag of en op welke wijze de 'bedoeling van partijen' een rol speelt bij de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW. De Hoge Raad is hierover duidelijk: 'Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.' Binnen 'no time' was in en op allerlei (sociale) media te lezen dat de Hoge Raad 'een bom legt onder de arbeidsmarkt', 'zzp'ers massaal in dienst van opdrachtgever laat zijn' en '*Groen/Schoevers* ingrijpend herziet'.^[2] Een belangrijke oorzaak van alle aandacht voor deze uitspraak is de op 17 juli 2020 gepubliceerde zeer uitgebreide conclusie van A-G De Bock.^[3] De Bock pleitte in die conclusie voor (1) (meer) aansluiting bij het Europese werknemersbegrip, (2) een nieuw criterium voor de gezagsverhouding (te weten: 'inbedding in de organisatie'), (3) het loslaten van de 'persoonlijke verplichting' arbeid te verrichten (om zo met name platformwerkers en werkers in sectoren waar de persoon van de werker er niet toe doet meer te beschermen), (4) afscheid van de holistische wegging en (5) een herijking (of beter een herwaardering) van *Groen/Schoevers* wat de partijbedoeling betreft. Tja... met zo'n conclusie gaat er natuurlijk iets borrelen in arbeidsrechtland en is de hype snel daar. Maar... is *X/Gemeente Amsterdam* werkelijk zo'n November Rain of niet meer dan een storm in een glas water?

2. *X/Gemeente Amsterdam*: de feiten

Wat was er ook alweer aan de hand? De zaak laat zich als volgt samenvatten. Een uitkeringsgerechtigde is sinds *november* 2009 werkloos en ontvangt vanaf 2012 een IOAW-uitkering. In april 2014 is zij via het Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren zogenoemde ‘plaatsingswerkzaamheden’ gaan verrichten voor de duur van zes maanden als servicedeskmedewerker bij de gemeente Amsterdam. De plaatsing is met nog eens zes maanden verlengd. Zij kreeg niet betaald voor de werkzaamheden, maar behield haar IOAW-uitkering. Daarnaast ontving zij een zogenoemde ‘stimuleringspremie’ omdat zij voldoende had meegewerkt aan het participatietraject (een bedrag van € 231,20 voor periode I en € 233,90 voor periode II). Volgens de uitkeringsgerechtigde is zij al die tijd werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst en heeft zij recht op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon met toebehoren als bedoeld in artikel 7:617 BW. De kantonrechter en het hof hebben de vorderingen afgewezen. Het hof heeft daarbij – onder meer – ‘grote betekenis toegekend’ aan de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de WWB en Participatie alsook de bedoeling van partijen om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. Bovendien ontbrak het element ‘loon’, nu de IOAW-uitkering inclusief de stimuleringspremie niet als tegenprestatie ter zake van de bedongen arbeid kon worden gezien.

3. X/Gemeente Amsterdam: oordeel Hoge Raad

In cassatie klaagt de uitkeringsgerechtigde over een flink aantal onderdelen van het arrest van het hof. Ik beperk mij tot de klacht die ziet op de partijbedoeling. De Hoge Raad oordeelt daarover als volgt.

‘3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie).

3.2.4 Uit het hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3 overwogene volgt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof voor de kwalificatie van de overeenkomst

mede van belang heeft geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De klacht is in zoverre gegrond. Dit kan echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers ook beoordeeld of uit de door partijen overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen volgt dat de tussen hen gesloten overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, en die vraag ontkennend beantwoord. De tegen dat oordeel gerichte klachten falen, zoals volgt uit 3.1.2 hiervoor en 3.3.2 en 3.4 hierna.'

Kort en goed legt de Hoge Raad uit dat twee vragen moeten worden onderscheiden. Eerst moet op basis van het *Haviltex*-criterium worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen over en weer zijn aangegaan. Daarbij speelt de partijbedoeling vanzelfsprekend een (belangrijke) rol. Als eenmaal die rechten en verplichtingen zijn vastgesteld, dient de rechter te beoordelen of en zo ja aan welke benoemde overeenkomst, de overeenkomst voldoet. Bij deze kwalificatiefase doet het oogmerk van partijen niet ter zake.[4]

Oftewel, de vraag 'hebben partijen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht beoogd' is rechtens niet relevant. De vraag of partijen beoogden een beloning overeen te komen voor de geleverde arbeid danwel beoogden in volledige vrijheid of juist onder leiding en toezicht van de wederpartij arbeid te verrichten is een rechtens relevante 'uitlegvraag'.

4. We doen het al 23 jaar goed fout

4.1 Groen/Schoevers: waar ging het eigenlijk om?

Hoe verhoudt *X/Gemeente Amsterdam* zich tot *Groen/Schoevers*? Voor het antwoord op die vraag moeten we terug naar november 1997, het arrest *Groen/Schoevers*.^[5] Iedereen kent deze klassieker van het arbeidsrecht. Toch is het soms goed je klassiekers opnieuw te lezen. Want waar ging het geschil in de kern over bij de Hoge Raad? De rechtbank overwoog in r.o. 7:

'Vast staat dat tussen partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, zoals – gelijk Schoevers onweersproken heeft gesteld – gebruikelijk, is opgemaakt. Of niettemin sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin der wet zal daarom aan de hand van de gestelde en gebleken feiten en/of omstandigheden moeten worden beoordeeld. De rechtbank zal daarbij *doorslaggevende betekenis toekennen aan de vraag of partijen de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd.*'

In cassatie klaagt Groen dat

'de Rechtbank aldus ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst, een kwestie van uitleg waarbij de partijbedoeling een prominente rol speelt, en anderzijds de kwalificatie van het overeengekomene, waarbij de bedoeling van partijen geen, althans geen doorslaggevende, rol speelt.'

Zie hier een-op-een de rechtsoverweging van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam*.

De advocaat-generaal (De Vries Lentsch-Kostense) concludeerde dat het cassatieberoep faalde.

‘Uit de bestreden overwegingen van de Rechtbank blijkt geenszins dat de Rechtbank niet ervan is uitgegaan dat aan de hand van objectieve criteria, waaronder met name het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding, moet worden beoordeeld of een tussen twee partijen gesloten overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Dat de Rechtbank in haar gewraakte rechtsoverweging 7 vooropstelt dat zij aan de partijbedoeling doorslaggevende betekenis zal toekennen, kan worden verklaard door de omstandigheid dat de rechtsstrijd in casu ook betrof de vraag tussen welke partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, tussen Schoevers en Groen dan wel tussen Schoevers en de vennootschap (vertegenwoordigd door Groen). Met name bij de beantwoording van de in dat kader belangrijke vraag of de betalingen van Schoevers aan de vennootschap konden worden aangemerkt als betalingen (van loon) aan Groen in privé, kon de Rechtbank doorslaggevende betekenis toekennen aan de bedoeling van partijen gerelateerd aan de omtrent die betaling vaststaande feiten.’

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat uit de bedoeling van partijen duidelijk bleek dat er een overeenkomst tussen Groen Belastingadviseurs CV (en niet Groen in persoon) en Schoevers BV tot stand was gekomen. In r.o. 9 oordeelde de rechtbank dat uit de vaststaande feiten als (1) door de vennootschap verstuurd facturen met btw, (2) het niet inhouden van premies door Schoevers, (3) het niet toepassen van de Arbeidsvoorwaardenregeling van Schoevers op Groen, (4) het niet bijdragen in de ziektekostenverzekering, pensioenregeling en aanvullende betalingen en (5) het evenmin betalen van vakantiebijslag en loon tijdens ziekte en (6) het feit dat nooit is geprotesteerd tegen deze gang van zaken, blijkt dat geen sprake was van loon in de zin van een door Groen als werknemer uit hoofde van een tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst bedongen tegenprestatie en dat uit het handelen van partijen kan worden afgeleid dat zij een dergelijke beloning op grond van een arbeidsovereenkomst ook niet hebben beoogd. De rechtbank voegt daaraan nog toe dat de overeengekomen wijze van betaling tot stand was gekomen op initiatief van Groen, terwijl – naar vaste jurisprudentie – een werkgever het recht ontbeert om achteraf niet ingehouden loonbelasting en sociale verzekeringspremies alsnog op de werknemer te verhalen.

Kortom, de rechtbank oordeelde dat op basis van hetgeen partijen waren overeengekomen (de *Haviltex*-fase), het element ‘loon’ ontbrak en derhalve geen sprake kon zijn van arbeidsovereenkomst (de kwalificatiefase). Het loon ontbrak omdat was afgesproken dat Schoevers aan de vennootschap van Groen betaalde en dat die betaling niet aan Groen in persoon werd gedaan. De omstandigheden zoals hierboven genoemd, bevestigden die afspraak.

4.2 Groen/Schoevers: oordeel Hoge Raad

Maar wat oordeelde de Hoge Raad ook alweer? Rechtsoverweging 3.4 uit *Groen/Schoevers* luidt als volgt:

‘De Rechtbank heeft blijkens rov. 6 van haar vonnis als de centrale vraag in deze zaak beschouwd of tussen partijen een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1637a (oud) BW heeft bestaan.

De Rechtbank heeft, nu – anders dan bij Schoevers bij het sluiten van arbeidsovereenkomsten gebruikelijk – geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is opgemaakt, deze vraag beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, *waarbij zij doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd*. Hiermee heeft de Rechtbank kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.’
[cursivering ARH]

Veel auteurs hebben uit deze rechtsoverweging afgeleid dat de partijen een zekere autonomie hebben te kiezen voor een arbeidsovereenkomst of niet. De Asser spreekt in dit verband van ‘wat partijen hebben beoogd bij de kwalificatievraag’.[6] In gelijke zin Van der Grinten[7] en Houweling c.s. in *Arbeidsrechtelijke Themata*. [8] Verhulp plaatste *Groen/Schoevers* in de algemeen civielrechtelijke trend dat naarmate partijen minder bescherming behoeven er ook minder aanleiding is die bescherming (toch) op te leggen. Binnen de bandbreedte van de ‘maatschappelijke positie en feitelijke uitvoering’ kunnen partijen hun beschermingsarrangement kiezen.

‘Om (te) kort te gaan: als de opdrachtgever geen arbeidsovereenkomst heeft willen sluiten, en de opdrachtnemer weet welke gevolgen dat heeft, kan dat, hoewel de wijze waarop aan de overeenkomst inhoud is gegeven ook voldoet aan de elementen van een arbeidsovereenkomst, tot de conclusie leiden dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is.’

aldus Verhulp.[9] Er was ook van meet af aan kritiek op deze ‘vrijwilbenadering’ van de Hoge Raad. Zou de centrale positie van de partijbedoeling bij nota bene de kwalificatievraag geen uitholling van de arbeidsrechtelijke bescherming opleveren?[10] Verhulp heeft zich later bij dit kritische kamp aangesloten en in de zojuist geciteerde rechtsoverweging de juiste uitleg van de Hoge Raad gevonden. Het gaat er immers niet om welke kwalificatie partijen aan hun overeenkomst geven, maar hoe de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen moeten worden gedeut.[11] Ook in *Groen/Schoevers* staat de tweefasenleer (uitleg overeenkomst – kwalificatie overeenkomst): ‘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.’ Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat mede vanwege de ongebruikelijke beloningsvorm (facturen + btw), het oordeel van de rechtbank dat geen loon in de zin van artikel 7:610 BW tot stand was gekomen niet

onjuist is.[12] Kennelijk hadden partijen gewoon niet beoogd af te spreken dat er tegenover de arbeidsprestatie van Groen een loonverplichting jegens Groen ontstond (maar wel jegens de vennootschap).

4.3 Stoorzender of slechte luisteraar?

In de uitspraak van 6 november 2020 spreekt de Hoge Raad van ‘Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers *wel is afgeleid*, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.’ Deze overweging komt toch een beetje over als: ‘U heeft eigenlijk al 23 jaar niet goed naar mij geluisterd. Ik leg het nog een keertje uit.’

Bij communicatie gaat het om zenden en ontvangen. Het is niet zo dat tussen 1997 en 2020 nooit meer een kwalificatievraag aan de Hoge Raad is voorgelegd. En om nu te stellen dat de formulering van de Hoge Raad altijd vrij consistent en eenduidig is geweest...

Ik noem een drietal voorbeelden. Allereerst *Diosynth*.^[13] In de kern kwam die zaak neer op de vraag of de partijbedoeling relevant is, als uit de feitelijke uitvoering blijkt dat (mogelijk) sprake is van een arbeidsovereenkomst. In r.o. 3.5 overweegt de Hoge Raad:

‘Indien de rechtbank met haar overweging dat “door [verweerster] (...) gemotiveerd (is) betwist dat zij heeft beoogd een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten” heeft bedoeld dat deze enkele betwisting meebrengt dat de partijbedoeling niet ter zake dienend is voor de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst, zodat het door *Diosynth* aangeboden bewijs niet tot beslissing van de zaak kan leiden, heeft zij van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. *Wanneer immers beide partijen*, zoals *Diosynth* in hoger beroep gemotiveerd heeft gesteld, bij het aangaan van de tussen hen gesloten acquisitie-overeenkomst *hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, is dat van belang - zij het niet zonder meer beslissend - voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.*’ [cursivering ARH]

Deze overweging is moeilijk anders uit te leggen dan dat de beoogde kwalificatie (overeenkomst van opdracht) van belang is bij de *kwalificatievraag* van de (arbeids)overeenkomst.

Ten tweede het arrest *Beurspromovendi*.^[14] De rechtbank overwoog (r.o. 7): ‘De rechtbank stelt, voordat zij voormelde vraag beantwoordt, nog voorop dat aan partijen een zekere vrijheid toekomt om hun rechtsverhouding in te richten en dat in die zin rekening moet worden gehouden met de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en met de bedoelingen van partijen (...).’ Bij de Hoge Raad wordt als volgt geklaagd:

‘4.3.2 De klachten van onderdeel 2 en 2.1 komen erop neer dat de rechtbank bij de beantwoording van voormelde vraag in weerwil van die vooropstelling ten onrechte geen rekening heeft gehouden met hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond *en met de kwalificatie die zij zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven.*’ [cursivering

ARH]

De Hoge Raad oordeelt:

‘Het bestreden vonnis bevat niets dat erop wijst dat de rechtbank, in weerwil van hetgeen zij in rov. 7 van haar vonnis heeft vooropgesteld, uit het oog zou hebben verloren dat bij de beantwoording van meergenoemde vraag betekenis toekomt aan hetgeen partijen bij het sluiten van hun overeenkomst voor ogen stond en aan de benaming die zij aan die overeenkomst hebben gegeven. De onderdelen 2 en 2.1 treffen derhalve geen doel.’ [cursivering ARH]

Kortom, kennelijk deed de door partijen beoogde kwalificatie ertoe, zij het niet beslissend.

Een meer recent voorbeeld is *B/Notarissen*.^[15] De Hoge Raad vangt daarin aan met de *Groen/Schoevers*-formule (r.o. 3.3.3). In r.o. 3.4.3 vervolgt hij met:

‘Voor zover het middel betoogt dat de aard en de wettelijke regeling van het ambt van notaris geen andere conclusie toelaten dan dat de wil van partijen niet was gericht op het sluiten van arbeidsovereenkomsten, faalt het eveneens. Uit het hiervoor in 3.3.3 overwogene volgt dat geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig ook die welke eerst blijken bij de uitvoering van de overeenkomst.’ [cursivering ARH]

Het feit dat wordt gesproken van ‘geen doorslaggevende betekenis’ betekent dat kennelijk wel ‘enige betekenis’ aan de kwalificatie toekwam.

Met andere woorden, de Hoge Raad hanteerde zelf ook niet altijd een even scherp onderscheid in uitlegfase en kwalificatiefase. Dus of de rechtspraak dit verkeerd heeft afgeleid uit *Groen/Schoevers*... komt wellicht mede door wat ‘ruis’ op lijn van de zender. [16]

5. Semantiek of koerswijziging?

De partijbedoeling speelt geen rol bij de kwalificatie, maar wel bij de daaraan voorafgaande vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Betekent dit niet dat we voortaan nog meer dan voorheen de nadruk leggen op ‘wat partijen beoogden overeen te komen aan rechten en verplichtingen’ *opdat* in de kwalificatiefase er een bepaalde gewenste uitkomst ontstaat? En als het antwoord ‘ja’ luidt, dan is er in die zin toch niet veel nieuws onder de zon? Althans, de uitkomst is en blijft hetzelfde. In de onderhavige *X/Gemeente Amsterdam*-zaak zien we in r.o. 3.2.4 de zure Pyrrusoverwinning van ‘X’, want hoewel de klacht slaagt, leidt dit niet tot cassatie. Waarom niet? Omdat uit de ‘uitlegfase’ blijkt dat partijen *geen loon* zijn overeengekomen (zie ook hierin de gelijkennis met *Groen/Schoevers* waar het eveneens stuk liep op het loon-element):

‘De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet (de opvolger van de WWB). Uit de wetsgeschiedenis van de Participatiewet volgt dat de

stimuleringspremie is bedoeld als beloning voor de inspanningen die uitkeringsgerechtigden plegen om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Die inspanningen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het volgen van scholing, leerwerktrajecten, taalcursussen, een sollicitatiecursus of het verrichten van arbeid op een participatieplaats. De stimuleringspremie is dus naar de bedoeling van de wetgever niet aan te merken als beloning voor verrichte arbeid. Gelet op het doel van de stimuleringspremie in het algemeen en bij gebreke van omstandigheden die erop wijzen dat in dit geval de stimuleringspremie aan [betrokkene] is betaald als beloning voor haar werkzaamheden, geeft het oordeel van het hof dat de stimuleringspremie die [betrokkene] heeft ontvangen, niet is te beschouwen als loon in de zin van art. 7:610 lid 1 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Ik kan mij zelfs voorstellen dat in een procedure als deze de gemeente Amsterdam zou kunnen plegen dat uit alles blijkt dat een uitkeringsgerechtigde geen *arbeid* verricht in de zin van artikel 7:610 BW. In navolging van het *Logidex-arrest*[17] (arbeidsovereenkomst of stageovereenkomst?) kan dan worden betoogd dat het doel van participatiewerk is gelegen in 're-integratie' en niet een bijdrage te leveren aan het primaire doel van de onderneming. Voor het antwoord op de vraag of partijen *arbeid* zijn overeengekomen, is volgens de Hoge Raad van belang of de werkzaamheden van – in dat geval – de stagiair *naar de bedoeling van partijen* zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair, zulks mede met het oog op de voltooiing van zijn opleiding, dat van een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt voor de andere arbeid te verrichten niet kan worden gesproken. Daaruit volgt dat het erop aankomt of het verrichten van de werkzaamheden van de stagiair in overwegende mate in het belang is van de opleiding die deze volgt.

Gaan we iets verder terug in de tijd dan is *Van de Male/Den Hoedt*[18] een mooi voorbeeld. Hier hebben we toch de 'werkelijke partijbedoeling' nodig om door de arbeidsovereenkomst-alimentatieconstructie heen te prikken? Nee, ook *Van de Male/Den Hoedt* lossen we op in de 'uitlegfase'. De Hoge Raad overwoog immers in r.o. 3.4:

'In dit geval moet ervan worden uitgegaan, zoals het Hof ook heeft vastgesteld, dat partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven in dier voege dat [verweerster] werkzaamheden zou gaan verrichten voor [eiseres] en staat eveneens vast dat [verweerster] nimmer werkzaamheden heeft verricht. De overeenkomst had klaarblijkelijk geen andere strekking dan aan [verweerster] een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen [uitlegfase]. Derhalve bevat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid en behelst zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd [kwalificatiefase].' [cursivering ARH]

De uitspraken laten zien dat de partijbedoeling prima in de *Haviltex*-fase tot eenzelfde uitkomst leidt. Volgens mij is daarmee eerder sprake van een nuance of noem het zelfs semantiek (bedoeling speelt nog steeds een rol, maar in de 'voorvraagfase' (*Haviltex*)), dan van een wezenlijke koerswijziging.

6. Holistische toets blijft

Kunnen we uit *X/Gemeente Amsterdam* afleiden dat de holistische toets wel verloren is gegaan, nu de Hoge Raad toch uitdrukkelijk verwijst naar enkel artikel 7:610 BW? Oftewel, is de binaire benadering van de vier elementen doorslaggevend(er)? Ik lees dat niet in het arrest van 6 november 2020. De vraag waarop antwoord is gegeven had louter betrekking op de rol van de partijbedoeling (zie r.o. 3.2.1). Ik geef toe dat de standaardoverweging van de Hoge Raad ‘dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden bezien.’, in zijn arrest van vrijdag ontbreekt. Maar eigenlijk ontbreekt de gehele standaardoverweging ‘hoe een overeenkomst te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst’. In het *B/Notarissen*-arrest nog overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat van een gescheiden toetsing geen sprake kan en mag zijn.

‘3.5.2. Voor de procedure na verwijzing verdient nog het volgende opmerking. Het Hof heeft weliswaar in onderdeel 4.4 van zijn uitspraak als vaststaand aangenomen dat is voldaan aan ‘twee van de drie voorwaarden voor het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking’, maar een dergelijke gescheiden beoordeling van verschillende elementen van een begripsomschrijving verdraagt zich niet met de hiervoor in 3.3.3 gegeven maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst (vgl. HR 11 februari 2011, nr. 09/01062, LJN BO9673, RvdW 2011/249). Het verwijzingshof zal derhalve ook (de aard van) de dienstverrichting en de wijze waarop de beloning voor die dienstverrichting is vormgegeven (nader) in zijn oordeel dienen te betrekken.’

Vatten we de rechtspraak van de Hoge Raad sinds *Groen/Schoevers* op dit punt samen, dan ontstaat het beeld dat je uit alle feiten en omstandigheden in onderling verband bezien, mede in acht genomen de kennelijke bedoeling van partijen die mede blijken uit de feitelijke gedragingen over en weer in de uitvoering van de overeenkomst, mag identificeren welke afspraken partijen zijn overeengekomen. Die holistische weging van de afspraken moet vervolgens getoetst worden aan artikel 7:610 BW. En ja, artikel 7:610 BW is niet holistisch, maar de invulling van de elementen van artikel 7:610 BW wel.

7.November Rain

November is een maand van reuring. Er gebeurt wat. Presidentsverkiezingen, Lockdown-maatregelen, Feyenoord speelt nog steeds Europees voetbal. In het arbeidsrecht staat november voor belangrijke uitspraken van de Hoge Raad (*Groen/Schoever*, *Van de Grijp/Stam*, *Xella* en nu die *Amsterdammer*).

De vaststelling dat we het kennelijk al ruim 23 jaar ‘fout doen’, is eigenlijk goed nieuws. Want hoewel we het fout doen, doen we het ‘onbewust’ ook goed. We benoemen steeds welke omstandigheden tot de conclusie moeten leiden dat er geen arbeidsovereenkomst is. Bij die benoeming van omstandigheden leggen we de overeenkomst uit, geven we aan de hand van *Haviltex* invulling aan de overeenkomst en leert de Hoge Raad ons ruim 23 jaar dat we daarbij de feitelijke uitvoering mogen betrekken om de ‘werkelijke partijbedoeling’ vast te stellen.[19]

Met deze constatering is de fundamentele kritiek op de rol van de partijbedoeling (zij het nu dan in de *Haviltex*-fase) nog steeds actueel.[20] Wel is het gevolg dat ‘de partijbedoeling’ als zelfstandig element in de kwalificatiefase geen rol speelt, dat de dominantie van de partijbedoeling in de rechtspraktijk (ook in de *Haveltex*-fase) afneemt. Althans, dat is mijn inschatting. Met name feitenrechters zullen deze uitspraak toch opvatten als een correctie op *Groen/Schoevers* en de partijbedoeling minder belangrijk achten.

De verdere terugdringing van de partijbedoeling bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, vindt inmiddels ook gehoor bij het kabinet. In zijn reactie op de rapporten van de commissie-Borstlap en de WRR antwoordt het kabinet:

‘Tegelijkertijd wijst het kabinet er wel op dat de werkende ook met de voorstellen van de Commissie op voorhand nooit 100% zekerheid zal hebben over de aard van de arbeidsrelatie; de kwalificatie van de arbeidsrelatie zal immers – als de werkzaamheden al gestart zijn – aan de hand van feiten en omstandigheden moeten worden vastgesteld.’[21]

8. Storm (in een glas water)?

Is *X/Gemeente Amsterdam* een November Rain of een storm in een glas water? Ik neig naar het laatste dat het eerste gaat inluiden. Immers, de Hoge Raad ‘can only do so much’. Voor de echt fundamentele veranderingen in het arbeidsrecht en op de arbeidsmarkt is herziening van niet alleen *Groen/Schoevers*, maar ons hele stelsel nodig. Dat doe je niet met een paar rechters op een vrijdagochtend in Den Haag, maar dat gaat via de daarvoor democratisch aangestelde vertegenwoordiging en reflectie vanuit de senaat. In die zin verwoordt het kabinet het (aloude) spanningsveld treffend:

‘De analyse en aanbevelingen van de Commissie leggen de spanning bloot tussen het waarborgen van bescherming en een duurzaam socialezekerheidsstelsel enerzijds en het bieden van keuzevrijheid anderzijds. Waar de Commissie enerzijds constateert dat de maatschappelijke roep om keuzevrijheid is toegenomen, beveelt de Commissie tegelijkertijd – vanuit het waarborgen van een duurzaam houdbaar stelsel – aan om, voor de vraag of werk als werknemer of zelfstandige wordt verricht, de bedoeling van partijen (willen werkende en werkgevende dat er werknemerschap ontstaat, of niet?) niet mee te laten wegen. (...) Tegelijkertijd onderkent het kabinet dat verdere politieke stappen nodig zijn om keuzes te maken binnen de inherente afruilen tussen de uitgangspunten van adequate bescherming, een houdbaar stelsel en keuzevrijheid, uiteraard binnen de ruimte die het Europese recht biedt.’

Kortom, de politiek is aan zet. En wellicht dat wij als professionals de politiek een beetje kunnen helpen door gedegen input te leveren hoe zo’n modern arbeidsrecht eruit zou kunnen komen te zien. Vaan, VvA, VJAA en Levenbach (om maar een paar verenigingen te noemen) zouden de armen ineem kunnen slaan en met gecombineerde denkkracht een Wetboek van Werk of Regulering van Arbeid kunnen helpen doordenken.

Het is immers moeilijk de huidige kwalificatiebenadering te blijven verdedigen waarin

semantiek en juristerij de boventoon voeren, als de arbeidsmarkt in een toenemende (Corona)storm belandt. Een keer is de houdbaarheid van de huidige 610-benadering verstreken en zijn beschermingsarrangementen die recht doen aan de pluriformiteit van werkverhoudingen en autonomie van mensen *the way forward*, 'cause....

Nothin' lasts forever

And we both know hearts can change

And it's hard to hold a candle

In the cold November rain

[1] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

[2] Een voorbeeld uit vele: www.nu.nl/economie/6088915/uitspraak-van-hoge-raad-kan-bom-leggen-onder-het-werk-van-schijn-zzpers.html .

[3] ECLI:NL:PHR:2020:698.

[4] Vgl. ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, JAR 2020/52, m.nt. Verhulp.

[5] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

[6] Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/27.

[7] Van der Grinten 2018, p. 9.

[8] A.R. Houweling (red.), *Loonstra&Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

[9] E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *SR* 2005-3, p. 91. Zie hierover ook J.J.M. de Laat, 'Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsverhouding en maatschappelijke positie', *ArA* 2007/1, p. 47.

[10] A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011-5, p. 172.

[11] Zie E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', in: L. Holtus (red.), *Deining*, Liber amicorum mr. dr. J.J.M. de Laat, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 256.

[12] Aardig blijft dat in *Huize Bethesda* de Hoge Raad dit overwoog: 'Met betrekking tot onderdeel 5.6 verdient nog opmerking dat, anders dan het onderdeel aanneemt, er geen rechtsregel bestaat dat voor de vraag of sprake is van loon steeds dient te worden onderzocht of de wijze waarop partijen de tegenprestatie voor de arbeid in hun overeenkomst en feitelijk vorm hebben gegeven, strookt met hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is.' (HR

12 oktober 2001, *JAR* 2001/217 (Huize Bethesda/Van der Vlies)).

[13] HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*).

[14] HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*Beurspromovendi*).

[15] HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.

[16] Zie voor een mooie analyse van de partijbedoeling: P.J. Mauser, 'Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019-45.

[17] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *NJ* 2016/276, m.nt. Houweling.

[18] HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, *JAR* 2003/263.

[19] Zie HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*) en *Van Houdt/BBO*.

[20] Zie Loonstra in *25 jaar Jar*, p. 68-70.

[21] Brief 11 november 2020, De Kabinetsreactie op de Commissie Regulering van Werk en het WRR-rapport 'Het Beter Werk', p. 11-12.