

Voorwoord

De omschrijving van de arbeidsovereenkomst is sinds de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 nauwelijks gewijzigd. De arbeidsovereenkomst is de grondslag van het arbeidsrecht en biedt de werknemers de meeste bescherming, maar die beschermingsgedachte wordt door werkgevers steeds meer als knellend ervaren. Om die reden hebben zij steeds vaker en steeds meer hun heil gezocht in de zogenoemde ‘flexibele arbeidsrelaties’ en kiezen werkgevers er steeds vaker voor hun relatie met werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst om te zetten in een relatie met een zelfstandige zonder personeel op basis van de overeenkomst van opdracht of aanneming van werk. De scheidslijn tussen een werknemer en een zelfstandige zonder personeel kan soms zo dun zijn dat er sprake is van wat wordt genoemd een schijnconstructie. Het grootschalig gebruik van flexibele arbeidsrelaties en van schijnzelfstandigen wordt maatschappelijk en economisch ongewenst gevonden, ook door de wetgever, wat leidt tot een almaar ingewikkeld wordend arbeidsrecht. Voldoende reden om na te gaan of de omschrijving van de arbeidsovereenkomst moet worden aangepast aan de ingrijpende veranderingen in de arbeidsverhoudingen en de samenleving met als oogmerk dat het arbeidsrecht en de handhaving ervan, al dan niet door de overheid, eenvoudiger wordt en de beschermingsgedachte die aan de (aard van de) arbeidsovereenkomst is gekoppeld toch blijft gehandhaafd.

Zoetermeer, oktober 2016
Amber en Harry van Drongelen

Hoofdstuk 1

Inleiding

De arbeidsovereenkomst is volgens Van der Heijden¹ ‘het kompas waarmee een arbeidsrelatie al dan niet het sociaalrechtelijk systeem wordt binnengeloofd’. De omschrijving van de arbeidsovereenkomst is sinds de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst² in 1909³ niet gewijzigd, behoudens een aantal technische aanpassingen met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek⁴ in 1997.⁵ Zo is het begrip ‘arbeider’ vervangen door ‘werknemer’ waarbij ook uitdrukkelijk door de wetgever⁶ is aangegeven dat een inhoudelijke wijziging niet is beoogd, en dat alleen aansluiting is gezocht bij het spraakgebruik. Dat laatste is toch wel enigszins verbazingwekkend daar in de omschrijving van de arbeidsovereenkomst twee verplichtingen centraal staan, namelijk het ‘verrichten van arbeid’ aan werknemerskant en de tegenprestatie hiervoor ‘het betalen van loon’ aan werkgeverskant. Had het dan toch niet meer voor de hand gelegen om degene die de arbeid verricht arbeider te (blijven) noemen? Er is wel eens opgemerkt dat de term ‘werknemer’ eigenlijk een vorm van verhullend taalgebruik is en probeert de (nog steeds niet verdwenen) tegenstelling tussen kapitaal en arbeid min of meer te ontkennen.⁷

Het feit dat er kennelijk geen aanleiding is geweest om de omschrijving van de arbeidsovereenkomst aan te passen wekt evengoed verbazing, omdat de hedendaagse samenleving niet (meer) de samenleving is van 1907. In het begin van de twintigste eeuw is de arbeidsovereenkomst het middel om de werknemer te beschermen en de feitelijke ongelijkheid tussen hem en zijn werkgever te compenseren (ongelijkheidscompensatie). Dat is gebeurd door een uniforme benadering van de arbeidsrelatie die is ingevuld door de arbeidsovereenkomst. Aan het eind van de twintigste eeuw zijn er als gevolg van een veranderende samenleving steeds meer arbeidsrelaties ontstaan die niet meer zonder meer onder het uniforme begrip arbeidsovereenkomst zijn te brengen. Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw is ons land een aantal keren geconfronteerd met een economische crisis.⁸ De arbeidsovereenkomst is de grondslag van het arbeidsrecht en biedt de werknemers de meeste bescherming, maar die beschermingsgedachte wordt door werkgevers steeds meer

-
1. Zie P.F. van der Heijden, in: *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, p. 42.
 2. Zie wet van 13 juli 1907 tot wijziging van aanvulling van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden en daarmee samenhangende artikelen in dat wetboek, alsmede in de Wetboeken van Koophandel en van Burgerlijke Regtsvordering, in de Wet op de Registerlijke Organisatie en het Beleid der Justitie, en in de Faillissementswet, *Stb.* 1907, 193.
 3. Zie besluit van 21 oktober 1908, *Stb.* 1908, 324.
 4. Zie wet van 6 juni 1996, houdende vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996, 406.
 5. Zie besluit van 10 januari 1997, *Stb.* 1997, 37.
 6. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 23 438, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 13-15.
Zie ook: C.J. Loonstra & W.A. Zondag 2010, p. 65; C.J. Loonstra & M. Westerbeek, *SMA* 2007, p. 416.
 7. Zie J. van Drongelen 2016, p. 24.
 8. Zie J. van Drongelen 2016, p. 237-239.

als knellend ervaren.⁹ Om die reden hebben zij steeds vaker en steeds meer hun heil gezocht in de zogenoemde ‘flexibele arbeidsrelaties’. Daarbij hebben zij een aantal opties, zoals de zogenoemde ‘min/max-contracten’,¹⁰ de ‘nulurencontracten’¹¹ en het veelvuldig gebruiken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.¹² De wetgever is aan deze tendens tegemoetgekomen via de Wet Flexibiliteit en zekerheid.¹³ Uiteindelijk is dit voor de werkgevers nog onvoldoende gebleken en kiezen zij er steeds vaker voor hun relatie met werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst om te zetten in een relatie met een zelfstandige zonder personeel op basis van de overeenkomst van opdracht of aanneming van werk. De scheidslijn tussen een werknemer en een zelfstandige zonder personeel kan soms zo dun zijn dat er sprake is van wat wordt genoemd een schijnconstructie. Het grootschalig gebruik van flexibele arbeidsrelaties en van schijnzelfstandigen wordt maatschappelijk en economisch als ongewenst ervaren. De overheid probeert zo veel mogelijk het gebruik van flexibele arbeidsrelaties in te perken en schijnconstructies tegen te gaan.¹⁴ Dat leidt tot een almaar ingewikkeld wordend arbeidsrecht waarbij de overheid zich ook geroepen voelt om grote delen van dat recht via het bestuursrecht en met name de bestuurlijke boete te handhaven. Denk aan de Arbeidsomstandighedenwet,¹⁵ de Arbeidstijdenwet,¹⁶ de Wet arbeid vreemdelingen,¹⁷ de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag¹⁸ en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.¹⁹

Onderzoeksvraag en wijze van behandeling

Het vorenstaande brengt ons dan ook op de vraag of de omschrijving van de arbeidsovereenkomst die al meer dan 100 jaar heeft stand gehouden, terwijl de arbeidsverhoudingen en de samenleving ingrijpend zijn veranderd, niet toe is aan een herbezinning; een herbezinning met het oogmerk om het arbeidsrecht en de handhaving ervan, al dan niet door de overheid, te vereenvoudigen en de beschermingsgedachte die aan de (aard van de) arbeidsovereenkomst is gekoppeld te handhaven. Of moet het gezien dit laatste anders en zo ja, hoe dan? Alvorens deze vraag te beantwoorden wordt allereerst ingegaan op de achterliggende gedachte voor het tot stand brengen van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 en in samenhang daarmee op het karakter van de Wet op de arbeidsovereenkomst (zie hoofdstuk 2). Vervolgens komt aan de orde wat er tijdens het bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst aan

9. Zie S.S.M. Peters, *TRA* 2016-4, p. 3-9.

10. Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase (overl.) 2016, p. 62.

11. Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase (overl.) 2016, p. 62-63.

12. Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase (overl.) 2016, p. 263-285.

13. Zie wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten, *Stb.* 1998, 300.

14. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 2-5; *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 1.

15. Zie wet van 18 maart 1998, houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden, *Stb.* 1999, 184.

16. Zie wet van 23 november 1995, houdende bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden, *Stb.* 1995, 598.

17. Zie wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, *Stb.* 1994, 959.

18. Zie wet van 27 november 1968, houdende regelen inzake een minimumloon en een minimumvakantiebijslag, *Stb.* 1968, 657.

19. Zie wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, *Stb.* 1998, 306.

opvattingen naar voren is gebracht over de reikwijdte van de definitie van de arbeidsovereenkomst, dus over de aard van de arbeidsovereenkomst (zie hoofdstuk 3). Daarna wordt aandacht besteed aan hoe de rechters eventuele tekortkomingen die samenhangen met de omschrijving van de arbeidsovereenkomst hebben geprobeerd op te lossen (zie hoofdstuk 4). Na een korte impressie van de maatschappelijke ontwikkelingen die zich in de afgelopen decennia hebben voorgedaan met betrekking tot de (schijn)zelfstandigheid (zie hoofdstuk 5), wordt de onderzoeksvraag beantwoord (zie hoofdstuk 6).