

Aan De Minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid, C.E.G. van Gennip

Datum 10 november 2023

Van Practice group Employment and Labour
Wijnand Blom
Rob van Eldik
Merel Kleinherenbrink
Selma Jonker

Consultatie wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

1. Inleiding

Graag maken wij van de mogelijkheid gebruik om te reageren op het conceptwetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (“**Wetsvoorstel**”) en de daarbij behorende conceptmemorie van toelichting (“**Memorie van Toelichting**”).

Hieronder gaan wij in op enkele punten die wat ons betreft van belang zijn.

2. Onderbouwing

De Memorie van Toelichting signaleert dat er een substantiële mate van schijnzelfstandigheid in Nederland zou zijn. Dat is cijfermatig onderbouwd met een grove schatting. Als juristen willen wij ons niet richten op de cijfermatige onderbouwing zelf. Juridisch is echter een grove schatting niet het toonbeeld van een solide onderbouwing.

3. Invulling hoofdelementen Wetsvoorstel per AMvB

Het Wetsvoorstel wil de open norm *werken in dienst* van uit artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek verder verduidelijken. De nadruk ligt op de volgende hoofdelementen:

A - *werkinhoudelijke aansturing*;

B – *organisatorische inbedding*;

C - *werken voor eigen rekening en risico*;

(C+ - *extern ondernemerschap*: hoe gedraagt de werknemer zich dagelijks in het economisch verkeer)¹.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de materiële invulling van deze elementen uiteindelijk geregeld zal worden per algemene maatregel van bestuur. Hiermee onttrekt de kern van het Wetsvoorstel zich aan het parlementair debat. Parlementaire geschiedenis is – na de wet zelf – misschien wel de belangrijkste rechtsbron of in elk geval 1 van de belangrijkste rechtsbronnen. Door de invulling van deze elementen te willen regelen in algemene maatregelen van bestuur neemt het Wetsvoorstel de parlementaire geschiedenis als rechtsbron in belangrijke mate weg voor de praktijk. Dat levert onduidelijkheden op, terwijl het conceptwetsvoorstel juist duidelijkheid wil scheppen. Gelet hierop raden wij aan ook de materiële invulling in het uiteindelijke Wetsvoorstel op te nemen en niet te regelen in algemene maatregelen van bestuur.

4. De definitie van arbeidsovereenkomst, dwingend recht?

De Memorie van Toelichting vermeldt dat de definitie van arbeidsovereenkomst zoals vervat in artikel 7:610 BW dwingendrechtelijk van aard is. Ook in de literatuur wordt dit al langere tijd veelal aangenomen. De vraag is echter of de huidige tekst van artikel 7:610 BW die conclusie rechtvaardigt, of dat een verduidelijking op z'n plaats zou zijn.

Van belang is om vooraf op te merken dat een contractuele bepaling of overeenkomst in strijd met dwingend recht nietig of vernietigbaar is (op grond van artikel 3:40 BW). De sanctie die staat op strijdigheid met een dwingendrechtelijke wetsbepaling die één der partijen (in dit geval de werkende) beoogt te beschermen, is vernietigbaarheid (art. 3:40 lid 2 BW).

In dit kader wijzen we er allereerst op dat Titel 10 van Boek 7 meerdere bepalingen bevat waaruit *expliciet* blijkt dat deze van dwingendrechtelijke aard zijn. Voorbeelden zijn bewoordingen als dat “*niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken.*”, “*Elk beding in strijd met artikelen ... is nietig.*” of een gebiedende toon zoals “*...mag niet anders zijn dan...*”. Dergelijke bewoordingen ontbreken in artikel 7:610 BW.

Ten tweede wijzen we op het tweede lid van art. 7:610 BW, dat als volgt luidt:

“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.”

Dit tweede lid van artikel 7:610 BW erkent dus dat er overeenkomsten kunnen bestaan waarop zowel de bepalingen van Boek 7, Titel 10 BW van toepassing zijn, áls bepalingen voor andere bijzondere overeenkomsten. Bij dwingend recht is die mogelijkheid er niet.

¹ Aan element C+ wordt pas getoetst in het geval de elementen A-C niet voldoende uitsluitel bieden.

Ook bepaalt lid 2 van artikel 7:610 BW dat als er strijdigheid is tussen enerzijds de bepalingen van Boek 7, Titel 10 en anderzijds de bepalingen voor een andere bijzondere overeenkomst, de bepalingen van Boek 7, Titel 10 voorrang hebben. Voorrang is niet hetzelfde als vernietigbaarheid.

Ook wordt in rechtspraak die ziet op specifiek artikel 7:610 lid 1 BW niet de vernietigbaarheid van de overeenkomst gevorderd/verzocht. De in de rechtspraak gekozen methode is zonet altijd dan toch veelal de herkwalificatie van de betreffende overeenkomst tot arbeidsovereenkomst. Ook dit is een aanwijzing dat de definitie van arbeidsovereenkomst géén dwingendrechtelijk karakter heeft.

Ten derde introduceert het Wetsvoorstel een weerlegbaar rechtsvermoeden (daarover onder paragraaf 4 meer) waarop werkenden zich kunnen beroepen ten overstaan van een rechter. Hierin ligt besloten dat een rechtsgang hoe dan ook vereist is om als werkende je recht te halen. Indien artikel 7:610 lid 1 BW daadwerkelijk van dwingendrechtelijke aard zou zijn, dan zou een werkende op grond van artikel 3:40 lid 2 BW de overeenkomst kunnen vernietigen en op grond van 3:42 BW kunnen converteren naar een arbeidsovereenkomst. Dit kan zonder tussenkomst van een rechter.

Indien de wetgever meent dat de definitie van arbeidsovereenkomst van dwingrechtelijke aard is en hij daarnaast met dit Wetsvoorstel heeft beoogd het voor werkenden gemakkelijker te maken een arbeidsovereenkomst af te dwingen, dan ligt het voor de hand het huidige lid 2 van art. 7:610 BW te schrappen en te vervangen door een lid waaruit de dwingendrechtelijke aard van artikel 7:610 lid 1 blijkt.

5. Rechtsvermoeden maar (dure) rechtsgang

Zoals geschreven, introduceert het Wetsvoorstel een weerlegbaar rechtsvermoeden. Meer specifiek volgt hieruit dat indien het uurtarief van een werkende lager is dan €32,24 deze werkende geacht wordt werkzaamheden te verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst. Op dit weerlegbare rechtsvermoeden kan door werkenden een beroep worden gedaan ten overstaan van een rechter, waarbij de bewijslast rust op de werkgever: hij of zij dient aan te tonen dat géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Hoewel het introduceren van een dergelijk rechtsvermoeden de positie van kwetsbare schijnzelfstandigen tracht te versterken, is de vraag of deze regeling voldoende beschermend effect zal hebben. Immers, als dit voorstel wet wordt, zal het werknemerschap van schijnzelfstandigen nog altijd afgedwongen moeten worden via een vaak kostbare en langdurige rechtsgang. Onbemiddelden hebben daar het geld niet voor, terwijl bemiddelden überhaupt minder baat hebben bij een dergelijke rechtsgang nu zij vaker wél dan niet tevreden zijn met hun positie als zelfstandige.

Ook hier wordt het belang van het expliciteren van het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW duidelijk. Indien de suggesties zoals gegeven onder paragraaf 4 worden overgenomen, zal het artikel ontegenzeggelijk van dwingrechtelijke aard worden en ontstaat voor de werknemer de mogelijkheid buitengerechtelijk te vernietigen ex artikel 3:40 lid 2 BW en via conversie ex 3:42 BW een

arbeidsovereenkomst te hebben. Dat kan dan middels een simpel briefje.. Dat versterkt – zeker voor de onbemiddelde groep werkenden – de rechtsbescherming aanzienlijk.

6. Vereiste ‘persoonlijk verrichten van arbeid’

Het persoonlijk karakter van de arbeidsovereenkomst brengt mee dat alleen een natuurlijk persoon werknemer kan zijn. Er wordt algemeen aangenomen dat dit al volgt uit artikel 7:610 lid 1 BW. Onder het huidige Wetsvoorstel blijft ook artikel 7:659 BW gehandhaafd. Uit dit artikel volgt nog eens expliciet dat de werknemer de arbeid persoonlijk dient te verrichten. Mede ingegeven de verduidelijking die de Regering wenst te geven ten aanzien van arbeidsrelaties rijst de vraag of geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst, indien de contractuele wederpartij van de werkgever een rechtspersoon betreft.² Ter illustratie geven wij een voorbeeld dat in de praktijk vaak voorkomt.

Een manager sluit via een persoonlijke holdingmaatschappij een management overeenkomst met een onderneming tegen een vaste management vergoeding. De contractuele wederpartij – de holding – is in dit voorbeeld een besloten vennootschap en dus géén natuurlijk persoon. De holding BV stuurt maandelijkse facturen met BTW en krijgt deze binnen de afgesproken termijn betaald. De holding verricht de arbeid niet persoonlijk. De holding schuift immers de manager naar voren om de arbeid te verrichten. Voor het overige geldt dat de manager sturing krijgt van de onderneming (element A), de managementfunctie ingebed is in de organisatie (element B) en de holding BV/manager weinig risico loopt voor wat betreft de financiële resultaten (element C).

De vraag is of het feit dat de manager is ingehuurd via zijn persoonlijke holding BV er aan in de weg staat dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. We raden aan het Wetsvoorstel op dit onderdeel te verhelderen.

7. Doorbetaling bij ziekte

In de Memorie van Toelichting worden meerdere oorzaken gegeven voor de grote stijging van het aantal zzp'ers en schijnzelfstandigheden. Tot onze verbazing wordt de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van maximaal twee jaar niet expliciet benoemd, terwijl wij vanuit onze praktijk juist zien dat dit een belangrijk obstakel vormt voor werkgevers voor het aanbieden van een arbeidsovereenkomst.

In het verlengde hiervan merken wij op dat Nederland vergeleken met andere Europese en niet-Europese landen uit de pas lijkt te lopen voor wat betreft de lengte (en hoogte) van de loondoorbetalingsverplichting. Een werkgever in Nederland is verplicht een zieke werknemer voor maximaal 104 weken minimaal 70% van het loon door te betalen (tot 70% van het maximum dagloon, maar in het eerste ziektejaar minimaal het minimumloon). In andere landen varieert dit van een paar dagen, tot een paar weken, met enkele uitschieters van een paar maanden. Het Verenigd Koninkrijk kent weliswaar een loondoorbetalingsverplichting van 28 weken, maar hier is de werkgever slechts verplicht tot het betalen van £ 109.40 per week. In België en

² HR 9 juli 1990, NJ 1991/25.

Duitsland is de werkgever verplicht 100% van het loon door te betalen, maar in België is de duur gemaximeerd op één maand en in Duitsland op zes weken.

We raden aan om bij het tegengaan van de groei van het aantal zelfstandigen ook bovenstaande in aanmerking te nemen.

8. Belang element C+ (*extern ondernemerschap*)

Uit het Wetsvoorstel blijkt dat voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, element C+ (*'extern ondernemerschap'*: gedraagt de werknemer zich in het dagelijks verkeer als werknemer of als ondernemer?) pas wordt getoetst indien de elementen A-C geen uitsluitel bieden. Wat ons betreft dient ondernemerschap niet als optioneel element, maar als volwaardige omstandigheid te worden betrokken in de toets of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De uitspraak FNV/Kiem van het Hof van Justitie van de Europese Unie ondersteunt dit standpunt.³ Uit deze uitspraak blijkt dat voor de vraag of zzp'ers kunnen worden aangemerkt als 'ondernemer', dient te worden meegewogen of deze zzp'ers zelfstandig economische activiteiten verrichtten ('zich in het dagelijks verkeer als ondernemer gedroegen'), waarbij het zijn van een 'ondernemer' een indicatie vormt voor het niet-zijn van werknemer.

In dit kader verwijzen wij ook graag naar de recente Uber-zaak⁴ waarin het Gerechtshof Amsterdam aan de Hoge Raad prejudiciële vragen stelde over de rol van ondernemerschap bij het beoordelen van de arbeidsrelatie. Het Hof stipt hier aan dat één en dezelfde overeenkomst de ene keer wel en de andere keer niet als arbeidsovereenkomst zal kwalificeren, afhankelijk van het al dan niet in aanmerking nemen van het element 'ondernemerschap' bij die beoordeling. Er bestaat dus behoefte aan verduidelijking. De huidige Memorie van Toelichting lijkt daar – in ieder geval aan het belang van het al dan niet in aanmerking nemen van het element ondernemerschap ook in fiscale zin te makkelijk voorbij te gaan.

Dit past bovendien bij de voorgeschreven holistische benadering voor juridische analyse: te weten aan de hand van de omstandigheden van het geval, zie ook hierna.

9. Belang fiscaal ondernemerschap

De Memorie van Toelichting stelt dat fiscaal ondernemerschap voor de civielrechtelijke beoordeling van 'ondernemer' in beginsel niet van belang zou zijn (zie voetnoot 1 Memorie van Toelichting). Dat is in onze visie niet juist.

³ HvJ 4 december 2014, zaak C-413/13, FNV Kiem, ECLI:EU:C:2014:2411.

⁴ ECLI:NL:GHAMS:2023:2220.

Wij zouden niet willen beweren dat wat in fiscaal opzicht geldt, automatisch óók in civielrechtelijk opzicht te gelden heeft en omgekeerd. Maar wij willen er wel op wijzen dat juridische analyse dient plaats te vinden op grond van alle omstandigheden van het geval, de 'holistische benadering'. Als er sprake is van fiscaal ondernemerschap, is dat een omstandigheid die in de beoordeling betrokken dient te worden. Het is een indicatie dat er ook in civielrechtelijk opzicht ondernemerschap is. Het van tevoren uitsluiten van bepaalde omstandigheden of daaraan vooraf minder waarde toekennen, is in strijd met de holistische benadering.

10. Animo

Het Wetsvoorstel is in essentie bedoeld om de schijnzelfstandigheid terug te dringen, waarbij wordt overwogen dat schijnzelfstandigen 'beschermd' dienen te worden tegen het (ten onrechte) mislopen van arbeidsrechtelijke bescherming vanwege het ontbreken van een arbeidsovereenkomst. Uit de rechtspraak blijkt niet dat er onder de groep die dit Wetsvoorstel beoogt te beschermen veel animo is om gekwalificeerd te worden als werknemer (in plaats van als zelfstandige). Dit blijkt uit de bovengenoemde Uber zaak van het Gerechtshof Amsterdam, waar meerdere chauffeurs zich voegden aan de zijde van Uber om te betogen dat zij wel degelijk zzp'er waren, terwijl – opmerkelijk genoeg - aan de zijde van de FNV zich geen chauffeurs voegden om te betogen dat zij inderdaad werknemer waren. In de Temper zaak⁵ was er ook weinig animo van de werkenden en hetzelfde beeld geeft de Deliveroo zaak⁶ (geen werkenden partij in de procedure).

11. Sociale zekerheid

Een andere reden die wordt gegeven voor het invoeren van het Wetsvoorstel is het tegengaan van de stijgende druk op het sociale zekerheidsstelsel. De vraag is echter of het arbeidsrecht wel bedoeld is om de sociale zekerheid te regelen. Het arbeidsrecht tracht van origine een specifieke onbalans tussen de werknemer en de werkgever te herstellen, vanuit de gedachte dat de werknemer in een afhankelijkheidsrelatie staat tot de werkgever en dus in de regel de zwakkere partij zal zijn. Het lijkt niet logisch om mogelijke, toekomstig sociaal-verzekeringsrechtelijke problemen binnen het domein van het arbeidsrecht op te lossen door (al dan niet) 'dwingendrechtelijk' een arbeidsovereenkomst op te leggen.

12. Element B (*organisatorische inbedding*) en platformbeheerders

Om te bepalen of een werkende voldoet aan element B (*organisatorische inbedding*) dient gekeken te worden naar de 'kernactiviteit van de organisatie van de werkgever', waarbij volgens de Memorie van Toelichting meer specifiek wordt bedoeld op 'de voornaamste bestaansredenen van de onderneming'. In dit licht willen wij een opmerking maken waar het gaat om werkgevers die gebruikmaken van platformen.

Bij dergelijke werkgevers behelst de kernactiviteit van de organisatie van de werkgever – ofwel voornaamste bestaansredenen van de onderneming – vaak niet zozeer het (beheren van een) platform, maar gaat het in de

⁵ ECLI:NL:RBAMS:2023:6389.

⁶ ECLI:NL:HR:2023:443.

kern om andere bedrijfsactiviteiten, zoals bijvoorbeeld het bezorgen van maaltijden (Deliveroo) of het verzorgen van taxiritten (Uber).

In een dergelijk geval zou het aan te raden zijn te kijken naar hoe arbeid gebruikelijk wordt ingericht in die specifieke branche; zijn de werkenden daarbinnen normaliter werknemer of zzp'er? Als we blijven bij de eerder aangehaalde voorbeelden, dan kunnen we stellen dat maaltijdbezorgers in de regel werknemers zijn en dat taxichauffeurs daarentegen vaker zzp'er zijn. Of een taxirit geregeld wordt via telefoon en mobilofoon zoals in de ouderwetse taxicentrale of via een app, zou voor de beoordeling van de arbeidsrelatie van de chauffeur niet uit moeten maken.

13. Conclusie

Graag geven wij de Minister bovenstaande punten in overweging.