

mr. P.A.L.M. van der Velden

enige kanttekeningen bij het vraagstuk wie
werknemer zijn in de zin van de
sociale verzekeringen*

enige kanttekeningen bij het vraagstuk wie werknemer zijn in de zin van de sociale verzekeringen*

De vereniging voor arbeidsrecht wilde bij gelegenheid van het vijftenzeventig jarig bestaan van de Centrale Raad van Beroep iemand uit dat college aan het woord laten. In plaats dat U hier een van de oudere leden van dat college ziet die een groter deel van zijn historie hebben meegemaakt, sta ik hier, zo wat de hekkesluis op dit moment. Het is wellicht een teken van de toekomstverwachting. Toch betwijfel ik of die toekomst van de Centrale Raad in zijn huidige vorm en met zijn huidige functie wel 75 jaar zal zijn.

De hoeveelheid gedingen waarin de Centrale Raad in 1976 tot een uitspraak of beschikking is gekomen beliep 2.622 terwijl er op 1 januari van dit jaar nog 3.278 zaken op afdoening lagen te wachten. Daarnaast zijn in 1976 1.191 zaken ingetrokken, waarbij men moet bedenken dat wel eens een zaak wordt ingetrokken nadat en wellicht ook doordat de Centrale Raad zich reeds uitgebreid met die zaak heeft ingelaten. De toename van zaken heeft met zich gebracht dat het aantal leden van de Centrale Raad met name de laatste tien jaar is uitgebreid en dat er veel beroep moet worden gedaan op plaatsvervangers. De in 1976 geopende mogelijkheid om zaken te beslechten bij een beslissing van de voorzitter op grond van artikel 152a Beroepswet lijkt wel enig soelaas te bieden, maar de belasting van de Raad als geheel door de toename van zaken wordt toch niet gecompenseerd door deze mogelijkheid van artikel 152a.

Uitbreiding van het aantal zaken en van het aantal rechters maakt, dat het steeds moeilijker wordt om intern de coördinatie van de rechtspraak van de Centrale Raad te verzekeren. Men zou dit probleem kunnen oplossen door een beperking van de mogelijkheid om in beroep te komen bij de Centrale Raad. Het is echter niet eenvoudig — dat is in het verleden gebleken — om daarvoor een evenwichtige formule te ontwerpen. Men zou het probleem ook kunnen trachten op te lossen door een vereenvoudiging van onze sociale verzekeringen. Vergeet niet, dat, zoals ik onlangs nog in Onderneming¹ las, de oer-Nederlandse neiging om rechtvaardigheid te betrachten tot de laatste man en de laatste cent tot een spinnewebachtige structuur van uiterst verfijnde regelingen heeft geleid. Daarbij moet ik aantekenen dat de Centrale Raad aan die ontwikkeling niet onschuldig is geweest. Of de combinatie van hoger beroep en cassatiefunctie daaraan mede debet is, kan ik niet overzien. Mocht langs geen van deze beide wegen een indammen van de stroom van beroepen bij de Centrale Raad worden bewerkt dan zal men wellicht op den duur niet kunnen ontkomen aan een split-

* Rede uitgesproken voor de Vereniging voor Arbeidsrecht op 10 november 1977 in verband met het 75-jarige jubileum van de Centrale Raad van Beroep.

1 Vereenvoudiging uitvoering sociale verzekering geen eenvoudige zaak. Onderneming 24 juni 1977.

sing tussen de hoger beroep- en cassatiefuncties die de Centrale Raad op dit moment in feite in zich verenigt. Deze splitsing zou bovendien wel eens te meer gewenst kunnen worden om tot een groter onderlinge afstemming te komen met de vormen van administratieve rechtspraak welke aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de afdeling Rechtspraak van de Raad van State zijn opgedragen.

Wanneer men meer een onderlinge afstemming op andere punten zou verkiezen, zou men aan een uitbreiding van de cassatiefunctie van de Hoge Raad ten aanzien van uitspraken van de Centrale Raad kunnen denken.

Het is overigens opmerkenswaard dat de Centrale Raad en de Raden van Beroep hun bestaan er mede aan te danken hebben dat men rond 1900 geen hoger beroep op de Kroon wilde open stellen voor beslissingen van de Rijksverzekeringsbank uit vrees voor overbelasting van de Raad van State en omdat men dacht dat de Raad van State niet voldoende op de hoogte zou zijn van de arbeidstoestanden.²

Een nadeel van de splitsing van de hoger beroep- en cassatiefuncties van de Centrale Raad zou wel zijn dat de nauwe verwevenheid van feiten- en rechtsinterpretatie uiteen wordt gehaald, al zou dat uiteenhalen anderszins juist als een voordeel kunnen worden gezien.

De uitbreiding van de werkzaamheden van de Centrale Raad sinds zijn start op basis van de Beroepswet van 8 december 1902 Stb 208 is niet verwonderlijk als men de toename van het aantal wetten ziet waarbij de raden van beroep en de Centrale Raad zijn ingeschakeld. De Beroepswet van 1902 is tot stand gekomen ter uitvoering van artikel 75 lid 3 van de Ongevallenwet 1901. De Ongevallenwet bood een dekking tegen de geldelijke gevolgen van ongevallen in bepaalde bedrijven zij het slechts bij een ongeval in verband met de uitoefening van het bedrijf. De

dekking was bovendien beperkt tot de werklieden die in dienst van de werkgever in diens onderneming in een verzekeringsplichtig bedrijf tegen loon werkzaam waren (artikel 2). Zo regelde de eerste sociale verzekeringswet een werknemersverzekering. Deze eerste werknemersverzekering is door vele andere gevolgd. Stap voor stap werd de sociale verzekering uitgebreid op het terrein van ziekte, invaliditeit en ouderdom en tenslotte op het terrein van de werkloosheid en de ziektekosten, maar steeds bleven de verzekerden nagenoeg uitsluitend werknemers. Pas na de tweede wereldoorlog komen geleidelijk de verzekeringen tot stand waarbij men, niet omdat men werknemer is maar, omdat men ingezetene is, verzekerd is, dus de volksverzekeringen.

Twee kamers van de Centrale Raad krijgen het menu nagenoeg gevuld met ambtenaren- en militaire ambtenarenzaken en met zaken ingevolge de Pensioenwetten voor overheids- en semi-overheidspersoneel, de Wet buitengewoon pensioen 1940-45 en de Wet Uitkering Vervolgingslachtoffers.

Desondanks wordt de bulk aan zaken gevormd door de zaken in de sector sociale verzekeringen waarbij dan weer de werknemersverzekeringen de WAO en Werkloosheidswet, de koplopers zijn gevolgd door Ziektewet — ondanks zijn in beginsel beperkte beroepsmogelijkheden — en de naar de uitkeringskant met de werknemersverzekeringen gelijk te stellen Wet Werkloosheidsvoorzieningen.³

Het ligt in de rede dat de AAW een groot deel van om het zo eens uit te drukken de toeleverende functie van de WAO voor de Centrale Raad zal gaan overnemen. Zo zullen wellicht — nog afgezien van een verdere uitbreiding van de volksverzekeringen en daar-

2 A.N. Molenaar, Arbeidsrecht II, blz. 1527, Zwolle 1958.

3 In 1976 kwamen bij de centrale Raad in: 1669 WAO-, 1141 WW-, 404 ZW- en 130 WWV-zaken op een totaliteit van 4202 nieuwe zaken.

mee gepaard gaande beperking van werknemersverzekeringen — de volksverzekeringen voor de Centrale Raad in de komende tijd meer werk gaan leveren, maar toch zullen de werknemersverzekeringen de eerste tijd de Centrale Raad grotelijks bezig blijven houden.

Daarmee heb ik dan een verantwoording gegeven voor de keuze van het onderwerp dat ons vanmiddag verder zal bezighouden. Wanneer je stilstaat bij 75 jaar Centrale Raad kun je er niet aan voorbijgaan dat deze raad zich heeft bezig gehouden, bezig houdt en vooralsnog zal bezig houden met werknemersverzekeringen.

Door de interpretatie van het begrip werkmán,⁴ later dat van arbeider⁵ en tenslotte het begrip werknemer⁶ heeft de Centrale Raad mede bepaald en bepaalt hij nog mede wie verzekerd zijn.

Hoewel historie beschrijven zeker geen onaangename bezigheid is en ook geenszins een vruchteloze zaak, immers weten hoe het heden gegroeid is kan tot goed begrip van het heden en tot koersbepaling voor de toekomst leiden, wil ik toch op de historie van het werknemersbegrip in wetgeving en rechtspraak maar zijdelings ingaan. De historie tot 1962 is magistraal beschreven en geanalyseerd door Koopmans.⁷

Centraal zou ik daarom willen stellen de artikelen 3 en volgende van Ziektewet, Werkloosheidswet en WAO en artikel 2 en volgende van de Kinderbijslagwet voor loontrekkenden zoals deze thans dus in hoofdzaak sinds de wetgeving van 1966-1967 luiden.

De meergenoemde wetten bepalen dat werknemers verzekerd zijn, maar wie zijn werknemers dat is de kwestie. Werknemer, aldus de artikelen 3 in lid 1, — aan de afwijkende nummering van het overeenkomstige artikel 2 van de Kinderbijslagwet voor Loontrekkenden ga ik verder voorbij — is de natuurlijke persoon die in privaatrechtelijke of pu-

bliekrechtelijke dienstbetrekking staat. De wetten geven dan regels althans openen de mogelijkheid tot regels over dienstbetrekkingen waarbij de werkgever en/of de werknemer en/of de arbeid buitenslands woont, gevestigd is of ligt, met als resultaat dat de betrokken werknemers wel of niet werknemer in de zin van de sociale verzekeringswetten zijn (artikel 3 leden 2 en 3). Vervolgens openen die wetten de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur ten aanzien van ruwweg gezegd vreemdelingen af te wijken (artikel 3 lid 4). Maar hiermee had de wetgever zijn werk niet gedaan: in de volgende artikelen gaat hij de kring van verzekerden nader regelen niet door rechtstreeks personen al dan niet als werknemers te kwalificeren, maar door het begrip dienstbetrekking op te rekken door andere arbeidsverhoudingen als dienstbetrekking te beschouwen of de mogelijkheid te openen dat krachtens een algemene maatregel van bestuur andere arbeidsverhoudingen als dienstbetrekking worden beschouwd. Dat is dus de grondslag van de zogenaamde K.B.'s eerst van 27 juni 1967, nu van 14 december 1973. Vervolgens zegt de wet van een aantal arbeidsverhoudingen, dat zij deze niet als dienstbetrekking beschouwt. Tenslotte gaat de wet dan weer rechtstreeks aan het begrip werknemer sleutelen met telkens één of twee artikelen die personen die niet (meer) in dienstbetrekking staan toch als werknemer te beschouwen of hen de hoedanigheid van werknemer te laten houden voor toepassing van de onderscheidene wetten.

Het geheel is een verre van fraaie wetgevings-

4 Ongevallenwet 1901 en 1921.

5 Invaliditeitswet en Ziektewet.

6 Allereerst in de Werkloosheidswet van 1949 maar sinds 1967 ook in de Ziektewet, Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en Kinderbijslagwet voor Loontrekkenden, terwijl ook in de Wet Werkloosheidsvoorziening hier bij aansluiting is gezocht.

7 T. Koopmans, De begrippen werkmán, arbeider en werknemer. Alphen a/d Rijn 1962.

methodiek. De grondfout zit wellicht al in het uitgangspunt: verzekerd zijn werknemers (in de zin van deze wet) met daarop aansluitend de omschrijving van werknemer is de natuurlijke persoon, die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat, want met die omschrijving wordt dan weer aansluiting gezocht bij de arbeidsovereenkomst zoals geregeld in artikel 1637a en volgende BW.

Laten wij eerst dit uitgangspunt van de wetgever onder de loupe nemen. Verzekerd is degene die in dienstbetrekking staat. Vroeger vóór 1967 stond daar: die in dienst van een onderneming of een publiekrechtelijk lichaam (Ziektewet en Kinderbijslagwet) of in loondienst arbeid verricht (Invaliditeitswet) of die in dienst van de werkgever tegen loon werkzaam is (Ongevallenwet) of in loondienst werkzaam is (Werkloosheidswet).

Met al die omschrijvingen wilde men aanhaken aan de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Dat is wel logisch wanneer men een werknemersverzekering wil regelen, maar tegelijk roept men hiermee een spanning op, want Titel VIIA van het BW is met een heel ander oogmerk geconcipieerd dan om een groep te omschrijven die onder een verzekering moet vallen. Deze spanning uit zich in een uiteenlopen van de rechtspraak van de gewone rechter onder de Hoge Raad als hoogste hoeder maar vooral van de rechtspraak van de belastingkamers van de gerechtshoven en van de Hoge Raad in het bijzonder in het kader van de wet op de loonbelasting en de premieheffing voor de kinderbijslagwet voor loontrekkenden aan de ene kant en de rechtspraak van de beroepsrechter onder het patronage van de Centrale Raad aan de andere kant.

Nu valt het ook wel weer mee zoals deze rechtspraak uiteen liep voor 1967. Het punt waarop Hoge Raad en Centrale Raad in de algemene benaderingswijze verschilden was de positie van de directeur van een N.V. —

B.V.'s waren er toen nog niet — die zelf de meerderheid van de aandelen in die N.V. had. Die directeur was niet ondergeschikt, want in feite was hij aan niemand anders ondergeschikt en dus, zo zei de Centrale Raad, ontbrak de gezagsverhouding en die gezagsverhouding, zo ging de redenering verder, is absoluut onmisbaar voor een arbeidsovereenkomst dus die directeur is niet in loondienst. De Hoge Raad stelde zich in 1940 (7 febr. NJ 1940, 180) op het standpunt, dat je om het met een recente uitdrukking te zeggen⁸ bij een N.V. niet zo door de rechtspersoonlijkheid heen mag kijken en dat een directeur-groootaandeelhouder toch ondergeschikt is aan de N.V., die als rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt aan welke deelname aan het rechtsverkeer de aandeelhouders vreemd blijven. Is dit verschil in uitkomst strikt genomen een verschil in visie op de rechtspersoonlijkheid, in feite lag er het streven van de Centrale Raad aan ter grondslag het begrip gezagsverhouding en zo het begrip werknemer materieel inhoud te geven.

Dit ene punt van verschil is, zoals bekend opgelost door de wetgeving van 1967 waarbij in de verschillende werknemers verzekeringswetten de term dienstbetrekking, die al sinds 1964 in de Wet op de Loonbelasting uitgangspunt was, is ingevoerd onder het gelijktijdig uitspreken van de verwachting dat de Centrale Raad zich zou conformeren aan de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt. Nu dat heeft de Centrale Raad gedaan te beginnen met zijn uitspraak van 10 december 1968 (SMA 1969 blz. 844, m.n. L.J.M. de Leede; RSV 1969/40).⁹

De oplossing van dit ene verschilpunt moge geslaagd zijn. Nu er ten aanzien van het begrip werknemer geen beroep in cassatie op

8 H.L.J. Roelvink, Door rechtspersonen heen kijken. Praeadvies Nederlandse Juristenvereniging 1977.

9 Zie ook B.J. van der Net, De directeur — enig aandeelhouder — van een N.V. in het sociale verzekeringsrecht, NJB 1969, blz. 677-688.

de Hoge Raad is opengesteld zoals wel ten aanzien van het begrip loon is gebeurd en de Hoge Raad daar ook niet via de omweg van de Coördinatiewet Sociale Verzekering aan wil (HR 23 april 1975 BNB 1975, 138; NJ 1976, 485 m.n. W.H.H.), zal de coördinatie gebrekkig blijven tussen aan de ene kant loonbelasting en premieheffing kinderbijslag loontrekkenden en aan de andere kant de werknemersverzekeringen voor het overige.¹⁰

De Centrale Raad heeft in 1972 (6 april 1972, RSV 1972, 214) reeds uitgesproken dat de bedoeling van de wetgever dat één begrip dienstbetrekking zal worden gehanteerd, niet kan insluiten dat in alle gevallen de interpretatie die de Hoge Raad in het verleden met name in zijn fiscale jurisprudentie aan het begrip dienstbetrekking heeft gegeven, zou moeten worden gevolgd.

De visie van waaruit loonbelasting en sociale verzekering gehanteerd worden is nu eenmaal verschillend en dat werkt door. De loonbelasting is uiteindelijk slechts een voorheffing. Bij de werknemersverzekeringen gaat het uiteindelijk om dekking van risico's, waarbij de premieheffing slechts een rechtstreeks daaraan gekoppeld middel is. Men kan zich wel afvragen of — de coördinatie als uitgangspunt houdend — het niet juister zou zijn het begrip werknemer zoals dit in de sociale verzekering wordt ontwikkeld als spil te nemen en dat voor de loonbelasting dan uit te breiden of te beperken.

Na deze uitwijding over cassatie en coördinatie met de loonbelasting wil ik met U terug naar het uitgangspunt van de huidige werknemersverzekering de dienstbetrekking en die dan opgevat als de arbeidsovereenkomst. Dat dienstbetrekking verstaan moet worden als arbeidsovereenkomst staat niet in de Wet. Uit de parlementaire geschiedenis van 1967 gekoppeld aan die van de Wet op de loonbelasting 1964 is dit wel duidelijk. Ook de rechtspraak van de Centrale Raad levert in die zin een constante. Reeds vóór 1967 werd het begrip loondienst als arbeids-

overeenkomst volgens artikel 1637a BW opgevat overeenkomstig de bedoeling van de oude wetgever, welke bedoeling wel uit de parlementaire stukken bleek, maar niet uitdrukkelijk uit de wettekst. Slechts de Ongevallenwet kende een andere historie, wellicht ten dele doordat de arbeidsovereenkomst pas in 1907 haar wettelijke gestalte kreeg.

In ieder geval vatte de Centrale Raad tot 18 juni 1931 (AB 1931, 558) het in dienst van de werkgever tegen loon werkzaam zijn niet op als slechts duidend op een arbeidsovereenkomst, maar sindsdien liep de jurisprudentie ook over deze wet in de arbeidsovereenkomst-pas.

Zonderland heeft opgemerkt dat vaak wordt vergeten dat de arbeidsovereenkomst een overeenkomst is.¹¹ Wanneer een civilist kwaadaardig zou willen zijn, zou hij misschien zeggen: dat vergeet de Centrale Raad ook. Dat zou dan slaan op de waardering van de bedoeling van partijen. De enigszins ge-objectiveerde wilsovereenstemming is een onmisbaar element voor een overeenkomst. De gewone rechter — en ook de civiele literatuur volgt die weg — gaat bij de beoordeling van een overeenkomst allereerst uit van de bedoeling van partijen: wat hebben zij gewild.

Is die bedoeling duidelijk dan wordt het overige ten processe geblekene zoveel mogelijk vertaald in die geest. Alleen als duidelijk feiten blijken die slechts in een arbeidsovereenkomst passen, wordt ondanks een andere bedoeling van partijen een arbeidsovereenkomst aangenomen (vgl. HR 14 maart 1975 NJ 1975, 409). De Centrale Raad redeneert juist omgekeerd. Hij kijkt naar feiten en omstandigheden, doet als het ware alsof de be-

10 Vgl. N.J. Haverkamp, Is het kind werkzaam bij zijn ouders verzekerd? SMA 1972, blz. 628-632 en: Het coördinatieaspect in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep over het begrip dienstbetrekking sinds 1 juli 1967. SMA 1973, blz. 463-467.

11 P. Zonderland, De arbeidsovereenkomst, blz. 16, Groningen: 1975.

doeling van partijen geen feit is en bepaalt aan de hand van die andere feiten en omstandigheden of er een arbeidsovereenkomst dan wel een andere overeenkomst of geen overeenkomst is (vgl. CRvB 26 juni 1972 RSV 1972, 315). Alleen — om het wat zwart/wit te zeggen — wanneer die andere feiten en omstandigheden voor meer dan één uitleg vatbaar zijn wordt de bedoeling van partijen interessant voor de Centrale Raad.

Uit dit verschil in waardering voor en van de wil van partijen mag men niet afleiden dat de Centrale Raad het overeenkomstkarakter van de arbeidsovereenkomst zou ontkennen. Voor dit verschil is een goede verklaring: heeft de gewone rechter te maken met een verhouding tussen partijen bij een arbeidsgeschil dus tussen een mogelijke werkgever en een mogelijke werknemer, waarbij slechts die partijen, althans rechtstreeks, de belanghebbenden zijn, de administratieve rechter heeft een geschil tussen het administratieve orgaan enerzijds en de mogelijke werkgever en/of werknemer anderzijds. Een samenspannen van laten wij ze maar werkgever en werknemer noemen, mag wel rechtsgevolgen hebben voor hun onderlinge verhouding, maar niet voor de sociale verzekering!

Dit maakt echter ook duidelijk dat een coördinatie laat staan een integratie van gewone en beroepsrechtspraak in één arbeidsrechter maar een betrekkelijke zaak is. Afgezien van de soepelheid van geest, vereist voor de rechter die met tweeërlei achtergrond de zaken moet bezien — een goede rechter moet dat kunnen — behoeft het resultaat geenszins te zijn dat problemen rond eenzelfde arbeidsverhouding in civilibus hetzelfde worden beoordeeld als in de beroepsrechtspraak.

Blijven zal zoals ook nu meer dan eens door de Centrale Raad wordt overwogen, dat het oordeel over een bepaalde concrete zaak in een vonnis van de burgerlijke rechter of van de strafrechter wel van belang is maar niet zonder meer het geschil in de beroepsproce-

dure beslecht. Nog een opmerking over het verschil tussen de rechtspraak van de burgerlijke rechter en die van de beroepsrechter afgezien van de lijdelijkheid: er bestaat een verschil niet alleen in waardering van de feiten maar ook in de beoordeling of die feiten wel feiten zijn, het bewezen achten dus.

De oorzaak van deze verschillen ligt ongetwijfeld, althans voor een deel, in het verschil in de geschillen: de verhouding tussen werkgever-werknemer dan wel tussen deze beide of een van beide ten opzichte van het uitvoeringsorgaan van de sociale verzekering. Terug naar de arbeidsovereenkomst: Wat is nu de onmisbare kern ervan of zoals men gewoonlijk zegt: wat zijn de elementen van de arbeidsovereenkomst. Gebruikelijk is om in 1637a drie elementen te lezen: Dat zijn de prestatie en contraprestatie van loon en arbeid, maar als een derde element wordt geaccentueerd de verplichting voor de arbeider de arbeid *in dienst van de werkgever* te verrichten. De Centrale Raad volgt in zijn rechtspraak bij de toetsing of er een arbeidsovereenkomst is deze trits.

Het loonelement heeft in de meer recente rechtspraak van de Centrale Raad geen spectaculaire functie. Wat als loon kan gelden is naar de opvatting van de civilisten de door de werkgever verschuldigde vergoeding met uitzondering van pensioen.¹² Men zij er in het bijzonder op bedacht dat artikel 1637p BW geen definitie van loon maar slechts geoorloofde vormen van loon geeft. Het loonbegrip in de sociale verzekering wordt geregeld in de Coördinatiewet Sociale Verzekering.

Deze wet hanteert een nog ruimer loonbegrip met de omschrijving 'loon is al hetgeen uit dienstbetrekking wordt genoten' (Artikel 4 lid 1). Dat betekent dat het loon volgens deze Coördinatiewet-omschrijving niet van de werkgever hoeft te worden ontvangen. Dit opent de weg voor artikel 7 Coördinatie-

12 o.a. P. Zonderland, a.w. blz. 19.

wet dat fooien en dergelijke prestaties van derden in beginsel tot loon stempelt. Nu is de opvatting van de Hoge Raad (civiele Kamer) dat fooi geen door de werkgever verschuldigde vergoeding is en dat wanneer iemand slechts fooi ontvangt hij geen arbeidsovereenkomst heeft (HR 18 december 1953 NJ 1954, 242 m.n. Ph.A.N.H.). Anders dan in de enigszins oudere rechtspraak van de Centrale Raad is er in de meer recente rechtspraak geen aanwijzing — althans ik heb die niet kunnen vinden — dat hij op basis van het verdergaande loonbegrip van de Coördinatiewet tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst overgaat. In tegendeel in de uitspraak van 1974 (29 april 1974 RSV 1974, 371) over de bierwachten ligt dat de ontvangsten die de bierwachten ontvingen niet van de CV Bierwacht, maar van de horecabedrijven, waarvoor zij de bierleidingen reinigden, geen loon was van de C.V. Bierwacht als verlangd door artikel 1637a voor een arbeidsovereenkomst met de CV Bierwacht. Dus geen loon en daarom geen arbeidsovereenkomst, maar wel, want er was een overeenkomst van de bierwachten met de C.V. op grond waarvan zij, in feite zelf, het werk verrichtten, een arbeidsverhouding ingevolge het rariteiten-K.B. met als gevolg dat het van de Horeca bedrijven ontvangene loon in de zin van de Coördinatiewet was, dat geacht moet worden van de C.V. Bierwacht te zijn ontvangen. Eenzelfde gedachtingang vindt men in de uitspraken over de ijsvrenters (CRvB 4 april 1972 RSV 1972, 209) en de garderobejuffrouwen (CRvB 8 juni 1972 RSV 1972, 295).

Het volgende element: de verplichting tot arbeid verrichten. Hier verlangt de Centrale Raad dat er een verplichting tot productieve arbeid is, (bijvoorbeeld CRvB december 1976 RSV 1977/67) of dat de overeenkomst gericht is op reële arbeid (CRvB 14 augustus 1974 RSV 1975, 51, CRvB 29 maart 1977 WW 1976/84). Het vereiste dat de overeengekomen arbeid productief of loonvormend

moet zijn is voorzover mij bekend in de gewone rechtspraak niet naar voren gekomen. In de civiele literatuur over de arbeidsovereenkomst is wel gesteld, in navolging van Meijers dat iedere gewilde spierbeweging voldoet aan het begrip arbeid.¹³

Juister is de omschrijving dat iedere geestelijke of lichamelijke activiteit ja zelfs het zich gereed houden voor activiteit arbeid is.¹⁴

Dat een overeenkomst die niet gericht is op reële arbeid evenmin door de gewone rechter als arbeidsovereenkomst zal worden geduid, ligt in de rede.

Anders ligt het met het vereiste dat de bedongen arbeid door de werknemer persoonlijk wordt verricht. De civiele kamer van de Hoge Raad heeft in 1957 (HR 13 december 1957 NJ 1958, 35) zeer duidelijk uitgesproken dat kenmerk van de arbeidsovereenkomst is dat een contractspartij zich verbindt arbeid te verrichten en dat dus een overeenkomst die inhoudt dat die bedoelde partij zich ten aanzien van alle toegezegde werkzaamheden door een ander mocht laten vervangen geen arbeidsovereenkomst is. In 1969 heeft de Hoge Raad dat nog aangepunt (HR 21 maart 1969 NJ 1969, 321; m.n. G.J.S.; RSV 1969, 100). De Centrale Raad is naar mijn persoonlijke mening minder strikt ten aanzien van de eis van de verplichting persoonlijk de arbeid te verrichten.

Al verlangt hij wel dat deze verplichting er is, de Centrale Raad let op de mogelijkheid van 1639a BW dat de arbeider zich met toestemming van de werkgever door een derde mag laten vervangen. Wanneer men aanneemt dat die toestemming min of meer algemeen kan

13 E.M. Meijers, De arbeidsovereenkomst 1924, blz. 26.

14 P.W. Kamphuisen, De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst. Leiden 1956 blz. 31; W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen a/d Rijn 1976 blz. 2; T. Koopmans, a.w. blz. 19; E.P. de Jong en W. Tonkens-Gerkema, Arbeidsovereenkomst, artikel 1637a no. 3.

worden gegeven, in welke richting bepaalde uitspraken lijken te gaan (CRvB 9 april 1965 RSV 1965, 80; CRvB 8 juni 1972 RSV 1972, 295) relateert men aldus de verplichting persoonlijk de bedongen arbeid te verrichten.

Na loon en persoonlijke arbeidsverplichting verdient het gewoonlijk als derde element van de arbeidsovereenkomst beschouwde 'in dienst van de werkgever' aandacht. Gewoonlijk zegt men dat de wet aldus verlangt dat er een gezagsverhouding bestaat van de werkgever over de werknemer. Bij de gewone rechtspraak, de fiscale rechtspraak en de sociale verzekeringsrechtspraak is een grote eensgezindheid, dat er gezag van de ene partij of omgekeerd geformuleerd ondergeschiktheid van de andere partij moet zijn wil er een arbeidsovereenkomst zijn. Ook de literatuur volgde in overwegende mate die richting.

De Centrale Raad heeft aan dit uitgangspunt geen arbeidsovereenkomst als er geen arbeidsrechtelijke gezagsverhouding is een hele jurisprudentie opgehangen waarbij zelfs bij bepaalde groepen het bestaan van een arbeidsovereenkomst min of meer uitgesloten werd of wordt geacht.

Werd: dat kwam reeds ter sprake tot december 1968 werd van de directeur-grootaandeelhouder van den nv aangenomen dat hij niet ondergeschikt was en daarom niet verzekerd.

Wordt: bij familieverhoudingen moet men om zo te zeggen van goede huize komen om de Centrale Raad ervan te overtuigen dat er een arbeidsovereenkomst is. Ouders in dienst van hun kinderen acht de Raad niet aanneemelijk tenzij in een uitzonderlijk, zeer duidelijk geval waarbij dan met name doorslaggevend is dat de ouder in een geheel dezelfde positie functioneert als andere werknemers van het kind.

Bij een kind dat voor zijn ouders werkt is het vermoeden, dat er geen arbeidsovereenkomst is iets minder sterk, maar toch vindt een

duchtig onderzoek en vaak minutieuze afweging plaats voor alle omstandigheden: leeftijd, thuis of uitwonend, getrouwd of onge-trouwd, zelfde positie als de werknemers niet familie, minimumloon, toekomstverwachting.

Ook bij arbeidsverhoudingen met verdere familieleden wordt getoetst of er een zo duidelijke — niet familiale — gezagsverhouding bestaat, dat men wel een arbeidsovereenkomst moet aannemen.

Deze anti-familie jurisprudentie is, evenals de voormalige anti-directeur-grootaandeelhouders jurisprudentie, ingegeven door het streven oneigenlijk gebruik van de sociale verzekeringen te voorkomen. Ten aanzien van directeuren-grootaandeelhouder van nv's en bv's heeft de Centrale Raad, nadat hun arbeidsovereenkomst niet langer taboe was, een heel systeem ontwikkeld, dat onlangs in het Sociaal Maandblad Arbeid door Van Loo is beschreven,¹⁵ ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van de WW door deze heren. Men kan zich afvragen of een ontwikkeling in die richting ten aanzien van de arbeidsverhoudingen tussen familieleden niet een juiste zou zijn. Familieverhoudingen verzakelijken immers, maar zwaarder weegt dat het criterium van de gezagsverhouding of ondergeschiktheid geenszins duidelijk is.¹⁶

Niet alleen bij familiale arbeidsverhoudingen maar ook in andere gevallen legt de Centrale Raad de meetlat van de ondergeschiktheid langs de arbeidsverhouding om te zien of deze de lengte van een arbeidsovereenkomst heeft. Nog onlangs heeft de Centrale Raad het element zo men wil criterium van de gezagsverhouding verkort tot het door de Raad aannemen dat eisers in dat geding, twee advocaten, in het kader van de tussen hen en hun typiste bestaande arbeidsverhouding zo dikwijls zij dit nodig achtten tot het geven

15 P.F. van Loo, Directeuren in de WW, SMA 1976 blz. 692.

16 H. Versloot, De grenzen der arbeidsovereenkomst SMA 1952, blz. 162-166.

van aanwijzingen bevoegd waren. Hoewel die typiste een vergeleken met andere typistes zeer grote mate van vrijheid en zelfstandigheid had, concludeerde de Centrale Raad toch tot een arbeidsovereenkomst (CRvB 2 november 1976 RSV 1977, 25).

In de uitspraken over de ziekenhuispastores van juni van dit jaar releveert de Centrale Raad, dat er verscheidene beroepen zijn, waarin in het kader van een dienstbetrekking een grote mate van vrijheid wordt gelaten, met name waar het het beroepseigene van de te verrichten arbeid betreft. Maar die vrijheid en zelfstandigheid staan op zichzelf niet aan het aannemen van ondergeschiktheid als vereist voor een arbeidsovereenkomst in de weg. Aldus de Centrale Raad 28 juni 1977 inzake WW 1974/52; ZW 1977/6 WAO 1977/14 WW 1977/15 en ZW 1977/24 WAO 1977/71 WW 1977/57.

Na een aarzelend begin in de vijftiger jaren en na Koopmans relativering van het gezags-element door de samenhang ervan met de onbepaaldheid van de arbeidsprestatie naar voren te brengen, ziet men nu een toenevend aantal schrijvers en waarlijk niet de onaanzienlijksten, ik noem U Van der Ven te Tilburg, die daar afscheid nemend deze literatuur op gang bracht,¹⁷ Boekwinkel,¹⁸ De Leede,¹⁹ Van der Grinten²⁰ en Schut²¹ bij het gezagselement vraagtekens plaatsen, menen dat het gezagselement geen wezenlijk of onmisbaar voor een arbeidsovereenkomst is, zo ook de werkgroep van de Vereniging voor Arbeidsrecht in haar Beschouwingen bij boek 7, titels 7, 10 en 17 van het ontwerp nieuw BW, § 5, gepubliceerd 1976. Sommigen verlaten daarmee een jarenlang door hen gehuldigde mening. Is een criterium dat door het rechtsprekend orgaan zo verkort is en na analyse van het gezag zoals dat thans functioneert in arbeidsverhoudingen door schrijvers zo in twijfel wordt getrokken nog wel geschikt om als fundament van een heel wet- telijk bouwwerk, waaraan de jurisprudentie nog uitbouw- tjes heeft gemaakt te die-

nen? Moet men niet tegenover elkaar stellen 'arbeid in dienst' opgevat als een zuiver econo- misch onzelfstandige arbeid, waarvoor dan de arbeidsovereenkomsten is, en de econo- misch zelfstandige arbeid, verricht bij de uit- oefening van een vrij beroep of in een eigen bedrijf,²² aangezien het bij werknemersver- zekeringen om een economische zaak gaat, is een economisch criterium om de groep waar- voor deze verzekeringen gelden stellig verant- woord en passend.

In deze opzet is geen plaats voor de grijze figuur van de arbeidsverhoudingen niet- dienstbetrekking en evenmin als zelfstandige, zoals deze nu in het rariteiten KB en de rechtspraak daaromtrent gestalte heeft ge- kregen. Men zit dan niet meer met de lang- zamerhand schemerige afweging van: de ar- beid wordt niet onder gezag, maar zelfstan- dig zij het wel onder aanwijzingen en voor- schriften — men zie bijvoorbeeld aanne- mingsovereenkomsten — uitgeoefend en toch is de betrokkene zo weinig zelfstandig dat hij niet als zelfstandige is aan te merken althans niet voor het betrokken werk. De afweging economisch zelfstandig of niet — en in mijn gedachtengang dus in het laatste geval in ci- vielrechtelijke dienstbetrekking — is reeds moeilijk genoeg.

Ik wil bezien of de kanttekeningen die ik heb gemaakt bij slechts enkele van de vele vragen die er rond het begrip werknemer in

17 F.J.H.M. van der Ven, Over de aard der arbeidsovereenkomst. Alphen a/d Rijn 1972.

18 A. Bockwinkel, De arbeidsverhouding in het BW. Tekst inleiding cursus arbeidsrecht Stichting Studiecentrum Rechtspleging. Nijmegen 1973-1974. 1973-1974.

19 L.J.M. de Leede, De opdracht, de arbeidsover- eenkomst en de aanneming van werk in het ont- werp nieuw Burgerlijk Wetboek, boek 7 titels 7, 10 en 12.

Tekst inleiding cursus arbeidsrecht Stichting Stu- diecentrum Rechtspleging. Nijmegen 1973-1974.

20 Arbeidsovereenkomstenrecht 1976, blz. 3 e.v.

21 G.H.A. Schut, Medezeggenschap en het gezag van de werkgever. R.M. Themis 1977 blz. 231-236.

22 Schut, t.a.p., blz. 236.

de zin van de sociale verzekeringen zijn niet in een zekere richting wijzen.

Uitgangspunt van de werknemersverzekeringen is het verzekeren tegen bepaalde calamiteiten en ontwikkelingen van mensen die werken niet in de zelfstandige, onafhankelijke positie van de vrije beroepsbeoefenaar of van de man met een eigen zaak.

Dat uitgangspunt vooralsnog aangenomen, ware het goed dat op eigen kracht te formuleren voor de sociale verzekeringswetgeving zonder allereerst aan te haken bij de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Zoals ik heb gepoogd te schetsen zijn de benadering van de gewone rechter en de beroepsrechter ten opzichte van het concrete geval verschillend. Elementen in een arbeidsverhouding, die voor het burgerlijk recht en de burgerrechtelijke verhoudingen van belang zijn, kunnen dat voor de sociale verzekering niet zijn en omgekeerd. Een voortgaande ontwikkeling in het burgerlijk recht van het begrip arbeidsovereenkomst zonder het gezagsmoment als dominant en wellicht zelfs zonder dit element zou bijvoorbeeld ongewilde gevolgen voor het sociale recht kunnen hebben. Wanneer men begrippen van de ene sector van het recht in identieke zin in de andere wil laten gelden, ontstaan er spanningen. Hanteert men een aan de andere sector ontleend begrip niet in identieke zin, dan wordt de zaak onduidelijk.

Ik heb even uitvoeriger met U stilgestaan bij de uitspraak van de Centrale Raad over de bierwachten. Ik heb dat gedaan omdat naar mijn gevoelen de benadering van het begrip werknemer zoals dat in het rariteiten KB gebeurt eigenlijk het uitgangspunt zou kunnen zijn voor een eigen omschrijving van de verzekerden van de werknemersverzekeringen. Dat zou dan neerkomen op: iemand die een arbeidsverhouding heeft en daarin persoonlijk tegen loon arbeid verricht is verzekerd, mits hij die arbeid niet verricht in de uitoefening van zijn eigen bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van zijn beroep en mits niet

dit en mits wel dat waarbij men naar gelang gewenst door die mitsen in te vullen de kring van verzekerden kan beperken met ambtenaren, met mensen die buiten 's lands grenzen werken, mensen die slechts een zeer beperkte tijd per week of per jaar onzelfstandig werken of in de huishouding werken enzovoort. In de grond komt dit neer op een terugkeer naar een werknemersbegrip zoals bij de Ongevallenwet tot 1931 door de Centrale Raad toegepast.

Anders dan de koppeling in 1931 vermag de Centrale Raad echter deze loskoppeling van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht gezien de huidige wetteksten niet op eigen kracht.

Een eigen werknemers begrip voor de sociale verzekeringen zou de mogelijkheid vergroten de rechtspraak van de Centrale Raad met de andere administratiefrechterlijke colleges te integreren, wanneer men die kant uit zou willen.²³

Ongeveer halverwege het bestaan van de Centrale Raad heeft zijn toenmalige substituutgriffier van der Ven tot Utrecht bij zijn openbare les als privaatsdocent de Nederlandse rechtspraak met de muziekwereld vergelijkend gezegd, — dat de Centrale Raad van Beroep daarin een orkest vormt met eigen klankbeeld, niet, zoals men aanvankelijk dacht, met een geheel eigen repertoire. Het arbeidsrecht bijvoorbeeld maakt een niet gering deel daarvan uit, maar de auteursrechten daarop heeft de wetgever niet uitsluitend aan U de Centrale Raad afgestaan. Men kan echter wel zeggen, dat Gij de Centrale Raad het arbeidsrecht op Uw eigen wel verantwoorde wijze ten gehore brengt. —²⁴ De vraag is hoe het eigen klankbeeld na 75 jaar wordt gewaardeerd en of de Centrale Raad een meer eigen repertoire moet krijgen.

23 Vgl. over het vraagstuk van eenheid van begrippen in het privaats- en het administratiefrecht A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratiefrecht. WPNR 5372-5375.

24 J.J.M. van der Ven, Arbeid en recht, blz. 14, Utrecht 1942.

