

### **Uit het voorwoord bij de tweeëntwintigste druk (2008)**

In 1943 verscheen van de hand van W.C.L. (Wim) van der Grinten de eerste druk van 'Arbeidsovereenkomstenrecht'. Het boek verwierf zich al snel een toonaangevende plaats in de Nederlandse arbeidsrechtelijke literatuur. Het voorzag bovendien in een bestendige behoefte, getuige de zestien herdrukken die deze auteur tot 1994 verzorgde.

Na het overlijden van Wim in 1994 nam zijn broer J.W.M. (Jos) van der Grinten, op dat moment nog raadsheer in het Gerechtshof te Arnhem, de taak op zich om het boek te bewerken. Onder zijn verantwoordelijkheid verschenen vier herdrukken waarin hij, bijgestaan door de eerste ondertekenaar, naast een gestaag toenemende stroom van arbeidsrechtelijke literatuur en jurisprudentie, grote wetwijzigingen als de invoering van de Vaststellingswet titel 7.10 NBW en de Wet flexibiliteit en zekerheid verwerkte.

De invloed zowel van Wim als van Jos van der Grinten op het boek is onmiskenbaar. (...) Door het boek voortaan 'Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht' te noemen, willen wij het aandeel van beide broers in de ontwikkeling van het boek tot uitdrukking brengen.

### **Voorwoord bij de zesentwintigste druk (2018)**

In de drukken waarvoor W.C.L. van der Grinten tot zijn overlijden in 1994 de eerstverantwoordelijke was, is getracht zo goed mogelijk verslag te doen van de vele en belangrijke ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak betreffende de individuele arbeidsovereenkomst. Alleen al de toename van de omvang van dit boek – in de eerste druk nog slechts zo'n 150 pagina's – reflecteert de ontwikkeling van het vakgebied.

Sinds de verschijning van de 25<sup>e</sup> druk heeft zich een aantal ontwikkelingen voorgedaan die een nieuwe bewerking rechtvaardigden. In de eerste plaats gaf de na de vorige druk gewezen rechtspraak daartoe aanleiding. Veel van de vragen die de in 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid opriep, zijn daarin van (een begin van) een antwoord voorzien. Verder zijn enkele belangrijke wijzigingen in de regelgeving doorgevoerd. Bij wijze van voorbeeld kunnen worden genoemd de introductie van bepalingen in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake meerwerk en de invoering van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Deze en andere ontwikkelingen zijn in deze nieuwe druk verwerkt. De bewerking is afgesloten op 1 juni 2018. Enkele rechterlijke uitspraken van na die datum konden nog in de drukproeffase worden meegenomen.

Amsterdam/'s-Gravenhage

W.H.A.C.M. Bouwens  
R.A.A. Duk  
D.M.A. Bij de Vaate

## INLEIDING

Dit boek beoogt een commentaar te geven op het arbeidsovereenkomstenrecht. Het recht omtrent de arbeidsovereenkomst is maatschappelijk belangrijk. Beroepsmatige arbeid is in belangrijke mate onzelfstandige loonarbeid, al neemt de laatste jaren het aandeel van zogeheten zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) toe. Het boek beperkt zich in hoofdzaak tot een weergave van het geldende recht omtrent de arbeidsovereenkomst.

De wetgeving omtrent de arbeidsovereenkomst is voornamelijk te vinden in het Burgerlijk Wetboek (BW). De uitvoerige wettelijke regeling, met in belangrijke mate dwingend recht, is tot stand gekomen in 1907.<sup>1</sup> Sedertdien is die regeling veelvuldig gewijzigd. Een belangrijke wijziging betrof de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en werd van kracht in 1954. In dat jaar werd onder meer de mogelijkheid tot een redelijkheidstoetsing van opzeggingen in het BW geïntroduceerd.<sup>2</sup> Daaraan voorafging de introductie van een preventieve bestuurlijke toets, vanaf 1945 neergelegd in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).

In het kader van de hercodificatie van het burgerlijk recht (het Nieuw Burgerlijk Wetboek) is de wettelijke regeling thans opgenomen in titel 10 van Boek 7 van het nieuw BW. De Vaststellingswet is 1 april 1997 in werking getreden.<sup>3</sup>

Door de Wet flexibiliteit en zekerheid is de wettelijke regeling in 1999 op een aantal punten opnieuw ingrijpend gewijzigd. In het oog springende onderdelen van deze wetwijziging betroffen de verruiming van de mogelijkheden om opvolgende contracten voor bepaalde tijd te sluiten en het creëren van een bijzondere regeling voor uitzendovereenkomsten.<sup>4</sup> Ook daarna zijn nog verschillende wijzigingen aangebracht. De belangrijkste daarvan, die het systeem van het Nederlandse ontslagrecht ingrijpend hebben gewijzigd, zijn die van de Wet werk en zekerheid. De ontslagrechtelijke bepalingen van die wet zijn per 1 juli 2015 in werking getreden.<sup>5</sup> Daarbij is de bestuurlijke preventieve toets overgeheveld naar het BW.

---

1 Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193. De parlementaire geschiedenis is te kennen uit Bles.

2 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619. Zie uitgebreid over deze wetwijziging: Levenbach.

3 Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406; *Kamerstukken*, 23438. Invoeringswet van 14 november 1996, *Stb.* 1996, 562.

4 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300; *Kamerstukken*, 25263. Zie ook de Reparatiewet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741, *Kamerstukken*, 26257.

5 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216. Zie ook de Verzamelwet SZW 2015 van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504.

De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW is ondanks de grote veranderingen in de sociale verhoudingen en ondanks de gewijzigde inzichten omtrent de plaats van de arbeid van betekenis gebleven. De arbeidsovereenkomst is de juridische basis voor de meerderheid van privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen.

Ook regelingen die niet zijn opgenomen in het BW, maar wel direct van belang zijn voor de verhouding tussen werkgever en werknemer, krijgen in dit boek aandacht. Denk aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de gelijkebehandelingswetgeving, de Wet flexibel werken en de Wet arbeid en zorg.

Alleen het algemene arbeidsovereenkomstenrecht wordt besproken. Bijzondere regelingen, zoals die betreffende de arbeidsovereenkomsten in de zeescheepvaart en in de zeevisserij, blijven buiten beschouwing.

Het boek is in het bijzonder gericht tot hen die in hun dagelijkse praktijk, als advocaat, bedrijfsjurist of medewerker personeelszaken, met arbeidsovereenkomsten hebben te maken. Het bedoelt een gids voor de praktijk te zijn, maar is ook bestemd voor het onderwijs. Voor studenten die het arbeidsovereenkomstenrecht in de masterfase bestuderen, kan het boek een goede leidraad zijn.

Het boek bevat geen artikelsgewijs commentaar, maar volgt in grote lijnen wel de wettelijke systematiek. De in de tekst genoemde wetsartikelen zijn afkomstig uit titel 10 van Boek 7 van het BW, tenzij anders is vermeld.

Om de praktische bruikbaarheid zo groot mogelijk te maken, zijn steeds in voetnoten literatuur en jurisprudentie vermeld. Daarbij moest herhaaldelijk een keuze worden gemaakt. Bij rechterlijke uitspraken die zijn opgenomen in rechtspraakbundels of die in de literatuur uitgebreider aandacht hebben gekregen, wordt vaak tevens de naam vermeld waaronder de uitspraak bekend is geworden of wordt aangegeven wie de partijen waren.

## HOOFDSTUK 1

# De arbeidsovereenkomst

### § 1.1 De overeenkomst

De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst. Het heeft zin dit voorop te stellen, omdat een verbintenis tot het verrichten van arbeid ook op een andere grondslag kan berusten. Zo bestaat geen arbeidsovereenkomst met degene die ingevolge een hem opgelegde werkstraf of in de gevangenis arbeid verricht. Ook de ambtenaarsverhouding valt om die reden niet onder de wettelijke regeling omtrent de arbeidsovereenkomst, nog afgezien van de bijzondere bepaling van art. 615.<sup>1</sup> Kinderen die in de onderneming of in de huishouding van hun ouders werkzaam zijn, kunnen arbeid verrichten niet op grond van overeenkomst, doch uit hoofde van de familiebetrekking.<sup>2</sup> In het kader van een kerkgenootschap of van een religieuze orde of congregatie kan arbeid worden verricht op grond van de band met de instelling.<sup>3</sup>

De arbeidsovereenkomst is gewoonlijk een overeenkomst tussen één werkgever en één werknemer. Pluraliteit van werkgevers en werknemers is echter denkbaar. Het eerste kan zich bijv. voordoen bij een maatschap, het tweede bijv. indien een echtpaar in dienst is genomen en de echtelieden een gezamenlijk takenpakket uitvoeren.<sup>4</sup>

Een bepaalde arbeidsprestatie wordt in de regel op grond van één arbeidsovereenkomst verricht. Het is echter onder omstandigheden niet ondenkbaar dat een werknemer voor dezelfde arbeidsprestatie arbeidsovereenkomsten met verschillende

---

1 HR 29 januari 1926, *NJ* 1926/231. Zodra de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren van 9 maart 2017, *Stb.* 2017, 123 in werking treedt, komt art. 615 te vervallen en zal de grondslag van de arbeidsverhouding van een groot deel van de ambtenaren van rechtswege overgaan van een publiekrechtelijke aanstelling naar een arbeidsovereenkomst, die beheerst wordt door de regels van titel 7.10 BW. Inwerkingtreding wordt verwacht per 1 januari 2020. Zie over deze wetswijziging o.a.: N. Hummel, *ArbeidsRecht* 2017/20; P.R.M. Berends-Schellens, *TvAO* 2017/1, p. 20; M.B. de Witte-Van den Haak, *TAP* 2017/165; B. Barentsen, *TRA* 2018/20.

2 Vgl. HR 27 februari 1952, *NJ* 1953/362.

3 Vgl. HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001/635 (*Bethesda/Van der Vlies*); Rb. Rotterdam (vzr.) 2 september 2008, *JAR* 2008/265 (broeder Rooms-katholieke congregatie). Vgl. ook HR 24 oktober 2014, *JAR* 2014/280 (rechtspositie katholieke broeder).

4 Ktr. Amsterdam 4 oktober 1949, *NJ* 1950/98, bevestigd in Rb. Amsterdam 13 juni 1950, *Arbeid* 1951, 83 (man en vrouw tezamen als conciërge in dienst; bij ontslag van vrouw om dringende reden eindigt ook de arbeidsverhouding met de man). Zie ook Ktr. Amsterdam 24 april 1969, *Prg.* 1970/942; Ktr. Apeldoorn 6 december 1989, *Prg.* 1990/3206 (beloning echtgenote begrepen in maandsalaris bedrijfsleider, twee aparte arbeidsovereenkomsten).

werkgevers heeft gesloten.<sup>5</sup> Zijn met het aangaan van de tweede arbeidsovereenkomst geen andere rechtsgevolgen beoogd dan de werknemer toegang te verschaffen tot zekere voordelen die hij niet reeds op basis van de andere overeenkomst kan genieten, zoals deelname in een pensioenregeling, dan ligt het in de rede dat de beëindiging van laatstgenoemde overeenkomst tevens het einde van de andere ('accessoire') arbeidsovereenkomst impliceert.<sup>6</sup>

De arbeidsovereenkomst is als bijzondere overeenkomst geregeld in titel 10 van Boek 7 van het BW. Op deze overeenkomst zijn in beginsel ook de wettelijke bepalingen omtrent rechtshandelingen (Boek 3 BW) en omtrent verbintenissen en overeenkomsten (Boek 6 BW) van toepassing. Bij veel van de hierna besproken onderwerpen komen dergelijke algemeen civielrechtelijke leerstukken mede aan de orde. Soms hebben de specifiek op de arbeidsovereenkomst betrekking hebbende rechtsregels exclusieve werking. Dat is niet alleen het geval als deze rechtsregels uitdrukkelijk afwijken, maar ook wanneer cumulatieve toepassing van het algemeen vermogensrecht en het arbeidsrecht tot onaanvaardbare resultaten leidt of in strijd is met het systeem of de strekking van de wet.<sup>7</sup>

## § 1.2 Totstandkoming en geldigheid van de overeenkomst

De arbeidsovereenkomst komt, zoals elke overeenkomst, tot stand door wilsovereenstemming, derhalve door aanbod en aanvaarding (art. 6:217).<sup>8</sup> Een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst kan worden herroepen, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid op een andere wijze uit het aanbod volgt (art. 6:219).<sup>9</sup> Herroeping is slechts mogelijk zolang het aanbod nog niet door de wederpartij is aanvaard.<sup>10</sup> Niet uitgesloten is dat een beroep van degene die het aanbod heeft gedaan op het niet tijdig (voordat het werd herroepen) aanvaarden van het aanbod, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In

5 Vgl. HR 27 april 1955, NJ 1955/412 (helper van wasbaas op schip, overeenkomst met wasbaas en met reder). Zie voor de achtergrond van deze (gewrongen) constructie A. Bockwinkel, NJB 1964, p. 1063. Vgl. voorts Ktr. 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5058 (persoonlijk assistent; zowel arbeidsovereenkomst met BV als met directeur in persoon).

6 HR 28 juni 2013, JAR 2013/196 (Pengel/Curaçao); TRA 2013/84, m.nt. Stamhuis; G.W. van der Voet, TvAO 2013/3, p. 103.

7 Kamerstukken II 1996/97, 25426, nr. 1, p. 10; P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, 1993; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss. Utrecht), 1999; Van Slooten, p. 13–36; A.G. Castermans, SR 2002, p. 6; W. Sniijders, NTBR 2001, p. 85 en SR 2002, p. 137; J.J.M. de Laat, in: *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, 2003, p. 311 e.v.; R.M. Beltzer, SR 2004, 2; Y. Konijn, SR 2008, 68.

8 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3102 (cao-verplichting arbeidsovereenkomst aan te gaan, sluit vereiste wilsovereenstemming niet uit); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9045.

9 College van Arbiters van de KNVB 4 juni 2004, JAR 2004/239 (in arbeidsovereenkomst opgenomen optiebeding wordt beschouwd als onherroepelijk aanbod van de werknemer tot verlenging van de arbeidsovereenkomst); H. van Drongelen, *Tijdschrift voor Sport & Recht* 2010/1, p. 1.

10 Vgl. Hof Leeuwarden 20 september 2006, JAR 2006/260 (aanbod tot verlenging van arbeidsovereenkomst niet per ommegaande voor akkoord getekend en geretourneerd; geen nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand gekomen).

zo'n geval komt, hoewel naar de letter niet tijdig is aanvaard, toch een arbeidsovereenkomst tot stand.<sup>11</sup>

Een arbeidsovereenkomst komt tot stand op het moment dat partijen wils-overeenstemming hebben bereikt over alle elementen van die overeenkomst die door hen als essentieel worden beschouwd.<sup>12</sup> De partij die de onderhandelingen vóór dat moment afbreekt, kan schadeplichtig zijn wanneer bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen. Bij de beoordeling of het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, moet rekening worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van die partij. Tevens dient in aanmerking te worden genomen of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene ontwikkelingen hebben voorgedaan.<sup>13</sup>

Een arbeidsovereenkomst en in het kader van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken kunnen nietig zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40).<sup>14</sup> Zij kan vernietigbaar zijn wegens bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44) en wegens dwaling (art. 6:228).<sup>15</sup>

- 11 Vgl. Hof Leeuwarden 19 april 2006, *RAR* 2006/100 (aanbod slechts ten aanzien van één van de vier werknemers ingetrokken); Hof Leeuwarden 19 december 2007, *JAR* 2008/37 (herroeping nadat werkgever verneemt dat de werknemster psychische en fysieke problemen heeft). Zie voorts: HR 19 maart 2004, *NJ* 2006/54, m.nt. Hijma (de opvatting dat in beginsel van onaanvaardbaarheid sprake is wanneer een aanbod niet wordt aanvaard als gevolg van een onjuiste voorstelling van zaken die voor rekening komt van degene die het aanbod heeft gedaan, kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard).
- 12 Vgl. HR 26 november 2010, *JAR* 2011/14 (*Van Gorkum/RLV*) (overeenstemming over functie- inhoud, de looptijd en het salaris, maar niet over concurrentie- en relatiebeding; geen overeenkomst); HR 31 mei 2013, *JAR* 2013/160 (*Dirks/Osendarp*) (geen overeenstemming over het loon; geen arbeidsovereenkomst; art. 618 kan gebrek in wilsovereenstemming niet helen); HR 18 september 2015, *ECLI:NL:HR:2015:2746*. Vgl. Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, *JAR* 2006/281; Ktr. Zutphen 14 mei 2014, *JAR* 2014/168; Ktr. Breda 25 februari 2016, *ECLI:NL:RBZWB:2016:1200*; Ktr. Den Haag 3 maart 2016, *ECLI:NL:RBDHA:2016:2420*. Zie voorts HR 9 december 2011, *JAR* 2012/16 (*TomTom/Van Hoorn*) (wilsovereenstemming; discussie over optierechten geen betekenis voor de inhoud van de arbeidsovereenkomst; kwestie was al geregeld in de (reeds ondertekende) termsheet).
- 13 Vgl. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723, m.nt. Brunner (*Plas/Valburg*); HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481; HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467; Ktr. Utrecht 21 januari 2009, *JAR* 2009/69; Hof Leeuwarden 19 december 2007, *JAR* 2008/37; Ktr. Utrecht 13 december 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:6146*. Zie voorts: R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), 2010, p. 5.
- 14 Art. 1637i (oud) verklaarde een tussen echtgenoten aangegane arbeidsovereenkomst nietig. De bepaling is geschrapt omdat de daarvoor eertijds aangevoerde argumenten niet meer golden, zoals het verbod van koop- en schenkingsovereenkomst. Bovendien kunnen ongehuwd samenwonenden wel een arbeidsovereenkomst met elkaar hebben. Zie daarover: A.J.M. Nuytinck, in: *Onderne- ming en werknemer*, 2001, p. 107.
- 15 HR 3 november 1972, *NJ* 1973/37, m.nt. Scholten; Ktr. Tilburg 8 februari 2001, *JAR* 2001/74; Ktr. Zwolle 11 december 2003, *JOR* 2004/117; Ktr. Assen 6 maart 2006, *JAR* 2006/71; Ktr. Maastricht 29 april 2015, *ECLI:NL:RBLIM:2015:3667*. Zie voorts M. van Eck, *ArbeidsRecht* 2001/16, die, met een beroep op HR 6 maart 1992, *NJ* 1992/509 (*Mungra/Van Meir*), buitengerechtigde vernietiging slechts mogelijk acht als de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos blijkt en geen opzegverboden worden omzeild. Aldus ook: Ktr. Helmond 21 juni 2010, *JAR* 2010/186 (vernietigd door Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, *JAR* 2012/273) en Ktr. Amersfoort 20 juli 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:4487*. Vgl. ten aanzien van bedrog: Ktr. Heerenveen 7 juni 2011, *JAR* 2011/199.

Het vraagstuk van de nietigheid is complex.<sup>16</sup> Soms zal de nietigheid slechts een deel van de overeenkomst betreffen, bijv. als wordt afgesproken om het loon 'zwart' te betalen. Nietig is dan het beding om tegenover de fiscus de loonbetaling te verzwaigen. De prestaties zelf waartoe partijen zich verplicht hebben, zijn als zodanig niet ongeoorloofd.<sup>17</sup> Het beroep op nietigheid zal veelal niet worden gedaan in een procedure tussen partijen bij de arbeidsovereenkomst, maar in een geding met de belastingdienst of de uitvoeringsinstanties van de sociale verzekeringswetten.<sup>18</sup>

### § 1.3 Elementen arbeidsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst is gedefinieerd in art. 610. De wettelijke definitie heeft de volgende elementen:

- a. De werknemer verbindt zich arbeid te verrichten.
- b. De werkgever verbindt zich loon te betalen.
- c. De werknemer verricht de arbeid in dienst van de werkgever.

De wettelijke omschrijving bevat daarnaast nog de woorden 'gedurende zekere tijd'. Deze woorden hebben geen zelfstandige onderscheidende kracht. Er bestaat niet een zekere minimumduur om van een arbeidsovereenkomst te kunnen spreken. Het duurelement kan wel praktische betekenis hebben in die gevallen waarin het element 'in dienst' weinig reliëf heeft.<sup>19</sup> Hoe korter de looptijd, hoe sterker in zo'n geval de aanwijzing dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is.

#### *Arbeid*

Indien de werknemer niet verplicht is arbeid te verrichten, is er geen arbeidsovereenkomst.<sup>20</sup> Het begrip 'arbeid' in art. 610 wordt ruim opgevat. Van welke aard de overeengekomen bezigheid is, doet niet ter zake. Zij kan van geestelijke of lichamelijke

<sup>16</sup> Zie Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III\*, nr. 601 e.v.

<sup>17</sup> Vgl. HR 27 januari 1989, NJ 1989/588, m.nt. Heemskerk (*Jamin/Geels*). In cassatie kwam niet aan de orde het oordeel van de rechtbank dat een arbeidsovereenkomst met de beroepsvoetballer nietig was, omdat een 'handgeldafpraak' was gemaakt met het doel de fiscus te misleiden en het betreffende beding naar de bedoeling van partijen een wezenlijk onderdeel van de arbeidsovereenkomst was. Dit oordeel is onjuist, zoals overtuigend betoogd door A-G Ten Kate voorafgaand aan het arrest en A-G Wattel in zijn conclusie vóór HR 6 december 2002, BNB 2003/67.

<sup>18</sup> Zie onder meer: Hof 's-Gravenhage 25 februari 1998, V-N 1998/42.24 (prostituties werkzaam in een seksclub); HR 6 december 2002, BNB 2003/67 (medewerkers coffeeshop); CRvB 21 februari 2002, USZ 2002/97; CRvB 28 februari 2002, USZ 2002/120 (hennepoppers); CRvB 5 augustus 2004, USZ 2004/320 (medewerkers coffeeshop); T. van Peijpe, SMA 2003, p. 95; D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. Rotterdam), 2008, p. 97 en 153.

<sup>19</sup> Vgl. MvT, 23 438, p. 14. Zie over de (wenselijkheid van een) verschuiving van gezagselement naar duurelement als essentieel kenmerk van de arbeidsovereenkomst o.a. L.H. van den Heuvel, in: *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, 1996, p. 35.

<sup>20</sup> HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*) (de overeenkomst had geen andere strekking dan aan de ex-echtgenote, die zelfs geen werkzaamheden mócht verrichten, een bijdrage in haar levensonderhoud te verschaffen). Zie ook Ktr. 's-Gravenhage 26 maart 2003, JAR 2003/150 (oproepovereenkomst); Ktr. Dordrecht 21 juli 2011, JAR 2011/248; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9932 (cassatieberoep verworpen in HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1275 (art. 81 RO)).

aard zijn. Zelfs het louter aanwezig zijn op de werkplek kan als arbeid kwalificeren. Denk bijv. aan slaapdiensten.<sup>21</sup>

De arbeid moet van waarde zijn voor de wederpartij.<sup>22</sup> Dat de werkzaamheden ook in belangrijke mate bijdragen aan de persoonlijke ontwikkeling van de werknemer, hoeft aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet in de weg te staan.<sup>23</sup> Is de arbeid echter primair gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van degene die de arbeid verricht, zoals bij de leerovereenkomst of bij de stageovereenkomst het geval kan zijn, dan is de overeenkomst niet een arbeidsovereenkomst. Beslissend is derhalve of het verrichten van de werkzaamheden van de leerling of stagiair in overwegende mate in het belang is van de opleiding die deze volgt.<sup>24</sup> De enkele omstandigheid dat in de loop van de uitvoering van een leerovereenkomst het accent geleidelijk meer komt te liggen op productieve arbeid voor de patroon, behoeft niet te betekenen dat de rechtsverhouding tussen partijen vanaf zeker moment voor het vervolg stilzwijgend wordt omgezet in een afzonderlijke arbeidsovereenkomst, naast of los van de bestaande leerovereenkomst. De aard van de leerovereenkomst brengt mee dat de leerling geleidelijk (meer) productieve arbeid gaat verrichten.<sup>25</sup>

Ten aanzien van de overeenkomst met een au pair is in de rechtspraak aangenomen dat de primaire strekking daarvan vaak is een buitenlandse jongere in de gelegenheid te stellen om zich de taal en/of cultuur van een ander land eigen te maken. Vormt dit niet (meer) het zwaartepunt van de overeenkomst, maar is zij in de eerste plaats gericht op het, tegen kost en inwoning, verrichten van (oppas)

- 
- 21 HR 15 maart 1991, *NJ* 1991/417 en 418; Ktr. Utrecht 3 december 1997, *JAR* 1998/26 (passagieren in de trein van een treinsteward na de beëindiging van zijn dienst op weg naar huis is arbeid). Vgl. ten aanzien van het begrip 'arbeidstijd' in de zin van Richtlijn 93/104/EG: HvJ 3 oktober 2000, *JAR* 2000/251 (*Simap*); HvJ 9 september 2003, *JAR* 2003/226 (*Jaeger*); HvJ 5 oktober 2004, *JAR* 2004/261 (*Pfeiffer e.a.*) (wachtdienst).
- 22 Koopmans, p. 65. Vgl. Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juni 2006, *JAR* 2006/164 (sollicitatieactiviteiten uitkeringsgerechtigde op grond van overeenkomst met re-integratiebureau; geen arbeid in de zin van art. 610); CRvB 15 april 2011, *USZ* 2011/173 (werkzaamheden alleen bedoeld om re-integratie te bevorderen); CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2025 (werkzaamheden in het kader van re-integratietraject van economische waarde; arbeidsovereenkomst). Zie voorts: D.J.B. de Wolff, *ArbeidsRecht* 2012/16; A. Eleveld, *TRA* 2017/38.
- 23 Zie bijv. HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119 (beurspromovendi UvA leveren met hun werk primair een bijdrage aan het onderzoek en de onderzoeksresultaten waarop de universiteit zich richt in het kader van haar maatschappelijke doelstellingen; arbeidsovereenkomst). Vgl. Rb. Utrecht 27 juni 2001, *JAR* 2001/155 (beurspromovendi UU) en Ktr. Groningen 13 augustus 2009, *JAR* 2009/224 (bursalen RUG), vernietigd door Hof Arnhem- Leeuwarden 23 april 2013, *JAR* 2013/157, m.nt. Helstone (geen arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding). Zie over de problematiek van de beurspromovendi in het licht van het inmiddels tot stand gekomen Besluit experiment promotieonderwijs (*Stb.* 2016, 3): E. Christiaansen & G. Boelens, *AA* 2017/03.
- 24 Vgl. HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/230, m.nt. Stein (*Hesseling/Stichting De Ombudsman*); HR 10 juni 1983, *NJ* 1984/60; HR 3 mei 2013, *USZ* 2013/183 (*leerling-registerloodsen*); HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (*Logidex*) (zie voor het vervolg: Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:404); Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9863; Ktr. Almere 15 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:553.
- 25 Vgl. HR 28 juni 1996, *JAR* 1996/153; Ktr. Nijmegen 4 februari 2010, *LJN* BL2822.



werkzaamheden in het gezin waarbij de au pair verblijft, dan dient de overeenkomst te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.<sup>26</sup>

De werknemer moet gehouden zijn zelf arbeid te verrichten. Indien het de partij vrijstaat de werkzaamheden ook door een ander te doen verrichten, is er geen arbeidsovereenkomst.<sup>27</sup> Het is echter niet met het wezen van de arbeidsovereenkomst in strijd dat de werknemer zich met toestemming van de werkgever incidenteel laat vervangen. Dit volgt uit art. 659.

De verplichting arbeid persoonlijk te verrichten impliceert dat slechts natuurlijke personen werknemer in de zin van de wet kunnen zijn. Een managementovereenkomst waarbij een management-BV zich verbindt arbeid te (doen) verrichten, is daarom geen arbeidsovereenkomst, ook niet als die arbeid slechts door een daartoe aangewezen persoon mag worden verricht.<sup>28</sup> Dit sluit echter niet uit dat de bestuurder van de management-BV zich persoonlijk jegens de opdrachtgever kan verbinden arbeid te verrichten. Is de overeenkomst met de management-BV slechts een papieren constructie, dan zal toch tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst kunnen worden geconcludeerd.<sup>29</sup>

### Loon

Een contractuele relatie is slechts dan een arbeidsovereenkomst, indien voor de verrichte arbeid loon verschuldigd is.<sup>30</sup> Onder loon in de zin van art. 610 is te verstaan de door de werkgever verschuldigde contraprestatie voor de arbeid, die in iets anders dan in pensioen bestaat.<sup>31</sup> De naam die partijen aan de tegenprestatie toekennen,

26 Zie onder meer Hof Leeuwarden 11 februari 2004, *JAR* 2004/65; Ktr. Utrecht 2 oktober 2013, *JAR* 2013/270.

27 HR 13 december 1957, *NJ* 1958/35 (*Zwarthoofd/Parool*); Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (*pakketbezorger*). Vgl. Ktr. Middelburg 5 oktober 1998, *JAR* 1998/220; Ktr. Breda 16 november 1999, *JAR* 1999/262; Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/55 (mogelijkheid zich te laten vervangen door iemand anders uit een aan de werkgever bekende 'pool' verzet zich niet tegen bestaan arbeidsovereenkomst).

28 Vgl. HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/215 (art. 1637x (oud) niet, ook niet per analogie, van toepassing op een tussen directievoerende besloten vennootschappen en opdrachtgever geldend concurrentiebeding). Vgl. Rb. Utrecht (vzr.) 19 maart 2008, *RAR* 2008/106; Hof Arnhem 24 augustus 2010, *JIN* 2010/617.

29 HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (*PGGM/Stichting Thuiszorg Rotterdam*), *NJ* 2007/449, m.nt. Verhulp; *ArA* 2008/1, p. 36, m.nt. Van den Berg; G.C. Boot, *ArbeidsRecht* 2008/1. Zie ook Ktr. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19 (tussenschuiven BV). Vgl. ten aanzien van de sociale werknemersverzekeringen: CRvB 16 augustus 1995, *RSV* 1996/55 en CRvB 7 augustus 1997, *USZ* 1997/248, m.nt. Heerma van Voss; D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. Rotterdam), 2008, p. 52; L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Nijmegen) 2010, p. 277.

30 HR 18 september 1985, *NJ* 1986/177 (onbezoldigd bestuurder van een BV); Ktr. Utrecht 24 april 1996, *JAR* 1996/173 (geen arbeidsovereenkomst maar uitoefening van hobby); Rb. Gelderland 12 december 2013, *JAR* 2014/40 (vrijwilligers; afstand van loon ten behoeve van goede doel; geen arbeidsovereenkomst).

31 Vgl. HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242, m.nt. Houwing. De hoogte van het loon is niet relevant: HR 15 maart 2013, *USZ* 2013/129, m.nt. Boot (vakkenvuller ontvangt € 0,80 per uur; wel voldaan aan loonvereiste; in casu geen gezagsverhouding). Pensioen is geen loon in de zin van het BW, maar wel 'beloning' in de zin van art. 157 Verdrag inzake de werking van de EU. Zie hfdst. 12.

doet niet ter zake.<sup>32</sup> Voor toepassing van de sociale verzekeringsrechten en de Wet op de loonbelasting 1964 gelden eigen, in beginsel ruimere loonbegrippen.

Veelal zal loon in geld worden vastgesteld. Kost en inwoning, vrije woning, onderricht en andere verstrekkingen in natura zijn ook als loon in de zin van art. 610 te beschouwen indien het verschaffen daarvan rechtstreeks uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit en tegenprestatie voor de arbeid vormt.<sup>33</sup> De wet geeft een limitatieve opsomming van geoorloofde loonvormen (art. 617), maar daaruit mag niet worden afgeleid dat geen sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst indien partijen een tegenprestatie in andere vorm zijn overeengekomen. Aan het loonvereiste van art. 610 is in zo'n geval voldaan.<sup>34</sup> Voldoening van het loon in de overeengekomen vorm zal echter niet bevrijdend zijn (art. 621). Zie nader § 3.6.

Zakgeld dat niet bedoeld is als tegenprestatie voor arbeid, is geen loon.<sup>35</sup> Dat geldt ook voor een door de werkgever toegekende vergoeding voor onkosten, althans voor zover het om reële bedragen gaat. Anders is sprake van 'verkappt loon'.<sup>36</sup>

Het loon is een prestatie van de werkgever. Dat kan, met name in concernverhoudingen, een ander zijn dan degene van wie de prestatie wordt ontvangen, bijv. bij winstaandeel- of optieregelingen. Dit brengt niet mee dat niet langer van loon kan worden gesproken. Beslissend is of de werkgever zich tot de prestatie heeft verplicht.<sup>37</sup> Fooien die de werknemer van derden ontvangt, zijn geen loon in de zin van het BW.<sup>38</sup>

### **In dienst**

Het begrip 'in dienst' is weinig scherp.<sup>39</sup> Een dienstverband zal gewoonlijk inhouden dat de dienstverrichter – de werknemer – aan een zeker gezag van de wederpartij – de werkgever – is onderworpen; de laatste kan aan de dienstverrichter bindende instructies geven.<sup>40</sup> De Hoge Raad spreekt over de gezagsverhouding zoals deze kenmerk is voor de arbeidsovereenkomst.<sup>41</sup>

32 Vgl. HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119, *SR* 2006, 45, m.nt. Boot (stipendium beurspromovendi).

33 HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001/635 (*Bethesda/Van der Vlies*).

34 Zie ook L.J.M. de Leede & J.F.M. Srijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht*, 1981, p. 117.

35 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 1948, *NJ* 1948/523.

36 HR 3 juni 1981, *NJ* 1982/206; HR 5 april 1995, *V-N* 1995, 1553, waarover C.H.J. van Leeuwen, *ArbeidsRecht* 1996/59 (belastinggeschil). Vgl. Rb. Rotterdam 17 september 1998, *Prg.* 1999/5095, m.nt. Van der Heiden, ten aanzien van loonbeslag.

37 Zie art. 6:30 lid 1 en Van Slooten, p. 79 en p. 93–94.

38 Ze behoren wel tot de 'overige inkomsten' waarop art. 631 lid 2 betrekking heeft: HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994/188, m.nt. Stein; HR 2 maart 2001, *JAR* 2001/58; Hof Amsterdam 9 oktober 2003, *JAR* 2004/180; S.M.A. van Warmerdam, *SMA* 2005, p. 75.

39 Koopmans, p. 86, 101; L.J.M. de Leede & J.F.M. Srijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht* 1981; P.F. van der Heijden, *De arbeidsovereenkomst in het NBW* 1991, p. 44; P.F. van der Heijden, *NJB* 1997, p. 1839; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning* 1997; G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden) 2004, hfdst. 6; *Arbeidsrechtelijke themata I*, hoofdstuk 4.

40 Het bestaan van de bevoegdheid is beslissend, niet of die bevoegdheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend: HR 17 april 1984, *NJ* 1985/18 (animeermeisjes). Zie ook HR 11 november 1988, *NJ* 1989/173.

41 Zie bijv. HR 14 juni 1992, *NJ* 1992/173 (*Kruis*).

De bevoegdheid van de werkgever om aanwijzingen te geven hoeft niet betrekking te hebben op de inhoud van de bedongen arbeid. De aard van de werkzaamheden kan meebrengen dat degene die arbeid verricht, bij de uitvoering van zijn taken een grote mate van vrijheid en zelfstandigheid geniet. Dat geldt veelal bij hooggekwalificeerd werk, zoals dat van medici, juristen en accountants. Ook musici en artiesten bepalen vaak in hoge mate zelf de inhoud van hun werk. Voor al deze functies geldt dat de werkzaamheden desalniettemin in loondienst kunnen worden verricht. Aan het gezagselement zal dan zijn voldaan, als de werkgever bevoegd is aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband.

Dit komt ook tot uitdrukking in de rechtspraak met betrekking tot dragers van een godsdienstig ambt. Deze personen kunnen arbeid verrichten krachtens een kerkrechtelijke – niet civielrechtelijke – band met het kerkgenootschap. Indien de arbeid wordt verricht op grond van een overeenkomst, zal dit als regel een arbeidsovereenkomst zijn. De omstandigheid dat de ambtsdrager ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, sluit niet uit dat, gelet op de zeggenschap over de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke), toch sprake is van ondergeschiktheid.<sup>42</sup>

Ook de grote mate van vrijheid die een coöperatie toekende aan de daarbij aangesloten prostitutees als het erom ging of en hoe vaak zij werkten en wat zij daarbij wel en niet aan hun klanten offereerden, hoefde volgens de belastingkamer van de Hoge Raad niet aan een gezagsverhouding in de weg te staan.<sup>43</sup>

Uit het enkele feit dat de werktijden contractueel zijn vastgelegd, kan niet worden afgeleid dat er sprake is van een gezagsverhouding. Daarvoor is ten minste vereist enigerlei zeggenschap over de wijze waarop binnen die werktijden de werkzaamheden dienen te worden verricht.<sup>44</sup>

#### ***De afbakening met de overeenkomst van opdracht***

De drie elementen van art. 610 lid 1 moeten in een contractuele arbeidsverhouding aanwezig zijn om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst. Ontbreekt het loonelement of de aanwijzingsbevoegdheid, dan zal de overeenkomst gewoonlijk als een overeenkomst van opdracht moeten worden aangemerkt. Wanneer krachtens

42 HR 17 juni 1994, NJ 1994/757 (imam werkzaam op arbeidsovereenkomst); Rb. Utrecht 15 december 1999, NJ 2000/494; Rb. Assen (vzr.) 19 mei 2004, JAR 2004/233; Ktr. Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58; ArA 2005/3, p. 87, m.nt. Jansen & Loonstra; Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2005/269. Zie echter ook: HR 14 juni 1991, NJ 1992/173, m.nt. Snijders (*Kruis*) (predikant geen gezagsverhouding omdat hij tucht kan uitoefenen over de gemeente en niet door de gemeente kan worden ontslagen) en CRvB 1 november 1989, RSV 1990/202 (imam: geen gezagsverhouding). Zie voorts: T. Oldenhuis, in: CJHB 1994; G.A.I. Schuit, in: *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, 1997, p. 259; T.J. van der Ploeg, in: *Kerk en recht*, 2004, p. 159; W.A. Zondag, *Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers* (preadvies CJV), 2011; P.T. Pel, *Geestelijken in het recht* (diss. Groningen), 2013; T. van Kooten, in: *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2017, p. 145.

43 HR 28 september 2014, JAR 2014/260.

44 HR 8 mei 1998, NJ 2000/81 (*MCE/Edelenbos*), onder verwijzing naar HR 1 december 1961, NJ 1962/79 (*stripteasedanseres*).

overeenkomst met een ander tegen loon persoonlijk arbeid wordt verricht onder een zekere mate van zeggenschap van die ander, is echter niet per se sprake van een arbeidsovereenkomst. Ook bij een overeenkomst van opdracht kan de opdrachtnemer namelijk gehouden zijn gevolg te geven aan zekere aanwijzingen omtrent de uitvoering (art. 7:402).<sup>45</sup> Hoe sterker en veelomvattender die bevoegdheid is, des te eerder is sprake van een arbeidsovereenkomst. De grens tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst is met dat al een vloeiende.

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijze kunnen inrichten. Wat tussen partijen 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 de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.<sup>46</sup> Dit geldt niet alleen wanneer partijen zelf twisten over de vraag of tussen hen een arbeidsovereenkomst bestaat, maar ook wanneer een derde – bijv. een pensioenfonds dat premiebetaling verlangt – betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.<sup>47</sup> Ook als het gaat om de loonbelasting en de sociale werknemersverzekeringen worden deze criteria gehanteerd.<sup>48</sup>

Bij het opsporen van de partijbedoeling is de kwalificatie die partijen zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven van belang, maar niet zonder meer beslissend.<sup>49</sup> De werkelijke bedoeling van partijen is doorslaggevend. Zij kunnen zich niet aan het wettelijke regime onttrekken enkel door hun overeenkomst anders te benoemen. Omgekeerd geldt ook dat een overeenkomst die door partijen uitdrukkelijk als arbeidsovereenkomst is aangeduid, maar die bijv. blijkt de wijze van uitvoering niet

45 Vgl. HR 17 november 1967, NJ 1968/123 (incidentele vertaalopdracht overeenkomstig de aanwijzingen van de opdrachtgever; geen arbeidsovereenkomst, maar overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten); HR 18 december 1991, BNB 1992/78 (fotomodel; instructies, die slechts een nadere bepaling vormen van de verlangde prestatie, sluiten niet uit dat sprake is van een overeenkomst van opdracht). Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *ArA* 2001/1, p. 13.

46 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*); HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (*Van Houdts/BBO*). Zie daarover onder meer E. Verhulp, *SR* 2005, 16 en C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *TAP* 2010/1, p. 4. Zie voorts H.J.W. Alt, *TRA* 2018/36.

47 HR 13 juli 2007, JAR 2007/231 (*PGGM/Stichting Thuiszorg Rotterdam*), NJ 2007/449, m.nt. Verhulp; *SR* 2007/70, m.nt. Van der Kind; *ArA* 2008/1, p. 36, m.nt. Van den Berg.

48 Vgl. HR 25 maart 2011, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra (*'De Gouden Kooi'*) en HR 17 februari 2012, BNB 2012/129, m.nt. Kavelaars (*notarissen*); S. Said, *ArA* 2017/01, p. 55. Om de rechtsonzekerheid met betrekking tot de verplichting tot inhouding en afdracht van loonbelasting en premies te verminderen is rond de eeuwwisseling een regeling getroffen op grond waarvan aan de belastingdienst afgifte van een zogenoemde Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) kon worden verzocht. Deze mogelijkheid is in 2016 vervallen (Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) van 3 februari 2016, *Stb.* 45), met de bedoeling haar te vervangen door een systeem van modelovereenkomsten. De wetgevingsoperatie heeft tot grote maatschappelijke onrust geleid, als gevolg waarvan de handhaving van de nieuwe regeling vooralsnog is opgeschort. Zie Eindrapport van de Commissie (model)overeenkomsten, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, nr. 40.

49 HR 16 september 1994, NJ 1996/329 (*Nationale-Nederlanden/Woudsend*); HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (*Diosynth/Groot*); *SR* 2005/19, m.nt. Vegter; *AA* 2005, p. 371, m.nt. Verhulp en HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (*beurspromovendi UvA*).

de strekking heeft dat daadwerkelijk arbeid wordt verricht, niet als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.<sup>50</sup>

Nadat aan de hand van hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en de wijze waarop zij feitelijk hun overeenkomst hebben uitgevoerd, de inhoud van die overeenkomst is vastgesteld, dient op basis van die vaststelling te worden bepaald of sprake is van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een andere bijzondere overeenkomst. Bij deze kwalificatie is niet één enkel kenmerk van de contractuele relatie beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, in hun onderling verband worden gezien.

In de zaak waarin de Hoge Raad dit voor het eerst met zoveel woorden uitsprak, ging het om een 'werknemer', Groen, die als belastingadviseur een onderneming dreef in de rechtsvorm van een commanditaire vennootschap.<sup>51</sup> Hij verrichtte tevens als docent werkzaamheden voor opleidingsinstituut Schoevers BV. Toen het instituut deze overeenkomst wilde beëindigen, stelde Groen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. De rechtbank ging daar niet in mee. Zij achtte van groot belang dat de betalingen ter zake van de door Groen verrichte arbeid, plaatsvonden aan diens commanditaire vennootschap op basis van door die vennootschap verzonden facturen, waarbij ook btw in rekening werd gebracht. Dit was volgens de rechtbank zodanig afwijkend van hetgeen met betrekking tot loon bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, dat geen sprake was van loon als bij een arbeidsovereenkomst zou passen. Dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig moest zijn en door Schoevers gegeven richtlijnen diende te respecteren, was in het licht van de overige omstandigheden onvoldoende om een zodanige gezagsverhouding aanwezig te achten, dat niettemin van een arbeidsovereenkomst moest worden gesproken. Door op grond van deze overwegingen – waarbij de rechtbank in de ogen van de Hoge Raad kennelijk rekening had gehouden met de maatschappelijke positie van Groen en het feit dat de wijze van betaling op zijn initiatief tot stand was gekomen – tot de slotsom te komen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst bestond, had de rechtbank volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Het arrest leert dat bij de kwalificatievraag alle aspecten van de rechtsverhouding in hun onderlinge samenhang dienen te worden betrokken. Het gaat om het 'totale plaatje'.<sup>52</sup> Vertoont de arbeidsverhouding overwegend de kenmerken van arbeid in dienstbetrekking of die van arbeid in de zelfstandige uitoefening van een

50 HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*) ('arbeidsovereenkomst' slechts bedoeld om vrouw een bijdrage in de kosten van levensonderhoud te verschaffen). Vgl. HR 15 december 2006, *JAR* 2007/20 (schijnovereenkomst met het oog op verblijfsvergunning); HR 22 mei 2015, *JAR* 2015/149 (schijnconstructie); Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4625 (*fiscale constructie*). Zie ook Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juni 2006, *JAR* 2006/164 (sollicitatieactiviteiten op grond van 'arbeidsovereenkomst' met re-integratiebureau; geen arbeid in de zin van art. 610).

51 HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

52 Vgl. J.J. Trap, *ArbeidsRecht* 2007/40. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2009, *JAR* 2009/144; HR 20 november 2009, *JAR* 2009/308; Ktr. Leiden 1 juni 2011, *JAR* 2011/232; HR 17 februari 2012, *BNB* 2012/129, m.nt. Kavelaars; Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314. Het belang van zulke factoren of al dan niet sprake is van een met een werknemer gelijk te stellen 'schijnzelfstandige' kwam ook aan de orde in HvJEU 4 december 2014, *JAR* 2015/19.