

De gezagsverhouding van de statutair bestuurder nader beschouwd

ArbeidsRecht 2022/30

Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht hangt nauw samen met de vraag of sprake is van een gezagsverhouding. Juist over dit punt bestaat bij de positie van de statutair bestuurder vaak nog discussie. De Volksbank-procedures² illustreren die ambivalentie eens te meer. Recentelijk heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden een nieuw hoofdstuk toegevoegd met het oordeel dat aan de factor gezag bij vennootschapsbestuurders niet al te veel waarde moet worden gehecht.³ Is het pleit hiermee nu definitief beslecht?

1. De systemen schuren soms

De positie van de statutair bestuurder kent zoals bekend een tweeledig karakter. Enerzijds is daar de inbedding in het rechtspersonenrecht, anderzijds de contractuele band. Die twee systemen schuren op onderdelen als die contractuele band wordt beheerst door het arbeidsovereenkomstenrecht. Denk hierbij aan de problematiek van de opzegverboden en de vraag hoe de arbeidsrechtelijke ontslaggronden zich verhouden tot het rechtspersonenrecht. Waar ligt het primaat?

Of die contractuele band ook daadwerkelijk wordt beheerst door het arbeidsovereenkomstenrecht is een discussie die van tijd tot tijd op komt zetten.⁴ Allereerst vanuit de meer rechtspolitieke vraag of deze groep eigenlijk wel vergaande arbeidsrechtelijke bescherming nodig heeft.⁵ Juridisch-technisch wordt de discussie gevoerd met het argument dat tussen een statutair bestuurder en een rechtspersoon geen dan wel een dusdanig geringe gezagsverhouding zou bestaan dat de overeenkomst van opdracht wellicht meer aangewezen zou zijn dan de arbeidsovereenkomst.⁶

Het gaat overigens niet alleen om bestuurders van kapitaalvennootschappen, maar ook om de bezoldigde bestuurder

van de stichting, vereniging en coöperaties.⁷ Sinds 1 juli 2021 zijn ook voor de stichtingsbestuurder de arbeidsrechtelijke regels in lijn gebracht met de regels zoals die gelden voor bestuurders van kapitaalvennootschappen.⁸ Voorts is van belang om te beseffen dat dé statutair bestuurder niet bestaat. Dit is een diverse groep. Daar waar het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen uit 2008 er nog in voorzag om alle statutair bestuurders uit te zonderen van het arbeidsrecht, is juist die diversiteit de reden geweest om uiteindelijk alleen bestuurders van beursfondsen bij wet van het arbeidsrecht uit te zonderen via invoering van artikel 2:132 lid 3 BW.⁹ Of dat nu nog een logische gedachte is, laten we in het kader van deze bijdrage in het midden.¹⁰

2. De gezagsverhouding: instructierecht als onderscheidend element?

2.1 Nederlandse gezichtspunten

Bij de kwalificatievraag dienen conform *Groen/Schoevers*¹¹ alle relevante feiten en omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang te worden gezien, zonder dat daarbij één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Sinds het arrest *X/Gemeente Amsterdam* dient de bedoeling van partijen ten aanzien van het soort contract dat zij willen sluiten, hierbij niet meer te worden betrokken.¹² Deze 'holistische' benadering is thans in zowel het arbeidsrecht, het fiscaal recht als in het socialezekerheidsrecht leidend.¹³

Anders dan 'arbeid' en 'loon', noemt artikel 7:610 BW niet expliciet een 'gezagsverhouding'. In de rechtspraak (en literatuur) wordt over het algemeen echter aangenomen dat het arbeidsrechtelijke element 'in dienst van' hiermee wel gelijk kan worden gesteld.¹⁴ De gezagsverhouding wordt in de regel gekoppeld aan de bevoegdheid van de werkgever om instructies te geven ten aanzien van de te verrichten

1 Mr. M.W.A.M. (Maarten) van Kempen en mr. P. (Pieter) de Ruiter zijn advocaat bij Pallas Advocaten te Rotterdam en te Amsterdam.

2 Inmiddels zijn er vier uitspraken waarvan twee in kort geding en twee in de bodemprocedure.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294.

4 Zie bijvoorbeeld J.B. Huizink, 'De bestuurder-werknemer revisited', *ARA* 2003/3 en J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 217 e.v.

5 Zie hierover bijvoorbeeld P.F. van der Heijden & F.M. Noordam in hun preadvies, 'De waarde(n) van het sociaal recht handelingen', *NJV* 2001-I.

6 Zie hierover bijvoorbeeld G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004, p. 80 e.v. en ook recentelijk C.J. Frikkee in haar annotatie bij de uitspraak: Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667, *TRA* 2021/86.

7 Om redenen van simplificatie nemen we, voor nu, de bestuurder van de bv als uitgangspunt en zullen we geen onderscheid maken tussen bv/nv, stichtingen, verenigingen en coöperaties, tenzij uitdrukkelijk aangegeven.

8 Zie hierover uitgebreid S.R. Sewnath & K. Wiersma, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en gevolgen voor de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2021/42.

9 *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, nr. 10 (amendement Weekers en Van Vroonhoven-Kok).

10 Zie hierover bijvoorbeeld F.C. van Uden 'Artikel 2:132 lid 3 BW: een fictieve oplossing voor een non-probleem', *ArbeidsRecht* 2011/54.

11 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

12 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*).

13 CRvB 25 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1502; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*) en HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282 (*X BV/Staatssecretaris van Financiën*).

14 HR november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4. en HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 (*Care4Care*), r.o. 3.5.

werkzaamheden.¹⁵ Dat kunnen werkinhoudelijke instructies zijn (materieel gezag) of organisatorische instructies zoals werktijden, locatie e.d. (formeel gezag).¹⁶

Er lijkt hierbij een lijn te ontstaan waarbij het instructierecht als onderscheidend element aan belang lijkt in te boeten, onder meer vanwege het feit dat het instructierecht als zodanig ook bij de overeenkomst van opdracht voorkomt. Zo legde het Hof Amsterdam in de *Deliveroo*-zaak meer de nadruk op de omstandigheid of de werkzaamheden die worden verricht, onderdeel zijn van de kernactiviteiten van de werkgever.¹⁷ De commissie Borstlap pleitte eerder al voor een benadering waarbij de organisatorische inbedding centraal staat.¹⁸ In haar recente conclusie van 17 juni 2022 in de *Deliveroo*-zaak¹⁹ breekt A-G De Bock, in navolging van haar conclusie inzake *X/Gemeente Amsterdam*, nogmaals een lans voor de organisatorische inbedding van het werk. Die inbedding van het werk zou de ondernemer onderscheiden van de werknemer. In feite gaat het om kwalificaties die elkaar uitsluiten: de werker is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer, of de werker is zelf ondernemer. Meer smaken zijn er niet in het civiele recht; er zijn geen 'tussen-categorieën' tussen werknemers en zelfstandigen.

2.2 Europese gezichtspunten

Uit het *Lawrie-Blum*-arrest²⁰ volgt dat voor het begrip werknemer sprake dient te zijn van: het verrichten van arbeid, loonbetaling en *ondergeschiktheid*. In het *Danos*-arrest overwoog het Hof van Justitie in dat kader vervolgens dat ten aanzien van de statutair bestuurder moet worden onderzocht onder welke omstandigheden het directielid in dienst is genomen, de aard van de aan hem opgedragen taken, het kader waarbinnen deze taken worden uitgeoefend, de omvang van de bevoegdheid van de betrokkenen, het toezicht dat in de vennootschap op hem wordt uitgeoefend, en de omstandigheden waarin hij van zijn functie kan worden ontheven.²¹ In de zaak *Balkaya* oordeelde het Hof dat het enkele feit dat iemand lid is van de directie niet automatisch maakt dat geen sprake is van een verhouding van ondergeschiktheid.²²

In het arrest *FNV Kiem* legde het Hof van Justitie de nadruk op het onderscheid zelfstandige of niet-zelfstandige. Het Hof oordeelde dat iemand géén zelfstandige is als hij i) onder leiding van zijn werkgever handelt voor wat betreft

de vrijheid om zijn tijdschema van de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, ii) hij niet deelt in het commerciële risico van de werkgever en iii) hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming waarmee hij een economische eenheid vormt.²³

De Hoge Raad kon in 2021 in het *SIS*-arrest het begrip ondergeschiktheid vanuit Europees perspectief nader duiden in het kader van de interpretatie van artikel 10 van de internationale Insolventieverordening (herschikking). Opvallend was dat de Hoge Raad daarbij weinig oog had voor het zelfstandigheids criterium zoals dat in *FNV Kiem* naar voren kwam en ook het criterium van de organisatorische inbedding achterwege liet maar juist het materiële en formele gezagscriterium centraal stelde.²⁴ Wij leiden hieruit af dat het instructierecht voor de Hoge Raad nog steeds een belangrijke rol speelt bij de kwalificatievraag.

3. Hoe autonoom is de statutair bestuurder?

Bij de discussies in hoeverre een statutair bestuurder 'in dienst' zou zijn van een rechtspersoon, wordt bij de tegenstanders van het bestaan van een gezagsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon een beroep gedaan op het in het rechtspersonenrecht ontwikkelde begrip 'bestuursautonomie'. Hierdoor zou geen sprake kunnen zijn van een gezagsverhouding in arbeidsrechtelijke zin. Uitgangspunt hierbij is dat het bestuur belast is met het besturen van de rechtspersoon. De bestuurder is daarin autonoom.²⁵ De bestuurder moet namelijk handelen in het belang van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming. In de Nederlandse context is dat niet per definitie het belang van bijvoorbeeld de aandeelhouder. In het *ABN AMRO*-arrest bevestigde de Hoge Raad²⁶ nog eens uitdrukkelijk dat uitgangspunt.

3.1 Feitelijke macht

Hier staat echter wel tegenover dat de bevoegdheid om een bestuurder te allen tijde te kunnen ontslaan, die bestuursautonomie relativeert. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Sobi/Hurks*²⁷ dat de aandeelhouder een zekere mate van feitelijke macht heeft om de naleving van richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het dagelijks bestuur af te dwingen, onder andere door de bestuurder te ontslaan en te vervangen door een bestuurder die daartoe wel bereid zou zijn. Voor de uitspraak *Sobi/Hurks* had de Hoge Raad in de zaak *Meijers/Mast*²⁸ al beslist dat de weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren, een redelijke grond voor ontslag kan zijn. Of die weigering daadwerkelijk een redelijke grond oplevert, hangt af van de aard van het door de algemene

15 Loonstra & Zondag, *Arbidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 153.

16 Zie hierover recentelijk uitgebreid S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (Monografieën Sociaal Recht nr. 79), Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 4.2.3.

17 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.5.

18 Eindrapport Commissie Regulering van Werk 2020, p. 41.

19 Conclusie A-G De Bock 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578, 8.1-8.25 (*Deliveroo*). Aangezien deze conclusie zeer kort voor het afronden van dit artikel is verschenen, worden hier enkel de kernpunten van de conclusie besproken.

20 HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85.

21 HvJ EU 11 november 2010, ECLI:EU:C:2010:674, punt 47 (*Danos*).

22 HvJ EU 9 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:455, punt 38 (*Balkaya*).

23 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

24 HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1164, r.o. 3.1.3.

25 HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959/43 (*Forumbank*).

26 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, JOR 2007/178 (*ABN AMRO*).

27 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks*), r.o. 5.3.8.3.

28 HR 4 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0782, NJ 1993/271 (*Meijers/Mast*), m.nt. Maeijer, r.o. 3.3.

vergadering gewenste beleid en van de overige omstandigheden. Bestuursautonomie wordt zo ingeperkt door feitelijke macht van degene die bevoegd is tot schorsing of ontslag van de bestuurder. Dit speelt zeker een rol in concernverhoudingen. Daar speelt het begrip centrale leiding een belangrijke rol en worden groepsmaatschappijen toch zoveel mogelijk geacht het concernbeleid te volgen.²⁹

3.2 Statutaire instructiebevoegdheid

Sinds 2012 geldt bij kapitaalvennootschappen dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (artikel 2:129 lid 4 BW/artikel 2:239 lid 4 BW). Het bestuur dient die aanwijzingen ook op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Levert een dergelijke instructiebevoegdheid een gezagsverhouding op in arbeidsrechtelijke zin? De Hoge Raad lijkt hier wel op te zinspelen. In een recent fiscaal arrest³⁰ dat onder meer ging over de vraag of sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen bestuurder, tevens medeaandeelhouder en een vennootschap op basis van een managementovereenkomst met hun persoonlijke houdstervenootschappen, lijkt de Hoge Raad die statutaire instructiebevoegdheid wel als belangrijk gezichtspunt te beschouwen voor het antwoord op de vraag of arbeidsrechtelijk sprake is van een gezagsverhouding. In dit geval ging die redenering niet op, omdat feitelijk niet was vastgesteld dat die gezagsverhouding rechtstreeks doorwerkte richting de achterliggende personen. In zijn commentaar op dit arrest³¹ betwijfelt Bartman of de instructiebevoegdheid als zodanig al een gezagsverhouding met de bestuurder constitueert. De instructiebevoegdheid richt zich namelijk tot het bestuur en niet zozeer tot de bestuurder. Daarmee ziet dit meer op de bevoegdheidsverdeling tussen de organen dan op een directief richting een individuele bestuurder. Wij zijn er niet zeker van of dit argument op zichzelf sterk genoeg is om geen gezagsverhouding aan te nemen. De Hoge Raad had in het hiervoor al besproken arrest *Meijers/Mast*³² ook aangegeven dat hoezeer het bestuur bij de bestuurders gezamenlijk berust, iedere bestuurder afzonderlijk voor zijn aandeel in het bestuursbeleid verantwoordelijk is tegenover de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarmee zou de instructiebevoegdheid dus ook individueel kunnen doorwerken. Verder lijkt dit argument alleen van belang in situaties waarin sprake is van een meerhoofdig bestuur.

3.3 Wettelijke en statutaire inperking bevoegdheden bestuurder

Ook wettelijke en statutaire inperkingen van de bevoegdheden van de bestuurder relativiseren de bestuursautonomie. Artikel 2:107a BW kent voor de naamloze vennootschap een inperking van de bevoegdheid van bestuurders ten aanzien

van bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. In veel statuten of daaruit voortvloeiende reglementen van rechtspersonen is een min of meer standaardoplossing van bestuursbesluiten opgenomen die de goedkeuring van de raad van commissarissen of van de aandeelhoudersvergadering behoeven. Voornoemde beperkingen hebben slechts interne werking.

3.4 Toezicht vanuit de raad van commissarissen of raad van toezicht, de werkgeversrol

Met de opkomst van de vele 'governance codes' is de algemene wettelijke omschrijving van toezicht per sector steeds verder uitgewerkt. Zo bepaalt *De Nederlandse Corporate Governance Code* dat de raad van commissarissen ten minste eenmaal per jaar buiten de aanwezigheid van het bestuur zowel het functioneren van het bestuur als collectief als dat van de individuele bestuurders evalueert en de conclusies bespreekt die aan de evaluatie worden verbonden, zulks mede in het licht van opvolging van bestuurders.³³ Deze jaarlijkse evaluatie over het functioneren van bestuurders door toezichthouders is inmiddels ook gemeengoed in andere 'governance codes'.³⁴ Dat geldt ook voor het inrichten van processen voor de werving en selectie van bestuurders. Men spreekt hier dan ook wel van de 'werkgeversrol' die het toezicht vervult.³⁵

Bestuursautonomie als algemeen argument voor de afwezigheid van een gezagsverhouding lijkt ons niet goed vol te houden. Enige vorm van gezag in de vorm van instructie is er eigenlijk altijd wel. Alleen bij de directeur-grooandaelhouders waar alle vormen van zeggenschap zijn geconcentreerd zal dat wellicht niet het geval zijn. Veelal zal hier niet zozeer sprake zijn van een materiële gezagsverhouding, maar wel van een formele. Dat is overigens ook het standpunt van de Belastingdienst in het *Handboek Loonheffingen* bij de beoordeling of de rechtsbetrekking tussen een bestuurder en een rechtspersoon kwalificeert als een privaatrechtelijke dienstbetrekking.³⁶

4. Oprichting van arbeidsovereenkomst? Organisatorische inbedding als onderscheidend element, ondernemer of werknemer?

Is dan het standpunt van de Belastingdienst leidend? Ook dat standpunt wordt rechterlijk getoetst. Zoals al eerder aangegeven dienen alle relevante feiten en omstandigheden

29 Zie hierover Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2008/818.

30 HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, AA20220391, m.nt. S.M. Bartman.

31 S.M. Bartman, 'Statutaire instructiebevoegdheid algemene vergadering maakt van een manager nog geen werknemer', AA 2022/0391.

32 HR 4 december 1992, NJ 1993/271, m.nt. Maeijer, r.o. 3.2.

33 *De Nederlandse Corporate Governance Code*, Den Haag: 2016, principe 2.2.7.

34 Zie bijvoorbeeld *Governance Code Cultuur*, principe 7, aanbeveling 11; *Governance Code Kinderopvang 2019*, beginsel 5 en *Governance Code Woningcorporaties 2020*, principe 3.8.

35 Zie hierover bijvoorbeeld S.R. Schuit & C. Jaspers, 'De gewijzigde taakopvattingen van commissarissen en hun voorzitter, verwachtingen, regels en boardroom dynamics', *Ondernemingsrecht 2017/71*.

36 Het *Handboek Loonheffingen 2022* is te vinden op: <https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/handboek-loonheffingen-lh022t21fd.pdf>. Voor een uitgebreide beschrijving verwijzen wij graag naar het recente proefschrift van S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een werkelijk begrip* (Monografieën Sociaal Recht nr. 79), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 167 e.v.

van het geval in onderlinge samenhang te worden gezien, zonder dat daarbij één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. De Hoge Raad kan hierbij nauwelijks een uniformerende rol spelen. Juist bij het onderscheid opdracht/arbeidsovereenkomst lijkt die instructiebevoegdheid als onderscheidend criterium niet goed te werken, omdat bij de overeenkomst van opdracht die instructiebevoegdheid niet is uitgesloten.³⁷ In dergelijke gevallen kunnen de gezichtspunten ontwikkeld vanuit het Europese werknemersbegrip zoals de inbedding van het werk in de organisatie, en meer in het bijzonder de vraag of sprake is van een zelfstandige of niet, alsnog de doorslag geven.

5. De Volksbank, Deloitte, the proof of the pudding is ...

Twee recente uitspraken van feitenrechters laten dit ook zien. In de Volksbank-saga is sprake van vier uitspraken over de gezagsverhouding tussen de CFO en de Volksbank. De CFO contracteerde oorspronkelijk op basis van een overeenkomst van opdracht maar doet alsnog een beroep op arbeidsrechtelijke bescherming. Het Hof Arnhem-Leeuwarden mocht twee keer in hoger beroep oordelen. Eenmaal in kort geding en recentelijk in de bodemzaak. In het kort geding in hoger beroep oordeelde het hof³⁸ ten aanzien van de gezagsverhouding dat de bestuurder zich moet houden aan (onder meer) instructies van het bevoegde orgaan en integriteits- en compliancevoorschriften en dat er jaarlijks een beoordelingsgesprek dient te worden gevoerd met de raad van commissarissen. Dit duidt volgens het hof op een gezagsverhouding en dat er (voorshands) van uit moet worden gegaan dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vervolgens mocht het Hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemzaak recentelijk nogmaals oordelen. Het hof³⁹ kent in het aannemen van een arbeidsovereenkomst voor bestuurders weinig waarde toe aan de factor 'gezag' en verwijst in dit verband naar de autonome functie-uitoefening van een bestuurder. Het hof constateert dat de raad van commissarissen van de Volksbank een instructiebevoegdheid heeft jegens de bestuurder op grond van de overeenkomst tussen partijen en het directiereglement. Daarnaast houdt de raad van commissarissen jaarlijks een beoordelingsgesprek. De bestuurder droeg bovendien geen ondernemersrisico bij de Volksbank en er was sprake van doorbetaling tijdens vakantie en ziekte.⁴⁰ Het hof komt uiteindelijk tot de conclusie dat er al met al geen sprake is van bijzonder veel factoren die duiden op 'gezag' van de Volksbank. Dat maakt volgens het hof niet al te veel uit aangezien een bestuurder nu eenmaal een autonome functie-uitoefening heeft. Bovendien weegt voor het hof zwaarder dat geen overtuigende onderbouwing

is gevonden voor de kwalificatie 'opdracht' met name door het ontbreken van commerciële risico's voor de bestuurder en het feit dat de functie behoort tot het 'vaste functiehuis' van de Volksbank.⁴¹ Het hof constateert een bepaalde mate van gezag op basis van de governanceverhoudingen, waaronder de werkgeversrol van de raad van commissarissen. Dat biedt het hof vervolgens de ruimte om aan de hand van de FNV-Kiem-criteria de nadruk te leggen op de vraag of sprake is van ondernemerschap of niet. Het hof neemt dus niet de mate van gezag als uitgangspunt. Een 'beetje gezag' kan al voldoende zijn.

In de *Deloitte*-zaak⁴² zien we een vergelijkbaar scenario. Een ambitieuze professional schopt het tot 'Equity Partner' bij Deloitte en treedt toe in de daartoe opgezette partnerstructuur. Op het moment dat Deloitte de aansluiting wil beëindigen, zoekt de partner alsnog arbeidsrechtelijke bescherming. In de procedure kwam onder meer het verschil aan de orde tussen de positie van Director en die van Partner. Qua inhoud van de werkzaamheden zou hiertussen nauwelijks verschil bestaan en dus toch sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Volgens het Hof Den Haag draagt de Equity Partner echter zelf ondernemersrisico, terwijl een Director een vastgesteld maandloon ontvangt. Dit is een wezenlijk verschil. Het hof was verder niet onder de indruk van de mogelijke aanwezigheid van een formele gezagsverhouding als doorslaggevend argument om alsnog een arbeidsovereenkomst aan te nemen. Ook hier zien we dat de feitenrechter een keuze maakt, waarbij niet zozeer de materiële of formele gezagsverhouding als doorslaggevend element dient, maar dat men verder kijkt en toetst of feitelijk sprake is van ondernemerschap. Het hof vond dat hiervan sprake was. Ondernemerschap en werknemerschap sluiten elkaar nu eenmaal uit. Dus geen arbeidsovereenkomst.

6. Glas hoeft niet vol

Dé statutair bestuurder bestaat niet. Dé gezagsverhouding bestaat echter ook niet. Een algemeen beroep op bestuursautonomie bij de statutair bestuurder lijkt ons een onvoldoende graadmeter om te bepalen of deze in opdracht dan wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. Bij een volledige afwezigheid van een gezagsverhouding zal wel sprake zijn van een opdrachtsovereenkomst. Daarvan zal echter niet snel sprake zijn. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de eisen aan de redelijke ontslaggrond hoeft het glas van de gezagsverhouding wat ons betreft niet volledig gevuld te zijn om toch te kunnen concluderen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Kijkend naar het Europeesrechtelijke werknemersbegrip lijkt het onderscheid zelfstandige versus niet-zelfstandige in dat geval een goede graadmeter. De recente uitspraken van de twee hoven inzake de Volksbank en Deloitte laten zien dat feitenrechters die toetsing ook langs die lijn willen gaan voeren.

37 Zie artikel 7:402 BW waarin de bevoegdheid voor de opdrachtgever is opgenomen om aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van de opdracht.

38 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770, JAR 2021/168.

39 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, AR Updates 2022-0595.

40 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, r.o. 3.34 e.v.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, r.o. 3.43.

42 Hof Den Haag 29 maart 2022, JAR 2022/106, m.nt. S. Said.