

ANNOTATIE

Werkgeversaansprakelijkheid voor zelfstandige opdrachtnemers: over ‘een persoon’ en ‘in de uitoefening van diens beroep of bedrijf’ ex artikel 7:658 lid 4 BW

A.R. Houweling

Inleiding

Wie het arrest Davelaar/Allspan Barneveld B.V. in handen heeft, ziet onmiddellijk dat het om een bijzonder arrest gaat. Nee, geen artikel 81 RO of een summiere en voor verschillende uitleg vatbare motivering, maar een uitvoerig gemotiveerd arrest met afgewogen beschouwingen over een lastige thematiek: is een zelfstandig ondernemer aan te merken als ‘een persoon’ in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW en wat wordt precies verstaan onder ‘in de uitoefening van bedrijf of beroep’ in het genoemde artikellid?

De waardering voor dit arrest en de wijze waarop het is geformuleerd neemt alleen maar toe, zodra men zich realiseert dat de cassatieklacht betrekking hebbende op de eerste vraag (is een zelfstandig ondernemer ‘een persoon’ ex artikel 7:658 lid 4 BW) wegens gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kan leiden, maar de Hoge Raad desalniettemin antwoord zal geven op die vraag. Dit soort ‘extraatjes’ van de Hoge Raad zijn bijzonder zeldzaam (met een beetje goede wil kan men in de beschikking Van Hooff Elektra/Van Oldenburg-Pekel zo’n extra vooroverweging lezen). Het valt (de raadsheren van) de Hoge Raad enorm te prijzen dat hij de beantwoording van deze vraag niet op louter formeel cassatietechnische gronden heeft vermeden. De uitvoerige motivering die hij daarvoor gebruikt is eveneens van grote waarde en ook dat verdient een groot compliment. Op deze wijze wordt op voortreffelijke wijze invulling gegeven aan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Indien men zich ten slotte realiseert dat onze Raad met zo’n 600 zaken per jaar is belast, dan is het extra bijzonder dat hij zo uitvoerig stilstaat bij de cassatieklachten in de onderhavige zaak. Ongetwijfeld zal de aard van de zaak (waarbij het om een bijzonder zielig geval gaat) alsmede het uitstekende cassatiewerk van de cassatieadvocaten en de uitvoerige conclusie van A-G Hammerstein aan dit alles hebben bijgedragen. Hoe dan ook Davelaar/Allspan Barneveld B.V. is een arrest om trots op te zijn (ongeacht de uitkomst). Maar wat was er dan aan de hand en wat heeft de Hoge Raad dan precies geoordeeld?

Feiten

Davelaar is een kleine zelfstandige (hij had eind 2004/begin 2005 een werknemer in dienst). Hij heeft een eenmanszaak en maakt in opdracht staalconstructies en machines. Daarnaast verricht hij revisies en reparaties aan machines. Davelaar verrichte regelmatig werkzaamheden voor Allspan, een bedrijf dat resthout uit de houtindustrie verwerkt tot houtkrullen en houtkorrels. Eind 2004/begin 2005 heeft Davelaar een aantal weken werkzaamheden verricht aan een vezelverwerkingsmachine in een aan Allspan gelieerde onderneming, te weten Royalspan. Op 8 februari 2005 is hij ter observatie van een van de machines op een 'schroefvoeding zeef' geklommen. Tijdens het lopen op de schroef is Davelaar door een breekplaat gezakt en is hij in de desbetreffende draaiende schroef terecht gekomen. Als gevolg van dit ernstig ongeval is zijn rechterbeen boven de knie geamputeerd. Uit het ongevalsrapport blijkt dat op de breekplaat is vermeld dat men hierop niet mag lopen/staan. Ten gevolge van de stoffige omgeving, was deze aanduiding vermoedelijk niet (goed) zichtbaar. Davelaar kan geen beroep doen op een arbeidsongeschiktheidsverzekering, omdat hij een dergelijke verzekering niet heeft afgesloten. Davelaar heeft vervolgens Allspan aansprakelijk gesteld voor de schade, stellende dat hij als onderaannemer van Allspan werkzaamheden voor Royalspan heeft verricht. De rechtbank heeft geoordeeld dat de werkzaamheden van Davelaar niet zijn verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van Allspan als bedoeld in artikel 7:658 lid 4 BW. Reparatie- of revisiewerkzaamheden van machines kunnen – anders dan het gewone onderhoud – bezwaarlijk worden beschouwd als werkzaamheden in het verlengde van het beroep of bedrijf van Allspan. Het hof heeft dit oordeel bekrachtigd en in een overweging ten overvloede opgemerkt dat het voorts de vraag is of een 'zelfstandig ondernemer' überhaupt kan worden aangemerkt als 'een persoon' in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW. Naar het oordeel van het hof kan uit de parlementaire geschiedenis, alsmede de plaatsing van de bepaling in Titel 7.10 BW, worden afgeleid dat de wetgever heeft beoogd de bescherming van artikel 7:658 BW enkel aan werknemers aan te beiden en niet ook aan zelfstandigen. Zij (zelfstandigen) dienen zichzelf tegen dit risico te verzekeren. Anderzijds zouden kleine zelfstandigen mogelijk wel een onder de bescherming van het vierde lid kunnen vallen, omdat zij niet altijd over een behoorlijke verzekering beschikken, aldus het hof. In cassatie klaagt Davelaar met name over (1) de beperkte opvatting van het hof dat een zelfstandig ondernemer niet 'een persoon' ex artikel 7:658 lid 4 BW zou kunnen zijn; en (2) dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtstoepassing, dan wel onbegrijpelijke motivering dat de werkzaamheden van Davelaar niet in de uitoefening van het beroep of bedrijf van Allspan zijn verricht.

Het object van artikel 7:658 lid 4 BW: 'een persoon'

De eerste cassatieklacht – 'het hof heeft ten onrechte geoordeeld dat Davelaar als zelfstandig ondernemer niet kan worden aangemerkt als "een persoon" als bedoeld in artikel 7:658 lid 4 BW' – mist volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag, zodat het niet tot cassatie kan leiden. Het hof had immers geoordeeld dat in het midden kon blijven of Davelaar 'een persoon' in vorenbedoelde zin kan worden aangemerkt. Met deze overweging had de Hoge Raad het eerste cassatiemiddel kunnen afdoen. Dat doet de Hoge Raad evenwel niet. Hij vervolgt

namelijk met de overweging

“n”iettemin zal in het hiernavolgende volledigheidshalve worden ingegaan op de vraag of de bepaling ook toepassing kan vinden in het geval door een zelfstandig ondernemer op grond van een overeenkomst van aanneming van werk wordt verricht’ (r.o. 3.5).

Zoals hierboven opgemerkt, verdient deze keuze van de Hoge Raad bijzondere waardering. Door aldus te handelen, geeft de Hoge Raad invulling aan zijn rechtsvormende taak en schept hij duidelijkheid over een twistpunt in de rechtspraak en literatuur. Immers, zowel in de (lagere) rechtspraak als in de literatuur werden verschillende standpunt verdedigd ten aanzien van de vraag of een zelfstandig ondernemer (en in het bijzonder zzp’ers) een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW zouden toekomen (zie voor een fraai overzicht: S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, ‘De reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen van ingeleend personeel. Over de grenzen van... artikel 7:658 lid 4 BW’, *TAP Special* 2009/3, p. 22-32 en P.L.M. Schneider, ‘Is de ZZP’er “een persoon” in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?’, *TAP* 2011/7, p. 272-280).

Voorstanders van een ‘enge opvatting’ (art. 7:658 lid 4 BW ziet enkel op bescherming van werknemers die tewerk gesteld zijn bij derden) wijzen erop dat uit de toelichting bij deze wetsbepaling blijkt dat de wetgever heeft beoogd de zogenoemde Stormer/Vedox-rechtspraak te codificeren (*Kamerstukken II* 1995/96, 25 263, nr. 14, p. 6). Kortom, op situaties waarin een werknemer (een 610’er) van een ‘uitlener’ bij een ‘inlener’ wordt tewerkgesteld (een zogenoemde ‘driehoekssituatie’), en aldaar (bij de inlener) door diens toedoen een bedrijfsongeval overkomt. Dergelijke uitleners kunnen (bijvoorbeeld) zijn het uitzendbureau, de aannemer van werk en ook de opdrachtnemer. Nu dit type werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de uitlener en niet (ook) met de inlener, kan hij de inlener niet ingevolge artikel 7:658 BW aansprakelijk stellen ingeval van schade. In het arrest Stormer/Vedox heeft de Hoge Raad voor dergelijke gevallen echter de regel gegeven dat de werknemer de inlener op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk mag stellen indien deze is tekortgeschoten in de aan hem overgelaten zorg voor de veiligheid van de werknemer. Daarvoor golden dan niet de normale regels van stelplicht en bewijslast ex artikel 6:162 BW, maar waren de bijzondere regels die artikel 7:658 BW op dit gebied voorschrijft (analoog) van toepassing (HR 15 juni 1990, LJN AC4217, NJ 1990, 716, m.nt. P.A. Stein (Stormer/Vedox Offshore Constructors), r.o. 3.3.). Daar kan men aan toevoegen dat artikel 7:658 lid 4 BW nota bene in Titel 7.10 BW is opgenomen, zodat er ten minste sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst bij de formele werkgever. Daarnaast wijzen voorstanders van de enge opvatting op het feit dat een zelfstandig ondernemer niet alleen de lusten, maar ook de lasten van het ondernemerschap moet dragen. Zij (de zelfstandigen) dienen zich voor deze risico’s te verzekeren. Doen zij dat niet, dan mogen ze niet het risico ‘plotseling’ verleggen naar de opdrachtgever.

Voorstanders van een ‘ruime opvatting’ (art. 7:658 lid 4 BW ziet op bescherming van werkers, ongeacht de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst) wijzen erop dat uit de toelichting bij deze wetsbepaling juist blijkt dat de wetgever een ruimer bereik voor ogen had dan louter

de klassieke 'driehoeksrelaties'. De minister wees immers ook op stageovereenkomsten tussen partijen zelf (dus geen driehoeksrelatie). Voorts – en belangrijker – wijzen de voorstanders van de ruime opvatting op de overwegingen uit de toelichting waaruit volgt dat de 'keuzevrijheid van degene die een bedrijf uitoefent te kiezen voor het laten verrichten van het werk door (zijn eigen) werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval. Anders gezegd: een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient *op gelijke voet* aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn.'

Vanuit het verzekeringsrechtelijke perspectief wijzen de voorstanders van de ruime opvatting op het 'least cost insurer-principe' (zie daarover in meer algemene zin ook W.H. van Boom, 'Wie verre reizen maakt kan veel verhalen. Over het spreiden van het letselschaderisico bij arbeidsgerelateerde verkeersbewegingen', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennestreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 44-45). Het lijken namelijk de werkverschaffers te zijn die tegen de laagste kosten de financiële gevolgen van de door de zelfstandig ondernemer gelopen risico's op letselschade als gevolg van een bedrijfsongeval kunnen afdekken. De premies voor het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering door de werkverschaffer liggen namelijk aanzienlijk lager dan de premies voor de kleine zelfstandige om een schadeverzekering af te sluiten (zie ook CPZO, *ZZP'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel* (SER Advies 10/04), Den Haag: Huisdrukker SER 2010, p. 109: voor de zzp'er varieert de gemiddelde premie voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering tussen de € 259 tot € 567 per maand. Vgl. ook J.M. Gaarthuis & R. Knegt, *Aansprakelijkheid van werkgevers: belemmerende factor voor de doorgroei van ondernemingen*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2010, p. 16: voor de modale kleine onderneming kan de gemiddelde premie voor een AVB-verzekering worden gesteld op ongeveer € 350 per jaar. In de dienstensector en de (eenvoudige) handel ligt de premie gemiddeld tussen € 100 en € 250 per jaar. In de (zwarte) bouwsector ligt de premie gemiddeld rond € 1.000 per jaar). Vanuit het idee dat degene die de risico's het meest voordelig kan afdekken (de zogenoemde *least cost insurer*), daartoe ook verplicht is, kan worden beargumenteerd dat wanneer de werkverschaffer in het afdekken van dit risico in gebreke is gebleven, hij zelf (en dus niet de zelfstandige) voor de geleden schade dient op te komen. Voorts is het zo dat niet alleen de kleine zelfstandige lusten van het zelfstandig ondernemerschap heeft, maar dat er kennelijk ook voor de werkverschaffer iets in zit om een zelfstandige in te schakelen. Dat lijkt werkverschaffers bijvoorbeeld te worden ingegeven vanuit het streven, afgezet tegen het aannemen van een reguliere werknemer, een kostenvoordeel te behalen, of om de ruimere inzetbaarheid van de zelfstandigen te kunnen benutten nu bepaalde regels zoals die omtrent arbeidstijden en arbeidsomstandigheden minder strikt van toepassing zouden zijn, maar met name vanwege de flexibiliteit die het werken met zzp'ers op het terrein van (bijvoorbeeld) het beëindigen van de arbeidsrelatie biedt (P. Vroonhof e.a., *Zelfstandigen zonder personeel*, Zoetermeer: EIM 2008, p. 40 e.v.).

Hoge Raad: zelfstandig ondernemer kan een persoon in de zin van lid 4 zijn

De Hoge Raad oordeelt dat de ruime opvatting navolging verdient. Met name vanuit de

beschermingsgedachte van artikel 7:658 lid 4 BW en het feit dat uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever personen die zich in een vergelijkbare positie bevinden als werknemers (blijkende uit de woorden ‘op gelijke wijze’) heeft willen beschermen, leent artikel 7:658 lid 4 BW zich voor toepassing indien de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de ‘werkgever’ invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico’s (r.o. 3.6.2 slot). Met deze overwegingen is een zelfstandig ondernemer onder het potentiële bereik van artikel 7:658 lid 4 BW geschaard. Vanuit de beschermings- en gelijkheidsgedachte is dit goed verdedigbaar (zie uitvoerig A.R. Houweling & P.L.M. Schneider, ‘De zelfstandige zonder personeel’, in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 419-431). Interessant is nog de vraag hoe deze laatste overwegingen van de Hoge Raad nu precies gelezen moeten worden. Immers, ziet de mate van invloed van de ‘werkgever’ op de werkomstandigheden niet tevens op de invulling van de zorgplicht? Waarschijnlijk moet de bepaling aldus worden gelezen dat indien een derde wordt ingeleend en de werkgever geen enkele zeggenschap over de werkomstandigheden noch over de veiligheidsrisico’s heeft, deze derde niet of minder snel als ‘een persoon’ ex artikel 7:658 lid 4 BW kwalificeert.

Het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW: ‘in de uitoefening van diens beroep of bedrijf’

Met het gegeven dat een zelfstandig ondernemer onder omstandigheden als ‘een persoon’ in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW kan worden aangemerkt, zijn we er nog niet. Immers, deze persoon moet werkzaamheden hebben verricht die hebben plaatsgevonden ‘in de uitoefening van het beroep of bedrijf’ van degene in wiens opdracht de arbeid is verricht. Daarmee zijn we aan de behandeling van de tweede cassatieklacht terecht gekomen: vallen de reparaties aan vezelverwerkingsmachines onder de uitoefening van het beroep of bedrijf van Allspan? In de wetsgeschiedenis wordt hierover opgemerkt dat het moet gaan om werkzaamheden die de werkverschaffer in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 15). De literatuur bepleit ter zake een objectieve benadering ten gunste van de benadeelde: kunnen de uitgevoerde werkzaamheden in objectieve zin tot het terrein van de werkverschaffer worden gerekend? Het verweer van een werkverschaffer, dat het eigen personeel in vergelijking tot de ingehuurd persoon minder geschikt is voor de door de persoon verrichtte werkzaamheden, gaat dan niet (meer) op. Alles wat met ‘bouw’ te maken heeft kan alsdan tot het terrein van de aannemer worden gerekend. Alles wat met juristerij te maken heeft tot het terrein van de advocaat. Echter, niet andersom: de schilder die doende is met de buitenboel van het advocatenkantoor, verricht geen arbeid ‘in de uitoefening van het beroep’ van het advocatenkantoor. De rechtspraak op dit punt toont een wisselend(er) beeld. We zien de objectieve benadering soms wel, vgl. bijvoorbeeld Rb. Den Haag 11 juli 2002, LJN AG7941, JAR 2002/234 (Van Oel/Grevenstette; m.nt. M.S.A. Vegter); aannemer aansprakelijk voor

loodgieter) en soms niet terug (vgl. bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 1 maart 2002, LJN AG7985, JAR 2003/12 (Boufzi/Kramer Vlees); slager niet aansprakelijk voor schoonmaker van vleessnijmachines en Ktr. Arhem 8 juli 2002, JAR 2004/29 (Janatti/Regiopolitie Gelderland-Midden); politie niet aansprakelijk voor ingeleende werkracht van eigen inbraakpreventieteam).

Volgens het hof behoorden reparatie- en revisiewerkzaamheden in het algemeen niet tot de werkzaamheden die in het verlengde liggen van de verwerking van resthout worden gerekend (anders dan onderhoud aan de machines zelf). Derhalve kon niet worden geoordeeld dat sprake was van 'in de uitoefening van diens beroep of bedrijf'. De Hoge Raad ziet dit anders. Opnieuw redeneert de Hoge Raad vanuit de beschermingsgedachte van lid 4. Hij stelt vast dat de reikwijdte van het vierde lid niet is beperkt tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever horen of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Ook andere werkzaamheden vallen onder het bereik van dit vierde lid, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden *feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening* van de opdrachtgever behoren (r.o. 3.6.3). Naar het oordeel van de Hoge Raad was hiervan in de onderhavige zaak sprake, omdat de bestuurder van Allspan zelf ook (en samen met Davelaar) regelmatig reparatie- en revisiewerkzaamheden verrichtte, alsmede dat Allspan feitelijk reparatie- en revisiewerk verrichtte. Met deze overweging geeft de Hoge Raad blijk van een nog ruimere opvatting dan de objectieve leer in de literatuur, waarbij werkersbescherming voorop staat. In geen geval wil de Hoge Raad weet hebben van de stelling dat de omstandigheid dat een bepaald werk is uitbesteed op zichzelf voldoende is om aan te nemen dat het niet (langer) in de uitoefening van het bedrijf of beroep is. Dat lijkt mij een terechte conclusie, omdat anders de beschermingsgedachte van artikel 7:658 lid 4 BW ernstig geweld zou worden aangedaan en daarbij de subjectieve omstandigheid (wel of niet uitbesteden) van de werkverschaffer ter zake bepalend zou zijn (zie ook treffend verwoord de toelichting op de cassatieklacht onder 3.47 conclusie A-G). Er moet – als ik de Hoge Raad goed begrijp – nog steeds wel sprake zijn van beroeps- of bedrijfsuitoefening. Kortom, de schilder die het advocatenkantoor van binnen van een fris lentegroen kleurtje voorziet, zal nog steeds geen beroep kunnen doen op artikel 7:658 lid 4 BW. Ook niet als hij schade lijdt door een omstandigheid waarvoor de opdrachtgever wel aansprakelijk zou zijn jegens zijn eigen werknemer (gevaarlijke dorpel bij de deur, trap zonder leuning, enzovoort)?

Zelfstandigen nu op gelijke voet beschermd als onzelfstandigen?

Hoewel veel valt te zeggen voor een gelijke behandeling van werkers, ongeacht de mate van zelfstandigheid, rijst tegelijkertijd de vraag of er niet toch een verschil moet zijn tussen beide groepen werkers. Zeker indien een bepaald persoon wordt ingeleend vanwege specifieke kennis en kunde. Gevreesd zou kunnen worden voor een (te) vergaande aansprakelijkheid van bedrijven jegens zelfstandigen, wanneer deze via lid 4 een beroep kunnen doen op de strenge zorgplicht van lid 1 van artikel 7:658 BW. Enige bescherming daartegen zou echter uit het arrest Dusarduyn/Du Puy kunnen worden afgeleid. Uit dit arrest lijkt namelijk te volgen, dat van werkenden met een betere opleiding eerder mag worden verwacht dat zij zelfstandig kiezen voor een veilige manier om het werk uit te voeren (HR 16 mei 2003, LJN AF7000, JAR

2003/147 (Dusarduyn/Du Puy), r.o. 3.3). Verdedigbaar is dat de specifieke kennis van ingeleende zelfstandigen omtrent de aan hen opgedragen werkzaamheden in bepaalde gevallen wordt meegewogen bij de beoordeling welke maatregelen (instructies/waarschuwingen) op grond van artikel 7:658 lid 1 BW van de werkverschaffer mochten worden verwacht (vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 125. Zie uitvoerig: Houweling & Schneider 2012).

Vermaterieelrechtelijking van het arbeidsrecht

Dit arrest sluit aan bij een tendens die ik voor het gemak maar even ‘de tendens naar een materieel arbeidsrecht’ noem. Daarmee bedoel ik dat steeds vaker de verwezenlijking van de materiële norm (veelal bescherming van personen bij de arbeid) door rechters (al dan niet noodgedwongen omdat EU-regelgeving een zekere doelredenering van nationale rechters vereist) wordt nagestreefd, ongeacht (of misschien moet ik wel zeggen ondanks) de reikwijdte van de litigieuze wettelijke bepaling. Een duidelijk voorbeeld is de bescherming van werkers bij overgang van onderneming. Hoewel de wet uitdrukkelijk een contractuele band tussen de werknemer en het overgedragen onderdeel van de onderneming verlangt, oordeelde het Hof Amsterdam dat dergelijke bescherming ook toekomt aan werknemers in dienst van de niet-contractuele werkgever (zie Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2011, LJN BU1290, (Albron/FNV Bondgenoten en Roest c.s.). Zie over dit arrest uitvoerig: J.H. Even, ‘Albron/Roest: nu eindelijk rust aan het front?’, AR 2011-0896, m.nt. J.H. Even). De materiële norm prevaleert dan boven het werknemersbegrip zoals gedefinieerd in artikel 7:610 BW. Een gevolg van deze benadering is dat niet langer de ‘werknemer in de zin van artikel 7:610 BW’, maar de materiële norm uitgangspunt van objectbepaling is. Anders gezegd, niet langer bepaalt het (beoogde) object de reikwijdte van de materiële bescherming, maar de (beoogde) reikwijdte van de materiële bescherming bepaalt het object.

Het bereik van de materiële bescherming is dan op voorhand niet vaststaand, maar kan per normstelling verschillen. Een voorbeeld. Indien het doel van de normstelling is zwangere vrouwen gedurende een bepaalde periode bescherming van en tijdens werk te bieden, dan maakt de vorm waarin deze arbeidsverrichting wordt voltrokken niet uit. Zowel zelfstandige als niet-zelfstandige werkers dienen deze bescherming toe te komen. In Titel 7.10 BW is artikel 7:658 lid 4 BW een mooi voorbeeld. Voor het toepassingsbereik van deze bepaling werd in de (lagere) rechtspraak vooral vanuit de beoogde bescherming het object van de regel afgeleid. Dit object heeft veelal een ruimere strekking dan een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht. De Hoge Raad sluit zich bij deze ‘ruime benadering’ aan. Toegegeven, de Hoge Raad vindt daarvoor enige steun in de parlementaire stukken. Maar juist daar waar de parlementaire stukken onduidelijk zijn of onvolledig, zien we dat de Hoge Raad in de onderhavige zaak steeds vanuit het ‘bereik van de bescherming’ het object bepaalt.

Deze materieelrechtelijke benadering is overigens een bekende figuur in het Unierecht. Wie als ‘werknemer’ kwalificeert varieert, aldus het Hof van Justitie EU, ‘naargelang van het gebied dat in de beschouwing wordt betrokken’ (zie o.m. HvJ EG 12 mei 1998 Martínez Sala, C 85/96, *Jurispr.* p. I 2691, r.o. 31, en HvJ EG 13 januari 2004, Allonby, C 256/01, *Jurispr.* p. I 873, r.o. 63).

Op nationaal niveau treffen we deze benadering vooral aan in het socialezekerheidsrecht. Door middel van allerlei gelijkstellingsbesluiten en personele werkingssfeerbepalingen worden personen onder de (inkomens)bescherming van het arbeidsrecht gebracht, ook al ontbreekt een formele arbeidsovereenkomst. Andere voorbeelden zijn de personele werkingssfeerbepalingen van het BBA en WMM.

Interessant is de vraag of deze materieelrechtelijke benadering mogelijk de toekomst van 'het arbeidsrecht' wordt. Niet langer de 'arbeidsovereenkomst' bepaalt de toepasselijkheid van de spelregels uit Titel 7.10 BW, maar de te verwezenlijken norm per bepaling bepaalt de reikwijdte van het object. Hierdoor kunnen tal van *arbeidsverhoudingen* materieelrechtelijke bescherming genieten, ondanks het ontbreken van een formeel contractuele band. Het klassieke object van het arbeidsrecht – te weten de werker in een loondienstverhouding – zal dan plaatsmaken voor een veel ruimer bereik van het arbeidsrecht, te weten 'de arbeidende mens' (zie reeds F.J.H.M. van der Ven, 'Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht', (oratie 1938), in: G.J.M. Veldkamp, *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1966, p. 165 e.v.). Of het daadwerkelijk zover zal komen... de tijd zal het leren.