

VERDUIDELIJKING EN RECHTSVERMOEDEN

Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het
conceptwetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en
rechtsvermoeden



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
2.	Verhouding huidige toetsingskader en het ABC(C+)-toetsingskader	4
2.1	Inleiding	4
2.2	De gevolgen voor de holistische benadering	4
2.2.1	Gevolgen voor de andere elementen van artikel 7:610 BW	4
2.2.2	Is het verlaten van de holistische benadering een realistisch streven?	5
2.3	ABC(C+) in fase 2?	5
3.	ABC(C+)-toets (leden 2-4)	7
3.1	Inleiding	7
3.2	Uitwerking bij algemene maatregel van bestuur (lid 4)	7
3.2.1	AMvB en hoofdelementen	7
3.2.2	Meer duidelijkheid?	8
3.2.3	Getoetst aan Deliveroo	11
3.3	Leden 2 en 3	15
3.3.1	Lid 2: verduidelijking van hoofdelement C+	15
3.3.2	Lid 3: bovendien in zwaarwegender mate aanwezig	15
3.4	Elephant (in the room)-test: dga-zzp	16
4.	Overgangsrecht	18
4.1	Inleiding	18
4.2	Wel degelijk een wijziging (juridisch en de facto)?	18
4.3	Gevolgen herkwalificatie	18
4.4	Vereist de wetwijziging overgangsrecht?	20
4.5	Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek	20
4.6	Conclusie	21
5.	Rechtsvermoeden op basis van tarief	22
5.1	Inleiding	22
5.2	Beoogde doelstelling: processueel voordeel en versterking rechtspositie	22
5.3	Samenhang en afstemming overige rechtsvermoedens	24
5.4	Tarief	25
5.5	Overige (technische) kanttekeningen	25
6.	Eindconclusie en aanbevelingen	27
6.1	Eindwaardering	27

6.2	Aanbeveling Wettekst 610.....	28
6.3	Aanbeveling Wettekst rechtsvermoeden (610aa of toch 610a).....	29
	Auteurs.....	32

1. Inleiding

Het wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (hierna: het wetsvoorstel) beoogt het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW te verduidelijken. Daartoe wordt de huidige definitie van artikel 7:610 lid 1 BW *niet* gewijzigd, maar wordt met drie nieuwe artikelleden getracht *sturing*¹ te geven aan de beoordeling van het huidige toetsingskader. Om de werkende aan de basis van de arbeidsmarkt extra tegemoet te komen wordt in het nieuw voorgestelde artikel 7:610aa BW bovendien een rechtsvermoeden op basis van een tarief geïntroduceerd.

Er is vanuit LLU algehele waardering voor de poging die wordt ondernomen de beoordeling van de arbeidsrelaties duidelijker te krijgen. Omdat de kwalificatie van de arbeidsrelatie verstrekken gevolgen heeft voor de (a) betrokken contractspartijen, (b) sociale zekerheid en fiscaliteit, (c) pensioen, (d) het *level playing field* tussen ondernemingen en (e) de werkenden onderling (solidariteit), is elke verduidelijking van het toetsingskader alleen maar toe te juichen.

Tegelijkertijd wijzen wij in deze bijdrage op een aantal knelpunten en onduidelijkheden. Vanwege de gekozen opzet van de wettelijke regeling (geen wijziging van lid 1, maar wel een sturend toetsingskader), is een groot aantal vragen over de (vermeende) terugwerkende kracht en de praktische/maatschappelijke gevolgen ervan geformuleerd en wordt aangedrongen op een heroverweging van overgangsrecht. Achtereenvolgens bespreken we:

- De huidige holistische toetsing versus de ABC(C+)-toetsing (hoofdstuk 2)
- ABC(C+)-toetsing (leden 2-4) (hoofdstuk 3)
- Overgangsrecht: juridische en praktische implicaties (hoofdstuk 4)
- Rechtsvermoeden (hoofdstuk 5)

Deze bijdrage wordt afgesloten met een eindwaardering (hoofdstuk 6). In dit hoofdstuk toetsen we of het doel de gekozen wetswijziging als middel rechtvaardigt. In dit hoofdstuk doen we zowel voor artikel 7:610 BW als artikel 7:610aa BW een aantal concrete verbetervoorstellen.

Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe.



Gerrard Boot (VvA) | Laura Brendel (VJAA) | Daniël van Gerven (VAAN)
Ruben Houweling (VvA) | Astrid Helstone (VAAN) | Jeanne Leeman (VJAA)
Samiha Said (VvA) | Ruud Schepers (VJAA)

¹ Concept-MvT, p. 35: 'Daarmee geeft de wetgever sturing aan de praktijk; de beoordeling van de arbeidsrelatie wordt beter inzichtelijk en hanteerbaar.'

2. Verhouding huidige toetsingskader en het ABC(C+)-toetsingskader

2.1 Inleiding

Uit de toelichting volgt dat met dit wetsvoorstel vooral is getracht 'duidelijkheid' te bieden, door bestaande jurisprudentie te ordenen. Tegelijkertijd wordt ook genoemd dat de wettelijke regeling meer moet sturen en ook wordt gemoderniseerd.² Dit roept de vraag op hoe het voorgestelde toetsingskader zich verhoudt tot het bestaande toetsingskader. In dit hoofdstuk wordt nader op deze vraag ingegaan, waarna in hoofdstuk 3 meer inhoudelijk op de voorgestelde criteria wordt ingegaan. Men zou de neiging kunnen hebben dit hoofdstuk als 'academisch geneuzel' af te doen. Dat is het echter niet. Immers, indien er (toch) een wezenlijke wijziging in het toetsingskader wordt bewerkstelligd, geeft dat (nog meer) aanleiding overgangsrecht (hoofdstuk 4) te overwegen. Voor zover het navolgende wél als 'academisch geneuzel' wordt gezien, dan nog is het volgens ons goed om dit in de verdere uitwerking mee te nemen. Hoe eerder er immers duidelijkheid komt over die 'neuzelpunten', hoe eerder het debat zich kan centreren rondom de uitwerking van het voorstel in de praktijk.

2.2 De gevolgen voor de holistische benadering

Een in het oog springend aspect dat wat ons betreft nadere aandacht behoeft, is het voorstel om afscheid te nemen van de holistische benadering. De toelichting vermeldt dat de holistische benadering in de praktijk als complex en onduidelijk wordt ervaren, en dat het voorstel beoogt deze benadering te vervangen door een wettelijk toetsingskader, waarmee meer houvast wordt geboden.³ Dit voorstel roept een aantal vragen op.

2.2.1 Gevolgen voor de andere elementen van artikel 7:610 BW

Ten eerste is onduidelijk of het voorstel beoogt om de holistische benadering *volledig* te verlaten. Het voorstel vermeldt weliswaar dat de holistische benadering plaats moet maken voor een wettelijk toetsingskader, echter richt dit kader zich enkel op het element *gezag* uit artikel 7:610 BW.⁴ De elementen A, B en C (en zo nodig ook C+) strekken er immers toe te beoordelen "*of er sprake is van werken 'in dienst van' of van zelfstandigheid.*"⁵ Dit roept de vraag op of de holistische benadering nog wel een rol speelt waar het de elementen arbeid en loon betreft – die elementen komen in het toetsingskader immers niet terug, maar zullen in het kader van de 610-toets wel beoordeeld moeten worden.⁶ De concept-MvT biedt hierover geen duidelijkheid.

Die duidelijkheid is wel gewenst. Bij deze stand van zaken zou de gedachte kunnen ontstaan dat de holistische benadering nog wél geldt voor de beoordeling van de elementen arbeid en loon. Wij vragen ons af of dit een beoogd gevolg van het voorstel is. Het voorstel benoemt immers herhaaldelijk dat de

² Concept-MvT, p. 20-22.

³ Concept-MvT, p. 5, p. 37.

⁴ Concept-MvT, p. 35.

⁵ Concept-MvT, p. 37.

⁶ Overigens is in voetnoot 74 is te lezen dat het element *persoonlijke* arbeid wel een plek in het toetsingskader krijgt, onder element C: "*Dit criterium wordt, als sprake is van vrije vervanging die commercieel aangewend kan worden, wel meegewogen als onderdeel van de toetsing van 'werken in dienst van'. De verdere details over dit criterium zijn te vinden onder het kopje 'werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie', onder C1 hiervoor.*"

holistische benadering tot te veel onzekerheid leidt en daarom plaats moet maken voor een wettelijk toetsingskader. Bij die gedachte past niet dat die benadering wél wordt behouden voor de beoordeling van de twee andere elementen van artikel 7:610 BW, temeer nu daarmee een nog complexer toetsingskader zou ontstaan, dat deels wel en deels geen holistische benadering kent. Vermoedelijk is op dit punt sprake van een leemte in de toelichting op het voorstel. Wat ons betreft strekt het tot de aanbeveling nader inzicht te bieden op dit punt.

2.2.2 *Is het verlaten van de holistische benadering een realistisch streven?*

Voorts rijst de vraag of een afscheid van de holistische benadering een realistisch streven is. Het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst laat zich nu eenmaal niet wettelijk benaderen. Het betreft hoogst casuïstische materie, waarbij het bovendien ook wenselijk is dat in de beoordeling van de rechtsverhouding rekening kan worden gehouden met de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Het voorstel erkent ook dat, ondanks dat een wettelijk toetsingskader wordt aangereikt, *“normen in het arbeidsrecht (civiele recht) altijd een zekere openheid zullen moeten houden.”* Het voorstel vermeldt aansluitend dat dit ook wenselijk is, nu *“niet alle situaties zijn immers door de wetgever te voorzien en regels moeten kunnen meebewegen met de dynamische praktijk op de arbeidsmarkt.”*⁷ Met die gedachte in het achterhoofd, geven wij de ontwerpers van het voorstel in overweging om het beoogde afscheid van de holistische benadering kritisch te beschouwen. Zoals in de toelichting ook wordt erkend, is een zekere mate van *“openheid”* onontkoombaar. Een afscheid van de holistische benadering, die immers juist dient tot een invulling van de hier bedoelde (en dus niet te vermijden) *“openheid”*, lijkt zich daarmee slecht te verdragen.

Dat betekent niet dat het voorstel helemaal niets hoeft te betekenen voor de holistische benadering. Het voorgestelde toetsingskader geeft in belangrijke mate richting aan de wijze waarop de holistische benadering tot uitdrukking komt bij de toetsing van het gezagscriterium. Die indicaties structureren de toetsing en bieden daarmee (zeer welkome) handvatten aan de praktijk, maar dat er bij het wege van die elementen een zekere mate van holisme aan te pas zal moeten komen, lijkt onvermijdelijk. Wellicht is het reëler – en ook voor minder discussie vatbaar – om in de toelichting (enkel) te benoemen dat de holistische weging zoals we die thans kennen,⁸ niet langer zal opgaan voor de beoordeling van het gezagscriterium.

2.3 **ABC(C+) in fase 2?**

Tot slot valt op dat wordt benoemd dat met de voorgestelde verduidelijking zo veel als mogelijk wordt aangesloten bij bestaande jurisprudentie, maar dat geen duidelijkheid wordt gegeven over de positie van het voorgestelde toetsingskader binnen de tweefasentoets die sinds het arrest *X/Gemeente Amsterdam* uit 2020 centraal is komen te staan. Het lijkt voor de hand te liggen dat het ABC(C+)-toetsingskader aan de orde komt in *fase 2*, waarin wordt beoordeeld of het geheel van overeengekomen rechten en verplichtingen (als vastgesteld in *fase 1*) kwalificeert als

⁷ Concept-MvT, p. 36.

⁸ In de concept-toelichting op het wetsvoorstel wordt de holistische benadering (op p. 33) geduid als de benadering waarbij *“de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst [wordt] getoetst aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.”* In dit verband is van belang te vermelden dat er verschillende opvattingen mogelijk zijn over de exacte duiding en toepassing van de holistische benadering, zie over de wijze waarop dit begrip binnen de 610-context tot ontwikkeling is gekomen en de verschillende ‘smaken’ die mogelijk zijn: S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip (Monografieën Sociaal Recht nr. 79)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 5.6.1.

arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Geheel zeker is dit echter niet; de toelichting laat dit in het midden. Wij denken dat het geen kwaad kan om hier in de toelichting duidelijkheid over te scheppen.

3. ABC(C+)-toets (leden 2-4)

3.1 Inleiding

Eén van de belangrijkste doelen van het wetsvoorstel is als gezegd het bieden van duidelijkheid over het criterium 'in dienst van' (de gezagsverhouding). Daarom worden in het tweede lid hoofdelementen genoemd op basis waarvan dient te worden vastgesteld of sprake is van een gezagsverhouding, het zogenoemde ABC(C+)-toetsingskader. In het vierde lid wordt daaraan toegevoegd dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere regels gesteld kunnen worden over (a) deze hoofdelementen en (b) de wijze waarop de arbeidsrelatie wordt beoordeeld ingeval in vergelijkbare mate sprake is van zowel werkinhoudelijke aansturing door de werkgever of inbedding in de organisatie, als het voor eigen rekening en risico verrichten van arbeid. Hoewel de wettelijke basis voor toetsing aan de drie hoofdelementen is gelegen in het tweede lid en het derde lid de wettelijke verhouding tussen beiden vastlegt, geeft het vierde lid 'kleur' aan zowel de criteria genoemd in lid 2 als de rangordetoets genoemd in lid 3. We staan daarom uitvoerig stil bij (de uitwerking van) het vierde lid (par. 3.2). Daarna plaatsen we aantal kanttekeningen bij de formulering van leden 2 en 3 (par. 3.3).

3.2 Uitwerking bij algemene maatregel van bestuur (lid 4)

3.2.1 AMvB en hoofdelementen

Het primaat van de wetgever is een belangrijk beginsel voor de vaststelling van wet- en regelgeving in Nederland.⁹ Oftewel: in principe is het aan de wetgever om wet- en regelgeving vast te stellen. Dit betekent niet dat de wetgever bij alle onderdelen van een regeling rechtstreeks betrokken moet worden. Een wet in formele zin moet de hoofdelementen van de regeling bevatten. Dit betreft in ieder geval de structurele elementen van de regeling. Bij de keuze welke elementen van een regeling in de wet moeten worden geregeld en ten aanzien van welke elementen delegatie toelaatbaar is dient steeds te worden onderzocht welke elementen van een regeling zo gewichtig zijn dat de wetgever hierbij betrokken moet worden.¹⁰

Uit de toelichting wordt niet duidelijk waarom in het wetsvoorstel wordt gekozen voor het instrument van de AMvB en of onderzocht is welke elementen zo gewichtig zijn dat de wetgever hierbij betrokken moet worden. De hoofdelementen werkinhoudelijke aansturing, organisatorische inbedding en het verrichten van werk voor eigen rekening en risico, worden genoemd in artikel 7:610 lid 2 BW. Naast de hoofdelementen worden hoofdindicaties genoemd. Zo wordt bij organisatorische inbedding als hoofdindicatie onder andere (B1) gebruikt, namelijk dat de werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende. De hoofdindicatie wordt ingevuld met subindicaties en contra-indicaties. De hoofdindicaties lijken daarmee structurele elementen te vormen. Ook zullen deze hoofdindicaties zowel voor rechters als de praktijk zeer belangrijk zijn bij de beoordeling of sprake is van de hoofdelementen en daarmee van een arbeidsovereenkomst. Daarmee zal de AMvB straks grote invloed hebben op de rechtspositie van een groot deel van de werkenden en werkgevers.¹¹ De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het primaat van de wetgever. Het verdient aanbeveling te heroverwegen of de genoemde hoofdindicaties niet in de wettekst opgenomen moeten worden, en zo niet, de afweging in ieder geval (toetsbaar) in de toelichting op te nemen. Hoewel met

⁹ Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

¹⁰ Aanwijzing 2.19 Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹¹ Ruim 8 miljoen werkenden zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, zie <https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-arbeidsmarkt/>.

name sinds de Wet werk en zekerheid (2015) titel 10 van boek 7 BW veel delegatiebepalingen kent, kan men zich oprecht afvragen of deze ‘verbestuursrechtelijking’ wel past in (de structuur van) het Burgerlijk Wetboek. Daar komt nog het volgende bij. De kracht van artikel 7:610 BW is de open norm die door de rechtspraak meer dan een eeuw wordt ingevuld. Dit maakt ook dat artikel 7:610 BW een antwoord kon geven op de vraag of een krantbezorger in de jaren ’50 een arbeidsovereenkomst had en of dat voor een Deliveroo-bezorger anno 2023 ook geldt. De rechter heeft de ruimte en vrijheid om recht te doen in context van de wereld waarin hij op dat moment moet oordelen. Dit maatwerk en adaptievermogen van de rechtspraak wordt (bewust) ingeperkt door met een AMvB te werken, omdat het toetsingskader voor de rechter in zekere zin versmalt. Dat is een keuze, maar wel één die nadere overdenking vereist.

Ook vragen wij aandacht voor het feit dat de AMvB relatief gemakkelijk kan worden gewijzigd, waarbij enkel de Raad van State om advies zal worden gevraagd. Zo kunnen er hoofdindicaties, subindicaties en contra-indicaties aangepast, toegevoegd of verwijderd worden. In het wetsvoorstel wordt hier al op geanticipeerd.¹² Dit kan tot andere uitkomsten leiden. Is er nagedacht over welke (rechts)onzekerheid dit zal opleveren voor werkenden en werkgevers? En hoe moet worden omgegaan met de situatie dat – op basis van de nieuwe indicaties – achteraf gezien toch sprake is van een arbeidsovereenkomst? Uit de MvT blijkt dat de wetgever zelf ook onderkent dat dit door de nieuwe verduidelijking een mogelijkheid is. Het lijkt ons raadzaam om bij ingrijpende wijzigingen met overgangsrecht te werken (zie hierover nader hoofdstuk 4).

3.2.2 Meer duidelijkheid?

Eén van de belangrijkste redenen voor de introductie van het ABC(C+)-toetsingskader is het bieden van meer duidelijkheid. De bestaande instrumenten, te weten de bijlage Beoordeling gezagsverhouding bij het Handboek Loonheffingen van de Belastingdienst en de webmodule beoordeling arbeidsrelaties, zouden onvoldoende duidelijkheid bieden. Voornaamste kritiek is dat “*De pilot webmodule beoordeling arbeidsrelaties en het Handboek loonheffingen een flinke lijst met indicaties [bevatten] waarbij tevens duidelijk is dat deze niet-limitatief zijn.*”¹³ Door de introductie van het ABC(C+)-toetsingskader en het opnemen van een limitatieve lijst van indicaties in een AMvB zou meer duidelijkheid worden geboden. Wij plaatsen hier onze vraagtekens bij en zullen dit hieronder toelichten aan de hand van de twee onderwerpen die op basis van het voorgestelde vierde lid bij AMvB geregeld kunnen worden.

Uitwerking hoofdelementen (lid 4 sub a)

Het eerste onderwerp dat bij AMvB kan worden geregeld is het uitwerken van de hoofdelementen werkinhoudelijke aansturing, organisatorische inbedding en het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico. Volgens de toelichting zal dit een limitatieve lijst van indicaties zijn. Dit is een breuk met de huidige redactie van artikel 7:610 BW en de daarop gebaseerde rechtspraak, op basis waarvan alle omstandigheden van het geval kunnen worden betrokken bij de beoordeling of voldaan is aan het criterium ‘in dienst van’. De bijlage Beoordeling gezagsverhouding bij het Handboek Loonheffingen betreft een beleidsregel¹⁴ met een niet-limitatieve opsomming van indicaties voor het bestaan van een gezagsverhouding. Deze bijlage wordt in de praktijk ook gebruikt bij het beoordelen of sprake is van

¹² Concept-MvT, p. 37.

¹³ Concept-MvT, p. 17.

¹⁴ Hof Den Haag 22 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:370. ex art. 4:84 Awb alleen bindend voor de Belastingdienst.

een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De webmodule arbeidsrelaties geeft slechts een aanwijzing of de ‘opdracht’ wel of geen dienstbetrekking betreft.

De vraag is of er inderdaad sprake is van meer duidelijkheid door een limitatieve lijst van indicaties in een AMvB op te nemen. Bij nadere bestudering van de hoofdelementen A, B, C en C+ in de memorie van toelichting wordt duidelijk dat naast de hoofdelementen sprake is van 12 hoofdindicaties en 40 subindicaties. Onder subindicaties wordt verstaan de uitwerking van de hoofdindicaties. Zo wordt – om bij het hiervoor aangehaalde voorbeeld te blijven – onder het hoofdelement (B), organisatorische inbedding, als hoofdindicatie (B1) gebruikt dat de werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende. Hier worden vervolgens verschillende subindicaties genoemd, zoals de vraag of de werkende onderhevig is aan de binnen de organisatie geldende kaders, regels en (gedrags-)normen, of de werkgevende voorzieningen ter beschikking stelt, of de werkende hetzelfde systeem van arbeidsvoorwaarden heeft als werknemers van de werkgevende etc. Het kan overigens ook gaan om subindicaties die een indicatie *kunnen* zijn of een contra-indicatie betreffen. De volledige lijst met hoofdelementen, hoofdindicaties en subindicaties of contra-indicaties is bijgevoegd als **bijlage 1**. Het is de bedoeling dat deze hoofdindicaties en subindicaties en contra-indicaties in een AMvB worden opgenomen.¹⁵

	Hoofdelement	Hoofdindicatie	Subindicaties of contra-indicaties
A	Werkinhoudelijke aansturing	2 (A1 en A2)	7
B	Organisatorische inbedding	4 (B1 t/m B4)	14
C	Eigen rekening en risico	5 (C1 t/m C5)	15
C+	Economisch verkeer	1 (C+1)	4
	Totaal	12	40

In de bijlage Beoordeling gezagsverhouding in het Handboek Loonheffingen staan in totaal 5 hoofdindicaties (leiding en toezicht, vergelijkbaarheid personeel, werktijden, locatie, materialen, hulpmiddelen en gereedschappen, manier waarop de werkende naar buiten treedt en overige relevante aspecten) en 43 subindicaties en contra-indicaties. Er bestaat een grote overlap tussen de indicaties en contra-indicaties in het Handboek Loonheffingen en de genoemde indicaties en contra-indicaties in de toelichting. De vraag is daarom dan ook gerechtvaardigd waarom de wetgever denkt dat de beoogde duidelijkheid nu wel wordt bereikt. Toegegeven wordt, de indicaties worden in het onderhavige wetsvoorstel meer gestructureerd door middel van een koppeling aan een hoofdelement en een toetsingskader (A en/of B afgewogen tegen C en mogelijk C+). Ook zullen niet in de AMvB genoemde indicaties in principe geen rol spelen. De vraag is alleen of dit in de praktijk tot meer duidelijkheid zal leiden. Als de lijst met hoofdelementen, hoofdindicaties en subindicaties en contra-indicaties in **bijlage 1** wordt doorlopen dan zal voor veel werkgevers en werkenden nog steeds niet duidelijk zijn of voldaan is aan het hoofdelement en daarmee of mogelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Bovendien is onduidelijk hoe de verschillende hoofdelementen en hoofdindicaties zich tot elkaar verhouden. Zo heeft hoofdelement A werkinhoudelijk gezag twee hoofdindicaties, te weten A1, of de

¹⁵ Concept-MvT, p. 23 en p. 25.

werkgevende de bevoegdheid heeft om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende deze ook moet opvolgen, en A2, of de werkgevende de mogelijkheid heeft de werkzaamheden van de werkende te controleren en bevoegd is op basis daarvan in te grijpen. Als wel sprake is van A1 maar niet van A2, is dan wel of geen sprake van werkinhoudelijke aansturing? En als in dit voorbeeld geen sprake is van werkinhoudelijke aansturing (A), terwijl wel sprake is van organisatorische inbedding (B), legt hoofdindicatie A1 die mogelijk wel aanwezig is, dan helemaal geen gewicht meer in de schaal? Uit de toelichting en de genoemde voorbeelden (onder andere casus 2 en casus 4 in de concept-MvT) kan afgeleid worden dat indien er sprake is van "enige mate" van A en/of B, dit wel mag worden meegewogen.¹⁶ Maar komen we daarmee feitelijk niet (wederom) uit in een weging van alle omstandigheden tezamen afgewogen tegen de contra-indicaties? En wanneer is sprake van "enige mate"? Het zou verstandig zijn als deze toetsing wordt opgehelderd.

Ook is relevant dat de lijst met hoofdindicaties en subindicaties en contra-indicaties een "ventiel" zal bevatten.¹⁷ Dit ventiel houdt in dat in uitzonderlijke gevallen wordt voorzien in ruimte om feiten en omstandigheden te betrekken bij de toetsing die niet onder één van de indicaties te brengen zijn. An sich juichen wij het bestaan van een dergelijke mogelijkheid toe om in uitzonderlijke gevallen tot maatwerk te komen. Wel zouden er twee onderwerpen opgehelderd moeten worden. Ten eerste, van welke indicaties kan worden afgeweken, een hoofdelement uit lid 2 (hetgeen niet lijkt beoogd), een hoofdindicatie of een subindicatie of contra-indicatie? Het moge duidelijk zijn dat het afwijken van een hoofdelement en hoofdindicatie behoorlijk ingrijpend kan zijn en tot (rechts)onzekerheid kan leiden (zie hiervoor onder 3.2.1). Ook is onduidelijk wat onder "uitzonderlijke gevallen" wordt verstaan. In de Wwz memorie van toelichting werd opgemerkt dat alleen sprake zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen (en daarmee een billijke vergoeding) in "uitzonderlijke gevallen".¹⁸ In de praktijk wordt in 1 op de 5 ontbindingszaken geoordeeld dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen. Ook is sprake van zeer wisselende rechtspraak.¹⁹ Dit kan leiden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Het is daarom raadzaam te verduidelijken wat met het ventiel wordt beoogd, wat onder uitzonderlijke gevallen wordt verstaan en daarvan ook voorbeelden te geven.

Kortom, op basis van het voorgaande plaatsen wij onze vraagtekens bij de beoogde duidelijkheid door de AMvB op dit punt. Op basis van het ABC(C+)-toetsingskader zal de toetsing meer gestructureerd plaatsvinden. Maar wordt hierdoor in de praktijk daadwerkelijk meer duidelijkheid verkregen? De lijst met subindicaties en contra-indicaties zoals deze zal worden opgenomen in de AMvB toont veel gelijkenissen (zowel qua inhoud als aantal) met het Handboek Loonheffingen. Bovendien lijkt de structurering weer tot nieuwe vragen en onduidelijkheden te leiden, zoals bijvoorbeeld de verhouding tussen de verschillende hoofdindicaties en de subindicaties en contra-indicaties. En ook het ventiel zal tot de nodige vragen en onduidelijkheden leiden. Het zou wat ons betreft in ieder geval verstandig zijn als bovenstaande in de toelichting wordt verduidelijkt.

¹⁶ Concept-MvT, p. 48.

¹⁷ Concept-MvT, p. 37.

¹⁸ *Kamerstukken II, 2013–2014*, 33 818, nr. 3, p. 34.

¹⁹ I.H. Kersten, Een cijfermatig overzicht van de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen in eerste aanleg (2015 – 2020), *Arbeidsrecht* 2021/30.

Wijze van beoordeling ingeval van vergelijkbare weging (lid 4 sub b)

Het tweede onderwerp dat bij AMvB geregeld kan worden betreft de wijze waarop de arbeidsrelatie beoordeeld wordt ingeval in vergelijkbare mate sprake is van zowel werkinhoudelijke aansturing door de werkgever of inbedding in de organisatie, als het voor eigen rekening en risico verrichten van arbeid. De vraag die hier rijst is allereerst wanneer sprake is van “*vergelijkbare mate*”. In de praktijk zal dit waarschijnlijk het hete hangijzer gaan vormen. Een opdrachtgever (die niet wil dat de overeenkomst met een opdrachtnemer als arbeidsovereenkomst kwalificeert) zal primair betogen dat geen sprake is van hoofdelement A en/of B, maar zal subsidiair het standpunt innemen dat voldaan is aan C en dat dit hoofdelement zwaarder weegt dan A en/of B. Wanneer C zwaarder weegt dan A en/of B wordt daarom zeer relevant. De genoemde voorbeelden zijn erg versimpeld weergegeven; in de praktijk zullen veel meer omstandigheden voor A en/of B dan wel C pleiten. De vraag is dan hoe dit beoordeeld dient te worden. Uit de genoemde voorbeelden lijkt een zekere categorisering in “*zeer gering*”, “*beperkt sprake van*”, “*sprake van*” en “*nadrukkelijk sprake van*” te kunnen worden afgeleid, waarbij bij “*zeer gering*” of “*beperkt sprake van*” bij A en/of B klaarblijkelijk niet wordt toegekomen aan een weging ten opzichte van C, maar bij “*sprake van*” en “*nadrukkelijk sprake van*” wel.²⁰ Dit lijkt ook bij C+ te worden verduidelijkt: “*als hiervan geen of beperkt sprake is, dan is er sprake van een werkende die zich doorgaans als werknemer in het economisch verkeer gedraagt.*” Dit leidt natuurlijk tot afbakeningsvragen.

3.2.3 Getoetst aan Deliveroo

Beoogd wordt de bestaande jurisprudentie over de beoordeling van arbeidsrelaties te ordenen tot een hanteerbaar toetsingskader. Daarom is het interessant om te bezien in hoeverre het toetsingskader en de omstandigheden zoals genoemd in het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2023²¹ terugkomen in het ABC(C+)-toetsingskader.

Daadwerkelijke betekenis

Allereerst wordt een opmerking gemaakt over een (belangrijk) onderdeel uit het Deliveroo-arrest, namelijk de overweging van de Hoge Raad dat “*het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding (...) mede afhangt van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht*”.²² Met andere woorden, als partijen iets afspreken, dan legt niet alleen de afspraak zelf gewicht in de schaal, maar ook – en vooral – of deze afspraak daadwerkelijk betekenis heeft voor partijen. Dit was een meer algemene overweging van de Hoge Raad om te benadrukken dat het gewicht van wat partijen afspreken met name afhangt van de vraag of deze afspraak ook daadwerkelijk betekenis heeft. Het zou goed zijn als de toelichting duidelijk maakt dat deze ‘wezen gaat voor schijn’-doctrine nog steeds geldt bij het uitleggen van contractuele afspraken. Bij de vrije vervanging (C1) wordt namelijk expliciet vermeld dat dit een “*reële mogelijkheid*” moet zijn.²³ Dit zou wat ons betreft ook voor andere contractuele afspraken moeten gelden.

Hieronder zijn de omstandigheden zoals genoemd in het Deliveroo-arrest weergegeven en gekoppeld (indien mogelijk) aan een hoofdelement en hoofdindicatie uit het wetsvoorstel. Wat opvalt is dat een aantal omstandigheden niet terugkeert in het ABC(C+)-toetsingskader (in rood) en een aantal andere

²⁰ Concept-MvT, p. 50 – 54.

²¹ Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

²² Hoge Raad 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

²³ Concept-MvT, p. 46.

omstandigheden niet standaard wordt gewogen (in **groen**). Een en ander zal hieronder kort toegelicht worden.

Deliveroo arrest				
	A	B	C	C+
Omstandigheden				
Aard van de werkzaamheden				
Duur van de werkzaamheden		B3	C5	
Wijze waarop de werkzaamheden worden bepaald	A1			
Wijze waarop de werktijden worden bepaald	B1			
Inbedding van het werk	B2, B3			
Inbedding van de werker	B1, B4			
Verplichting werk persoonlijk uit te voeren	C1			
Wijze totstandkoming contractuele regeling				
Wijze waarop de beloning wordt bepaald				
Wijze waarop de beloning wordt uitgekeerd				
Hoogte van de beloning				
Commercieel risico			C1	
Contra-indicaties				
Economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen				C+
Verwerven van een reputatie				C+
Acquisitie				C+
Fiscale behandeling				C+
Aantal opdrachtgevers			C5	C+
Duur van waarvoor doorgaans verbonden aan opdrachtgever			C5	

In de eerste plaats is de aard van de werkzaamheden als zodanig niet terug te vinden in het ABC(C+)-toetsingskader. Of de werkzaamheden tot de kernactiviteit behoren (B2) en of de werkzaamheden een structureel karakter hebben (B3) wordt nog wel genoemd, maar de aard van de werkzaamheden als zodanig komt niet terug. Momenteel kleurt de aard van de werkzaamheden bijvoorbeeld in of, en zo ja, in hoeverre, de afwezigheid van aanwijzingen en instructies gewicht in de schaal legt bij de beoordeling of sprake is van gezag.²⁴ Ook hangt van de aard van de werkzaamheden af hoeveel gewicht in de weging toegekend kan worden aan de vrije vervangingsmogelijkheid.²⁵ Mogelijk dat dit nog steeds het geval is, maar dit volgt niet uit de indicaties, subindicaties en contra-indicaties zoals opgenomen in de toelichting.

De wijze van totstandkoming van de contractuele regeling komt ook niet terug in het ABC(C+)-toetsingskader. In de bestaande jurisprudentie wordt waarde gehecht aan of er is onderhandeld door

²⁴ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

²⁵ Vergelijk Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220.

partijen.²⁶ Dit lijkt niet (meer) relevant te zijn. Opmerkelijk is wel dat de onderhandelingspositie van zelfstandigen aan de basis van de arbeidsmarkt wel wordt gebruikt als één van de redenen voor de introductie van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst. Mogelijk dat daarom deze omstandigheid geen zelfstandige betekenis meer heeft in het ABC(C+)-toetsingskader. Overigens was hier natuurlijk altijd al de vraag in hoeverre deze omstandigheid daadwerkelijk een onderscheidend karakter draagt. De vrijheid om te onderhandelen is voor veel opdrachtnemers ook beperkt. Anderzijds zijn er ook veel werknemers die proberen te onderhandelen, met name in een krappe arbeidsmarkt. In die zin valt er wel iets te zeggen voor het niet meer afzonderlijk laten meewegen van deze omstandigheid bij de beoordeling of sprake is van gezag.

De wijze waarop de beloning wordt bepaald lijkt evenmin relevant te zijn in het ABC(C+)-toetsingskader. In het verlengde van de wijze van totstandkoming van de contractuele regeling wordt in de bestaande jurisprudentie waarde gehecht aan of hierover is onderhandeld en hoe de beloning is vastgesteld. Maar ook het (eenzijdig) wijzigen van de beloning wordt van belang geacht.²⁷ Mogelijk dat deze omstandigheid bij het element loon wordt meegewogen. Momenteel wordt dit onderscheid vanwege de holistische toets niet altijd even duidelijk gemaakt.

De bestaande jurisprudentie hecht ook waarde aan de wijze waarop de beloning wordt uitgekeerd wordt in de bestaande jurisprudentie ook waarde gehecht. Zo wordt bijvoorbeeld meegewogen of sprake is van automatische betaling (zoals self-billing) of dat een factuur wordt gestuurd. Hiervoor geldt ook dat deze omstandigheid mogelijk bij het element loon wordt meegewogen, maar dat dit onderscheid vanwege de holistische toets niet altijd even duidelijk wordt gemaakt.

De hoogte van de beloning wordt eveneens niet meegewogen. Wel wordt onder (C1) meegewogen of sprake kan zijn van een hogere winst, maar dit wordt slechts gedeeltelijk door de hoogte van de beloning bepaald. Zo kan er ook een hogere winst zijn door de werkzaamheden efficiënter te verrichten of door anderen het werk uit te laten voeren. De beloning an sich lijkt niet te worden meegewogen in het ABC(C+)-toetsingskader, terwijl dit in zijn algemeenheid wel iets kan zeggen over of de werkende voor eigen rekening en risico werkt en/of kan werken. In de toelichting bij het rechtsvermoeden wordt opgemerkt dat een laag uurtarief een aanwijzing is voor de beperkte onderhandelingsmacht van de werkende en daarmee een aanwijzing dat de werkende zich gedwongen voelt als zelfstandige aan het werk te gaan.²⁸ De vraag is echter hoe de verhouding tussen het ABC(C+)-toetsingskader en het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst zich tot elkaar verhouden (zie hierna).

Een andere opmerking betreft de overweging van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest dat als contra-indicatie kan worden gebruikt *“of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen”*. In het voorstel wordt deze omstandigheid slechts gedeeltelijk meegewogen in hoofdelement C (aantal opdrachtgevers en de duur van de opdracht waarvoor hij zich doorgaans verbindt). De overige omstandigheden die door de Hoge Raad worden genoemd (verwerven reputatie, acquisitie, fiscale behandeling, aantal opdrachtgevers) worden niet standaard meegewogen, maar alleen als onderdeel van C+ (dus als A en/of B even zwaar weegt als C).

²⁶ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

²⁷ Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 en Kantonrechter Amsterdam, 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.

²⁸ Concept-MvT, p. 64.

Dit lijkt een breuk te zijn met het Deliveroo-arrest, omdat uit dit arrest afgeleid kan worden dat deze omstandigheden altijd meegewogen moeten worden. Bovendien wordt ook voorbijgegaan aan de zinsnede “*kan gedragen*”. Voor de Hoge Raad is de vrijheid van een werkende om zich in het economisch verkeer te *kunnen* gedragen als ondernemer (bijvoorbeeld doordat de werkende de vrijheid heeft om voor derden te werken of eigen bedrijfskleding mag dragen) een omstandigheid die kan worden meegewogen. Hiervoor lijkt geen plaats te zijn in het ABC(C+)-toetsingskader. Het zou goed zijn als dit in het voorstel wordt verduidelijkt. Is voldoende dat de werkgeverende de werkende de *mogelijkheid* geeft om de arbeid voor eigen rekening en risico te verrichten en/of zich in het economisch verkeer als ondernemer te gedragen? Of moet de werkende zich ook daadwerkelijk zo gedragen? Als voor dit laatste wordt gekozen dan lijkt dit namelijk een breuk met het Deliveroo-arrest.

Een andere kanttekening is dat de persoonlijke verplichting om werk uit te voeren onderdeel is geworden van hoofdelement C. Dit lijkt ook een breuk met het Deliveroo-arrest. Lang werd aangenomen dat de verplichting het werk persoonlijk te verrichten een vereiste was voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.²⁹ Recent werd door de Ierse Supreme Court in een zaak over de bezorgers van Domino’s Pizza nog overwogen dat: “*The second precondition to the existence of an employment contract is that the worker have agreed to provide their services to the employer personally. This is more than just a matter to be ‘taken into account’, as the decision maker has to make a judgement having regard to the terms of the agreement and the facts as to whether the agreement is, or is not, one for personal service. This is the essence of an employment agreement.*”³⁰ Europese jurisprudentie lijkt ook te veronderstellen dat vrije vervanging zich slecht lijkt te verhouden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst.³¹ In het Deliveroo-arrest werd overwogen dat vrije vervanging “*op zichzelf niet onverenigbaar*” is met het bestaan van een arbeidsovereenkomst.³² Deze zinsnede lijkt te veronderstellen dat de contractuele vrijheid *an sich* niet in de weg hoeft te staan aan een arbeidsovereenkomst, maar dit wel kan. De Hoge Raad gaat ook, in een aparte paragraaf, uitgebreid in op de vrije vervanging. Het is daarom de vraag of vrije vervanging toch niet een belangrijkere plaats heeft in de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst, al is het maar omdat niet wordt gemotiveerd waarom van eerdere (meer expliciete) jurisprudentie op dit punt wordt afgeweken. Nu wordt de persoonlijke verplichting alleen in de context van het hoofdelement C meegewogen als één van de indicaties. Daarmee lijkt de vrije vervanging verder aan betekenis te hebben ingeboet. Het is de vraag of dit in lijn is met het Deliveroo-arrest.

Tot slot dient te worden opgemerkt dat, als naar de omstandigheden uit het Deliveroo-arrest wordt gekeken, inbedding van het werk en de werkende één van de omstandigheden is op basis waarvan beoordeeld moet worden of sprake was van een arbeidsovereenkomst. Deze twee omstandigheden vormen nu tezamen hoofdelement B. Daarmee lijken deze omstandigheden (veel) belangrijker te zijn geworden in relatie tot de andere omstandigheden.

Conclusie lijkt te zijn dat als het ABC(C+)-toetsingskader en de omstandigheden uit het Deliveroo-arrest worden vergeleken er wel degelijk sprake lijkt te zijn van een inhoudelijke wijziging. Inbedding van het werk en de werkende lijken zwaarder te worden meegewogen, terwijl een aantal andere

²⁹ HR 13 december 1957, ECLI:NL:HR:1957:3

³⁰ Supreme Court Ireland 20 oktober 2023, S:AP:IE:2022:000109, onderstreping LLU.

³¹ Europees Hof van Justitie 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodl*).

³² Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.3.5.

omstandigheden niet of niet standaard (meer) wordt meegewogen. Deze omstandigheden die niet terugkeren in de ABC(C+)-toetsing zijn soms verklaarbaar, omdat ze (voornamelijk) betrekking hebben op andere wettelijke voorwaarden (te weten loon en/of arbeid), maar kleuren onder het huidige recht vanwege de holistische weging wel degelijk (ook) gezag.

3.3 Leden 2 en 3

3.3.1 Lid 2: verduidelijking van hoofdelement C+

Hoewel we spreken van de ABC(C+)-toets, volgt uit het tweede noch het derde lid het bestaan van de zogenoemde C+. Het lijkt erop dat deze C+-toets moet worden afgeleid uit de delegatiebepaling voor de 'vergelijkbare mate'-toetsing van artikel 7:610 lid 4 sub b BW. Uit de tekst van de memorie van toelichting zou dit afgeleid kunnen worden (in het artikelsgewijs commentaar wordt verwezen naar paragraaf 3.3.5, waar C+ wordt genoemd)³³, maar het lijkt ons op gespannen voet staan met het primaat van de wetgever en aanwijzing 2.19 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* als dit hoofdelement (een structureel en belangrijk element in de toetsing of sprake is van een gezagsrelatie) in een AMvB wordt opgenomen. Wij geven in overweging om hoofdelement C+ ook in de wetstekst op te nemen. De subindicaties of contra-indicaties kunnen dan eventueel in de AMvB worden opgenomen.

3.3.2 Lid 3: bovendien in zwaarwegender mate aanwezig

Het voorgestelde derde lid geeft een wettelijke rangorde weer in de toetsing van de hoofdelementen ABC. Uit de wettelijke formulering volgt dat indien A of B aanwezig is *en bovendien in zwaarwegender mate aanwezig is dan C*, sprake is van werken in dienst van. Deze formulering roept een aantal vragen op.

Allereerst blijkt uit deze formulering dat bij aanwezigheid van ondernemerschap (C), dat de 'default' is. Pas wanneer A of B zwaarwegender aanwezig is, kan sprake zijn van 'in dienst van'. Zou het uitgangspunt niet precies omgekeerd moeten zijn? Als A of B aanwezig is, dan is sprake van in dienst van, tenzij C in zwaarwegender mate aanwezig is. Dit lijkt een halfvol-halfleeg-discussie, maar is een wezenlijk andere uitgangspositie: moet het ondernemerschap in zwaarwegender mate worden aangetoond of moet het materiële gezag of inbeddingscriterium in zwaarwegender mate worden aangetoond? De concept-MvT lijkt duidelijk uit te gaan van 'als A of B, dan arbeidsovereenkomst, tenzij C', maar de wettekst suggereert iets anders.

Ten tweede is onduidelijk waarom is gekozen voor de zinsnede 'en bovendien'. Dit lijkt te duiden op een verzwaring van de toets die daarna volgt (zwaarwegender mate aanwezigheid) en lijkt temeer het ondernemerschap te doen prevaleren boven de arbeidsovereenkomst. Volgens ons kan deze toevoeging 'en bovendien' achterwege blijven.

Ten derde is niet op voorhand duidelijk wat met de term 'zwaarwegender mate' wordt bedoeld. We kennen de term 'zwaarwegende (bedrijfs)belangen' onder meer in artikel 2 Wet flexibel werken en artikel 7:653 BW. In artikel 7:613 BW is gekozen voor de term 'zwaarwichtigheid'. In beide gevallen gaat het om een belangenafweging. Ook in artikel 7:610 lid 3 BW lijkt het om een afweging te gaan, waarbij het niet om een tegenstelling van belangen tussen de werker en werkverschaffer gaat, maar

³³ Concept-MvT, p. 94.

tussen verschillende hoedanigheden waarbinnen het werk kan worden verricht. Wij adviseren in de memorie van toelichting duidelijk(er) weer te geven wat deze ‘zwaarwegender mate’-toets precies behelst en waarin deze term overeenkomt of juist verschilt van andere termen. Dit geldt temeer omdat in lid 4 sub b gesproken wordt van ‘vergelijkbare mate’. Omdat hier waarschijnlijk wordt verwezen naar een concretisering van de ‘zwaarwegender mate’-afweging in de vorm van een C+-toets, is begrijpelijkerwijs gekozen voor een net iets andere formulering, maar juist deze open normen geven ruimte voor veel discussie, die de voorgestelde regeling nu juist wil vermijden. Kortom, op deze onderdelen zou de wettekst en memorie van toelichting mogen worden aangescherpt.

3.4 Elephant (in the room)-test: dga-zzp

Zondag beargumenteerde aan het begin van deze eeuw de beoordeling van de arbeidsovereenkomst als een omschrijving van een olifant. We kunnen allemaal gedetailleerde specificaties opstellen (hoe lang moet de slurf zijn, wel of geen slachttanden, groot en grijs?), maar uiteindelijk herkent iedereen de olifant in het totaalbeeld: *‘You know it’s an elephant when you see one’*.³⁴ Zondag pleitte hiermee voor de onvermijdelijke ‘holistische toets’ die we in hoofdstuk 2 bespraken. In deze paragraaf staan we stil staan bij de andere onvermijdelijke olifant (in de kamer): de dga-zzp’er.

Alle voorbeelden in de memorie van toelichting lijken uit te gaan van de zogenoemde IB-zzp’er: de ondernemende werkende zonder een bv of andere rechtsvorm met zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Bij goede bestudering van de toelichting treffen we op p. 35 de volgende zin aan *“Het persoonlijk door de werkende zelf verrichten van de arbeid is daarbij uitgangspunt voor de arbeidsovereenkomst.”* In de daarbij geplaatst voetnoot 75 vervolgt de toelichting: *“Dat betekent ook dat als gecontracteerd wordt met een rechtspersoon, zoals een directeur-grotaandeelhouder (DGA) die zich vanuit een BV laat inhuren, er in beginsel geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever ontstaat. Er is gecontracteerd met de rechtspersoon en niet met de werkende in persoon. Wel kan een arbeidsovereenkomst ontstaan als de rechtspersoon geen realiteitswaarde heeft (“wezen gaat voor schijn”). Bijvoorbeeld, omdat alleen een rechtspersoon is opgericht om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen, of om te zorgen dat opdrachtgevers geen loonheffingen hoeven af te dragen. In dit soort gevallen wordt ervan uitgegaan dat er geen sprake van een rechtspersoon is. De arbeidsrelatie ontstaat dan niet met de rechtspersoon, maar met de persoon die de opdracht uitvoert. Zie bijvoorbeeld het arrest HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (Thuiszorg Rotterdam/PGGM).”*

Het uitgangspunt dat een rechtspersoon een zelfstandige drager van rechten en plichten is en dat hier niet snel doorheen moet worden geprikt, wordt ook door de Hoge Raad als uitgangspunt genomen.³⁵ Het zou de praktijk evenwel helpen als de memorie van toelichting meer uitwerking geeft wanneer dit uitgangspunt wordt doorbroken op grond van ‘wezen gaat voor schijn’. In veel gevallen zal de dga-zzp’er kiezen voor werken vanuit een rechtspersoon om fiscale redenen en afwenteling van aansprakelijkheden. Deze voetnoot roept ook de vraag op of het juist is dat een interim-zzp-jurist die voor zes maanden de Belastingdienst helpt bezwaarschriften af te handelen, in geval van een dga-constructie anders wordt beoordeeld dan in geval van een IB-constructie.

Omdat gelijktijdig aan deze verduidelijking van de arbeidsrelatie ook de aanpassingen van het fiscale stelsel (versoering IB-zzp-faciliteiten) alsook de introductie van een AOV voor IB-zzp’ers worden

³⁴ In feite een verbastering van de meerbekende ‘duck-test’.

³⁵ HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, AR 2022-1042.

voorgesteld, is niet onaannemelijk dat een deel van de werkenden zal opteren voor voortzetting van de werkzaamheden via een BV-structuur. Het is voor zowel de werkende als werkgevende van belang om ook dan meer zekerheid te hebben over de werkelijke juridische kwalificatie van hun relatie.

4. Overgangsrecht

4.1 Inleiding

In het wetsvoorstel zijn de voorgestelde maatregelen niet voorzien van overgangsrecht. Als reden wordt gegeven dat in wezen het bestaande toetsingskader voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst niet verandert, maar dat het gaat om een verduidelijking van het bestaande toetsingskader.³⁶ Daarom is gekozen voor onmiddellijke werking van de wetswijziging. Dit houdt in dat de regels van toepassing zijn op elke arbeidsovereenkomst die op 1 juli 2025 bestaat en op arbeidsovereenkomsten die op of na die datum ingaan, en dus in feite een mate van 'terugwerkende kracht' hebben.

Naar ons inzicht zijn er – zoals al in hoofdstukken 2 en 3 van deze bijdrage aan de orde is gekomen – wel degelijk aanknopingspunten om te stellen dat sprake is van een wijziging van het huidige toetsingskader. Deze wijziging en de introductie van het rechtsvermoeden zullen in onze optiek dusdanige gevolgen kunnen hebben dat dit de conclusie rechtvaardigt dat moet worden voorzien in overgangsrecht, of dat ten minste zorgvuldig gemotiveerd moet worden waarom de wetgever dit – in het licht van de betrokken belangen – niet nodig acht. Dat lichten we hierna verder toe.

4.2 Wel degelijk een wijziging (juridisch en *de facto*)?

Ook de wetgever onderkent in de concept-MvT dat de "*aanvullende verduidelijking*" ertoe kan leiden dat in bepaalde gevallen overeenkomsten anders gekwalificeerd zullen worden dan onder de huidige stand van het recht.³⁷ Het zal dus leiden tot een verandering in de rechtspositie van bepaalde werkenden en werkverschaffers. Er zijn bovendien grote groepen die er momenteel van uitgaan dat zij werken op basis van een overeenkomst van opdracht – denk aan zzp'ers in de zorg, in het onderwijs of in de taxibranche – waarvan in de rechtspraak nog niet uitgekristalliseerd is hoe de verhouding precies ligt. Ook als men ervan uitgaat dat deze overeenkomsten eigenlijk onder het huidige recht al zouden moeten kwalificeren als arbeidsovereenkomst, zal de wetswijziging een verandering kunnen aanbrengen in de mate waarin overeenkomsten in de praktijk als arbeidsovereenkomst zullen worden aangemerkt. De introductie van een rechtsvermoeden zal hieraan ook kunnen bijdragen.

4.3 Gevolgen herkwalificatie

Welke gevolgen zal een plotselinge wijziging van de aard van de overeenkomst kunnen hebben? Naar ons inzicht wordt er in de concept-MvT momenteel nog te weinig aandacht besteed aan de gevolgen van herkwalificatie. Wat zal voortaan gelden tussen partijen als ineens sprake blijkt te zijn van een arbeidsovereenkomst? Boot werpt bijvoorbeeld de vraag op welk loon bij de herkwalificatie tot uitgangspunt moet worden genomen. Is dat het afgesproken zzp-loon of het gebruikelijke loon, of juist het cao-loon of het binnen de onderneming van de werkgever gangbare loon?³⁸ Omwille van de rechtszekerheid is van essentieel belang dat de wetgever hier nadere duidelijkheid over geeft.

³⁶ Concept-MvT, p. 91

³⁷ Concept-MvT, p. 91

³⁸ G.C. Boot et al., 'Herkwalificatie en de gevolgen daarvan', *ArbeidsRecht* 2023/40.

Als herkwalificatie naar aanleiding van de wetwijziging terugwerkende kracht zal hebben – hetgeen blijkens de rechtspraak mogelijk is – dan zal dit daarnaast bijvoorbeeld de volgende gevolgen kunnen hebben:³⁹

- Er kunnen loonvorderingen ontstaan (minimum- of cao-loon, of bijvoorbeeld overwerkvergoedingen en onregelmatigheidstoelagen);
- De werknemer krijgt recht op wettelijke vakantiedagen en vakantiegeld;
- De werknemer is niet (meer) aansprakelijk voor door hem veroorzaakte schade (7:661 BW);
- De werknemer gaat mee naar de verkrijger ingeval van een de overgang van onderneming;
- De werknemer krijgt recht op doorbetaling van het loon tijdens ziekte;
- De werkgever is verplicht om uren te registeren;
- Verschillende opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten kunnen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden;
- Het reguliere ontslagrecht is van toepassing (inclusief transitievergoeding);
- Er zal een verplichting ontstaan om loonheffingen, sociale zekerheidspremies en pensioenpremies af te dragen (met terugwerkende kracht).

Naast gevolgen voor (nieuwe) werkgevers en werknemers, heeft herkwalificatie ook verstrekkende gevolgen voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en het socialezekerheidsstelsel. Voor pensioenfondsen zal herkwalificatie aanzienlijke nadelige consequenties kunnen hebben voor de dekkingsgraad.⁴⁰ De vordering tot toekenning van een pensioen kan namelijk niet verjaren, terwijl een vordering voor pensioenpremies verjaart na vijf jaar. Dit heeft tot gevolg dat een geherkwalificeerde oud-zzp'er die al twintig jaar in dezelfde branche werkt, een pensioenaanspraak zal hebben over die twintig jaar. Bovendien heeft het pensioenfonds geen rendement kunnen boeken over de achterstallige premie. Het UWV loopt in dezelfde zin risico. Een geherkwalificeerde werknemer zal een beroep kunnen doen op een ZW-, WIA- of WW-uitkering, terwijl voor het financieren hiervan geen althans onvoldoende premies zijn afgedragen.

Bij al deze onderwerpen speelt ook telkens de vraag vanaf wanneer de overeenkomst een arbeidsovereenkomst geacht moet zijn geweest. Als de verhouding tussen partijen is veranderd tijdens de duur van de overeenkomst, zal ook moeilijk te achterhalen zijn wanneer deze van kleur verschoten is. Hoe wordt het arbeidsverleden van een werknemer in dat geval bepaald? En geldt het rechtsvermoeden ook voor de beoordeling van een overeenkomst voor 1 juli 2025?

Wij voorzien dat als de wetgever niet meer aandacht zal besteden aan de gevolgen van herkwalificatie, dit zal kunnen leiden tot talloze complexe discussies over aansprakelijkheid van (vermeende) werkgevers, naheffingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en van de fiscus, juist ook over de periode vóór 1 juli 2025. Naheffingen en vorderingen in gevallen waarbij de arbeidsovereenkomst anders wordt gekwalificeerd naar aanleiding van de wetwijziging staan bovendien op gespannen voet met het recht op eigendom zoals gecodificeerd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese

³⁹ Zie hierover ook G.C. Boot et al., 'Herkwalificatie en de gevolgen daarvan', *ArbeidsRecht* 2023/40.

⁴⁰ Concl. A-G R. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:890, bij Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, par. 5.5.

Unie.⁴¹ Kortom, de wijziging van het toetsingskader zal vragen oproepen over de (rechts)positie van verschillende betrokkenen, waarbij niet alleen de belangen van individuele werkenden en werkverschaffers meespelen, maar ook zwaarwegende maatschappelijke belangen. Wij vragen de wetgever deze gevolgen te onderzoeken en in kaart te brengen.

4.4 Vereist de wetswijziging overgangsrecht?

De vervolgvraag is of dit alles noopt tot het voorzien in overgangsrecht. Uit artikel 5.59 van de Aanwijzingen voor de regelgeving volgt dat bij een nieuwe regeling of wijziging van een regeling moet worden overwogen of overgangsbepalingen noodzakelijk zijn. Hier wordt verwezen naar een toetsingskader dat in het kader van de wijziging van socialezekerheidswetgeving is opgesteld.⁴² In de kern komt de afweging die moet worden gemaakt erop neer dat onmiddellijke werking druk geeft op het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel van betrokkenen, en dat eerbiedigende en uitgestelde werking druk geeft op het beginsel van gelijke behandeling van gelijke gevallen.⁴³ Het motiveringsbeginsel brengt mee dat keuzes van de wetgever in dit kader gestoeld moeten zijn op een transparante afweging van deze belangen.

Wij achten de hierboven al kort geschetste rechtsonzekerheid onwenselijk, niet alleen omdat belangen van werkenden en werkverschaffers geraakt zullen kunnen worden, maar ook vanwege de mogelijke zeer nadelige gevolgen voor het sociale zekerheids- en pensioenstelsel. Zonder verder onderzoek naar deze gevolgen kan niet worden uitgesloten dat de balans dan ook zo zou moeten uitvallen dat de onwenselijkheid van het bijvoorbeeld (tijdelijk) hanteren van verschillende toetsingskaders, niet opweegt tegen de rechtsonzekerheid en nadelige maatschappelijke consequenties die onmiddellijke werking kan veroorzaken. Uiteindelijk is het aan de wetgever om deze afweging te maken. Als toch wordt gekozen voor onmiddellijke werking, dan dient de wetgever ten minste te motiveren waarom het belang bij onmiddellijke werking prevaleert boven het belang bij duidelijkheid in het kader van hierboven geschetste vragen.

4.5 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek

Hoe zou dit overgangsrecht eruit kunnen komen te zien? Voor de hand ligt om hierbij aan te sluiten bij het overgangsrecht dat in het algemeen bij wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek wordt gehanteerd. Uit de beschikking van de Hoge Raad van 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar*) kan worden afgeleid dat vragen omtrent overgangsrecht na wijzigingen in het BW nog altijd worden beoordeeld langs de lat van de al oude Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Dit stelsel brengt mee dat de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst voor zover het gaat om de periode van voor inwerkingtreding van het nieuwe 7:610 BW zal moeten geschieden naar het voordien geldende recht, tenzij een specifieke bepaling van andersluidend overgangsrecht iets anders meebrengt.

Hoewel overgangsrecht uit de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek daarmee tegemoetkomt aan een groot aandeel van de eerder geschetste rechtsonzekerheid (met name wat betreft de gevolgen met 'terugwerkende kracht' voor 1 juli 2025), zal het ook een aantal – onwenselijke – neveneffecten kunnen hebben, waardoor het niet per se wenselijk zal zijn om het één op één over te nemen. Deze

⁴¹ Zie hierover de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State met een summier beslismodel bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM (*Kamerstukken II 2012/13, 33400 XV, nr. 7*).

⁴² *Kamerstukken I 1999/2000, 25900, nr. 87b*.

⁴³ *Kamerstukken I 1999/2000, 25900, nr. 87b, p. 5*.

zijn met name het gevolg van het feit dat de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is. Gedacht kan worden aan de vraag welke kwalificatiemethode moet worden toegepast op overeenkomsten die vóór inwerkingtreding van de wet worden opgezegd, maar die ná de inwerkingtreding daadwerkelijk eindigen. In een situatie waarin onder het nieuwe recht geconcludeerd zou worden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst terwijl onder het oude recht op basis van meer omstandigheden wordt geconcludeerd dat toch geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zal het wellicht niet mogelijk zijn om de opzegging (plaatsgevonden voor de herkwalificatie) te vernietigen op basis van de arbeidsrechtelijke regels. Immers: ten tijde van de opzegging was deze onder destijds geldend recht rechtsgeldig. Het zou nuttig zijn als de wetgever in overgangsrecht zou voorsorteren op dit type vraagstukken en daar ook al duidelijkheid over zou verschaffen.

4.6 Conclusie

Als aangenomen wordt dat het wetsvoorstel inderdaad een wijziging van het huidige toetsingskader aanbrengt wegens het afschaffen van de holistische toets en de introductie van het bewijsvermoeden – en niet enkel een verduidelijking behelst – resteren er in onze optiek twee opties:

1. De wetgever onderbouwt aan de hand van onder meer artikel 5.59 Aanwijzingen voor de regelgeving waarom ervoor is gekozen géén overgangsrecht op te nemen, waarbij duidelijk wordt gemaakt hoe de belangenafweging heeft plaatsgevonden.
2. Het opnemen van overgangsrecht waarbij duidelijk wordt vanaf welk uitdrukkelijk moment de nieuwe kwalificatienorm en het rechtsvermoeden van toepassing zijn, eventueel in aansluiting op de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Recht.

Wat betreft de tweede mogelijkheid kan dit moment nog steeds per de datum van inwerkingtreding van de wet zijn, maar het zou helpen om duidelijkheid te verschaffen over welke toets in welke situatie geldt. Een overzicht met voorbeelden, zoals ook is opgenomen voor de kwalificatievraag, zou daarbij nuttig zijn.

5. Rechtsvermoeden op basis van tarief

5.1 Inleiding

Naast de ‘verduidelijking’ van artikel 7:610 BW introduceert dit wetsvoorstel ook een extra rechtsvermoeden op basis van een tarief: werkenden die tegen een beloning van ten hoogste € 32,24 per uur arbeid verrichten worden geacht hun werkzaamheden te verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst.⁴⁴ Het rechtsvermoeden op basis van een tarief is bedoeld om te zorgen dat mensen die ten hoogste tegen voornoemd tarief werkzaam zijn, op een makkelijkere toegang krijgen tot de rechter om in voorkomende gevallen een arbeidsovereenkomst te claimen. Met name werkenden met een laag tarief blijken in de praktijk weinig onderhandelingsmacht te hebben. Hierdoor is het risico op (gedwongen) schijnzelfstandigheid groot. Het tarief dat gaat gelden voor het rechtsvermoeden, gaat daarom gelden voor werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt, aldus de concept-MvT.⁴⁵

Hierna zal (kort) uiteen worden gezet in hoeverre het introduceren van een dergelijk rechtsvermoeden ‘succesvol’ zal zijn in het bereiken van het beoogde doel. Dit zal, ten eerste, worden onderzocht door toe te lichten hoe ‘succesvol’ het (huidige) rechtsvermoeden ex artikel 7:610a BW in de praktijk is. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de kritiek die door rechtsgeleerden is geuit op het voorgestelde tarief. We sluiten af met een aantal opmerkingen van technische aard.

5.2 Beoogde doelstelling: processueel voordeel en versterking rechtspositie

Het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW heeft (tezamen met artikel 7:610b BW) in 1999 zijn intrede gedaan met de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid.⁴⁶ Uit dit artikel volgt dat *“hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.”* Dit brengt met zich dat de werkende, voor een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden, moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat hij:

- gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand;
- ten behoeve van een ander arbeid heeft verricht;
- tegen beloning van die ander.⁴⁷

Indien de werkende hierin slaagt, dan wordt de gezagsverhouding verondersteld aanwezig te zijn en wordt de werkende vermoed te werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Het is vervolgens aan de werkverschaffer om dit vermoeden te weerleggen door het leveren van tegenbewijs.

Met de introductie van dit rechtsvermoeden beoogde de wetgever *“de processuele positie van de werknemer te versterken.”*⁴⁸ Ook werd met het rechtsvermoeden, onder meer, getracht de werkgever te stimuleren onzekere elementen uit de arbeidsovereenkomst weg te halen en schijnconstructies te verminderen.

⁴⁴ Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2023, p. 17.

⁴⁵ Concept-MvT, p. 68.

⁴⁶ D.M.A. bij de Vaate, De werking van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst nader bezien, *TRA* 2023/29, p. 10.

⁴⁷ A. Olsthoorn & D. Schuurman, De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?, *TAP* 2020/191, p. 12.

⁴⁸ D.M.A. bij de Vaate, De werking van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst nader bezien, *TRA* 2023/29, p. 11.

In de literatuur is men het eens dat de invoering van artikel 7:610a BW geen verschuiving teweeg heeft gebracht in het aantal gewonnen zaken ten faveure van de werkende.⁴⁹ Zo volgt uit een rechtspraakonderzoek van Houweling e.a. (daterende uit 2009), onder meer, dat het gewenste effect van artikel 7:610a BW uitblijft. In de meerderheid van de zaken, zijnde 54.29%, werd namelijk het rechtsvermoeden door de werkverschaffer succesvol weerlegd.⁵⁰ In een meer recent rechtspraakonderzoek (daterende uit 2020), uitgevoerd door Olsthoorn en Schuurman, kwam men tot dezelfde conclusie. Uit dit onderzoek volgt immers dat in meer dan de helft van de uitspraken waarin de werkende onder verwijzing naar artikel 7:610a BW stelt werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, dit de werkende niet kan baten. Van deze uitspraken strandde tweeëntwintig zaken van de dertig (67%) in de tweede fase (de fase waarin het rechtsvermoeden wordt aangenomen en op de werkverschaffer de taak rust door het leveren van tegenbewijs het rechtsvermoeden te weerleggen). De partijbedoeling 'vormde – al dan niet in combinatie met een of meerdere andere gronden – in tien uitspraken (31%) de grond voor weerlegging'. In acht uitspraken (24%) achtte de rechter het rechtsvermoeden bij gebreke van de voor de arbeidsovereenkomst vereiste gezagsverhouding weerlegd. Verder vormde het ontbreken van loon zoals bedoeld in artikel 7:610 BW in zeven uitspraken (21%) (mede) de grond voor weerlegging. Tot slot vormde de omstandigheid dat de werker zich vrijwillig kon laten vervangen in zes uitspraken mede de doorslag voor weerlegging.

Hoewel het aantal toewijzingen op grond van artikel 7:610a BW beperkt is, zijn Olsthoorn en Schuurman toch van mening dat het rechtsvermoeden de processuele positie van de werknemer heeft versterkt en 'in zekere zin' meer zekerheid biedt. Het gros van de afwijzingen is immers het gevolg van de weerlegging door de werkverschaffer. Hier sluit Alt (in een artikel daterende uit 2009) zich bij aan.⁵¹ Volgens hem heeft de wetgever met het rechtsvermoeden een partij, die anders wellicht in bewijsnood zou komen, puur een processuele voorsprong willen geven. Die voorsprong 'kan worden ingehaald indien de andere partij zijn huiswerk beter doet'. De bedoeling van de wetgever, te weten de werkgever te dwingen zijn huiswerk beter te doen, heeft dan ook gewerkt. In het verlengde hiervan heeft De Laat (in een artikel daterende uit 2006) een preventieve werking van artikel 7:610a BW geconstateerd, waarbij de werkgever zich meer dan vroeger zal inspannen om een adequaat verweer te voeren, omdat de werkende thans een processueel voordeel geniet en de kans dus groter is dat de werkende aan zijn stelplecht voldoet.⁵²

In de literatuur is naar aanleiding van het voorstel uit het SER-akkoord 'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving' uit 2021 al het een en ander geschreven over de gevolgen van de introductie van een rechtsvermoeden op basis van een tarief. Zo wijst Boot op het feit dat er op dit moment talloze zzp'ers werken in sectoren - zoals thuiszorg en de kinderopvang - waar veelal geen tarief boven op het maximumdagloon wordt betaald.⁵³ Dit betekent dat zzp'ers in deze

⁴⁹ J.J.M. de Laat, De rechtsvermoedens van het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst, *SR* 2006, nr. 53; H.J.W. Alt, De wettelijke vermoedens van 7:610a en 7:610b tien jaar later, *TAP* 2009/3; V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk & A.R. Houweling, Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje? Een analyse van tien jaar 'flexrechtspraak', *TAP* 2009/3 en A. Olsthoorn & D. Schuurman, De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?, *TAP* 2020/6.

⁵⁰ A. Olsthoorn & D. Schuurman, De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?, *TAP* 2020/191, p. 13.

⁵¹ H.J.W. Alt, De wettelijke vermoedens van 7:610a en 7:610b tien jaar later, *TAP* 2009, special 3, p. 20.

⁵² J.J.M. de Laat, De rechtsvermoedens van het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst, *SR* 2006 nr. 53, p. 266.

⁵³ G.C. Boot, SER-advies 21/08 'Zekerheid voor mensen' en het verrichten van zelfstandige arbeid, *TRA* 2021/77.

sectoren op basis van het uurtarief zullen worden vermoed werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarmee zal het werken als zzp'er bij de introductie van een rechtsvermoeden in die sectoren erg lastig worden. Het kan alleen indien het rechtsvermoeden ontkracht wordt.

Wat betreft de wenselijkheid van de introductie van het rechtsvermoeden wijzen Barentsen en Sagel erop dat een rechtsvermoeden op basis van een uurtarief behulpzaam zou kunnen zijn voor werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Hiermee doelen zij op werknemers van wie best verondersteld mag worden dat zij niet in staat waren om een contract als zelfstandige te weigeren en eigenlijk liever een arbeidsovereenkomst hadden gehad.⁵⁴ De introductie van een rechtsvermoeden kan zo gezien een stap in de goede richting zijn. Aan de andere kant wordt door Houweling echter de vraag opgeworpen of het uurtarief niet gewoon een omstandigheid kan zijn in de kwalificatietoets die door de werkende met behulp van artikel 7:610a BW kan worden ingeleid.⁵⁵

Conclusie

Onze inschatting is dat ook het rechtsvermoeden op basis van een tarief sec niet tot meer arbeidsovereenkomsten zal leiden. Wel zal van de regeling een groter preventief effect uitgaan dan artikel 7:610a BW doet. Partijen die samenwerken onder het genoemde uurtarief zullen nog meer alert zijn of hun samenwerking niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst en daarmee in de woorden van Alt 'hun huiswerk nog beter op orde hebben'. Het beoogde doel van deze regeling lijkt te kunnen worden gerealiseerd.⁵⁶

5.3 Samenhang en afstemming overige rechtsvermoedens

De introductie van een nieuw rechtsvermoeden roept wel de vraag op hoe dit zich verhoudt tot het bestaande rechtsvermoeden en het mogelijk nog te implementeren rechtsvermoeden platformwerk. Voorkomen moet worden dat we naast artikel 7:610 BW straks drie verschillende rechtsvermoedens hebben met elk een andere personele werkingssfeer (de ene uitgesloten voor particuliere werkverhoudingen, de ander enkel voor platformwerkers en weer een ander generiek). Daarbij komt het ons niet onmiddellijk overtuigend voor het rechtsvermoeden op basis van een tarief in een aparte wettelijke regeling op te nemen en niet als onderdeel van het bestaande artikel 7:610a BW. Artikel 7:610a BW zou uit verschillende leden kunnen bestaan. Een rechtsvermoeden op basis van een tarief voor de 'basis van de arbeidsmarkt' en daarboven een rechtsvermoeden voor werkenden die een zekere duurzame werkrelatie met de werkverschaffer hebben. In hoofdstuk 6 doen wij hiertoe een voorstel.

Nog een stapje verder is door in de voorgestelde bepaling van artikel 7:610 lid 2 BW de omkering van de bewijslast te verankeren. Met andere woorden, opnemen dat het aan de werkverschaffer is te bewijzen dat geen sprake is van materieel gezag en/of inbedding maar van ondernemerschap.

Ook is niet geheel duidelijk waarom in afwijking van artikel 7:610a en 610b BW geen drempel van drie maanden is gesteld. Daarmee lijkt het rechtsvermoeden op basis van een tarief een stijlbreek te vertonen ten opzichte van de andere rechtsvermoedens.

⁵⁴ B. Barentsen & S. Sagel, *Kroniek van het sociaal recht*, *NJB* 2021/2603, par. 2.4, p. 2955.

⁵⁵ A.R. Houweling, *SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt*, *TAC* 2021/2, p. 71.

⁵⁶ Concept-MvT p. 74.

5.4 Tarief

Over de hoogte van het tarief kan men zich afvragen of de opslagpercentages wel in alle gevallen juist en nog van deze tijd zijn. In zekere zin liggen hier aannames en politieke keuzes aan ten grondslag die wij laten voor wat ze zijn. Wel vragen wij ons af of het wenselijk is een tarief te hanteren dat elk half jaar moet worden aangepast. Zou het niet verstandiger zijn de verdeelsleutel in de wet (of AmvB) op te nemen, en automatisch mee te wijzigen met de wijziging van met WML? Uiteraard begrijpen wij dat een 'getal' of een 'bedrag' in de wet sneller duidelijkheid geeft dan een wettelijke formule. De transitievergoeding wordt immers ook elk jaar gewijzigd in de wet.

Wij vragen verder aandacht voor de verhouding tussen 'opdracht zonder uurtarief' en 'fiscaal ondernemerschap'. In par. 4.4.3 van het voorstel wordt stilgestaan bij de vraag hoe te oordelen in geval er een stukprijs of een totaalprijs is afgesproken. In zekere zin is dit een aspect dat het element 'voor eigen rekening en risico' kleurt. Schat iemand het werk verkeerd en moet hij daardoor meer uren maken dan is afgesproken, dan is dat een stukje ondernemersrisico. Als dat ondernemersrisico bewust is aanvaard maar in de praktijk onder het uurtarief wordt gewerkt, hoe moet dan het rechtsvermoeden zich verhouden tot het 'ondernemerschap' (de C-toets)?

Wij onderschrijven de gedachte van de regering met betrekking tot de rekenmethode van het uurtarief: (vergoeding voor verrichte arbeid – direct aan de opdracht toe te rekenen kosten)/aantal direct aan opdracht toe te rekenen uren. Verdere differentiatie van indirecte toerekenbare uren leidt enkel tot een onnodige administratieve last voor ondernemers. Hier hebben wij in een vorig advies op gewezen en we zijn blij dat die complexe variant in dit wetsvoorstel niet terugkeert.⁵⁷

Met de regering zijn wij van mening dat de tariefstelling als vermoeden niet onmiddellijk op gespannen voet hoeft te staan met het EU-recht.⁵⁸

5.5 Overige (technische) kanttekeningen

In ons vorige stuk over 'Meer zekerheid voor flexwerkers' wezen wij op de wat merkwaardige nummering van 'aa' voor 'a'. Die nummering wordt ook nu weer gehanteerd door artikel 7:610aa BW vóór artikel 7:610a BW te plaatsen. Ons viel op dat in het onlangs ter internetconsultatie ingediende voorstel 'Re-integratie tweede spoor' het nieuw voorgestelde artikel 7:658aa BW wél na artikel 7:658a BW volgt. Dat lijkt ons ook juist. Zouden het onderhavige wetsvoorstel en 'Meer zekerheid voor flexwerkers' niet naar het voorbeeld van 'Re-integratie tweede spoor' moeten worden aangepast op dit punt?

Hoewel wij begrip hebben voor de keuze het rechtsvermoeden op basis van een tarief niet van toepassing te verklaren op particuliere verhoudingen, roept ook deze keuze de vraag op waarom dit bij de andere rechtsvermoedens anders is. Dit pleit wat ons betreft in combinatie met de overige kritiek tot een heroverweging en heroverdenking van de rechtsvermoedens in het algemeen deel van titel 7.10 BW.

Wij begrijpen voorts het voorgestelde artikellid 4 zo, dat het gewijzigde bedrag in de Staatscourant wordt gepubliceerd en daarmee wordt gewijzigd in lid 1. Het lijkt ons niet wenselijk dat er een 'oud

⁵⁷ L.G. Verburg c.s., VAAN – VvA expert commissie betreffende internetconsultatie van het voorontwerp minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring, Vaan-VvA 2019.

⁵⁸ A.R. Houweling, SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt, TAC 2021/2, p. 72.

bedrag' in de wet staat en alle gewijzigde bedragen steeds in de Staatscourant moeten worden opgezocht.⁵⁹ Dan zou de wet(tekst) haar doel missen.

⁵⁹ Concept-MvT, p. 95 is hierover niet duidelijk.

6. Eindconclusie en aanbevelingen

6.1 Eindwaardering

Wij waarderen de ambitie van het kabinet om schijnzelfstandigheid en zogenoemde premie-arbitrage op de arbeidsmarkt aan te pakken. Er is ook waardering voor al het werk dat is verzet om ruim 100 jaar rechtsontwikkeling rondom de kwalificatie samen te vatten en daar middels een ABC(C+)-toetsing meer structuur aan te geven.

Tegelijkertijd zijn er ook zorgen. Die zorgen bestaan enerzijds uit het deels loslaten van de bestaande toetsingskaders waardoor veel nieuwe juridische vragen zich aandienen (hoe verhoudt C zich tot A/B en wanneer gaat C+ de doorslag geven, etc.) en anderzijds uit de grote effecten die dit stelsel met zich brengt voor bestaande werkrelaties, zonder dat in een vorm van overgangsrecht is voorzien. Wij begrijpen de keuze, maar maken ons wel zorgen over de effecten op de arbeidsmarkt.

Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de wijziging van artikel 7:610 BW grotendeels is ingegeven niet zozeer om de beoordeling van de arbeidsrelatie tussen twee contractspartijen te verduidelijken, maar veeleer om het toetsingskader voor de handhaver wat eenvoudiger te maken. Het lijkt ook om die reden(en) dat in artikel 7:610 BW een grondslag voor nadere regulering bij AMvB wordt geïntroduceerd. Wij vinden dat principieel onjuist. Artikel 7:610 BW reguleert de arbeidsrelatie tussen de werkende en de werkverschaffer. Het is een civielrechtelijke rechtsbetrekking waar in beginsel geen bestuursrechtelijke handhaving in thuishoort.

Wij hebben begrip voor het feit dat de handhaver graag wil optreden tegen zogenoemde premie-arbitrage, omdat dit tot uitholling van solidariteit in de sociale zekerheid leidt. Dit ziet enerzijds op de situatie dat kosten worden bespaard (hetgeen al dan niet doorwerkt in het uurtarief) doordat de werkende als zelfstandige geen premies en dergelijke bijdraagt aan de sociale zekerheid, maar op het moment dat hem of haar wat overkomt (ziekte, ongeval, werkloosheid) met terugwerkende kracht een arbeidsovereenkomst claimt om zo wel gebruik te kunnen maken van datzelfde stelsel. Anderzijds vallen zelfstandigen nu vanzelfsprekend buiten de werknemersverzekeringen omdat zij niet in een dienstbetrekking werkzaam zijn. Naarmate een grotere groep werkenden geen onderdeel uitmaakt van het stelsel van sociale zekerheid, heeft dit gevolgen voor de betaalbaarheid en de financiële houdbaarheid van het stelsel, dat gebaseerd is op solidariteit en het spreiden van risico's.

Het ingrijpen in het arbeidsrecht door het aanpassen van het kernartikel van het arbeidsrecht in het BW is verstrekkend, terwijl er minder zware middelen voorhanden zijn om hetzelfde doel te bereiken. Het Handboek Loonheffingen is een goed bestaand hulpmiddel bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Hoewel de wetgeving in dit Handboek destijds is verduidelijkt, is vanwege het handavingsmoratorium nooit in de praktijk getoetst of deze verduidelijking in de meeste gevallen niet al voldoet. De handavingsstrategie van de Belastingdienst is in de afgelopen jaren ook veranderd, in de zin dat de Belastingdienst veel aandacht besteedt aan informeren, uitleggen, samenwerken met de markt etc. Pas enige tijd nadat er voldoende capaciteit en kennis bij de Belastingdienst is en de handhaving is opgestart, zullen de effecten van deze strategie zichtbaar worden. Dit wetsvoorstel raakt ook de inzet van zelfstandigen in de situaties waar dat mogelijk minder wenselijk is, bijvoorbeeld bij tijdelijke vervanging en bij interim-management.

Deze bedenkingen roepen de vraag op of wijziging van artikel 7:610 BW een verstandige (lees: passende en noodzakelijke) keuze is voor het te bereiken doel. Zou aanpassing van het werknemersbegrip in het socialezekerheidsrecht (rariteitenbesluit) en aanscherping van het fiscale werknemers/ondernemersbegrip niet een minder vergaande ingreep zijn die een minstens zo groot effect kan hebben? Tot besluit geldt dat alles staat of valt met de handhaving. Als er onvoldoende capaciteit is om te handhaven, dan gaat een gewijzigde wet niet veel uitmaken.

Zeggen wij daarmee stiekem, 'doe maar niets!'? Nee, dat zeker niet. We zeggen wel dat wanneer wordt gesleuteld aan het fundament van het arbeidsrecht, afwegingen zorgvuldig en goed gemotiveerd moeten plaatsvinden waarbij de minder ingrijpende opties die hetzelfde doel bereiken steeds weer benoemd moeten worden.

Omdat u verder wil met de ingestoken weg, doen wij hierna nog een aantal concrete wetsvoorstellen ter verbetering van het onderhavige voorstel.

6.2 Aanbeveling Wettekst 610

Indien uiteindelijk wordt besloten over te gaan tot het voorstellen van een wijziging in artikel 7:610 BW, is hieronder een suggestie opgenomen voor een gewijzigde wettekst met inachtneming van al het voorgaande:

Artikel 610

1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.
2. Van arbeid verrichten in dienst van een werkgever als bedoeld in ~~het eerste lid~~ lid 1 is sprake indien:
 - a. de arbeid wordt verricht onder werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, en/of;
 - b. de arbeid en/of de werknemer organisatorisch zijn ingebed in de organisatie van de werkgever, en;
 - c. de werknemer de arbeid niet in zwaarwegender mate voor eigen rekening en risico verricht. ~~Indien werkinhoudelijke aansturing of inbedding in de organisatie van de werkgever, bedoeld in lid 2, onderdelen a en b, aanwezig is en bovendien in zwaarwegender mate aanwezig is dan het verrichten van de arbeid voor eigen rekening en risico, wordt de arbeid verricht in dienst van een werkgever.~~
3. ~~[Bij algemene maatregel van bestuur worden kunnen nadere regels worden gesteld over:~~
 - a. ~~wanneer sprake is de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van~~ werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, organisatorische inbedding en het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico als bedoeld in lid 2 onder a. b en c., en;
 - b. de wijze waarop een arbeidsrelatie-overeenkomst beoordeeld wordt ingeval niet kan worden vastgesteld of de werknemer de arbeid niet in zwaarwegender mate voor eigen rekening en risico verricht als bedoeld in lid 2 onder c.~~in vergelijkbare mate sprake is van zowel werkinhoudelijke aansturing door de werkgever of inbedding in de organisatie, als van het voor eigen rekening en risico verrichten van arbeid.]~~

4. Indien een overeenkomst zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, zijn de bepalingen van deze titel en de voor de andere soort van overeenkomst gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.

Toelichting op wijzigingen artikel 610

- Door de wijziging in lid 2 krijgt de C+ toets een wettelijke grondslag (die in het oorspronkelijke voorstel slechts bij AMvB voorgesteld was) en is de *'en bovendien'*-formulering uit het oorspronkelijke lid 3 overbodig geworden. De enkele aanwezigheid van een indicatie van ondernemerschap is niet langer de 'default', maar relevant is of het ondernemerschap daadwerkelijk zwaarder weegt dan de elementen A en/of B. Lid 3 kan geheel worden geschrapt, wat ook een versimpeling van de wettekst oplevert (bij algehele afwezigheid van ondernemerschap is immers ook geen sprake van 'zwaarwegender mate').
- Voor het oorspronkelijk voorgestelde lid 4 adviseren wij om nadrukkelijk te heroverwegen of een dergelijk belangrijke kwalificatie bij AMvB aangepast zou moeten kunnen worden. Daarom staat deze tekst tussen blokhaken, zodat het na heroverweging eventueel geschrapt kan worden. Als toch een dergelijke delegatie wenselijk wordt geacht, is het raadzaam de formulering van de wettekst aan te laten sluiten bij artikel 7:628 lid 10 BW, zodat duidelijk is dat regels *kunnen* worden gesteld. Daarmee is niet alleen redactionele consistentie bereikt, maar ook dat de wet in werking zou kunnen treden op het moment dat de AMvB nog niet gereed zou zijn.
- De wijziging van het oorspronkelijk voorgestelde lid 4 sub a. (in de voorgestelde wijziging: lid 3 sub b.) is om aan te sluiten bij het doel van de AMvB, en daarnaast sluit het redactioneel goed aan op de wijzigingen in lid 4 sub b.
- De wijziging van het oorspronkelijk voorgestelde lid 4 sub b. heeft zoals hierboven al aangeven als achtergrond dat er niet nog een apart toetsmoment ontstaat (namelijk of sprake is van 'vergelijkbare' mate). Dit omdat onduidelijk is wat 'vergelijkbaar' dan zou moeten zijn: is dat 50/50, of ook de gevallen 60/40? Doorslaggevend is de vraag of de arbeid in zwaarwegender mate de arbeid niet voor eigen rekening en risico wordt verricht. Kan dat niet worden vastgesteld omdat de omstandigheden *'too close to call'* zijn, dan is er de aanvulling vanuit de AMvB op basis waarvan alsnog het oordeel de ene of de andere kant op valt.
- Zoals aangegeven in hoofdstuk 3.3 adviseren wij wel nader te verduidelijken wat precies met de term 'zwaarwegender mate' wordt bedoeld.

6.3 Aanbeveling Wettekst rechtsvermoeden (610aa of toch 610a)

Indien wordt gekozen tot introductie van een separaat artikel 7:610aa, is hieronder een suggestie opgenomen voor een gewijzigde wettekst met inachtneming van al het voorgaande:

Artikel 610aa

1. Hij die ten behoeve van een ander tegen een beloning door die ander van ten hoogste € 32,24 per uur, [gedurende drie opeenvolgende maanden] arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.
2. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, wordt gewijzigd telkens met ingang van de dag waarop het bedrag, genoemd in artikel 8, eerste lid, onderdeel a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag wordt herzien, gewijzigd overeenkomstig met het percentage van deze wijziging herziening, afgerond op een hele eurocent.
3. Dit artikel is niet van toepassing indien de ander een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.
4. ~~Het gewijzigde bedrag en de dag waarop de wijziging, bedoeld in het tweede lid, ingaat, wordt door of namens Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid medegedeeld in de Staatscourant.~~

Toelichting op wijzigingen artikel 610aa

- De toevoeging van de minimale duur van drie maanden is opgenomen met het oog op de consistentie van de overige rechtsvermoedens. De wijziging staat tussen blokhaken, omdat de stijlbreuk met een nadere toelichting in de concept-MVT gerechtvaardigd zou kunnen worden op basis van bijvoorbeeld de consequentie dat werkenden gedurende de eerste drie maanden geen beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden.
- Lid 2 is aangepast conform de tekst uit artikel 7:673 lid 3 BW. Zo blijft het bedrag zichtbaar in de wettekst, dat overigens wel vaker aangepast moet worden dan het bedrag in 7:673 lid 2 BW (eenmaal per jaar). Er is een verduidelijking opgenomen dat het percentage wordt afgerond op gehele eurocenten. Lid 4 is met deze wijziging overbodig.

Geïntegreerd rechtsvermoeden 610a

Artikel 610a

1. Hij die [gedurende een periode van drie opeenvolgende maanden]* ten behoeve van een ander tegen een beloning door die ander:
 - a. van ten hoogste € 32,24 per uur, of;
 - b. [gedurende een periode van drie opeenvolgende maanden]* wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand, arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens een arbeidsovereenkomst.
2. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, onder a, wordt gewijzigd telkens met ingang van de dag waarop het bedrag, genoemd in artikel 8, eerste lid, onderdeel a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag wordt herzien, gewijzigd overeenkomstig met het percentage van deze wijziging herziening afgerond op een hele eurocent.
3. Dit artikel is niet van toepassing indien de ander een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Toelichting op geïntegreerd rechtsvermoeden

- De driemaandentermijn kan voor zowel a als b gelden. In dat geval moet de driemaandentermijn in de aanhef van lid 1 staan. Kiest men ervoor een onderscheid te maken tussen tarief versus zekere duur-rechtsvermoeden, dan moet de driemaandentermijn enkel onder lid 1 sub b terugkomen. Daarom staat de termijn tussen haakjes. Lid 3 zorgt er nu voor dat alle werkenden die arbeid verrichten voor een natuurlijke persoon niet zijnde in de uitoefening van een beroep of bedrijf, buiten de personele werking van het rechtsvermoeden vallen. Dat is een keuze.

Auteurs

Prof.mr.dr. G.C. Boot	Hoogleraar Rijksuniversiteit Leiden en raadsheer Hof Amsterdam (VvA)
Mr. L.R. Brendel	Advocaat bij Dommerholt Advocaten (VJAA)
Mr. D. van Gerven	Advocaat Partner bij Ploum en wetenschappelijk docent Erasmus School of Law (VAAN)
Prof.mr.dr. A.R. Houweling	Hoogleraar Erasmus School of Law (VvA)
Mr. drs. A.M. Helstone	Advocaat Partner Stibbe (VAAN)
Mr. J. Leeman	Advocaat Stibbe (VvA en VJAA)
Mr.dr. S. Said	<i>Op persoonlijke titel</i> (VvA)
Mr. R. Schepers	Advocaat KennedyvanderLaan (VJAA)
