

## Werken als buschauffeur, een hele onderneming

Mr. J. den Hoed , datum 04-07-2007

**Datum**

04-07-2007

**Auteur**

Mr. J. den Hoed [\[1\]](#)

**JCDI**

JCDI:ADS59227:1

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Algemeen

### 1 Inleiding

Als we de statistieken mogen geloven, is in ons land de ondernemingsgeest uit de fles; steeds vaker wordt de vertrouwde arbeidsovereenkomst ingeruild voor een 'eigen onderneming'. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat de voormalig werkgever niet zelden de enige opdrachtgever is en dat de ex-werknemer dikwijls dezelfde werkzaamheden verricht als daarvoor onder het arbeidscontract. Het nieuwe etiket is in sommige situaties niet meer dan een lege huls om de ware aard van de rechtsverhouding te verbloemen. In die gevallen dat de onderlinge rechtsverhouding de essentialia van een arbeidsovereenkomst in zich verenigt, prikt de Hoge Raad met behulp van de welbekende (hierna te bespreken) Groen/Schoevers-maatstaf door deze versluierungen heen. Deze maatstaf valt uiteen in twee componenten die dan eens in elkaars verlengde liggen, dan eens in tegengestelde richting wijzen; het betreft, kortweg, ten eerste datgene wat partijen voor ogen stond toen zij de overeenkomst aangingen en ten tweede de wijze waarop zij aan deze overeenkomst in de praktijk gestalte hebben gegeven.<sup>[1]</sup> Het arrest van de Hoge Raad van 15 december 2006, *RvdW* 2007, 8 lijkt een tamelijk verse en, getuige het aantal publicaties over deze uitspraak, in het oog springende loot aan de gestaag vertakkende boom van op dit criterium voortbordurende uitspraken. Zij heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende bespiegelingen. Zo ziet Grapperhaus<sup>[2]</sup> in deze uitspraak bijvoorbeeld een extra aanwijzing voor een ontwikkeling die hij eerder al aanduidde als 'Haviltexering' van het arbeidsrecht en leidt Trap<sup>[3]</sup> uit dit arrest af dat de initiële partijbedoeling bij de kwalificatie van de onderlinge rechtsverhouding aan belang heeft ingeboet. Valt er aan deze mooie analyses nog iets toe te voegen?

### 2 Casus

Van Houdts is tot begin 1995 op basis van een arbeidsovereenkomst als buschauffeur werkzaam geweest bij een onderdeel van de Langhoutgroep. Nadat deze overeenkomst was beëindigd, is hij bij overeenkomst van 24 juli 1995 (de akte) met drie andere buschauffeurs en met N.E.M. Langhout Exploitatie B.V. i.o., hierna: N.E.M., ieder voor een vijfde, V.O.F.

Autobusonderneming N.A.L. hierna ook: N.A.L., aangegaan. N.A.L. stelt zich ten doel een touringcarbedrijf te exploiteren.

N.E.M. maakt onderdeel uit van de zogeheten Langhout-groep. Hiertoe behoren verder onder meer P. Langhout Beheer B.V. en een dochtervennootschap van P. Langhout Beheer B.V., BBO International B.V. Eén van de twee bestuurders van P. Langhout Beheer B.V., P. Langhout, is de broer van N.E.M. Langhout, die op zijn beurt weer één van de twee bestuurders is van N.E.M. Langhout B.V.

BBO wordt bestuurd door P. Langhout Beheer B.V., P. Langhout en zijn vader P.M. Langhout. BBO is van aanvang af de voornaamste opdrachtgever van N.A.L.

Op 1 juli 1997 heeft Van Houdts een arbeidsovereenkomst gesloten met Mol-Pelikaan International B.V. waarvan P. Langhout Beheer B.V. alle aandelen houdt. Op 29 december 1997 is de v.o.f. N.A.L. opgeheven. Op 24 augustus 2000 heeft Van Houdts BBO, P. Langhout Beheer B.V., N.E.M. Langhout Exploitatie B.V. en N.E.M. Langhout gedagvaard voor de kantonrechter te Alphen aan den Rijn en gevorderd bij vonnis voor recht te verklaren dat hij chauffeurswerkzaamheden heeft verricht in loondienst van primair BBO, subsidiair P. Langhout Beheer B.V., meer subsidiair N.E.M. Langhout Exploitatie B.V. en nog meer subsidiair N.E.M. Langhout. Voorts heeft hij op deze grond achterstallig loon, vakantiebijslag en enkele uit de toepasselijke CAO voortvloeiende toeslagen gevorderd.

In reconventie hebben BBO en P. Langhout Beheer B.V. gevorderd voor recht te verklaren dat Van Houdts jegens hen (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schulden van N.A.L.

De kantonrechter heeft zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de reconventionele vordering omdat het niet tot zijn competentie behoort om na te gaan of in dit geval een rechtsgeldige vennootschap onder firma tot stand is gekomen. Hij

heeft de zaak in reconventie verwezen naar de rechtbank en de zaak in conventie aangehouden totdat op de vordering in reconventie is beslist. De rechtbank, die van oordeel is dat een rechtsgeldige vennootschap onder firma is opgericht, heeft conform de vordering van BBO, voor recht verklaard dat Van Houdts als vennoot van N.A.L. hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van N.A.L. aan BBO. Tegen dit vonnis is Van Houdts in hoger beroep gekomen. Het hof gaat er evenals de rechtbank vanuit dat het er Van Houdts vennoot is geweest van N.A.L., maar komt desalniettemin tot vernietiging van het bestreden vonnis omdat de schuld van Van Houdts aan BBO is overgenomen door een derde. Het hof heeft, kortweg, aan zijn oordeel ten grondslag gelegd dat uit de akte tot oprichting van N.A.L. blijkt dat Van Houdts een v.o.f. tot exploitatie van een touringcarbedrijf is aangegaan, dat de tamelijk uitvoerige overeenkomst alle kenmerken in zich draagt van een v.o.f. en dat er geen aanwijzingen bestaan dat slechts sprake is van een schijnconstructie. Het hof wijst er in dit verband op dat ieder van de vennoten gerechtigd is tot 20% van de winst, dat de vier 'rijdende vennoten' ieder een kapitaal van NLG 40 000 alsmede hun volledige arbeid inbrengen, dat N.E.M. de benodigde vergunningen inbrengt en dat elk der vennoten gelijkelijk bevoegd is om namens de v.o.f. te handelen. Weliswaar is, aldus het hof, in de praktijk van de overeenkomst afgeweken doordat N.E.M. een onevenredig grote rol speelde bij de bedrijfsvoering en de 'rijdende vennoten' voor hun activiteiten in grote mate afhankelijk waren van BBO, maar van een hiërarchische verhouding tussen enerzijds N.E.M. Langhout Exploitatie B.V. en de overige vennootschappen die tot de Langhout-groep behoren en anderzijds elk der 'rijdende vennoten', is niet gebleken. Ook de omstandigheid dat de vennoten regelmatig vergaderden en dat Van Houdts tegenover een rijkscontroleur van het verkeer heeft verklaard dat hij vennoot is van N.A.L., duiden er in de optiek van het hof op dat er sprake was van een vennootschap onder firma en in ieder geval niet van een arbeidsovereenkomst. Van Houdts komt van dit arrest in cassatie met één middel waarin hij er over klaagt dat het hof met zijn beslissing dat: hij vennoot is geweest van N.A.L.;

van genoemde hiërarchische verhouding geen sprake is geweest; en

in ieder geval geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, ten onrechte voorbij is gegaan aan zijn aanbod om bewijs te leveren van 'de gang van zaken binnen N.A.L. en de afwezigheid van een gelijkwaardige verhouding tussen de vennoten' binnen N.A.L. en dat deze (impliciete) beslissing om het bewijsaanbod te passeren rechtens onjuist, althans, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk is.

De klacht slaagt, nu het hof, zo overweegt de Hoge Raad, indien het van oordeel was dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend was, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu deze (te bewijzen aangeboden) factoren van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of Van Houdts (zoals hij betoogt) gedurende de periode van 1 mei 1995 tot 1 juli 1997, niettegenstaande de door hem op 24 juli 1995 gesloten overeenkomst, geen vennoot was van N.A.L., maar werknemer van BBO.

### 3 Commentaar

Ter onderbouwing van de eerder weergegeven klacht heeft Van Houdts aangevoerd dat het bewijsaanbod, gelet op de arresten van de HR van 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (Groen/Schoevers) en van 10 december 2004, *NJ* 2005, 239 (Diosynth/Groot), ter zake dienend was. Hij heeft hieraan toegevoegd dat uit deze arresten naar voren komt dat ter beantwoording van de vraag of de overeenkomst op basis waarvan arbeid wordt verricht de essentialia van art. 7:610 BW in zich draagt, mede acht moet worden geslagen op de wijze waarop uitvoering is gegeven aan die overeenkomst. De Hoge Raad heeft het middel weliswaar gesanctioneerd, maar hij heeft daarbij niet aan voornoemde maatstaf gerefereerd. Dit roept de vraag op of in het oordeel van de Hoge Raad besloten ligt dat de Groen/Schoevers-maatstaf op de voorliggende situatie van toepassing is en dat het hof dit heeft miskend. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet niet alleen worden gelet op de arbeidsrechtelijke-, maar ook op de procesrechtelijke aspecten van dit geding.

### 4 Bindende kracht

De Hoge Raad heeft slechts uitspraak gedaan in het geding in reconventie. Desalniettemin speelde de procedure in conventie ongetwijfeld op de achtergrond mee, want ofschoon het een zelfstandige procedure betreft - die slechts uit overwegingen van doelmatigheid is verbonden met het geding in conventie - is de uitkomst van dit geding niet zonder betekenis voor de procedure in conventie. Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en die zijn vervat in een uitspraak die gezag van gewijsde heeft verkregen, hebben (zo daarop een beroep wordt gedaan) ingevolge art. 236 Rv. immers bindende kracht in een ander geding tussen dezelfde partijen. Nu de reconventionele vordering is afgewezen, is het belang dat Van Houdts heeft bij zijn cassatieberoep louter gelegen in de bindende kracht van het oordeel van het hof dat Van Houdts één van de vennoten is van N.A.L.;<sup>[4]</sup> de positieve werking van het gezag van gewijsde.<sup>[5]</sup> Indien BBO zich daar in het geding in conventie op beroept, dan heeft die beslissing ingevolge art. 236 Rv. tussen hen in die procedure immers bindende kracht, met als gevolg dat de vordering van Van Houdts jegens BBO, die is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst met BBO, zal stranden. Van Houdts heeft zich er in het geding in reconventie, ter afwering van de vordering van BBO (om voor recht te verklaren dat Van Houdts jegens haar als vennoot van N.A.L. hoofdelijk aansprakelijk

was voor de schulden van N.A.L.) op beroepen dat hij in de desbetreffende periode op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden heeft verricht voor BBO en dat hij geen vennoot was van N.A.L. Van Houdts stelt zich op het standpunt dat, hoewel er 'op papier' geen arbeidsovereenkomst bestond, de rechtsverhouding tussen hem en BBO desalniettemin als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd nu deze voldoet aan de essentialia van art. 7:610 BW. Het oordeel van de Hoge Raad dat het bewijsaanbod ter zake dienend was, moet dan ook in dit licht worden gezien.

## 5 Passeren bewijsaanbod

Het hof heeft niet gemotiveerd waarom het Van Houdts geen gelegenheid heeft geboden voor (tegen)bewijs. De Hoge Raad komt (op de eerder weergegeven klacht van Van Houdts) dan ook tot het lapidaire oordeel dat het hof, zo het meende dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend was, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De rechter mag een dergelijk bewijsaanbod niet zo maar passeren. Indien hij daaraan voorbijgaat, dient hij in zijn uitspraak tot uitdrukking te brengen waarom hij de desbetreffende partij niet tot dit bewijs toelaat.

In de overweging van de Hoge Raad dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting indien het van oordeel is dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend was, ligt besloten dat de ondertekening van de overeenkomst van 24 juli 1995 noch de overige door het hof opgesomde omstandigheden die in de optiek van het hof een indicatie vormen dat Van Houdts een van de vennoten was van N.A.L., er noodzakelijkerwijs aan in de weg staan dat de rechtsverhouding tussen Van Houdts en BBO wellicht moet worden betiteld als arbeidsovereenkomst. Hieruit spreekt onmiskenbaar de gedachte dat de wijze waarop 'de vennoten' aan hun onderlinge rechtsverhouding gestalte hebben gegeven mogelijk tot de conclusie noopt dat tussen Van Houdts en BBO een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. De vraag rijst of aldus toepassing is gegeven aan de Groen/Schoevers-maatstaf, die zoals eerder is vermeld een duaal karakter heeft en die dient ter kwalificatie van de rechtsverhouding waarbinnen de één tegen betaling arbeid verricht voor de ander.

## 6 V.O.F. en affectio societatis

Om een overeenkomst als v.o.f. te kunnen betitelen, moet er onder meer sprake zijn van een zogeheten affectio societatis: de uit de inhoud van de overeenkomst af te leiden wil van de vennoten om op voet van gelijkheid samen te werken.<sup>[6]</sup> Juist dit vereiste vormt het criterium bij uitstek om de v.o.f. van de arbeidsovereenkomst te onderscheiden. Het toonaangevende kenmerk van de arbeidsovereenkomst, de gezagsverhouding<sup>[7]</sup>, die besloten ligt in het begrip 'in dienst', laat zich niet rijmen met de kenmerkende elementen van de v.o.f. Een rechtsverhouding kan niet tegelijkertijd worden gekwalificeerd als v.o.f. en als arbeidsovereenkomst (althans niet naar burgerlijk recht; het is niet ondenkbaar dat een dergelijke samenloop zich wel kan voordoen doordat de rechtsverhouding op basis van het burgerlijk recht, de fiscale wetgeving en wetgeving op het gebied van de sociale zekerheid verschillend wordt gekwalificeerd<sup>[8]</sup>). Dit betekent evenwel niet dat een vennoot van een v.o.f. geen arbeidsovereenkomst kan aangaan met een derde. Hierin schuilt een van de bijzonderheden van dit geval; gelet op de uitzonderlijke feitenconstellatie, moet er in deze zaak kennelijk vanuit worden gegaan dat Van Houdts ofwel vennoot was van N.A.L. ofwel werknemer van BBO (terwijl BBO geen vennoot is van de v.o.f. N.A.L.). Indien Van Houdts slaagt in het bewijs<sup>[9]</sup> dat tussen de vennoten van N.A.L. geen gelijkwaardige verhouding bestond, dan is niet voldaan aan een van de essentialia van de v.o.f.; de affectio societatis.

## 7 Beperking contractsvrijheid ter bescherming zwakkere partij

De contractsvrijheid vormt één van de rechtsbeginselen van het privaatrecht.<sup>[10]</sup> Dit beginsel brengt, zoals Koopmans dit verwoordt<sup>[11]</sup>, onder andere met zich mee dat partijen bij een overeenkomst de vrijheid hebben om, binnen de door de wet getrokken grenzen, de openbare orde en de goede zeden, zelf de inhoud van hun contractuele relatie te bepalen. Dit rechtsbeginsel geldt echter niet onverkort. In het belang van de veelal zwakkere partij, de werknemer, wordt zij onder meer beknot door de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW. De dwingend rechtelijke bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW beogen de werknemer te beschermen. De rechter kwalificeert de rechtsverhouding aan de hand van objectieve criteria die zijn vastgelegd in de wet. Hij poogt daarbij het wezen van de rechtsbetrekking te achterhalen. Is voldaan aan de essentialia van de arbeidsovereenkomst dan wordt de sluier van het andersluidende (door partijen gekozen) predikaat opgelicht en moet toepassing worden gegeven aan het wettelijk regiem van titel 10 van Boek 7 BW. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de volgende maatstaf die de Hoge Raad in Groen/Schoevers heeft aangelegd ter kwalificatie van de rechtsverhouding waarbinnen de één voor de ander tegen betaling arbeid verricht:

'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. De Rechtbank heeft in het onderhavige geval onderzocht op welke wijze partijen hun overeenkomst hebben ingericht, welk onderzoek haar tot de slotsom heeft geleid dat niet van een arbeidsovereenkomst sprake was. Daarbij is de Rechtbank met juistheid ervan uitgegaan 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 gezien.'

Het hier geformuleerde criterium is holistisch van aard. De Hoge Raad onderstreept dat aan de tekst van het contract geen doorslaggevende (zij het wellicht wel primair in ogenschouw te nemen<sup>[12]</sup>) betekenis toekomt, maar dat dit één van de in hun onderlinge samenhang te beschouwen omstandigheden is.<sup>[13]</sup> Ook de wijze waarop partijen aan hun overeenkomst gestalte hebben gegeven, is niet doorslaggevend. Dit aspect is niet van een dusdanig belang dat geen gewicht meer kan worden toegekend aan de partijbedoeling.<sup>[14]</sup> Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat zich geen situatie kan voordoen waarin de partijbedoeling bij de kwalificatie van de rechtsverhouding moet wijken voor de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan het contract, zoals onder meer blijkt uit HR 16 september 1994, NJ 1996, 329 (Nationale Nederlanden/Woudsend), waarin de Hoge Raad onder meer overwoog:

'Het oordeel dat tussen Trap en Drijver een gezagsverhouding heeft bestaan, berust kennelijk hierop dat het Hof, evenals de Rechtbank, uit de getuigenverklaringen heeft afgeleid dat blijkens de wijze waarop Trap en de bij hem werkzame vakantiewerkers uitvoering hebben gegeven aan de tussen hen gesloten overeenkomst, die vakantiewerkers, wat de inhoud van hun werk betreft, onderworpen waren aan de zeggenschap van Trap en partijen aldus aan die overeenkomst een inhoud hebben gegeven, die mogelijk afwijkt van wat hun blijkens het door hen gebezigde formulier aanvankelijk op dit punt voor ogen heeft gestaan. Deze gevolgtrekking is in het licht van de getuigenverklaringen niet onbegrijpelijk of ongenoegzaam gemotiveerd en geeft ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

<sup>[15]</sup>

De inhoud van de overeenkomst kan, zoals Van der Grinten dit aanduidt, van kleur verschieten.<sup>[16]</sup> In ABN AMRO/Malhi<sup>[17]</sup> heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het aan Groen/Schoevers ontleende criterium 'hoe hebben partijen feitelijk uitvoering gegeven aan hun rechtsverhouding' geschreven is voor die situatie waarin de vraag voor ligt 'hoe een - op zichzelf vaststaande - overeenkomst krachtens welke één van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd'. ABN AMRO/Malhi had geen betrekking op deze vraag noch de, volgens de Hoge Raad daaraan 'verwante vraag of, en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten.'<sup>[18]</sup> In ABN AMRO/Malhi heeft de Hoge Raad overwogen dat in een situatie als zich in die zaak voordeed, waarbij de omstandigheden corresponderen met twee verschillende rechtsverhoudingen, de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van de ene door de andere rechtsverhouding.<sup>[19]</sup> De Hoge Raad voegt hier aan toe<sup>[20]</sup> :

'Het hiervoor in 3.4 als eerste genoemde criterium houdt niet in dat, om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar moeten hebben verbonden. Het antwoord op de vraag of zij zich jegens elkaar verbonden hebben, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden.'

## 8 Verschil met Groen/Schoevers

Groen/Schoevers en de uitspraken van de Hoge Raad die daarop voortborduurden hebben met elkaar gemeen dat de kwalificatie van de rechtsverhouding in kwestie is gerelateerd aan de overeenkomst die (de mogelijkerwijs als werkgever en werknemer aan te merken) partijen met elkaar hebben gesloten, doordat wordt nagegaan wat hen voor ogen stond toen zij die overeenkomst aangingen mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij daaraan uitvoering hebben gegeven. Hierin schuilt m.i. een pregnant verschil met het hier berechte geval. BBO betoogt dat zij slechts opdrachtgeefster was van N.A.L. Van Houdts brengt hier tegenin dat de v.o.f. een schijnconstructie behelsde en dat, terwijl hij formeel als venoot van N.A.L. optrad, hij in wezen werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst met BBO. BBO betwist dit. Volgens haar heeft zij met Van Houdts überhaupt geen overeenkomst gesloten uit hoofde waarvan Van Houdts betaald werk voor haar zou verrichten. In dit geval is (nog) niet vast komen te staan dat tussen Van Houdts en BBO een overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden tot stand is gekomen. Pas als dat is vastgesteld, kan eventueel worden toegekomen aan de vraag hoe deze overeenkomst moet worden gekwalificeerd. In Groen/Schoevers stond vast dat partijen een overeenkomst waren aangegaan en lag (slechts) de vraag voor of deze als arbeidsovereenkomst dan wel als overeenkomst van opdracht moest worden aangemerkt. Weliswaar is in het onderhavige geval, zo volgt uit dit arrest, ofwel sprake van een v.o.f. ofwel van een arbeidsovereenkomst, maar deze (elkaar in dit geval uitsluitende) overeenkomsten zijn niet gesloten tussen dezelfde partijen. Nu BBO, zoals vermeld, geen partij is bij de overeenkomst van 24 juli 1995 is het niet mogelijk om door toepassing van de Groen/Schoevers-maatstaf op deze overeenkomst de rechtsverhouding tussen BBO en Van Houdts vast te stellen. De omstandigheid dat BBO wellicht (op enige afstand) bij de onderhandelingen betrokken is geweest of misschien wel heeft aangestuurd op dit contract, maakt dit niet anders. Hij wordt hiermee geen partij bij het contract van 24 juli 1995. Het is m.i. niet mogelijk om de twee componenten van het duale Groen/Schoevers-criterium los te koppelen en afzonderlijk toe te

passen. Dit laat zich niet rijmen met de strekking van deze maatstaf, die ter duiding van de rechtsverhouding in kwestie de formele en materiële kant van die rechtsverhouding in zich verenigt. Het is met andere woorden, zoals uit ABN AMRO/Malhi volgt, niet mogelijk om de rechtsrelatie te kwalificeren aan de hand van louter de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding als niet eerst is vastgesteld dat tussen die partijen (Van Houdts en BBO) een overeenkomst tot stand is gekomen uit hoofde waarvan de één tegen betaling werkzaamheden verricht voor de ander.

In dit geval moet derhalve worden nagegaan of BBO en Van Houdts met elkaar zijn overeengekomen dat Van Houdts werkzaamheden zou verrichten voor BBO en als dat eenmaal vast is komen te staan, of die overeenkomst als arbeidsovereenkomst kan worden betiteld (waarbij acht zal moeten worden geslagen op alle - in hun onderlinge samenhang te beschouwen - omstandigheden van het geval). Deze kwesties laten zich in de praktijk lastig scheiden. Zij vloeien in elkaar over. Er moet (evenwel ten opzichte van Groen/Schoevers) dus in ieder geval een stap extra worden gezet. Mogelijk komt Groen/Schoevers vervolgens alsnog om de hoek kijken. Om vast te stellen of Van Houdts en BBO zich jegens elkaar hebben verbonden, moet, gelijk is uitgemaakt in ABN AMRO/Mahli, worden gekeken naar datgene wat zij 'over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden.' Voor Van Houdts komt het er bovenal op aan een gezagsverhouding tussen hem en BBO aannemelijk te maken. Welk verweer Van Houdts exact heeft gevoerd, is mij overigens niet bekend. In ieder geval laten zich de volgende twee scenario's denken: (I) toen partijen op 24 juli 1995 overeenkwamen om een v.o.f. aan te gaan, beoogden zij te voorkomen dat Van Houdts zou worden aangemerkt als werknemer van BBO terwijl zij wel degelijk voor ogen hadden dat van Houdts zich feitelijk als werknemer van BBO zou gedragen, of (II) bij partijen (die de overeenkomst van 24 juli 1995 hebben gesloten) heeft dit oogmerk toentertijd weliswaar niet voorgezeten<sup>[21]</sup>, maar de wijze waarop aan de overeenkomst van 24 juli 1995 uitvoering is gegeven, is van dien aard dat desalniettemin kan worden gesproken van een arbeidsovereenkomst met BBO.<sup>[22]</sup> Hoe dit ook zij, duidelijk is in ieder geval, dat het oordeel van de Hoge Raad dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan het aanbod bewijs te leveren van 'de gang van zaken binnen N.A.L. en de afwezigheid van een gelijkwaardige verhouding tussen de vennoten' binnen N.A.L., is ingegeven door de gedachte dat tussen Van Houdts en BBO mogelijkwijs een rechtsverhouding bestaat die alle essentialia van een arbeidsovereenkomst in zich draagt en die derhalve ingevolge de dwingendrechtelijke bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. In hoeverre Van Houdts hier werkelijk mee is gebaat of dat hij slechts een pyrrusoverwinning heeft geboekt, moet nog blijken.

## 9 Afsluiting

Deze uitspraak onderstreept, gelijk Groen/Schoevers, dat het etiket waarvan de rechtsverhouding is voorzien, niet van doorslaggevende betekenis is. Er moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval. Het verschil met Groen/Schoevers schuilt m.i. hierin dat (nog) niet is komen vast te staan dat Van Houdts met BBO een overeenkomst is aangegaan uit hoofde waarvan Van Houdts voor BBO betaald werk verricht; wat niet betekent dat er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst - daartoe is immers niet vereist dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden - maar wel dat eerst moet worden vastgesteld dat van een dergelijke rechtsverhouding tussen Van Houdts en BBO sprake is. Daarna kan eventueel toepassing worden gegeven aan de Groen/Schoevers-maatstaf. Het antwoord op de vraag of Van Houdts en BBO zich jegens elkaar hebben verbonden is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden. Het feit dat de Hoge Raad tot het oordeel komt dat er in weerwil van de door het hof opgesomde omstandigheden, waaronder de overeenkomst van 24 juli 1995, toch sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst met BBO en dat Van Houdts ofwel werknemer was van BBO ofwel venoot van N.A.L. (welke posities, nu BBO in ieder geval geen venoot was van N.A.L., normaal gesproken niet onverenigbaar zijn), is m.i. gelegen in de bijzondere feitenconstellatie van dit geval.

Voetnoten

[1]

Mr. J den Hoed, gerechtsauditeur bij de Hoge Raad. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

[1]

Met deze rangorde (van ten eerste en ten tweede) heb ik niet tot uitdrukking willen brengen dat de partijbedoeling prevaleert boven de feitelijke uitvoering.

[2]

F.B.J. Grapperhaus, *Ondernemingsrecht* 2007, 2, p. 69. Hij bespreekt dit arrest uitgebreider in *Ondernemingsrecht* 2007, 3, p. 67 e.v.

[3]

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007, 4, p. 21 e.v. Zie verder nog: O. van der Kind, 'Partijbedoeling versus feitelijke uitvoering: een nieuwe ronde?', *SR* 2007, 22.



[4]

Het hof heeft ofschoon het van oordeel is dat Van Houdts een van de vennoten is van N.A.L. het vonnis vernietigd omdat de schuld van Van Houdts aan BBO zou zijn overgenomen door een derde.

[5]

P.A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 15e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 172.

[6]

Asser-Maeijer 5-V, nr. 29.

[7]

Het betreft een lastig te omlijnen begrip, dat als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen, die zich mede hebben vertaald in veranderende arbeidsrelaties, een meer en meer diffuus karakter krijgt en daarmee ten dele zijn onderscheidende kracht verliest.

[8]

Dit wordt nog eens geïllustreerd in HR 15 september 2006, *RvdW* 2006, 846 (ANWB/slipinstructrice). Zie de inzichtelijke conclusie van Verkade vóór dit arrest waarin hij uitgebreid stilstaat bij deze soms - en zo ook in dit geval - schrijnende problematiek.

[9]

Of hier in wezen sprake is van tegenbewijs, bewijs ter ontzenuwing van het voorshands geleverde bewijs, valt niet aanstonds uit het arrest op te maken. Ik laat dit hier verder in het midden.

[10]

Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 34 e.v.

[11]

A-G Koopmans in zijn conclusie vóór HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (Agfa/Schoolderman).

[12]

Zie bijvoorbeeld Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 19 december 2004, *NJ* 2005, 239 (Diosynth/Groot). Velen zijn van mening dat de partijbedoeling het meeste gewicht in de schaal moet leggen. Zie bijvoorbeeld J.J. Trap, 'De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer', *Arbeidsrecht* 2000, 45, p. 29 e.v.

[13]

HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003, 263.

[14]

Zo volgt uit HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239 (Diosynth/Groot).

[15]

Ik begrijp deze uitspraak aldus dat de 'werkgever' heeft willen voorkomen dat hun onderlinge rechtsrelatie als arbeidsovereenkomst zou worden aangemerkt door de 'werknemer' (die voor hem als vakantiekracht werkzaam was) voor aanvang van de werkzaamheden een 'meldingsformulier vakantiewerk/gelegenheidsarbeid' te laten ondertekenen waarin is vastgelegd dat er tussen de ondertekenaars 'geen gezagsverhouding is en dat er vrijheid is te komen en te gaan'. Ook in HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003, 263 (Van der Male/Den Hoedt) gaat schijn niet voor wezen en wordt ten faveure van de werkelijke rechtsverhouding door het etiket heen geprikt.

[16]

W.C.L. van der Grinten, a.w., p. 20. Ook E. Verhulp komt tot de conclusie dat 'ook indien partijen oorspronkelijk geen arbeidsovereenkomst voor ogen hebben gehad, toch op grond van de wijze waarop zij aan de overeenkomst invulling hebben gegeven een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen (...)'(AA 2005, p. 371).

[17]

HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

[18]

In ABM AMRO/Mahli lag de vraag voor of tussen ABN AMRO en Mahli, die als inlener ter beschikking was gesteld aan ABN AMRO, en (aanvankelijk) uit dien hoofde werkzaamheden verrichtte voor deze bank, inmiddels een arbeidsovereenkomst bestond.

[19]

Dit oordeel is geënt op de bijzondere situatie van dat geval en ziet niet op de vraag of de rechtsverhouding tussen degene die tegen betaling arbeid verricht en degene voor wie hij dit doet, zonder dat partijen daaraan dit predikaat hebben verleend, omdat de essentialia van art. 7:610 BW zijn vervuld, moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst.

[20]

Het wettelijk rechtsvermoeden van art. 7:610a BW (dat ten tijde van ABN AMRO/Mahli overigens nog niet bestond) laat ik bij de bespreking van het onderhavige arrest verder onbesproken.

[21]

Of: niet op de voorgrond gestaan.

[22]

Er zijn andere scenario's denkbaar. Eén van de (hier niet verder uit te werken) mogelijkheden is dat N.E.M., op 24 juli 1995 nog een b.v. i.o., niet meer was dan een marionet van BBO en dat deze b.v. enkel is opgetuigd voor deze v.o.f., waarbinnen zij (bij wijze van spreken) fungeerde als doorgeefluik.