

Arbeids Recht

Maandblad
voor de
praktijk

Themanummer
Zelfstandigen

- 40. De rechtspositie van zelfstandigen
- 41. De Managementovereenkomst
- 42. Zelfstandigen in de thuiszorg
- 43. Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/de Staat der Nederlanden
- 44. De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers
- 45. Aansprakelijkheid voor een arbeidsongeval van een zzp'er
- 46. Enige actualiteiten over het pensioen van zelfstandigen
- 47. De Wet DBA: hoe kan een arbeidsrechtadvocaat cliënten ondersteunen?
- 48. Zelfstandigen en de WAGwEU
- 49. Werknemers en zelfstandigen in België

NP/ARBRECH-MII16011

11 2016
Jaargang 23

Topadvies aan uw cliënt begint bij de juiste bron

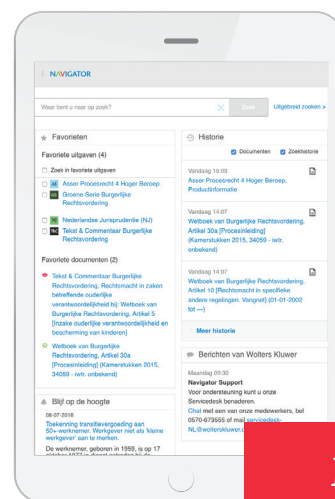
Natuurlijk haalt u alles uit de kast om uw cliënt zo goed mogelijk te adviseren. Met uw kennis en expertise komt u meestal een heel eind. Maar met gebruik van de beste juridische bronnen maakt u het verschil.

Wolters Kluwer biedt u informatie die uitblinkt in kwaliteit, betrouwbaarheid, compleetheid en actualiteit. Logisch, want de meest gezaghebbende auteurs zitten er bovenop. Onze Collecties met toptitels als Tekst & Commentaar, Groene Serie en NJ zijn een begrip in juridisch Nederland. Met deze online totaalpakketten per rechtsgebied speelt u snel in op actuele en complexe vraagstukken. U raadpleegt de Collecties via onze sterk verbeterde informatieportal Navigator.

Ontdek onze Collecties

Zo'n Collectie is ook voor uw kantoor een uitstekende optie. Nieuwsgierig? We laten u gemakkelijk en vrijblijvend kennismaken en doen u graag een aantrekkelijk voorstel.

Ga naar wolterskluwer.nl/aantrekkelijkvoorstel
of bel naar 0570-673447.



Bel
voor een
voorstel
op maat



Wolters Kluwer
When you have to be right

Inhoudsopgave

40. De rechtspositie van zelfstandigen / p. 3

G.C. Boot

41. De Managementovereenkomst / p. 5

J.J. Trap

42. Zelfstandigen in de thuiszorg / p. 11

In de wetgeving inzake de organisatie van thuiszorg is de laatste jaren veel veranderd. De wetgever richt zijn pijlen op meerdere doelen tegelijk: bescherming van de zorgvrager, efficiënte uitvoering van de zorg en faciliteren van zelfstandig ondernemerschap. Een recenter doel is het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Dit nieuwe doel bedreigt de voorgaande doelen die net gehaald leken te zijn. In deze bijdrage wordt besproken welke wetswijzigingen de positie van zelfstandigen in de zorg de afgelopen jaren hebben geraakt. Kunnen alle doelstellingen in dit domein wel worden gecombineerd?

W.L. Roozendaal

43. Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/de Staat der Nederlanden / p. 15

Waar werknemers en zzp'ers in een onderneming dezelfde activiteiten verrichten kan concurrentie op de prijs van de arbeid ontstaan. In het belang van zowel de werknemers als de zzp'ers willen de vakbonden graag cao-afspraken in de vorm van minimumtarieven overeenkomen. Een dergelijke cao werd echter in 2007 door de NMa als in strijd met het EU en Nederlandse mededingingsrecht beoordeeld. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in december 2014 anders (C-413/13). Deze zelfstandigen kunnen gedurende de loop van de opdrachtovereenkomst onder voorwaarden worden beschouwd als werknemers. Ook voor hen mogen derhalve cao-afspraken in de vorm van minimumtarieven worden overeengekomen.

K. Boonstra

44. De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers / p. 20

Werknemers zien zzp'ers regelmatig als bedreiging voor het behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Door op prijs te concurreren, zagen de zelfstandigen aan de stoelpoten van de werknemers. Werknemersvertegenwoordigers spreken in dit kader dan ook regelmatig over de 'race naar het putje'. In deze bijdrage bespreek ik mogelijkheden die werknemers, gelet op mededingingsregels, hebben om zich in cao's te beschermen. Ook komt aan de orde of zelfstandigen ten behoeve van zichzelf collectieve overeenkomsten mogen sluiten.

A. Stege

45. Aansprakelijkheid voor een arbeidsongeval van een zzp'er / p. 25

In deze bijdrage is aan de orde of 'degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft' waarvan in artikel 7:658 lid 4 BW sprake is, zo moet worden uitgelegd dat hij ook aansprakelijk is voor de schade die de door hem gecontracteerde zzp'ers in de uitoefening van hun werkzaamheden als gevolg van een arbeidsongeval lijden.

J. van Drongelen

46. Enige actualiteiten over het pensioen van zelfstandigen / p. 29

Het pensioen van zelfstandigen is een belangrijk onderwerp in de discussie over de toekomst van het pensioenstelsel. Zelfstandigen bouwen grosso modo minder pensioen op dan werknemers. Dit kan na pensionering leiden tot een inkomsterugval onder zelfstandigen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de huidige mogelijkheden tot pensioenopbouw van zelfstandigen en op een aantal recente initiatieven die dit beogen te verbeteren. Ook wordt stilgestaan bij enkele mogelijke toekomstige maatregelen.

M.E.C. Boumans

47. De Wet DBA: hoe kan een arbeidsrechtadvocaat cliënten ondersteunen? / p. 34

G.W.B. van Westen

48. Zelfstandigen en de WAGwEU / p. 38

Sinds 18 juni 2016 geldt de WAGwEU in Nederland ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn. Anders dan de richtlijn bepaalt de WAGwEU dat er een beperkte meldingsplicht voor zelfstandige dienstverleners zal gelden als zij vanuit een andere EU lidstaat in Nederland komen werken. De meldingsplicht geldt zowel voor zelfstandigen die direct voor een Nederlandse opdrachtgever komen werken als voor zelfstandigen die via een tussenkomstbureau in Nederland komen werken. Doel van de meldingsplicht is dat de Inspectie SZW meer zicht heeft op wie er in Nederland komen werken zodat beter gecontroleerd kan worden of er geen sprake is van schijnzelfstandigheid. De vraag is echter of dat doel bereikt wordt door het invoeren van een meldingsplicht.

E.J.A. Franssen

49. Werknemers en zelfstandigen in België / p. 43

België is verder dan Nederland waar het gaat om de wettelijke regelingen met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Er wordt in België in die regelingen onderscheid gemaakt naar sectoren, er is veel aandacht voor de partijbedoeling maar ook voor sociaaleconomische criteria. In dit artikel worden die regelingen besproken en daar waar voor de Nederlandse situatie relevant van commentaar voorzien.

G.C. Boot

Colofon

ArbeidsRecht

Maandblad voor de praktijk

ArbeidsRecht is een praktijkgericht en onafhankelijk maandblad voor de juridische adviseur voor wie het arbeidsrecht een primair aandachtsgebied vormt of die regelmatig met het arbeidsrecht in aanraking komt. Aan de orde komen ook, waar relevant voor de praktijkjurist, sociaalverzekeringsrechtelijke en fiscale aspecten.

Uitgave

ArbeidsRecht is een uitgave van Wolters Kluwer Nederland en verschijnt 10 maal per jaar incl. register.

Redactie-adres

Wolters Kluwer Nederland BV Postbus 23, 7400 GA Deventer. Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 121/2004; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Hoofdreductie

Prof. mr. G.C. Boot, hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam

Redactie

Mevr. mr. P.A. Charbon, advocaat bij Bergh Stoop & Sanders, Amsterdam

Mr. B. Degelink, advocaat bij DLA Piper, Amsterdam

Mevr. mr. C.J. Frikkee, raadsheer bij het Gerechtshof Den Haag

Mevr. mr. E.M. Hoogeveen (*eindredacteur*), advocaat bij Osborne Clarke, Amsterdam

Mr. C.S. Kehrer-Bot, advocaat te Rotterdam

Mr. O. van der Kind, advocaat bij DingemansVanderKind Advocaten, Amsterdam

Mevr. mr. I.J. de Laat, advocaat bij Rutgers & Posch, Amsterdam

Mevr. mr. D.J.B. de Wolff, advocaat bij Stadhouders Advocaten, Utrecht

Mevr. mr. dr. I. Zaal, universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, advocaat bij Stibbe, Amsterdam en universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam

Citeerwijze

ArbeidsRecht jaartal/publicatienummer, paragraafnummer
ArbeidsRecht 2016/03, par. 2.1

Tarieven abonnementen

Raadpleegt u voor de abonnementsmogelijkheden en de bijbehorende prijzen op onze shop: www.wolterskluwer.nl, zoeken op 'ArbeidsRecht'.

Abonnementenadministratie

Wolters Kluwer Nederland Klantenservice,
Postbus 23,
7400 GA Deventer,
Telefoon: 0570-673449;
www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Media advies

Tim Lansbergen, tim@crossmedianederland.com

Advertentiedeelname

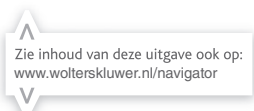
Cross Media Nederland BV
Nieuwe Haven 133
3116 AC Schiedam
Tel: 010-7421022

Beëindiging abonnement

Abonnementen kunnen schriftelijk of per e-mail tot uiterlijk drie maanden voor het einde van de abonnementsperiode worden opgezegd. Bij niet tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

ISSN 0929-9289

Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer worden gebruikt om u te informeren over onze relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact opnemen met klantenservice.



NAVIGATOR

De rechtspositie van zelfstandigen

ArbeidsRecht 2016/40

Themanummer Zelfstandigen. Maar het tijdschrift gaat toch over ArbeidsRecht? En op zelfstandigen is het arbeidsrecht dan juist toch niet van toepassing? Die laatste vraag moet ontkennend worden beantwoord. Sinds 1945 was op sommige opdrachtnemers het BBA van toepassing. De Arbowet 1980 voorzag in de bescherming van niet-werknemers. Sommige opdrachtnemers en aannemers van werk vallen onder de verplichte verzekeringen WW, ZW en WIA. Dus al geruime tijd genieten (sommige) zelfstandigen arbeidsrechtelijke bescherming. Maar meer dan ooit (het percentage zelfstandigen zonder personeel is nog nooit zo hoog geweest) staat de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) onder druk, en dreigen vaste werknemers vervangen te worden door allerlei soorten flexkrachten, waaronder zzp'ers. Die ontwikkeling kent allerlei oorzaken. Eén daarvan is de door werkgevers in mindere of meerdere mate ervaren belasting die de arbeidsovereenkomst met zich brengt. Een in het verlengde daarvan liggende oorzaak is het gemak en de betrekkelijke risicoloosheid voor een opdrachtgever van het contracteren van een zzp'er. Maar ook de aanbodkant zorgt voor een groei van zzp'ers: velen van hen geven te kennen de vrijheid van het zelfstandig ondernemerschap te waarderen, of zelfs te laten prevaleren. Dit themanummer gaat niet zozeer over de wenselijkheid of onwenselijkheid van die ontwikkeling. Liefhebbers daarover kunnen onder andere terecht bij het prachtige jubileumboek van de Vereniging voor Arbeidsrecht, 70 jaar VvA: einde van het begin.

Dit themanummer beschrijft de talloze aspecten van de rechtspositie van zelfstandigen.

Oud-redacteur Jan Trap bijt de spits af met een beschrijving van de verschillende soorten managementovereenkomsten, en beantwoordt onder meer de veelvuldig gestelde vraag of een opdrachtovereenkomst met een manager ook automatisch eindigt met de beëindiging van het bestuurderschap: zijn de 15 april-arresten op zo'n manager-opdrachtnemer van toepassing?

Willemijn Roozendaal geeft een dwarsdoorsnede van de werkenden in de zorg: werknemers, opdrachtnemers en wie hun contractpartij is. Welke regels zijn op hen van toepassing? Dit onderwerp is daarom zo interessant, omdat de zorg één van de sectoren is waar de groei van (of zo u wilt: verdringing door) zelfstandigen het duidelijkst is waar te nemen.

Het inschakelen van zelfstandigen in plaats van werknemers geeft voor opdrachtgevers de mogelijkheid te contracteren tegen een loon dat lager is dan bij een arbeidsovereenkomst in die sector gebruikelijk is. Sommige zelfstandigen zullen daar helemaal geen last van hebben want zij slagen erin een adequate honorering te bedingen, maar anderen

hebben weinig andere keuze dan een opdracht tegen een beperkte vergoeding te accepteren. Dat roept de vraag op of het is toegestaan in een cao afspraken te maken voor aan dergelijke zelfstandigen te betalen honorering. Die vraag vormde het onderwerp van de procedure tussen FNV Kiem en de Nederlandse Staat. Klara Boonstra, die betrokken was bij de procedure, beschrijft de achtergrond van die zaak en de argumenten die daarbij over en weer zijn geuit. Alwin Stege geeft vervolgens weer wat de consequenties zijn van de uitspraken van het EU-hof en het Haagse gerechtshof: wanneer mag zo'n cao nu wel, en wanneer niet? Dat is een actuele vraag, want de FNV maakt van het kunnen afsluiten van prijsafspraken voor zelfstandigen een speerpunt.

Voor zelfstandigen gelden ook (beschermende) bepalingen. Veiligheid en aansprakelijkheid is het onderwerp van Harry van Drongelens bijdrage. Hij richt zich op de civielrechtelijke kant en beschrijft in welke gevallen de opdrachtnemer zijn opdrachtgever verantwoordelijk kan houden voor arbeidsongevallen: de ins en outs van het Allspan-arrest. Marc Boumans geeft een overzicht van de regelgeving op het gebied van pensioenvoorzieningen voor zelfstandigen.

De kosten van het inschakelen van zelfstandigen kunnen, het werd al opgemerkt, lager liggen dan die van werknemers. Dat komt ook doordat voor zelfstandigen geen werknemerspremies verschuldigd zijn. Wel verzekerd zijn degenen die toch een dienstbetrekking of fictieve dienstbetrekking hebben. Het tot 1 mei 2016 geldende systeem van VAR-verklaringen gaf opdrachtgevers van opdrachtnemers met een VAR-wuo een (vrijwel absolute) vrijwaring: de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties heeft daar verandering in aangebracht. Indien gebruik wordt gemaakt van een door de belastingdienst goedgekeurde (model)overeenkomst, dan hoeven geen loonbelasting en werknemerspremies te worden ingehouden, mits niet in afwijking van het contract wordt gewerkt. De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties is momenteel, oktober 2016, onderwerp van een heftig maatschappelijk en politiek debat. Gerard van Westen beschrijft de implicaties van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties vanuit de invalshoek van de (advocaat van de) cliënt die aan loon- en premieheffing wil ontkomen.

Als al het risico bestaat dat Nederlandse zzp'ers Nederlandse werknemers van de arbeidsmarkt 'verdringen', dan is dat risico des te groter wanneer het gaat om buitenlandse arbeidskrachten, voor wie het werken voor een veel lager dan het gangbare Nederlandse salaris nog steeds, vergeleken met het loonniveau in hun land van herkomst, aantrekkelijk is. Voor non-EU-werknemers is het niet zo makkelijk om in Nederland legaal te kunnen werken, maar voor EU-werknemers ligt dat anders. De bescherming van arbeidsvoorwaarden van werknemers, het vrije verkeer van werknemers, het detacheren van werknemers van het ene land

naar het andere en het vrije verkeer van diensten kunnen daarom een spanningsveld creëren. De Dienstenrichtlijn, de Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn (tot handhaving van die detacheringsrichtlijn) reguleren dat tot op zekere hoogte. Edith Franssen beschrijft de implementatie in Nederland per 1 juli 2016 van die handhavingsrichtlijn en de gevolgen die dat heeft voor de rechtspraak.

De discussie over de afbakening van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst en de verhouding tot de sociale verzekeringsplicht is in Nederland nog niet afgerond. In België heeft afgelopen 15 jaar een vergelijkbare discussie gewoed. Gerrard Boot beschrijft de ontwikkelingen in België en benoemt enkele aspecten die voor de Nederlandse discussie waardevol zouden kunnen zijn.

Onderdelen van dit themanummer zullen in een samen met de Vereniging voor Arbeidsrecht op 24 november 2016 te houden bijeenkomst worden besproken.

Wij wensen u nu alvast veel leesplezier toe.

Namens de redactie,

Gerrard Boot

De Managementovereenkomst

ArbeidsRecht 2016/41

1. Om meer dan één reden populair

De managementovereenkomst, zo blijkt in de praktijk, verheugt zich in een vrij grote populariteit. De keuze voor het op basis van een managementovereenkomst verrichten van leidinggevende werkzaamheden lijkt te worden ingegeven door de gedachte dat men dan én zijn zelfstandigheid en flexibiliteit behoudt én financieel (vooral fiscaal) 'goed bezig is'.

In de wet zal men tevergeefs zoeken naar een definitie of naar specifiek op de managementovereenkomst betrekkelijke bepalingen. Dat doet zich nauwelijks als een probleem gevoelen, omdat algemeen wordt aangenomen dat de managementovereenkomst – die zou kunnen worden gedefinieerd als een overeenkomst op grond waarvan buiten een arbeidsovereenkomst tegen beloning (bestuurs)taken worden verricht – een overeenkomst van opdracht is. En dat de artikelen 7:400-7:413 BW daarop dus van toepassing zijn. Waar die artikelen grotendeels regelend recht betreffen, heeft de opsteller van een managementovereenkomst een grote vrijheid bij het redigeren van de contractuele bepalingen. Dat zal de bovengenoemde populariteit mede verklaren.

In het navolgende zal worden gezien in welke varianten de managementovereenkomst² figureert en waarom bestuurders in de meeste gevallen gebruikmaken van het tussenschuiven van een management-BV. Voorts, of dat tussenschuiven een garantie is dat het door de bestuurder beoogde doel ook wordt bereikt. Eveneens zal worden nagegaan welke voorwaarden moeten worden vervuld voor een rechtsgeldige beëindiging van de managementovereenkomst. In dat verband wordt bijzondere aandacht geschonken aan de vraag of bij de beëindiging van het bestuurderschap van een (rechts)persoon waarmee een managementovereenkomst is gesloten, de bekende 15 april-arresten³ ten aanzien van de beëindiging van die managementovereenkomst analoge toepassing moeten vinden.

2. Het aangaan van een managementovereenkomst

Zoals bij elke overeenkomst van opdracht het geval is, is het sluiten van een managementovereenkomst vormvrij. Dat

een schriftelijke vastlegging van de afspraken de voorkeur verdient, spreekt voor zich. Het woord managementovereenkomst lijkt in te houden dat de overeenkomst steeds betrekking heeft op het als manager verrichten van (betaalde) werkzaamheden. Het leeuwendeel van leidinggevendenden die 'manager' op hun visitekaartje hebben staan, is echter werkzaam op basis van een reguliere arbeidsovereenkomst. Een managementovereenkomst wordt in de regel door een vennootschap slechts met de statutaire⁴ bestuurder van die vennootschap gesloten en voornamelijk in drie verschijningsvormen. De eerste variant betreft de overeenkomst van opdracht tussen de vennootschap en de tot bestuurder benoemde persoon zelf. De tweede variant, die – ook blijkens de rechtspraak – veel lijkt voor te komen, behelst het sluiten van een overeenkomst van opdracht tussen de vennootschap en een andere vennootschap, in de wending management-BV genoemd. Degene die als bestuurder wordt benoemd van de vennootschap waarmee de management-BV contracteert, houdt meestal als een zogeheten DGA (directeur-grotaandeelhouder) de aandelen in de management-BV. De management-BV, ook wel persoonlijke holding genoemd, verbindt zich dan door middel van een managementovereenkomst om de DGA als bestuurder van de vennootschap werkzaam te laten zijn. De derde, eveneens uit de rechtspraak bekende, variant is die waarbij de management-BV zelf tot bestuurder van de vennootschap wordt benoemd; blijkens artikel 2:11 BW kan immers ook een rechtspersoon bestuurder van een andere rechtspersoon zijn. De DGA van de management-BV verricht dan wederom werkzaamheden voor de vennootschap waarmee de management-BV op basis van een opdrachtovereenkomst contracteert, maar nu niet als bestuurder van die vennootschap. Al komen die werkzaamheden feitelijk veelal neer op het verrichten van 'directeurstaken', statutaire bevoegdheden (ten aanzien van de vennootschap) heeft de DGA in die variant niet.

Vaak gaat het om gecompliceerde groepsconstructies waarbij diverse vennootschappen en bestuurders, al dan niet in de vorm van een management-BV, zijn betrokken.

3. Duale rechtsbetrekking

De bestuurder die opereert op basis van een managementovereenkomst moet – evenals de Hoge Raad ten aanzien van de bestuurder-werknemer heeft geoordeeld⁵ – geacht worden met de vennootschap een duale rechtsbetrekking te hebben. Daarbij bestaat naast de vennootschapsrechtelijke (ook wel: functionele) rechtsbetrekking (op basis van Boek 2 BW) een privaatrechtelijke, verder aan te duiden als contractuele, rechtsbetrekking (op basis van Boek 7 BW).

1 Mr. J.J. Trap is advocaat en MfN-mediator bij Vestius advocaten te Amsterdam.

2 Bij contracten op basis waarvan 'zelfstandigen', al dan niet via een rechtspersoon, voor anderen tegen beloning werkzaamheden verrichten, komt men een rijke variëteit van benamingen tegen. Men denke aan consultancy-contracten, freelance-contracten, service-contracten e.d. Deze contracten die – omdat een 'manager' daarmee werkt – soms ook als managementcontracten worden betiteld, maar waarbij geen sprake is van bestuurderschap ten aanzien van de rechtspersoon waarvoor de werkzaamheden worden verricht, worden in het bestek van dit artikel buiten beschouwing gelaten.

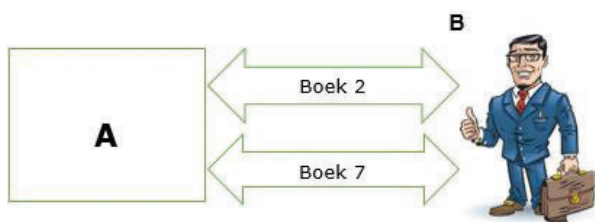
3 HR 15 april 2005, NJ 20015/483 (Bartelink/Ciris), HR 15 april 2005, NJ 2005/484 (Eggenhuizen/Unidek Volumebouw BV), HR 15 april 2005, NJ 2005/235 (Verkerk/Unidek Volumebouw BV).

4 Overal waar in dit artikel wordt gesproken over de bestuurder, wordt daarmee de statutaire bestuurder bedoeld.

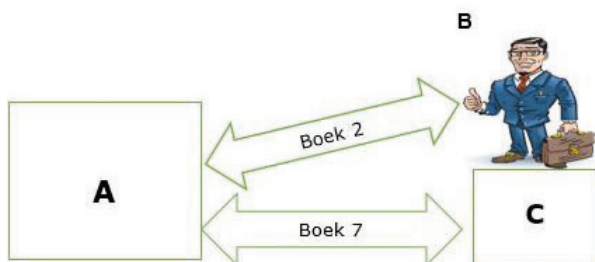
5 HR 13 november 1992, NJ 1993/265 (Levison/MAB).

Voor een goed begrip van de juridische structuur van de diverse varianten, waarbij zowel de vennootschapsrechtelijke als de contractuele rechtsbanden een rol spelen, worden onderstaand de drie genoemde varianten van de managementovereenkomst (zie de figuren 1 tot en met 3) schematisch weergegeven.

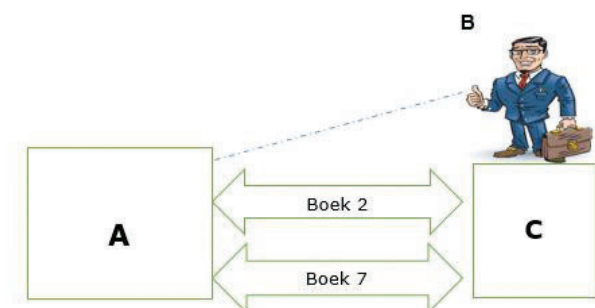
Figuur 1: managementovereenkomst tussen de vennootschap (A) en de bestuurder in persoon (B). A en B hebben zowel een vennootschapsrechtelijke (Boek 2) als een contractuele (Boek 7) band. Een management-BV komt in het plaatje niet voor.



Figuur 2: managementovereenkomst tussen de vennootschap (A) en de management-BV (C) van de DGA/bestuurder (B). A en C hebben een contractuele (Boek 7) band. Tussen A en B bestaat, door de benoeming van B tot bestuurder, een vennootschapsrechtelijke (Boek 2) band.



Figuur 3: managementovereenkomst tussen de vennootschap (A) en de tot bestuurder daarvan benoemde management-BV (C). A en C hebben zowel een vennootschapsrechtelijke (Boek 2) als contractuele (Boek 7) band. De DGA (B) wordt door C aan A voor het verrichten van werkzaamheden bij A ter beschikking gesteld, maar B wordt niet tot bestuurder van A benoemd. Er is slechts een feitelijke, geen contractuele relatie tussen A en B (enigszins vergelijkbaar met materieel werkgever-/werknemerschap).



4. De bestuurder van een beursfonds

Opmerking verdient, dat de eerste variant, waarbij de natuurlijke persoon tot bestuurder wordt benoemd, hoofdzakelijk zal voorkomen bij beursfondsen. Sedert de inwerkingtreding per 1 januari 2013 van de Wet bestuur en toezicht bepaalt artikel 2:132, lid 3 BW immers dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst; hij/zij zal dus als opdrachtnemer de bestuurstaken verrichten. De managementovereenkomst van de bestuurder van een beursfonds – die wanneer men zich conformeert aan de Nederlandse Corporate Governance Code (zie aanbeveling II.1.1.) telkens voor maximaal vier jaar wordt aangegaan – vertoont in de praktijk echter veelal trekken van een (pseudo-)arbeidsovereenkomst⁶, al is dat uit een benaming van het contract als 'Executive Board Agreement' niet af te leiden. Zo zal de bestuurder van een beursvennootschap behalve een (ruime) vaste en variabele beloning ook vakantie willen genieten, doorbetaling bij ziekte en bescherming bij ongevallen willen hebben en naast een (bijzondere) pensioenregeling willen kunnen rekenen op een passende opzegtermijn en wellicht een royale exit-clausule. Daartegenover zal de vennootschap net als bij een bestuurder-werknemer in het contract bepalen willen opnemen over geheimhouding, non-concurreren en een niet-wervings-('non poaching-')beding.

5. Managementovereenkomst van een niet-beursfondsbestuurder?

Voor natuurlijke personen die bestuurder zijn bij een 'gewone' vennootschap valt eigenlijk niet (meer) te bedenken, waarom hij of zij zou willen kiezen voor het opereren op basis van een als overeenkomst van opdracht te duiden managementovereenkomst. Omdat ook bij opdracht sprake kan zijn van een fictieve dienstbetrekking in de zin van de Wet op de loonbelasting en de werknemersverzekeringen⁷, is in deze variant van de managementovereenkomst bepaald niet uit te sluiten dat dan eveneens inhouding van loonbelasting en afdracht van sociale premies moet plaatsvinden. Dat zal dus niet snel een argument vormen om geen arbeidsovereenkomst (maar een overeenkomst van opdracht) te sluiten. Bovendien is sedert de invoering van de WWZ de rechtspositie van de bestuurder-werknemer aanzienlijk verbeterd. Niet alleen moet ingevolge artikel 7:669, lid 1 BW ook ten aanzien van de bestuurder een redelijke grond voor ontslag/ontbinding aanwezig zijn – bij gebreke waarvan de bestuurder op grond van artikel 7:682, lid 3 sub a BW een billijke vergoeding kan claimen –, maar ook kan hij/zij bij het voldoen aan de daarvoor gestelde voorwaarden recht doen gelden op een transitievergoeding. Daarnaast geldt voor de bestuurder-werknemer, anders dan voor

6 Volgens de wetsgeschiedenis (*Handelingen I* 2010/11, 31763-28 p. 22) kunnen bestuurder en beursvennootschap zelfs overeenkomen dat Boek 7 titel 10 BW geheel of gedeeltelijk op de opdrachtovereenkomst van toepassing is.

7 Zie de artikelen 3 en 4 Wet LB 1964 en de artikelen 3, 4 en 5 SV-wetten (werknemersverzekeringen).

de bestuurder-opdrachtnemer (zie artikel 7:408, lid 1 BW), een wettelijke opzegtermijn, terwijl ook tal van andere dwingendrechtelijke bepalingen zoals met betrekking tot vakantie en ziekte alsook bescherming tegen bedrijfsongevallen van toepassing zijn. In die gevallen waarin ten aanzien van een niet-beursfondsbestuurder toch wordt gekozen voor het sluiten van een managementovereenkomst, zal het initiatief daartoe waarschijnlijk niet van de bestuurder, maar van de vennootschap – die zich begrijpelijkerwijs met zo weinig mogelijke verplichtingen jegens de bestuurder geconfronteerd wil zien – uitgaan.

6. Waarom een management-BV?

Het uitoefenen van bestuurstaken bij een vennootschap via het vehikel van een management-BV is veelal ingegeven door fiscale redenen. De management-fee kan door de vennootschap zonder inhouding van loonbelasting en sociale premies aan de management-BV worden betaald, die zelf, op voor de aandeelhouder/bestuurder van de management-BV aantrekkelijke voorwaarden, voor de wettelijke inhoudingen/afdrachten zorgt. Maar ook overwegingen van pensioenrechtelijke aard⁸ kunnen een rol spelen; daarbij dient echter bedacht te worden dat per 1 januari 2017 de mogelijkheid om pensioen in eigen beheer op te bouwen door de wetgever wordt ontmoedigd.⁹ Voorts is het door het tussenschuiven van een BV (trachten te) voorkomen van persoonlijke aansprakelijkheid als bestuurder – men denke aan aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur (zie artikel 2:9, lid 2 BW) – een veelgehoord argument voor het opereren in het kled van de management-BV, hoewel de hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW dit argument weer relativeert. Ten slotte is het bij het uiteengaan van (groeps)vennootschappen, gepaard gaand met de beëindiging van de samenwerking tussen aandeelhouders die samenwerkingsovereenkomsten hebben gesloten en/of gezamenlijk het management voeren over de (groep van) vennootschappen, wel zo handig wanneer de aandeelhouders van die vennootschappen, doordat management-BV's als bestuurder zijn benoemd, verschoond blijven van arbeidsrechtelijke complicaties jegens de natuurlijke personen die achter die management-BV's zitten. Het is daarbij nuttig wanneer de aandeelhoudersovereenkomst een regeling over het ontslag van bestuurders bevatten, waardoor ook vennootschapsrechtelijke complicaties kunnen worden voorkomen.¹⁰ Aldus kan het sluiten van een overeenkomst waarbij een management-BV is betrokken zowel voor de betrokken vennootschap als de natuurlijke persoon die daarbij bestuurstaken verricht, voordelen bieden.

8 Zoals het geval was bij het hierna te bespreken HR-arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM.

9 Kamerstukken II 2015/16, 34302, nr. 117 (brief minister Plasterk, 1 juli 2016). Het DGA-pensioen wordt afgeschaft. Het voornemen bestaat om het 'pensioen in eigen beheer' af te schaffen met als beoogde ingangsdatum 1 januari 2017. De DGA kan zijn DGA-pensioen in eigen beheer afkopen (voorkeur), omzetten naar een spaarvariant of kiezen voor reguliere afwikkeling (bevrozing pensioen in eigen beheer).

10 Zie bijv. Rb. Amsterdam 16 januari 2014, JOR 2014/157, m.nt. Novak (Kekf/Delfino).

7. Biedt de management-BV zekerheid?

Wanneer een natuurlijk persoon tot bestuurder van een vennootschap is benoemd, terwijl zijn management-BV een managementovereenkomst met de vennootschap heeft gesloten, kan de vraag rijzen of de civiele rechter niet door de management-BV 'heen prikt' en een arbeidsovereenkomst aanwezig acht tussen de vennootschap en de bestuurder. Hét voorbeeld van dit 'doorprikken' van een management-BV in de jurisprudentie wordt gevormd door het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM¹¹, waaraan oudere (lagere) rechtspraak was voorafgegaan.¹² In deze kwestie heeft de Hoge Raad voor de eerste keer – en voor zover de schrijver dezes bekend tot nu toe ook voor de laatste keer – de relatie tussen een rechtspersoon (het ging om een stichting) en de bestuurder die via een management-BV voor die rechtspersoon als bestuurder werkzaamheden verrichtte, als arbeidsovereenkomst aangemerkt. Weliswaar was de deur voor het accepteren van een arbeidsovereenkomst bij de relatie tussen een vennootschap en de DGA van een management-BV al eerder door de Hoge Raad opengezet¹³, maar in die uitspraak werd overwogen:

“...uit de vaststaande dan wel door Bruijns c.s. gestelde feiten kan niet worden afgeleid dat zij daardoor tot Arrow kwamen te staan in een rechtsverhouding die als arbeidsovereenkomst in de zin van de voormelde bepalingen is aan te merken.”

De zuivere toepassing in het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM van het leerstuk '*piercing the corporate veil*', bekend uit de Angelsaksische rechtssfeer, staat echter in de Nederlandse (arbeidsrechtelijke) context op zichzelf.¹⁴ Zonder twijfel heeft dit met de nogal uitzonderlijke feitelijke constellatie rond de in de casus figurerende management-BV te maken. Zo was het ter beschikking stellen van de bestuurder aan de stichting in strijd met de statuten van diens management-BV, bevatte de managementovereenkomst diverse 'arbeidsovereenkomstachtige' bepalingen (er bestond onder meer een verplichting tot persoonlijke dienstverrichting van de bestuurder), werd over de management-fee geen BTW afgedragen en werd de management-fee, na inhouding van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen, via de loonadministratie van de stichting rechtstreeks aan de bestuurder betaald.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat wanneer men de contractuele en feitelijke situatie zo inkleedt¹⁵ dat gezegd kan worden dat de management-BV niet louter een inhoudsloze '*corporate veil*' is, maar – onder meer ten aanzien van de financiële en fiscale aspecten – een wezenlijke functie

11 HR 13 juli 2007, JAR 2007/231; NJ 2007/449, m.nt. E. Verhulp.

12 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 24 november 1999, JAR 2000/19.

13 HR 9 juli 1990, NJ 1991/215 (Arrow/Bruijns c.s.).

14 J.J. Trap, Knippen in de 'corporate veil' – het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM nader – en kritisch beschouwd, *Vrienden door Duk en Dun*, red. S.F. Sagel, Kluwer 2011, blz. 255 e.v.

15 Mr. drs. C.J. Flink, *Vennootschap & Onderneming*, maart 2008, nr. 3 blz. 62; (slot).

vervult, de kans gering is dat de (hoogste) civiele rechter opnieuw tot het oordeel komt dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.

8. De beëindiging van de managementovereenkomst

Zoals bij elke overeenkomst van opdracht, kan ook bij de managementovereenkomst opzegging door de opdrachtgever in beginsel te allen tijde plaatsvinden (artikel 7:408, lid 1 BW). In beginsel, omdat – anders dan dwingendrechtelijk ten aanzien van de niet-professionele (lees: particuliere) opdrachtgever is bepaald (artikel 7:413, lid 2 BW) – tussen de professionele opdrachtgever, waarvan in deze bijdrage sprake is, en de opdrachtnemer een opzegtermijn kan worden overeengekomen. En in de praktijk bijna altijd ook zal worden overeengekomen. Dat geldt zowel met betrekking tot de natuurlijke persoon-opdrachtnemer als ten aanzien van de rechtspersoon-opdrachtnemer (in casu de management-BV). Was vroeger ten aanzien van de natuurlijke persoon-opdrachtnemer die minder dan drie opdrachtgevers had bij opzegging een ontslagvergunning vereist¹⁶, sedert 1 juli 2015 kan ook ten aanzien van de natuurlijke persoon de managementovereenkomst in beginsel zonder restricties worden opgezegd; anders dan bij de arbeidsovereenkomst is bij de overeenkomst van opdracht immers geen sprake van opzegverboden, noch dient er een redelijke grond (artikel 7:669, lid 1 BW) te zijn. De vraag of in redelijkheid verlangd kan worden dat de opdrachtgever in verband met de opzegging aan de opdrachtnemer een schadevergoeding betaalt, wanneer op dat punt geen contractuele regeling bestaat, zal op grond van de algemene regels van boek 6 BW moeten worden beantwoord. De mogelijkheid is er in elk geval; de wet sluit alleen ten aanzien van de particuliere opdrachtgever het – in verband met de opzegging – verschuldigd zijn van een schadevergoeding uit (artikel 7:408, lid 3 BW).

9. Gevolgen voor het bestuurderschap

Wanneer vanwege de vennootschap de managementovereenkomst met de bestuurder in persoon wordt opgezegd, al dan niet met inachtneming van de contractuele opzegtermijn, betekent dat in juridische zin nog niet het einde van zijn bestuurderschap. Daarvoor zal hetzij het terugtreden van de bestuurder, met het expliciet neerleggen van zijn statutaire bevoegdheden, hetzij een ontslagbesluit van het tot benoeming en ontslag bevoegde orgaan (bij de structuurvennootschap de Raad van Commissarissen, bij andere vennootschappen de AvA) nodig zijn. Er lijkt geen goede reden aan te wijzen waarom het inmiddels twintig jaar oude Hoge Raad-arrest waarbij werd beslist dat ondanks het eindigen van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder zijn bestuurderschap kan voortduren, niet geacht moet worden

op de bestuurder-opdrachtnemer van overeenkomstige toepassing te zijn.¹⁷

Hetzelfde zal gelden indien de managementovereenkomst met de management-BV wordt opgezegd. Ook dan is formeel gesproken nog een rechtshandeling vereist waardoor vervolgens het bestuurderschap, ofwel van de DGA/bestuurder (vgl. figuur 2), ofwel van de management-BV (vgl. figuur 3) eindigt.¹⁸ Hierbij past wel de kanttekening dat de vennootschap bij opzegging en het daarvan te onderscheiden ontslag bij de situatie van figuur 3 met dezelfde wederpartij te maken heeft, maar bij de situatie van figuur 2 met twee verschillende wederpartijen. In dat geval ontbreekt dus een duale rechtsbetrekking.

De vraag is nu welke rechtsgevolgen de omgekeerde situatie heeft, dus wat rechtens is wanneer zijdens de vennootschap het bestuurderschap van de DGA of van de management-BV wordt beëindigd. Komt dan, naar analogie van de 15 april-arresten, de managementovereenkomst 'automatisch' eveneens tot een einde, behoudens een anderszins gemaakte afspraak?¹⁹

10. De 15 april-arresten en de managementovereenkomst

In de literatuur zijn, wanneer het gaat om het antwoord op de vraag of de lijn van de 15 april-arresten ook doorgetrokken mag worden naar de opdrachtovereenkomst (c.q. managementovereenkomst), grofweg twee stromingen te ontwaren. Zoals te verwachten is, acht de ene stroming de 15 april arresten van overeenkomstige toepassing op de managementovereenkomst. De andere stroming huldigt het standpunt dat naast het verbreken van de vennootschapsrechtelijke band separaat de contractuele band met de vennootschap moet worden beëindigd. In de jurisprudentie van de feitenrechter ziet men een afspiegeling van beide stromingen, maar er doen zich ook mengvormen voor. Bij een en ander dringt zich de indruk op, dat de discussie over de vraag of beëindiging van het bestuurderschap al dan niet 'vanzelf' ook het einde van de managementovereenkomst zou moeten impliceren, eerder juridisch-theoretische dan praktische betekenis heeft. Wat is er immers simpeler dan in de management-overeenkomst te bepalen dat deze van rechtswege eindigt zodra (zich de ontbindende voorwaarde voordoet dat) het bestuurderschap tot een einde komt? Of om juist af te spreken dat de managementovereenkomst, wanneer de bestuurder ook nog een andere 'rol' bij de vennootschap vervult, ondanks het ontslag tot wederopzegging doorloopt?

Niettemin zal hierna kort aandacht worden besteed aan de argumenten pro en contra, teneinde vervolgens, nadat een

16 Artikel 1 sub b, 2^o Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

17 HR 31 mei 1996, NJ 1996/694 (*Lampe/Videoworks*).

18 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 17 augustus 2011, JIN 2011/746 (*Hi-Light*).

19 Zoals hierboven opgemerkt gelden de wettelijke opzegverboden niet bij de overeenkomst van opdracht, zodat de tweede door de Hoge Raad bij de 15 april-arresten genoemde uitzondering bij de managementovereenkomst niet van (overeenkomstige) toepassing is.

paar recente rechterlijke uitspraken de revue zijn gepasseerd, tot een afrondende standpuntbepaling te komen.

11. Analogische toepassing, ja of nee?

Bezie men de argumenten van weerszijden, dan springt in het oog dat het ‘nee-kamp’ in de literatuur zich eigenlijk maar van één argument bedient, en wel van de wetshistorie. De Bock, Ruizeveld en Van Delden²⁰ omarmen het wetshistorische argument – toegegeven, er zijn zwakkere argumenten – in het voetspoor van Hof Amsterdam. Dit hof riep namelijk in 2013 in een tussenarrest²¹ in herinnering dat de Hoge Raad zich bij het wijzen van de 15 april-arresten heeft gebaseerd op de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134/2:244 BW. Deze wetshistorie ziet (alleen) op de bestuurder-natuurlijke persoon die tot de vennootschap in een arbeidsrechtelijke verhouding staat. Dus, overwoog het Hof, niet op de bestuurder-rechtspersoon met wie de vennootschap een opdrachtrelatie heeft. Bovendien kon van een arbeidsrechtelijke relatie alleen al daarom geen sprake zijn omdat de bestuurder een rechtspersoon was. Volgens het Hof kon dientengevolge het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslag van de bestuurder voor het managementcontract had niet in de 15 april-arresten worden gevonden (maar moest dit worden bepaald aan de hand van de managementovereenkomst en de op de opdrachtovereenkomst toepasselijke wetsbepalingen).

Ook Bennaars²² lijkt zwaar te tillen aan de overwegingen van de wetgever ten aanzien van de artikelen 2:134/2:244 BW. Zij relateert dat echter weer meteen door op te merken dat ten tijde van deze wetgeschiedenis de opdrachtovereenkomst als contractuele band waarschijnlijk minder voorkwam. Omdat zij tevens voelt voor de gedachte die kennelijk achter de 15 april-arresten zat (te weten dat na het vennootschapsrechtelijk ontslag slechts de befaamde lege huls rest), komt zij tot het oordeel dat ook de opdrachtovereenkomst zou moeten eindigen als een ontslagbesluit is genomen. Dit echter met de restrictie, dat de bestuurder dan ook daadwerkelijk partij is bij die opdrachtovereenkomst (en ten aanzien van hem haar dus sprake is van een duale rechtsbetrekking, JJT).

Tot het ‘ja-kamp’ behoren Beltzer, Brink en Martis, Hoekstra, Wiersma en Verburg.²³ Hun argumentatie komt erop neer

dat er geen steekhoudende redenen zijn om, bij ontslag van de bestuurder, ten aanzien van een managementovereenkomst anders te oordelen dan ten aanzien van een arbeidsovereenkomst: in beide gevallen gaat het immers om een duale, onsplitsbare rechtsbetrekking, waarbij de managementovereenkomst net als de arbeidsovereenkomst zo verweven is met de vennootschapsrechtelijke band, dat er na ontslag slechts de genoemde lege huls overblijft. Daarnaast menen zij dat analogische toepassing van de 15 april-arresten wel zo praktisch is. Verburg verwoordt dat aldus:

“Ons land heeft met de 15 april-arresten voor een belangrijk thema een goed werkbaar oplossing weten te vinden. Deze kan zonder problemen en ten voordele van onnodige complexiteit zo worden uitgerold naar de overeenkomst van opdracht.”

In het ‘ja-kamp’ hoort men ook nog dat er geen goede reden valt aan te wijzen voor de consequentie dat de bestuurder-opdrachtnemer – omdat te zijnen aanzien nog een aparte opzeghandeling moet plaatsvinden – een sterkere rechtspositie heeft dan de bestuurder-werknemer. Ook Ruizeveld vindt dat daarvoor geen goede rechtvaardiging bestaat.

12. Doet de rechter aan analogische toepassing?

Zoals aangegeven, vinden de ‘nee-zeggers’ het Amsterdamse hof in zijn genoemde tussenarrest aan hun zijde. Opmerking verdient dat dit hof in een uitspraak van nog geen jaar later²⁴, ook over de verhouding tussen het ontslag van een bestuurder en (de opzegging) van een managementovereenkomst, met geen woord rept over de 15 april-arresten. Dat hoefde daar echter ook niet omdat het hier de omgekeerde situatie betrof, dus de vraag of opzegging van de managementovereenkomst het ontslag als bestuurder met zich bracht (zie hierboven sub 9), waarbij het hof een onlosmakelijke band tussen de hoedanigheid van aandeelhouder, bestuurder en opdrachtnemer vaststelde. Aan de hand van de Haviltex-maatstaf legde het hof de opzegebepaling in de managementovereenkomst zo uit, dat opzegging niet mogelijk was zonder gelijktijdig ontslag van de opdrachtnemer (de management-BV) als bestuurder.

Ook Hof Den Haag²⁵ zag begrijpelijkerwijs geen reden om de 15 april-arresten analogisch toe te passen. In de door het hof berechte casus was namelijk niet alleen sprake van een aan de bestuurder in persoon verleend ontslag – zodat dat niet automatisch de beëindiging van de met zijn management-BV gesloten managementovereenkomst (waarbij hij geen partij was) inhield –, maar ook zag de managementovereenkomst op meer dan alleen het verrichten van bestuurstaken. De managementovereenkomst was volgens het Hof dus ondanks het ontslag in stand gebleven.

20 E.S. de Bock, *ArbeidsRecht* 2014/64 (5); G.P. van Delden, *ArbeidsRecht* 2015/15 (6) en M.D. Ruizeveld, *TRA* 2014/35, noot bij: Hof Amsterdam 12 november 2013.

21 Hof Amsterdam 12 november 2013, *JAR* 2014/66 (*H.W. Holding/RDM Beheer*).

22 J.H. Bennaars, De rechtspositie van de bestuurder (diss.), 6.2.5, p. 256.

23 R.M. Beltzer “Hoe 15 april ook het einde van de managementovereenkomst kan meebrengen”, *AR updates* 2014-0620, M. Brink en S. Martis, “Het ontslag van de statutair bestuurder met een managementovereenkomst mede naar aanleiding van de Wet bestuur en toezicht”, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2013-1, p. 1 e.v.; T.D.E. Hoekstra, “De statutair bestuurder en de management-BV: een gespleten persoonlijkheid?”, *TAP* februari 2015, nummer 1, p. 4 e.v.; K. Wiersma, reactie op: “De analoge toepassing van de 15 april-arresten op de managementovereenkomst”, *ArbeidsRecht* 2015/45, p. 27 en L.G. Verburg, De bestuurder van de NV of BV, Boom Juridische uitgevers 2015, 6.3.3.1.

24 Hof Amsterdam 16 september 2014, *JAR* 2014/257 (*Langeveld/Emmenel, ook genoemd Maes & Lunau*).

25 Hof Den Haag 11 juni 2013, *RAR* 2013/126 (*Pannonia/Cadac*).

De voorzieningenrechters in Haarlem²⁶ en Utrecht²⁷ kiezen echter wel expliciet voor analogische toepassing. De Haarlemse rechter overweegt: *“Als uitgangspunt heeft te gelden dat een besluit tot ontslag van een statutair bestuurder in beginsel ook de beëindiging van de managementovereenkomst tot gevolg heeft”*, terwijl zijn ambtgenoot in Utrecht stelt: *“De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze “15 april-arresten” in het onderhavige geval analoog moet worden toegepast, hetgeen betekent dat het vennootschapsrechtelijk besluit om (X) als bestuurder te ontslaan, tevens leidt tot het einde van de managementovereenkomst met... (de management-BV van X, JJT)”*.

Opmerking verdient dat beide voorzieningenrechters er blijkbaar geen been in zien om de managementovereenkomst met de management-BV als beëindigd te beschouwen, terwijl niet daaraan, maar aan de DGA het ontslag verleend was. Anders gezegd, de duale band liep niet parallel. Hoewel deze band dus met twee verschillende (rechts) personen bestond (zie figuur 2), leidde het verbreken van de vennootschapsrechtelijke band met de bestuurder tot het eindigen van de contractuele band met de opdrachtnemer. Als het ware vindt ook hier *‘piercing the corporate veil’* plaats. Dat is vast reuze efficiënt, maar betekent wel een oprekking van een analogische toepassing.

13. Ten slotte

Het geheel overziende, moet de conclusie luiden dat er talloze mogelijkheden zijn om de managementovereenkomst, in combinatie met het (structuren van het) bestuur van een vennootschap, juridisch vorm en inhoud te geven. Voor degene die zich beweegt op het snijvlak van het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht, ligt hier een rijkdom aan uitdagingen. De overeenkomst van opdracht laat zich gewillig tot de gewenste modaliteit boetsen, waarbij echter – zo leert ook de rechtspraak – zorgvuldige afstemming met de statuten en andere vigerende regelingen, zoals een eventuele aandeelhoudersovereenkomst, zal dienen plaats te vinden.

De vraag of de 15 april-arresten analoge toepassing moeten vinden lijkt niet zo moeilijk te beantwoorden. Wanneer het wetshistorische contra-argument wordt gerelativeerd en afgewogen wordt tegen alle argumenten pro, slaat de balans ontegenzeggelijk door in het voordeel van het ‘ja-kamp’. Vooral het argument dat geen rechtvaardiging valt te bedenken voor de grotere bescherming van de bestuurder-opdrachtnemer dan van de bestuurder-werknemer, lijkt hout te snijden. Gezien ook de uiteenlopende uitspraken van de lagere rechter, zou het mooi zijn wanneer de Hoge Raad een eind zou maken aan het debat over de reikwijdte van de 15 april-arresten. Zolang dat nog niet het geval is, is de opsteller van een managementovereenkomst, hoe creatief hij verder ook te werk moge gaan, gewaarschuwd.

26 Rb. Haarlem (vzr) 16 februari 2012, JOR 2012/139, m.nt. Verburg (*A Beheer BV*).

27 Rb. Midden-Nederland (vzr) 7 juli 2014, JAR 2014/207 (*Dimari Brodrie/Online Results*).

Zelfstandigen in de thuiszorg

ArbeidsRecht 2016/42

In de wetgeving inzake de organisatie van thuiszorg is de laatste jaren veel veranderd. De wetgever richt zijn pijlen op meerdere doelen tegelijk: bescherming van de zorgvrager, efficiënte uitvoering van de zorg en faciliteren van zelfstandig ondernemerschap. Een recenter doel is het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Dit nieuwe doel bedreigt de voorgaande doelen die net gehaald leken te zijn. In deze bijdrage wordt besproken welke wetswijzigingen de positie van zelfstandigen in de zorg de afgelopen jaren hebben geraakt. Kunnen alle doelstellingen in dit domein wel worden gecombineerd?

1. Zorg aan huis door werknemer of opdrachtnemer

Langdurig zorgbehoevenden konden tot voor kort op grond van de AWBZ aanspraak maken op persoonlijke verzorging thuis. Op grond van de Wmo konden zij ondersteuning krijgen voor eenvoudige huishoudelijke taken. Vanaf 2015 is de zorgverlening aan huis in verschillende deels nieuwe wetten ondergebracht. Thans kunnen vormen van zorg aan huis worden betrokken via de Wet langdurige zorg², de Zorgverzekeringswet³ of de Wet Maatschappelijke Ondersteuning 2015⁴. Bij alle drie wetten kan die zorg worden verleend als zorg in natura of via een persoonsgebonden budget (pgb). Het grootste verschil is de keuzevrijheid van de zorgbehoevende. Bij zorg in natura kan de zorgbehoevende de thuiszorgorganisatie of zelfstandige die de zorg levert niet helemaal vrij kiezen, bij een pgb wel.

De contractuele verhoudingen krachtens welke een zorgverlener aan huis werkt, zij het als pgb'er of bij zorg in natura, kunnen verschillen. De zorgverlener kan als werknemer of als opdrachtnemer 'in dienst' zijn bij een thuiszorginstelling. De zorgverlener kan ook bij de particuliere zorgbehoevende 'in dienst' zijn, waarbij de zorgbehoevende optreedt als werkgever of als opdrachtgever. De keuze voor de contractuele inrichting van de relatie heeft gevolgen voor het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en belastingrecht. Een zelfstandige zal veelal een stuk goedkoper zijn dan een werknemer, omdat premies werknemersverzekering,

gen, pensioenpremies en cao-lonen niet verschuldigd zijn, en de zelfstandige ondernemer bovendien kan profiteren van belastingvoordelen, zodat hij tegen een lagere prijs kan werken.⁵ Second-best optie vanuit het oogpunt van de loonkosten is het op minder dan vier dagen per week in dienst treden bij de particulier als werknemer. In dat geval is de Regeling Dienstverlening Aan Huis van toepassing en zijn geen premies werknemersverzekeringen verschuldigd.⁶ Het duurst is de werknemer die op reguliere wijze in dienst is bij een thuiszorginstelling, of op vier of meer dagen per week bij een particulier.

Een variant bij bovenstaande constructies is de betrokkenheid van een derde partij. Voor een deel van de zorgbehoevenden is het bezwaarlijk om als werkgever of opdrachtgever op te treden. Voor de gemeente, het zorgkantoor of de zorgverzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als financiers van de zorg) is het bovendien niet praktisch om voor elke zorgbehoevende met een aparte zorgverlener zaken te doen, zeker nu voor een deel van die zorg aanbestedingsprocedures georganiseerd moeten worden. Om dit probleem op te lossen hebben thuiszorgondernemingen een bemiddelingsrol op zich genomen tussen de zorgbehoevende en de zorgverlener, waarbij zij feitelijk alle 'papierwerk' uit handen namen van de zorgbehoevende en zorgverlener, terwijl de zorgbehoevende juridisch gezien wel werkgever of opdrachtgever bleef.⁷

2. De zelfstandige bij zorg in natura

De bemiddelingsconstructie leek het ei van Columbus, maar leverde uiteindelijk toch problemen op bij de levering van zorg in natura. De Minister van VWS stelde zich omstreeks 2009 in navolging van de rechter⁸ op het standpunt dat de wet niet toestond dat een natuurlijk persoon zorgaanbieder was van zorg in natura.⁹ De wet stond dit alleen toe voor instellingen.¹⁰ Deze beslissing had vooral gevolgen voor belasting- en premieheffing. De constructie waarbij een thuiszorgonderneming 'slechts' bemiddelde bij het tot stand komen van een zorgovereenkomst tussen een zorgbehoevende en een zorgverlener ter verlening van zorg in natura, werd

1 Mevr. Prof. mr. dr. W.L. Roozendaal is bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht en uhd arbeidsrecht aan de VU.

2 De Wet langdurige zorg is de opvolger van de AWBZ. Zorg aan huis is mogelijk bij blijvende zorgbehoefte bestaand uit permanent toezicht of 24 uur per dag zorg in de nabijheid. De aanspraak geldt op indicatie van het Centrum Indicatiestelling Zorg jegens een zorgkantoor (zorgverzekeraar aangewezen als regionale uitvoerder van de Wlz).

3 De Zorgverzekeringswet geeft aanspraak op wijkverpleging, op indicatie van de wijkverpleegkundige. De aanspraak geldt jegens de zorgverzekeraar van de zorgbehoevende.

4 De Wmo geeft aanspraak op begeleiding in het dagelijks leven waaronder huishoudelijke hulp. De aanspraak geldt op indicatie van de door de gemeente aangewezen indicatie steller jegens de gemeente waar de zorgbehoevende woonachtig is.

5 IBO Zelfstandigen zonder personeel, april 2015, bijl. bij Tweede Kamerbrief 2 oktober 2015, ref. 2015-0000362520. Op minimumloonniveau is het verschil 40%.

6 Zie uitvoerig L. Bijleveld en E. Cremers, 'Een baan als alle andere? De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel', Vereniging voor Vrouw en Recht 2010.

7 Zie P. Vroonhof e.a., Naar een duurzaam bedrijfsmodel. Een beeld van (de mogelijkheden voor) zzp'ers die thuiszorg in natura leveren, Panteia, Zoetermeer 2014, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 32642, 5 (Kabinetbrief zzp'ers in de zorg). Daarnaast geeft de SVB administratieve ondersteuning aan pgb'ers.

8 O.a. Rb. 's-Gravenhage 4 februari 2009, IJN BH1818.

9 Kamerstukken II 2009/10, 30597, 155.

10 Tot 1 oktober 2012 konden alleen zorgaanbieders die ingevolge art. 1 lid 1 sub e en art. 1 lid 1 sub f AWBZ jo. art. 5 Wet toelating zorginstellingen (WTzi) beschikten over een toelating van de Minister van VWS een contract sluiten met een zorgkantoor. Daarna werd dit binnen een pilot mogelijk.

niet meer aanvaard door de Belastingdienst en het UWV. Zij beschouwden de zorgverlener die bemiddeld werd door een thuiszorgonderneming, vanaf dat moment in beginsel als werknemer van die thuiszorgonderneming.¹¹ De rechter nam dat oordeel over, zij het niet in alle gevallen.¹²

In de Wmo deden zich eveneens ontwikkelingen voor wat betreft de thuiszorg in natura. De constructie waarin de zorgverlener op arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht met de zorgbehoevende werkzaam was bleek bij de Wmo-zorg te gaan knellen, omdat de zorgbehoevenden veelal niet berekend waren op de werkgeverstaak. Dit leidde tot een wijziging van de Wmo in 2010.¹³ Krachtens art. 6 en 6a Wmo (oud) mocht de zorgbehoevende voortaan alleen geconfronteerd worden met een werkgevers- of opdrachtgeversrol als hij voor een pgb koos. Bij zorg in natura zal hij rechtstreeks zorg betrekken van de zorgfinancier, of hooguit klant van een thuiszorginstelling zijn. Art. 6 en 6a Wmo (oud) zijn in de Wmo 2015 niet overgenomen, maar staatssecretaris Van Rijn heeft inmiddels toegezegd om dit te herstellen.¹⁴

3. De zelfstandige in de WKKGZ

Door een zeker deel van de zelfstandige zorgverleners werd met name de ontwikkeling in de AWBZ betreurd als een beperking van hun ondernemerschap. Mede daarom is in een overkoepelende nieuwe wet, de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (WKKGZ) in art. 1 en 2 veiliggesteld dat zzp'ers ook zorg kunnen verlenen. Onder het begrip zorgaanbieder in de zin van de Wlz (de opvolger van de AWBZ), de Wmo en de Zorgverzekeringswet vallen nu ook natuurlijke personen die solistisch werken.¹⁵ De solistisch werkende zorgaanbieder hoeft niet rechtstreeks te contracteren met een financier van de zorg en ook niet met de zorgbehoevende. De zorg kan verleend worden door een keten van zorgaanbieders.¹⁶ Aldus kunnen thuiszorginstellingen als zorgaanbieder contracteren met een financier van de zorg, zorgbehoevenden als klanten werven en vervolgens de daadwerkelijke uitvoering van de zorg uitbesteden aan een zelfstandige zorgverlener. Een zzp'er kan met de zorgbehoevende contracteren, maar ook werken met een thuiszorginstelling als onderaannemer.¹⁷

Ogenschijnlijk is met name met deze onderaannemingsconstructie een ingewikkelde puzzel opgelost: zorgbehoevenden hoeven niet ongewild werkgever of opdrachtgever te zijn, zzp'ers kunnen zelfstandig en tegen voor de zorgfi-

nanciers aantrekkelijke tarieven aan de slag, en de communicatie met de financiers verloopt efficiënt door de tussenkomst van thuiszorginstellingen. Maar helemaal opgelost is de puzzel natuurlijk niet. Want de doorgewinterde arbeidsrecht- en socialezekerheidsrechtjurist zal het zich al hebben afgevraagd: wat maakt die zogenaamde zelfstandige zorgverlener eigenlijk zo zelfstandig?

4. Beoordeling arbeidsrelatie door fiscus

Tot omstreeks 2008 was de vraag of de zzp'er in de thuiszorg wel echt zelfstandig was, in de praktijk minder relevant. De zorgverlener die als zelfstandige aan de slag wilde, hoefde immers grof gezegd alleen maar via internet een VAR-WUO aan te vragen en daarbij de wenselijke antwoorden in te vullen, waarna de opdrachtgever was gevrijwaard van premies werknemersverzekeringen. Op een gegeven moment is de Belastingdienst echter actief gaan handhaven in deze sector door VAR-WUO's te weigeren of te herzien in geval van zorgverleners die via een thuiszorginstelling werkten.¹⁸ Dit had vooral nadelige gevolgen voor de zorgverleners. De zorgverlener was haar aanstelling kwijt, had geen aanspraak op werknemersverzekeringen maar was wel inkomstenbelasting verschuldigd, terwijl de belastingvoordelen voor ondernemers werden ingetrokken. Van premieheffing met terugwerkende kracht bij de werkgever was geen sprake.

Vanaf 1 mei 2016 is de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties van kracht, waardoor de opdrachtgever de garantie tegen naheffing van premies van de VAR-WUO kwijt is. Om de daarmee gepaard gaande onzekerheid voor partijen die geen arbeidsovereenkomst willen enigszins te beperken, kunnen partijen gebruikmaken van door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomsten, of hun eigen overeenkomst aan de Belastingdienst voorleggen. Die overeenkomsten beogen veelal te verzekeren dat partijen een overeenkomst van opdracht sluiten.¹⁹

Voor wat betreft de thuiszorg is tot nu toe een beperkt aantal goedgekeurde overeenkomsten op de website van de Belastingdienst gezet. De enige overeenkomst die speciaal thuiszorg als onderwerp heeft, betreft een raamovereenkomst tussen een thuiszorginstelling en de 'solistisch werkende' zorgverlener als onderaannemer.²⁰ In de raamovereenkomst wordt gereguleerd hoe partijen met elkaar zullen gaan werken als er daadwerkelijk een opdracht wordt verstrekt. De wijze waarop partijen met elkaar willen gaan werken is enerzijds nauwelijks te onderscheiden van een arbeidsovereenkomst met een oproepkarakter. De opdrachtgever moet de opdracht zelf uitvoeren. Als de zorgverlener verhinderd is, wordt een overeenkomst van opdracht met een andere zorgverlener gesloten. Er kan dus worden aange-

11 *Kamerstukken II 2009/10, 30597, 155.*

12 Rb. Arnhem 29 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2007:BM0873; Rb. Leeuwarden 2 september 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN886; Rb. Noord-Nederland 29 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2168. Anders: Rb. Leeuwarden 19 mei 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BW8918; Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6128; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7283.

13 *Stb.* 2009, 346.

14 *Kamerstukken II 2014/15, 29282, 238* (Kamerbrief 4 december 2015). Voor zover ik weet is er nog geen voorstel van wet waarin deze toezegging wordt nagekomen.

15 *Kamerstukken II 2013/14, 32642, 5* (Kabinetsbrief zzp'ers in de zorg).

16 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, 3, p. 93, 98.*

17 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, 3, p. 93, 98.*

18 *Kamerstukken II 2009/10, 30597, 155.*

19 In het kader van deze wetswijziging is overigens ook een wijziging aangebracht in de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen (het *Rariteitenbesluit*), volgens welke partijen o.a. de fictieve dienstbetrekking van de gelijkgestelde persoonlijk dienstverrichter mogen uitsluiten. Zie *Stb.* 2016, 165.

20 Thuiszorg via een zorginstelling (9015550000-08, d.d. 14 oktober 2015).

nomen dat sprake is van een persoonlijke arbeidsverplichting tegen betaling. Voor wat betreft de gezagsbevoegdheid is van belang dat de thuiszorginstelling zorgaanbieder is en daarom krachtens de WKKGZ verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de geleverde zorg.²¹ Uiteraard zal het die kwaliteit bewaken door het monitoren van de zorgverlener en het geven van aanwijzingen aan de zorgverlener. Er kan mitsdien gesproken worden van een gezagsbevoegdheid, al kan die natuurlijk ook worden aangemerkt als de aanwijzingsbevoegdheid van een opdrachtgever.

Anderzijds zijn er ook aanwijzingen dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht. Tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst spreekt uiteraard dat partijen de overeenkomst zelf als overeenkomst van opdracht benoemen. Daarnaast bevat de overeenkomst bijzonderheden die niet gebruikelijk zijn bij een arbeidsovereenkomst, zoals de verplichting voor de zzp'er om een aansprakelijkheidsverzekering te sluiten. Ook bevat de toelichting de aanbeveling om in de gaten te houden dat de zzp'er minstens een andere opdrachtgever heeft.

De vraag is dus hoe een rechter hierover zal oordelen. De fiscale rechter toetst of de zelfstandige als zelfstandig ondernemer of als werknemer kan worden aangemerkt. Volgens vaste jurisprudentie is sprake van een zelfstandig uitgeoefend beroep, indien de werkzaamheden door de belastingplichtige zelfstandig en voor eigen rekening en risico worden verricht en hij daarbij ondernemersrisico loopt.²² In de thuiszorg leidde dit criterium tot nu toe tot het oordeel dat zelden sprake is van zelfstandig ondernemerschap als de zorgverlener werkt met een thuiszorginstelling. Naast de jurisprudentie waarin werd geoordeeld dat de zorgverleners die zich door een thuiszorgorganisatie lieten bemiddelen geen zelfstandig ondernemers waren, is er inmiddels een stroom jurisprudentie waaruit blijkt dat thuiszorgverleners die fungeren als onderaannemer van thuiszorginstellingen geen zelfstandig ondernemer zijn.²³ Factoren die hierbij een rol speelden waren onder andere het ontbreken van debiteurenrisico, het niet zelfstandig kunnen opstellen van een zorgplan, en algehele afhankelijkheid van de thuiszorginstelling bij het verkrijgen van opdrachten. In de meeste gevallen heeft de rechter tevens vastgesteld dat de zorgverlener een werknemer was.

Ik zie geen reden voor de fiscale rechter om voor de beoordeling van arbeidsrelaties waarin met deze modelovereenkomst wordt gewerkt, van deze lijn af te wijken. Het enkele feit dat de WKKGZ deze constructie inmiddels toelaat kan daarvoor immers geen betekenis hebben, nu deze wet is geschreven om de kwaliteit van de zorg te bewaken en niet om

de werkingssfeer van arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht te wijzigen.²⁴ Natuurlijk hangt de vraag of een thuiszorgverlener zich in een concreet geval manifesteert als zelfstandig ondernemer, af van de omstandigheden van het geval. Indicaties van zelfstandig ondernemerschap zouden kunnen zijn dat de zorgverlener meerdere opdrachtgevers heeft, actief aan acquisitie doet, geregeld onderhandelt over tarieven, wisselt van opdrachtgever, investeert, risico loopt, etc. Zelfs het werken met vele opdrachtgevers was blijkens de gepubliceerde rechtspraak geenszins een garantie dat de rechter de zorgverlener als zelfstandige aanmerkte, nu in de feitelijke werkrelatie volgens de rechter nog steeds onvoldoende sprake was van zelfstandigheid.²⁵

5. Beoordeling arbeidsrelatie door de civiele rechter

Zowel de fiscale rechter als de civiele rechter moeten zich houden aan de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven voor de vaststelling van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De vraag kan rijzen wat in dit geval de betekenis moet zijn van het feit dat het antwoord op de vraag welke overeenkomst van werk, partijen hebben gesloten, volgens de Hoge Raad wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.²⁶ Dit aspect wordt vaak aangeduid als de partijbedoeling en speelt van oudsher een grotere rol in het civiele recht dan in het socialezekerheidsrecht.²⁷

De partijbedoeling kan worden opgevat als de kwalificatie die partijen zelf aan de overeenkomst hebben gegeven (het etiket). Dit is bij gebruik van de modelovereenkomst zoals gezegd die van een overeenkomst van opdracht. In de lagere civiele rechtspraak waarin het gaat om de keuze tussen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, zijn geregeld uitspraken te vinden waarin de rechter aan het door partijen gekozen etiket overwegende betekenis toekent.²⁸ Een dergelijk voorbeeld heb ik ook aangetroffen in een zaak over een thuiszorginstelling die een zorgverlener eerst in dienst had als werknemer om deze daarna aan te stellen als 'zelfstandige freelancer'.²⁹ In de literatuur wordt betoogd dat de fiscale rechter zich bij deze trend in de lagere civiele rechtspraak zou moeten aansluiten.³⁰

21 Zie art. 4 lid 1 sub b WKKGZ en *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 3, p. 93.
 22 O.a. HR 16 september 1992, nr. 27 830, ECLI:NL:HR:1992:ZC5085 en HR 29 mei 2009, nr. 07/10538, ECLI:NL:HR:2009:BH0499.
 23 Rb. Den Haag 02 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4794; Rb. Den Haag 23 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11156; Rb. Zeeland-West-Brabant 05 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5301; Rb. Noord-Nederland 17 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4543 en ECLI:NL:RBNNE:2015:4444; Rb. Noord-Nederland 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6291; Hof Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3255; Rb. Gelderland 1 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8106; Hof Den Haag 18 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2015:11275.

24 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 32642, 5, Kabinetsbrief zzp'ers in de zorg.
 25 Zie bijv. Hof Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3255, zorgverlener in onderaanneming voor tien verschillende opdrachtgevers, toch telkens een arbeidsovereenkomst, herziening VAR-WUO.
 26 Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:BP3887, RSV 2011/166, m.nt. L. van den Berg (*Gouden Kooi-arrest*).
 27 L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. RU), Den Haag: Bju 2010.
 28 Zie voor een overzicht B. Emmerig en P.E.F. Domevscek, 'Herijking van de Handreiking', *WFR* 2016/172.
 29 Rb. Zeeland-West-Brabant 12 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7769.
 30 B. Emmerig en P.E.F. Domevscek, 'Herijking van de Handreiking', *WFR* 2016/172.

6. Dwingend recht

Zou het etiket op de overeenkomst een reden kunnen zijn om te concluderen dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, ook al is de wijze waarop partijen willen samenwerken niet te onderscheiden van een arbeidsovereenkomst en heeft de zorgverlener niet de maatschappelijke positie van een zelfstandige? Deze zienswijze valt niet te rijmen met het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Het is in strijd met art. 7:610 BW en art. 3 WW en ZW om de wijze waarop partijen zelf hun overeenkomst kwalificeren (het etiket) van betekenis te achten voor de vraag of het al dan niet een arbeidsovereenkomst is. Dit taalspel moet worden doorgeprikt juist om te voorkomen dat een onderklasse ontstaat, die in het slechtste geval in volstreekte afhankelijkheid van de opdrachtgever werkt, onverzekerd tegen ziekte of werkloosheid en tegen tarieven op of onder het minimumloon, omdat zij niet de onderhandelingspositie heeft om te bereiken dat de overeenkomst niet een overeenkomst van opdracht maar een arbeidsovereenkomst wordt genoemd.

Dit is dan ook niet wat de Hoge Raad bedoeld kan hebben als hij zegt dat betekenis mag toekomen aan hetgeen partijen voor ogen stond bij het sluiten van de overeenkomst. Logischer is dat dit criterium betrekking heeft op de vraag welke verwachtingen zij hadden van de wijze waarop zij zich jegens elkaar zouden gaan gedragen, ongeacht de benaming die zij voor dat gedrag kozen. Ook de wijze waarop zij zich vervolgens daadwerkelijk gedroegen is van belang voor de kwalificatie van de overeenkomst. Het gaat om de te verwachten of daadwerkelijke verrichte handelingen, niet om de gekozen woorden voor die handelingen. Aldus is mijn conclusie dat de thuiszorgverlener die zogenaamd onderaannemer is in een duurzame betrekking met een thuiszorginstelling, in verreweg de meeste gevallen een schijnzelfstandige met een arbeidsovereenkomst zal zijn, zowel naar fiscaal en socialezekerheidsrecht, als naar het civiele arbeidsrecht. Het is mij niet duidelijk waarom de Belastingdienst dat blijkens de besproken modelovereenkomst anders ziet.

7. Maar de blijde zelfstandige dan?

Nu zijn er zzp'ers in de zorg die niet belemmerd willen worden om als zelfstandige te werken. Zij ervaren het keurslijf van een arbeidsovereenkomst als te knellend en kunnen meer verdienen als zelfstandige. Als het om een opdrachtnemer gaat die geen ondernemer is maar in feite een duurzame relatie heeft met een of twee thuiszorginstellingen, dan leggen deze argumenten wat mij betreft onvoldoende gewicht in de schaal. De vrijheid van doen en laten die deze zzp'ers ervaren in hun relatie met de thuiszorginstelling kan immers ook in een arbeidsovereenkomst worden geboden; het recht staat daar niet aan in de weg. Het gegeven dat als zelfstandige meer wordt verdiend, kan voor een individu wel een overtuigend argument zijn, maar dit ondermijnt het systeem als geheel. De zorgverlener die kiest voor een hoger netto inkomen in plaats van een mogelijk recht op uitkering,

schat zichzelf waarschijnlijk in als een goed risico. Voor het financiële draagvlak voor de werknemersverzekeringen is echter van belang dat iedereen bijdraagt aan de kassen, ook de goede risico's. Daarom is er sprake van verzekering voor de werknemersverzekeringen van rechtswege, en staat het ook werknemers met een goede arbeidsmarktpositie niet vrij om daarvan af te zien.

Het gevolg van aanstelling van zzp'ers via thuiszorginstellingen of bemiddelaars in de thuiszorg is bovendien dat daardoor het loon van reguliere werknemers onder druk komt te staan. In aanbestedingsrondes van gemeenten leidt de concurrentie tussen thuiszorginstellingen met en zonder zzp'ers tot een 'race to the bottom'. Naast de bezuinigingen in de thuiszorg zou de druk om goedkoper te offeren een verklaring kunnen vormen voor de recente faillissementen bij grote thuiszorgorganisaties. Dit probleem heeft ook het kabinet onderkend, al wordt het vooralsnog halfhartig bestreden.³¹ Het beperken van concurrentie op arbeidsvoorwaarden moet onder andere worden bereikt door de afspraak dat de gemeenten een reële kostprijs zullen hanteren voor werkenden in de thuiszorg. De AMvB waarin dit wordt uitgewerkt schrijft echter niet voor dat dit de kostprijs van een *werknemer* moet zijn en laat aldus de prijsvoordelen van zzp'ers nagenoeg onverlet.³² Hopelijk is de achterliggende gedachte niet, dat de thuiszorg daardoor betaalbaar kan blijven voor de belastingbetaler. Publiek gefinancierde banen moeten immers reguliere banen zijn tegen fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden, zo stelde de staatssecretaris terecht.³³

8. Besluit

Bescherming van de zorgvrager, efficiënte uitvoering van de zorg en bestrijden van schijnzelfstandigheid kunnen worden verenigd in een bedrijfsmodel: de thuiszorginstelling die werkt met werknemers. De facilitering van zelfstandig ondernemerschap voor solistisch werkende zorgverleners valt hier niet goed in te passen. Het is de vraag of dat betreurd moet worden. Er zijn maar weinig solistisch werkende zorgverleners die zich daadwerkelijk manifesteren als ondernemer en die dat wel doen, kunnen inderdaad buiten de werknemersverzekeringen blijven. De vrijheid die de aan een thuiszorginstelling verbonden zzp'ers zeggen te ontberen in een reguliere arbeidsrelatie, is een probleem dat serieus genomen moet worden, maar dat ook opgelost kan worden binnen het arbeidsrecht. Solistisch werkende zelfstandigen hoeft echter niet te worden toegestaan om buiten de arbeidsovereenkomst te blijven, louter omdat zij dan meer kunnen verdienen. Ontduiken van premies is lucratief, maar ondermijnt het financiële draagvlak van verzekeringen. Wie daaraan tornt, tornt aan de bestaansvoorwaarden van de welvaartsstaat.

31 *Kamerstukken II 2015/16, 29282, 244*, Nota Arbeidsmarktbeleid en opleidingen zorgsector.

32 Voorhang ontwerpbesluit, brief Van Rijn d.d. 21 juni 2016, kenmerk 984340-152495-WJZ.

33 *Kamerstukken II 2014/15, 29282, 238* (Kamerbrief 4 december 2015).

Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 *FNV Kiem/de Staat der Nederlanden*

ArbeidsRecht 2016/43

Waar werknemers en zzp'ers in een onderneming dezelfde activiteiten verrichten kan concurrentie op de prijs van de arbeid ontstaan. In het belang van zowel de werknemers als de zzp'ers willen de vakbonden graag cao-afspraken in de vorm van minimumtarieven overeenkomen. Een dergelijke cao werd echter in 2007 door de NMa als in strijd met het EU en Nederlandse mededingingsrecht beoordeeld. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in december 2014 anders (C-413/13). Deze zelfstandigen kunnen gedurende de loop van de opdrachtovereenkomst onder voorwaarden worden beschouwd als werknemers. Ook voor hen mogen derhalve cao-afspraken in de vorm van minimumtarieven worden overeengekomen.

1. Disclaimer

Het lijkt me maar het best met de deur in huis te vallen met een disclaimer. Het volgende artikel is gebaseerd op mijn eigen ervaring als beleidsjurist van de FNV. Van 2008 tot heden ben ik zeer nauw betrokken bij de rechtsgang richting Luxemburg en weer terug, die hieronder wordt beschreven. Mijn perspectief is dat van FNV, de vakbond die de zaak ahangig maakte.

2. Inzet: de remplaçanten-cao

Tot 2007 onderhandelden de werkgeversorganisatie VSR (Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten) en de Stichting Muziekcentrum van de Omroep met FNV Kiem en de NTB (Nederlandse Toonkunstenaarsbond, een verbond van musici dat niet bij een vakcentrale is aangesloten) over de vergoeding voor de remplaçanten. Remplaçanten zijn musici die op basis van een opdracht-overeenkomst meespelen in een orkest. Zij moeten worden onderscheiden van de solisten, die weliswaar ook op basis van een overeenkomst van opdracht werken met een orkest of organisator van een muziekvoorstelling, maar geen deel uitmaken van het orkest. Over het algemeen wordt een remplaçant ingezet als een musicus vanwege ziekte of een andere reden verhinderd is zijn partij te spelen. In de cao, noch elders is echter limitatief of anderszins omschreven onder welke omstandigheden de inzet van een remplaçant is toegestaan. Potentieel levert de inzet van opdrachtnemers in de plaats van vaste werknemers uiteraard een risico van

prijsconcurrentie op de arbeid op. Aan de arbeidsovereenkomst is in ons arbeidsbestel een flink aantal beschermende maatregelen verbonden ten aanzien van de risico's ziekte, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en oudedagsvoorziening. Een werkgever die daar onderuit wil komen kan een opdrachtnemer contracteren, ten aanzien waarvan hij niet die prijs zou hoeven betalen. Onderbieding is voor beide categorie werkenden negatief, zowel voor de werknemers als de opdrachtnemers. De eersten raken hun baan kwijt en de tweede groep wordt niet beschermd tegen die risico's die verband houden met de arbeid. Om die reden werd in de remplaçanten-cao een minimumtarief overeengekomen. Daardoor verminderde de prikkel om werknemers door opdrachtnemers te vervangen en konden opdrachtnemers als zij werden ingezet tot op zekere hoogte toch de bescherming privaat of anderszins inkopen. De regeling was simpel; het orkest dat een opdrachtovereenkomst aanging met een remplaçant, verbond zich via de cao een opslag van 16% op het loon te betalen. Voor alle partijen, werkgevers, werknemers en de zelfstandige musici leverde dit een profijtelijke situatie op.

3. Spanning tussen arbeidsrecht en mededingingsrecht

De partijen bij de cao vonden echter de toenmalige NMa (de Nederlandse Mededingingsautoriteit, nu Autoriteit Consument en Markt, hierna: ACM) op hun weg. Deze gaf hen te verstaan dat hun afspraak buiten de zogenaamde 'cao-exceptie' van art. 16, onder a Mededingingswet (hierna ook: Mw) zou vallen. De NMa maakte echter geen gebruik van haar bevoegdheid om een boete te stellen, maar gaf aan dat zij de procedure die kon uitmonden in een boete zou staken, als cao-partijen de gewraakte bijlage uit de cao zouden schrappen. Zowel de VSR als de NTB schrokken terug voor het perspectief van een torenhoge boete. Onder de dreiging dat een boete een reëel gevaar zou zijn voor het voortbestaan van de niet zo kapitaalkrachtige NTB, trok deze zich terug uit de onderhandelingen. FNV KIEM (hierna: FNV) was als enige partij niet bereid om op het 'aanbod' van de NMa in te gaan. Ook omdat de NMa op dat moment niet wilde aangeven of en zo ja, op welke wijze in strijd werd gehandeld met de Mededingingswet. Na het terugtrekken van de NTB en de VSR kon weliswaar een nieuwe cao worden overeengekomen, maar zonder de vertegenwoordiging van de zelfstandige musici. En daarmee dus zonder de bepaling over het minimumtarief.

¹ Prof. mr. K. Boonstra is hoogleraar Internationaal Sociaal recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en beleidsjurist bij de FNV.

4. Het Visiedocument

De uiteenzetting van de NMa kwam later in december 2007 in de vorm van het Visiedocument 'Cao-tarievenbepalingen voor zelfstandigen'.² De casus van de remplaçanten werd daarin ten voorbeeld gesteld als zijnde in strijd met de Mededingingswet. Gesteld werd dat in cao's in beginsel geen minimum- of vaste tarieven voor zelfstandigen mochten worden vastgelegd omdat deze niet vallen onder de cao-exceptie.³ Dat is de uitzondering die de cao onder voorwaarden vormt op het mededingingsrecht, te vinden in art. 16a Mw.⁴ Het document stelt dat ten aanzien van natuurlijke personen die arbeid verrichten (slechts) onderscheid kan worden gemaakt tussen werknemers en zelfstandige verrichters van economische activiteiten. De eersten worden gedefinieerd door het EU werknemersbegrip van art. 39 TEU⁵, de laatsten worden als ondernemingen gekwalificeerd. Tussen beide categorieën bestaat volgens het document geen licht. De NMa gaat ervan uit dat een natuurlijk persoon die op basis van een overeenkomst van opdracht economische activiteiten verricht en de daarmee verbonden risico's draagt, als onderneming moet worden aangemerkt.⁶ De NMa onderkent weliswaar het probleem van de schijnzelfstandigen, dat wil zeggen werknemers die ten onrechte worden beschouwd als zzp'ers, maar niet dat ook werkelijke opdrachtnemers onder voorwaarden binnen de juridische categorie werknemers (en dus de cao-exceptie) kunnen vallen. Ten aanzien van arbeidsrelaties met musici, die in de zin van sociale en fiscale wet- en regelgeving worden gelijkgesteld aan werknemers, stelt NMa dat zij geen aanleiding ziet deze niet als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht te beschouwen. De NMa benadrukt dat: 'ook musici die op zelfstandige wijze hun vak economische exploiteren en de daaraan verbonden financiële risico's dragen, als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht kunnen worden aangemerkt'.

De vervolgedenering van de NMa was al even simpel als die over de tweedeling in de arbeidsrelaties; als de werkende zelfstandige een onderneming is, dan is zijn vertegenwoordigende organisatie een ondernemersvereniging en geen vakbond. Als die vereniging dan gaat onderhandelen met een werkgeversvereniging, zijnde ook een ondernemersvereniging, dan is het resultaat een verboden prijsafspraken, niet op een markt voor consumenten maar op de arbeidsmarkt. NMa stelt dat het tarief een belangrijk marketinginstrument is voor zelfstandigen.⁷ Ten aanzien van de breedte van de cao-exceptie, die de NMa uiteraard wel erkent, was de visie dat de aard en het doel van een cao-bepaling zoals die

van de remplaçanten-cao buiten het sociale domein lagen, zoals dat door de EU- en de Nederlandse wetgever was beoogd. Over de onderbieding die ontstaat zonder minimumtarieven stelt NMa dat dit gekozen middel (het minimumtarief) in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel. Met een ander middel, de verbetering van arbeidsvoorwaarden voor werknemers zou het doel al kunnen worden behaald. De NMa gaat niet direct in op het verband tussen die twee middelen; het feit dat een lagere prijs voor zelfstandigen het bereiken van een verbetering van de arbeidsvoorwaarden voor werknemers in de weg staat. Wel merkt zij op dat inwilliging van een verzoek tot algemeen verbindend verklaren van de cao zou leiden tot versterking van de gevolgen van een met het mededingingsrecht strijdige uitspraak. Daarmee tonend dat de 'race to the bottom' waartegen algemeenverbindendverklaren beschermt, in de visie van de NMa althans, niet tot enige zorg leidt.

5. De gang naar de rechter

Voor de partijen bij de remplaçanten-cao leverde die handelswijze van de NMa een probleem op. Bij gebrek aan een besluit of een beschikking is het immers lastig een procedure te starten. Dreigen met een boete, of deze nu op juiste of onjuiste gronden wordt aangekondigd, is daarvoor immers geen middel. Maar het effect van de dreiging was wel degelijk dat de vrijheid van collectief onderhandelen werd beperkt. De partijen waren namelijk van mening dat hun handelen binnen de lijnen van de cao-exceptie viel. Vanwege die moeilijkheid werd een bijzondere vordering in de dagvaarding opgenomen, waarmee FNV een lange rechtsgang begon die pas in 2015 zou eindigen.

Omdat de NMa geen eigen rechtspersoon was werd de Staat der Nederlanden gedagvaard. FNV stelde dat de Staat ten aanzien van haar onrechtmatig had gehandeld en vroeg om een verklaring van recht inhoudende dat het mededingingsrecht (art. 6 Mw jo. art. 81 EG-verdrag) zich in gevallen als in de casus aan de orde, niet verzet tegen een cao-bepaling die de werkgever ertoe verplicht tegenover zelfstandigen zonder personeel bepaalde (minimum)tarieven in acht te nemen. Daarbij vorderde zij een verklaring voor recht dat de publicatie van het Visiedocument jegens FNV onrechtmatig was. Ook suggereerde FNV dat het verstandig zou zijn om de rechtsvraag voor te leggen aan het HvJ EU, omdat immers het EU-mededingingsrecht het nationale recht dicteert. De landsadvocaat achtte het stellen van prejudiciële vragen echter niet nodig en stelde dat FNV uitging van een onjuiste uiteenzetting inzake het (Europese) mededingingsrecht. Net als de eis in de dagvaarding werd het verweer van de landsadvocaat uiteraard veel uitgebreider onderbouwd dan ik hier in kort bestek kan weergeven. Maar de landadvocaat herhaalde *grosso modo* de opvattingen van het visiedocument.

6. Van rechtbank naar hof

Voor de FNV was de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage teleurstellend. Deze oordeelde dat het minimumtarief

2 www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7129/Cao-tariefbepalingen-voor-zelfstandigen-en-de-Mededingingswet/.

3 R.o. 7 en 8.

4 M.S. Wirtz, 'Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht', 2006, Kluwer: Deventer ISBN 90 13 03973 1.

5 Welk werknemersbegrip overigens op grond van een aantal arresten van het HvJ EU veel breder is dan dat van art. 7:610 BW. Bijv. Kempf, HvJ EG, 3 juni 1986, C-139/85.

6 Zie noot 1, p. 12.

7 Zie noot 1, p. 17.

in de cao slechts indirect een effect zou hebben op de arbeidsvoorwaarden van werknemers en dat daarmee niet was voldaan aan de eis uit de eerdere jurisprudentie dat de cao-exceptie alleen geldt bij een direct effect. Bovendien stelde de rechtbank dat ook als de visie van de NMa onjuist zou zijn, dit niet zou meebrengen dat NMa jegens FNV onrechtmatig gehandeld zou hebben. Hierop stelde FNV hoger beroep in bij het Hof 's-Gravenhage. Het hof verwierp de opvatting van de rechtbank dat de FNV, ook als het visiedocument een onjuiste rechtsopvatting zou bevatten, geen belang zou hebben bij de eis. Het gaf aan dat het voor FNV immers na de publicatie van het visiedocument veel lastiger was geworden om te onderhandelen in sectoren waar het onderhavige probleem speelt. Het hof ging in tegenstelling tot de rechtbank wel over tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Kort weergegeven luiden die: valt een minimumtarief al binnen de cao-exceptie omdat deze in een cao is opgenomen, en als dat enkele feit van de cao onvoldoende is voor een bevestigend antwoord, valt zo'n cao-bepaling dan buiten het mededingingsrecht als deze (mede) is bedoeld ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer en maakt het daarbij bovendien nog uit of dat effect direct, dan wel indirect is?

7. De conclusie van advocaat-generaal Wahl

Het duurde ruim twee jaar voor A-G Wahl van het HvJ EG zijn conclusie uitbracht.⁸ Hij begon met uiteen te zetten dat het overeenkomen van cao's enkel voor zelfstandigen uit den boze is, dat het mededingingsrecht zich daar uitdrukkelijk tegen verzet. Vervolgens benut hij echter zijn wat vrijere rol in de rechtsgang om uiteen te zetten dat op de arbeids- en dienstenmarkt ten aanzien van werknemers en zelfstandigen in de loop der tijd wel het een en ander is veranderd. Hij onderscheidt zelfstandigen die volledig als ondernemer werken, maar ook zelfstandigen die zich nauwelijks in iets anders dan hun formele contract onderscheiden van werknemers. Hij tipt als het ware de sociaal-politieke kant van de problematiek aan, waarmee hij ook aandacht toont voor het risico van onderbieding. Maar, zo stelt hij: 'Het loutere feit dat sommige zelfstandigen zich in een situatie kunnen bevinden die, economisch gezien, bepaalde kenmerken gemeen heeft met die van werknemers, rechtvaardigt geen volledige en a-priorigelijkstelling van de twee categorieën economische actoren.'⁹ Hij houdt vast aan de eis dat de cao de belangen van de werknemers moet bevorderen en niet die van de zelfstandigen, ook niet als zij zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden.

De A-G stelt dat de mogelijkheid voor werkgevers om werknemers te vervangen door andere personen op wie zij de arbeidsvoorwaarden van de toepasselijke cao niet hoeven toe te passen, de onderhandelingspositie van werknemers aanmerkelijk kan verzwakken. Hoe zouden werknemers bijvoorbeeld geloofwaardig loonsverhoging kunnen vra-

gen wanneer zij weten dat zij gemakkelijk en snel kunnen worden vervangen door zelfstandigen die hetzelfde werk vermoedelijk voor een lagere beloning zouden doen? Dat is exact de casus van de remplaçanten-cao. Indien werknemers derhalve niet over een zekere bescherming tegen sociale dumping beschikken, zouden hun vermogen en prikkel om collectieve onderhandelingen met werkgevers te voeren ernstig worden verzwakt. Vanuit die optiek kan de mogelijkheid voor werknemers om in cao's bepalingen op te nemen die het behoud van een bepaald aantal arbeidsplaatsen in de ondernemingen van de werkgevers moeten garanderen, worden beschouwd als een noodzakelijk vereiste om daadwerkelijk te kunnen onderhandelen over verbeteringen van andere werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Om al deze redenen acht de A-G het voorkómen van sociale dumping een doel dat legitiem kan worden nagestreefd door een collectieve overeenkomst die bepalingen bevat die zien op zelfstandigen en kan het ook tot de essentiële onderdelen behoren waarover wordt onderhandeld. Op grond daarvan komt hij tot de slotsom dat cao-bepalingen waarover namens en in het belang van de werknemers is onderhandeld die ertoe strekken sociale dumping te voorkomen, in beginsel moeten worden geacht hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks te verbeteren in de zin van de *Albany*-rechtspraak.¹⁰

De conclusie van de A-G bracht de FNV weliswaar niet in jubelstemming, want verkoop het vel van de beer niet voor deze geschoten is, maar de conclusie bood toch wel veel hoop voor een positieve uitspraak van het hof. Een algemeen geldend recht om voor zelfstandigen te mogen onderhandelen werd niet erkend, maar daar was ook helemaal niet om verzocht. Uiteraard wist FNV dat dat een brug te ver zou zijn geweest. Maar de conclusie dat de vakbonden in cao's minimumtarieven mochten opnemen in het belang van de werkgelegenheid en verbetering van de arbeidsvoorwaarden voor de werknemers, teneinde sociale dumping tegen te gaan was precies wat werd beoogd.

8. Arrest C-413/13 van het HvJ EU

De uitspraak van het HvJ EU volgde al binnen twee maanden. Aan sociaal-politieke uiteenzettingen waagde het zich niet, de term sociale dumping komt in de uitspraak niet voor. Maar al is het wat indirecter, het hof toont wel dat ze gevoelig is voor de argumenten van de A-G over de veranderende rol van zelfstandigen ten opzichte van de werknemers op de arbeidsmarkt. Ten aanzien daarvan merkt het hof op dat het eerder heeft gepreciseerd dat de kwalificatie als 'zelfstandige' naar nationaal recht niet uitsluit dat een persoon moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult.¹¹ Daarmee lijkt het hof te duiden op de werkenden die in het algemeen spraakgebruik 'schijnzelfstandigen' wor-

8 Conclusie van A-G N. Wahl van 11 september 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media tegen de Staat der Nederlanden.

9 R.o. 58.

10 Arrest van het Hof van 21 september 1999. *Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*. C-67/96.

11 C-413/13, r.o. 35.

den genoemd. Daarmee wordt over het algemeen bedoeld werkenden die met recht een arbeidsovereenkomst zouden kunnen claimen als ze hun overeenkomst aan de rechter zouden voorleggen. Echter, het hof duidt een andere categorie: 'aan de status van "werknemer" wordt in de zin van het recht van de Unie niet afgedaan door het feit dat een persoon naar nationaal recht op fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, voor zover die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt'.¹² Het betreft hier dus niet schijnzelfstandigen die eigenlijk werknemer zijn, maar zelfstandige opdrachtnemers die op opdrachtovereenkomst werken, maar in zekere mate afhankelijk zijn, vergelijkbaar met werknemers die onder een gezagsrelatie werken. In de Engelse versie van het arrest spreekt het hof ook niet van 'bogus self-employed', als gebruikelijk, maar van 'false self-employed'. Zij hebben niet 'eigenlijk' als slachtoffer van een schijnconstructie een arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:610 BW. Maar ook met hun opdrachtovereenkomst vallen zij, mits hun feitelijke arbeidsrelatie voldoet aan de hierboven genoemde omschrijving, binnen het werknemersbegrip. Ondanks hun juridische verbintenis als zelfstandig opdrachtnemer, zo stelt het hof, zijn zij geen ondernemer. Om die reden – hun EU-werknemerschap als het ware – is hun belang, net als het belang van de werknemers met wie ze zij-aan-zij werken, het werknemersbelang dat door vakbonden in de cao-onderhandelingen mag worden verdedigd. Met andere woorden, het hof laat zich eigenlijk niet uit over de reikwijdte van de cao-exceptie, maar verbreedt de categorie werknemers met de hierboven omschreven groep opdrachtnemers.

9. De verwijzingsuitspraak

Het is vervolgens weer aan het Hof 's-Gravenhage vast te stellen of de remplaçanten voldoen aan de omschrijving schijnzelfstandigen in de zin van het arrest.¹³ Het hof beschrijft hen als 'dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met werknemers'. Op grond van de feitelijke omschrijving die weergeeft hoe remplaçanten hun werkzaamheden verrichten komt het tot de conclusie dat zij binnen de criteria van de uitspraak vallen en dus 'schijnzelfstandigen in de zin van het arrest' zijn. Hij (de remplaçant) bevindt zich gedurende de contractuele relatie feitelijk in een ondergeschiktheidsrelatie, moet alle instructies van de dirigent opvolgen, mag zich voor repetities of uitvoeringen niet laten vervangen, enzovoort. De Staat voerde nog aan dat de remplaçant vrij is om de relatie al dan niet aan te gaan, maar daarop merkt het hof op dat dit voor de werknemers bij het orkest ook geldt, remplaçant of niet.

Impliciet werpt dit uiteraard de vraag op waarom er sprake is van de inzet van remplaçanten als opdrachtnemer. Het orkest zou ze bij zulke identieke belangen dan toch ook allemaal als werknemer aan kunnen nemen? Ook daar gaat het hof op in. Weliswaar is in beide gevallen sprake van een afhankelijkheidsrelatie en een vorm van gezag, maar het gezag van een werkgever over een werknemer is ondanks de overeenkomsten van verschillende aard. Partijen bij de arbeidsrelatie moeten zelf vaststellen of sprake is van de 'gezagsverhouding' in het kader van art. 7:610 BW, of de 'instructiebevoegdheid' van art. 7:402 BW. De in opdracht werkende remplaçant zal wellicht ook voor andere opdrachtgevers willen kunnen werken, of zonder een in het arbeidsrecht gebruikelijk nevenbeding zijn eigen bedrijfsactiviteiten moeten kunnen uitvoeren. De instructiebevoegdheid van de opdrachtgever is immers, anders dan in geval van de gezagsbevoegdheid binnen de arbeidsovereenkomst, beperkt tot aanwijzingen binnen het kader van de opdracht. De reikwijdte van de gezagsbevoegdheid van de arbeidsovereenkomst is veel breder en strekt zich uit tot buiten de directe werkzaamheden. Deze zou de opdrachtnemer dan ook kunnen hinderen in het ontplooiën zijn overige ondernemingsactiviteiten.

Ten aanzien van de eis van FNV dat de NMa, inmiddels ACM, de standpunten in het visiedocument bijstelt oordeelt het hof dat: 'aangenomen mag worden dat de partijen die het aangaat inmiddels met dat arrest bekend zullen zijn. Voor zover dat niet het geval is staat niets FNV in de weg dat FNV dergelijke partijen zelf inlicht.' Die eis werd derhalve afgewezen. In praktijk leidt dit echter tot problemen, zowel de ACM en in navolging daarop ook het ministerie van SZW hebben hun beleid en praktische handreikingen nog op geen enkele wijze aangepast aan het arrest. Bij verzoeken tot algemeen verbindend verklaren wordt nog verwezen naar het Visiedocument 2007.

10. Conclusie

In het kader van het mededingingsrecht heeft het HvJ EU als het ware laten zien dat er in het EU-recht wel licht bestaat tussen de zelfstandige opdrachtnemer die een onderneming vormt en de werknemer. Er is een categorie werkenden erkend die weliswaar met de (in mijn ogen ten onrechte) beschrijving 'schijnzelfstandigen' wordt geduid, maar eigenlijk beter als 'afhankelijke opdrachtnemers' kan worden getypeerd. Dat is een potentieel brede groep die alle zzp'ers behelst die in ondernemingen werken waar dezelfde activiteiten ook door werknemers worden gedaan. Deze ontwikkeling zou aanleiding moeten geven om de wet- en vooral de regelgeving aan te passen. Vooralsnog zijn daar geen tekenen van te vinden. Dat is spijtig, want daardoor ontberen vele werkenden rechten die hen meer zekerheid zouden verschaffen en wordt de concurrentie tussen werkenden in stand gehouden. Er zijn nieuwe cao's op komst met afhankelijke opdrachtnemers. We kunnen alleen maar hopen dat er niet weer een rechtsgang van jaren nodig is om deze werkenden de bescherming van een cao te bieden. Het arrest biedt vooralsnog geen oplossing voor zelfstandigen

¹² C-413/13, r.o. 36.

¹³ Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

die niet zij-aan-zij werken met werknemers. Er moet altijd een verband zijn met de voor werknemers te beschermen belangen. Ondanks het feit dat de onderhandelingspositie van deze zelfstandigen even slecht, of misschien nog slechter is. Op 23 juni jl. nam de Tweede Kamer een breed gesteunde motie aan, waarin werd bepleit dat kunstenaars over hun opdrachten onderling afspraken moeten kunnen maken om een positie ten opzichte van de opdrachtgevers te verwerven. Een praktijk die in andere EU landen wel is toegestaan maar hier door de ACM als mededinging beperkend wordt beschouwd. Niemand zal stellen dat dit eigenlijk werknemers of schijnzelfstandigen zijn, maar iedereen ziet dat ze bepaalde met de arbeid samenhangende risico's lopen, die zeer vergelijkbaar zijn met die van werknemers. Het lijkt logisch om aan die werkenden passende bescherming te bieden. De politiek is echter duidelijk nog niet zo ver.

De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers

ArbeidsRecht 2016/44

1. Inleiding

Werknemers zien zzp'ers regelmatig als bedreiging voor het behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Door op prijs te concurreren, zagen de zelfstandigen het aan de stoelpoten van de werknemers. Werknemersvertegenwoordigers spreken in dit kader dan ook regelmatig over de 'race naar het putje'. In deze bijdrage bespreek ik mogelijkheden die werknemers, gelet op mededingingsregels, hebben om zich in cao's te beschermen. Ook komt aan de orde of zelfstandigen ten behoeve van zichzelf collectieve overeenkomsten mogen sluiten.

2. Uitspraken Hof van Justitie van de EU over verhouding cao en mededingingsrecht

In het *Albany*-arrest oordeelde het Hof van Justitie van de EU, kort gezegd, dat collectieve overeenkomsten niet onder het bereik van art. 101 VWEU (kartelverbod) vallen, indien zij zijn gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen *werkgevers* en *werknemers* en de afspraken rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers.² De interne markt dient weliswaar beschermd te worden, maar sociaal beleid vormt ook een pijler van de EU, waardoor niet geaccepteerd kan worden dat alle tussen sociale partners gesloten overeenkomsten onverkort aan het mededingingsrecht worden getoetst. Aangezien de uitzondering van het mededingingsrecht in het *Albany*-arrest specifiek voor werknemers werd gemaakt, was het niet duidelijk of deze ook voor zelfstandigen zou kunnen gelden. Er was echter wel reden om te vermoeden dat dit niet het geval zou zijn. Zelfstandigen worden op grond van het Unierecht namelijk als ondernemers aangemerkt en voor ondernemers gelden andere spelregels.

FNV Kiem heeft op enig moment een cao voor remplaçanten bij orkesten gesloten waarin ook bepalingen waren opgenomen die betrekking hadden op zelfstandigen.³ De NMa heeft zich hiertegen onmiddellijk verzet, aangezien er sprake zou zijn van strijd met art. 6 Mededingingswet (overtreding kartelverbod). Dit leidde tot opzegging van de cao namens de werkgevers, waarna er vervolgens geen nieuwe afspraken voor zelfstandigen meer werden gemaakt. FNV Kiem besloot de kwestie aan de rechter voor te leggen, waarbij het Hof Den Haag besloot tot het stellen van enkele preju-

diciële vragen.⁴ Het Hof van Justitie van de EU (hierna ook: 'het Hof') heeft in zijn arrest van 4 december 2014 vastgesteld dat een vereniging die ook namens zelfstandigen onderhandelt niet optreedt als vakvereniging en als sociale partner, maar als ondernemersvereniging.⁵ Het Unierecht bevat geen bepalingen die zelfstandigen aanmoedigen om, net als werknemers, een sociale dialoog in gang te zetten met werkgevers. Dit brengt mee dat een bepaling in een cao die door een werknemersorganisatie is gesloten mede namens bij deze organisatie aangesloten zelfstandigen, niet het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners en niet op grond van haar aard buiten de werkingssfeer van art. 101, lid 1, VWEU kan vallen. Echter, als de dienstverleners in werkelijkheid 'schijnzelfstandigen' vormen, dat wil zeggen dienstverleners van wie de situatie vergelijkbaar is met die van werknemers, kan een bepaling in een cao toch worden geacht resultaat te zijn van een sociale dialoog. Hiervoor moet worden beoordeeld of de dienstverlener zelfstandig marktdeelnemer is of niet. Hierbij merkt het Hof op dat het mogelijk is dat een persoon op grond van nationale regelgeving als zelfstandige aangemerkt moet worden, terwijl hij volgens het recht van de Unie de status van 'werknemer' heeft. Indien een persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van de werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van de werkgever, zal hij toch als 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie moeten worden aangemerkt. In dit kader dient onderzocht te worden of de remplaçanten zich niet in een ondergeschiktheidsrelatie met het betrokken orkest bevinden tijdens de duur van de contractuele verhouding en dus vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en concerten. Alleen als het onderzoek meebrengt dat de remplaçanten 'schijnzelfstandigen' zijn, dient vervolgens het doel van de collectieve overeenkomst onderzocht te worden. Het Hof stelt vast dat een bepaling in een cao die minimumtarieven vastlegt voor dienstverrichters die 'schijnzelfstandigen' zijn, op grond van de aard en het doel van de bepaling niet onder de werkingssfeer van art. 101, lid 1, VWEU kan vallen. Een stelsel van minimumtarieven draagt namelijk bij tot verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van deze 'schijnzelfstandigen'.

Gelet op de overwegingen van het Hof in het *Albany* en het *FNV Kiem*-arrest merk ik op dat ik de recent nog door FNV

1 Mr. dr. A. Stege is advocaat bij Silver Advocaten te Amsterdam en tevens universitair docent bij de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

3 Zie over deze problematiek ook: E. Koot - van der Putte, 'Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?' in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Kluwer: Deventer 2011.

4 Zie Rb. 's-Gravenhage 27 oktober 2010, RAR 2011/21 en Hof Den Haag 9 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5381, waarin de prejudiciële vraag werd gesteld.

5 HvJ EU 4 december 2014, RvdW 2015/295.

bevestigde plannen ter verbetering van de positie van zelfstandigen niet zie slagen. De FNV gaf het volgende aan⁶:

'Om het uurtarief van zelfstandigen te verhogen willen wij de positie van de zelfstandige ten opzichte van zijn opdrachtgever versterken.

Dat wil de FNV doen door in bepaalde sectoren minimumuurtarieven in de cao af te spreken en zelfstandigen de mogelijkheid te geven gezamenlijk te onderhandelen met hun opdrachtgever.'

Na verwijzing merkt het Hof Den Haag in de FNV Kiem-zaak op dat het begrip 'schijnzelfstandige' ziet op die remplaçanten die voor de toepassing van het mededingingsrecht niet kwalificeren als ondernemingen.⁷ Het is daarbij niet relevant of een dergelijke schijnzelfstandige, al dan niet omdat sprake is van een schijnconstructie, moet worden beschouwd als werknemer in de zin van art. 7:610 BW. Het hof concludeert dat de zelfstandige remplaçanten als schijnzelfstandigen aangemerkt moeten worden. Zo zitten zij soms aan dezelfde lessenaar als een werknemer van het orkest. Zij dienen, net als de werknemers van het orkest, volgens een vast rooster aanwezig te zijn bij de repetities en de concerten van het orkest. Verder dienen zij net als die werknemers de aanwijzingen van de dirigent op te volgen. Er volgt een verklaring voor recht dat het mededingingsrecht zich niet verzet tegen een cao-bepaling die een werkgever ertoe verplicht tegenover zelfstandige remplaçanten cao-bepalingen toe te passen en met name bepaalde (minimum)tarieven te hanteren.

3. **Bepalingen in de cao over uitsluiting van zzp'ers**

Het verplicht toepassen van cao-minimumtarieven op 'schijnzelfstandigen' hoeft nog niet alle garanties te bieden waarnaar vele werknemers op zoek zijn, zoals behoud van werkgelegenheid. Onduidelijk is nog wat er nu precies mogelijk is in de cao te bepalen ten aanzien van zelfstandigen. Zo kan de vraag worden gesteld of het mogelijk is in een cao de bepaling op te nemen dat werkgevers voor de werkzaamheden die door de cao worden bestreken geen zzp'ers mogen inschakelen. Afgezien van de vraag of werkgevers zich aan een dergelijke beperking zouden willen committeren, komt de vraag op of zo'n afspraak geoorloofd is. Een dergelijke afspraak heeft immers mededingingsverstoringe gevolgen. Advocaat-generaal Wahl gaat in zijn conclusie bij het FNV Kiem-arrest uitgebreid in op deze vraag.

Wahl wijst erop dat wanneer vakverenigingen in het kader van collectieve onderhandelingen namens en in het belang van werknemers onderhandelen over cao-bepalingen aan de eerste voorwaarde voor de Albany-uitzondering is voldaan. De tweede voorwaarde betreft het vereiste dat cao-bepalingen rechtstreeks dienen bij te dragen aan de verbe-

tering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Wanneer werknemers niet vrij zouden kunnen onderhandelen over aangelegenheden zoals loon, arbeidstijd, jaarlijkse vakantie, pensioen, sociale zekerheid en gezondheidszorg – onderwerpen die de essentie van collectieve onderhandelen uitmaken – zou hun recht op collectieve onderhandelingen in de kern worden aangetast. Voor onderwerpen die werkgelegenheids- of arbeidsvoorwaarden slechts indirect raken, is er geen reden voor een zo ver gaande rechtsbescherming (volledige immuniteit voor mededingingsstoetsing). Wahl geeft aan dat hij het eens is met FNV Kiem dat de bescherming van huidige en toekomstige werkgelegenheid voor werknemers kan worden beschouwd als rechtstreekse verbetering van hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Hij ziet twee redenen waarom sociale dumping direct van invloed kan zijn op die voorwaarden.

In de eerste plaats merkt hij op dat een zekere en stabiele dienstbetrekking voor werknemers belangrijker is dan de verbetering van bijvoorbeeld hun arbeidstijd of vakantie-rechten. De uitschakeling van loonconcurrentie in de cao betekent dat een werkgever geen andere werknemers in dienst kan nemen tegen een lager loon dan in de cao bepaald. Vanuit dit oogpunt maakt het voor een werknemer in de praktijk geen verschil of hij door een goedkopere werknemer of door een zelfstandige zou worden vervangen.

In de tweede plaats geeft Wahl aan dat de mogelijkheid voor werkgevers om werknemers te vervangen door personen op wie zij de arbeidsvoorwaarden van de cao niet hoeven toe te passen, de onderhandelingspositie van werknemers aanzienlijk kan verzwakken. Werknemers kunnen zijns inziens niet geloofwaardig om een loonsverhoging vragen als zij zouden weten dat zij gemakkelijk kunnen worden vervangen door zelfstandigen die hetzelfde werk vermoedelijk voor een lagere beloning zouden uitvoeren.

Voor genoemde argumenten leiden Wahl tot de conclusie dat, indien werknemers niet over een zekere bescherming tegen sociale dumping beschikken, hun vermogen en prikkel om collectieve onderhandelingen te voeren ernstig worden verzwakt. Zodoende kan de mogelijkheid om in cao's bepalingen op te nemen die het behoud van een aantal arbeidsplaatsen in de ondernemingen van de werkgevers moeten garanderen, worden beschouwd als een noodzakelijk vereiste om daadwerkelijk te kunnen onderhandelen over verbeteringen van andere werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Het voorkomen van sociale dumping is zijns inziens een doel dat legitiem kan worden nagestreefd door een cao die bepalingen bevat die zien op zelfstandigen en het kan tot de essentiële onderdelen behoren waarover wordt onderhandeld. Hij verwijst hierbij ook naar het *Laval*-arrest. In dit arrest overwoog het Hof onder meer dat het recht om collectieve actie te voeren met het oog op de bescherming van werknemers in de staat van ontvangst tegen eventuele praktijken van sociale dumping, een dwingende reden van openbaar belang kan zijn in de zin van de rechtspraak van het Hof, welke in beginsel een beperking van een van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden

6 Trouw 13 september 2016, J. van Breda en M. Patijn, 'Zelfstandige verdient een hoger uurloon' (opiniepagina).

7 Hof Den Haag 1 september 2015, RAR 2015/159.

kan rechtvaardigen.⁸ Dit alles brengt Wahl tot de conclusie dat cao-bepalingen waarover namens en in het belang van de werknemers is onderhandeld die ertoe strekken sociale dumping te voorkomen, in beginsel moeten worden geacht hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks te verbeteren in de zin van de Albany-rechtspraak. In de FNV Kiem-zaak vervolgde de advocaat-generaal zijn analyse met de overweging dat de nationale rechter zal moeten nagaan of er een reëel en ernstig gevaar van sociale dumping bestaat en, zo ja, of de betrokken cao-bepalingen noodzakelijk zijn om die dumping te voorkomen. Hij stelt dat het waarschijnlijk moet zijn dat zonder de betrokken bepalingen een aanzienlijk aantal werknemers tegen lagere kosten door zelfstandigen zal worden vervangen. Indien het gevaar van sociale dumping niet reëel en ernstig is, zou elke verbetering van de rechtspositie van de werknemers niet rechtstreeks maar onzeker en louter speculatief zijn. Of een gevaar voldoende reëel is, hangt zijns inziens voornamelijk af van de economische sector en de bedrijfstak waarvoor de cao geldt. Dit brengt hem tot de vraag of bij de orkesten die bij de werkgeversvereniging zijn aangesloten in het algemeen de neiging zal bestaan onmiddellijk of geleidelijk een niet-onaanzienlijk aantal 'werknemer'-musici te vervangen door zelfstandige musici, wanneer in de cao geen minimumtarief voor zelfstandigen is opgenomen. Indien dat het geval is, zal vervolgens beoordeeld moeten worden of de cao-bepalingen verdergaan dan nodig is om de doelstelling van voorkoming van sociale dumping te realiseren. Van cao-bepalingen die verdergaan dan het gestelde doel ervan, kan volgens hem niet worden aangenomen dat zij werkelijk en effectief ten voordeel strekken van werknemers. Buitensporige of ongerechtvaardigde bepalingen kunnen zijns inziens niet leiden tot verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers. Een voorbeeld van cao-bepalingen die verdergaan dan nodig is, zijn cao-bepalingen die werknemers een grotere bescherming bieden ten opzichte van zelfstandigen dan ten opzichte van andere werknemers. Dat zouden bepalingen kunnen zijn waarin minimumtarieven voor zelfstandigen worden gesteld die aanzienlijk hoger liggen dan de minimumlonen voor werknemers. Aan dergelijke bepalingen heeft zijns inziens een ander doel ten grondslag gelegen dan de bescherming tegen sociale dumping. Wahl concludeert dat bepalingen als van de cao voor remplaçanten, ondanks hun mededingingsverstoringe gevolgen, onvoorwaardelijk moeten worden aanvaard wanneer kan worden aangetoond dat zij noodzakelijk zijn om sociale dumping te voorkomen. Onder verwijzing naar federale rechtspraak uit de Verenigde Staten betoogt hij dat 'rechtstreekse verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers' niet te eng uitgelegd moet worden. Er zou een terughoudende benadering gevolgd moeten worden bij de toetsing aan de mededingingsregels van het gedrag van vakverenigingen die proberen de door hen onderhandelde arbeidsvoorwaarden op te leggen aan andere categorieën beroepsbeoefenaren die buiten de werking van de collectieve overeenkomst vallen.

Het Hof heeft niet voor een zo brede benadering van de problematiek gekozen als de advocaat-generaal, hetgeen begrijpelijk is gelet op de voorgelegde vragen. Het Hof stelde eerst vast dat een bepaling zoals opgenomen in de cao remplaçanten niet op grond van haar aard buiten de werkingsfeer van art. 101, lid 1 VWEU kan vallen, doordat zij door een werknemersorganisatie is gesloten namens en voor rekening van de bij deze organisatie horende zelfstandigen. Een dergelijke bepaling is geen resultaat van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners. Vervolgens maakte het Hof de uitzondering voor schijnzelfstandigen. Aldus heeft het Hof een oordeel gegeven voor een zeer specifieke situatie. Het zal immers lang niet altijd voorkomen dat de cao tevens namens en in het belang van zelfstandigen wordt gesloten. Veel vaker zal er sprake van zijn dat de zelfstandigen geen rol hebben gespeeld en dat de cao-bepalingen over toepassing van de cao dienen ter bescherming van de werknemers, en niet zo zeer om de zelfstandigen een gunst te verlenen. Een vergelijking met de zogenaamde 'art. 14-werknemer' dringt zich op. Hoewel op grond van art. 14 Wet CAO cao-bepalingen door de gebonden werkgever ook nagekomen dienen te worden ten opzichte van niet of anders georganiseerde werknemers, strekt die verplichting niet tot bescherming van deze werknemers, maar tot de bescherming van cao-partijen en hun leden.

4. Voorbeeld: de cao Besloten Busvervoer

In de vorige paragraaf is het toetsingskader omschreven dat advocaat-generaal Wahl heeft opgesteld voor de beoordeling in hoeverre cao-bepalingen aan niet-werknemers zoals zzp'ers opgelegd kunnen worden. Een concreet probleem aangaande deze vraag heeft zich in Nederland voorgedaan rondom de cao Besloten Busvervoer (hierna: 'de cao BB'). Volgens art. 9 cao BB dient de inlenende werkgever zich ervan te verzekeren dat de bepalingen van de cao van toepassing zijn op de zzp'er en freelancer, met uitzondering van enkele artikelen. Verder bepaalt art. 53 cao BB dat het de vervoerder verboden is besloten busvervoer te verrichten met chauffeurs die niet bij hem in dienstbetrekking zijn, behoudens enkele uitzonderingen. Zo op het eerste gezicht, lijken deze cao-bepalingen moeilijk met elkaar te rijmen. De uitleg van de cao-partijen, die in het kader van een verzoek tot algemeenverbindendverklaring is gegeven, is dat zzp'ers wel ingeschakeld mogen worden als chauffeur, maar dan uitsluitend op basis van een MUP-contract (arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, zodat de zzp'er voor dit werk de hoedanigheid van werknemer moet aannemen) en dus niet op basis van een overeenkomst van opdracht. Tegen het verzoek tot algemeenverbindendverklaring zijn bedenkingen ingebracht, in het bijzonder tegen het verbod voor vervoerders om chauffeurswerk te doen verrichten anders dan op basis van een dienstbetrekking. Hieromtrent heeft de minister zonder veel omhaal opgemerkt dat dit verbod niet kennelijk in strijd is met de Mededingingswet.⁹

8 HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, r.o. 103.

9 *Stcrt.* 2013, 7387. Het gaat hier om de versie van de cao voordat het HvJ EU uitspraak deed in de FNV Kiem-zaak.

Verder is aangegeven dat het verbod een benadeling van hun gerechtvaardigde belangen zou betekenen. Hieromtrent overweegt de minister dat er geen sprake is van een te grote benadeling of een onevenredige beperking voor zzp'ers, aangezien vervoerders zzp'ers wel op basis van een MUP-contract chauffeurswerkzaamheden mogen laten verrichten.

In een procedure bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is namens cao-partijen onder meer gevorderd voor recht te verklaren dat art. 53 cao BB rechtsgeldig en/of niet in strijd is met art. 6 Mededingingswet.¹⁰ De kantonrechter verwijst naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU en concludeert dat art. 53 cao BB slechts rechtsgeldig is voor zzp'ers die 'schijnzelfstandigen' zijn als bedoeld in het arrest van het Hof. Voor zzp'ers als zelfstandige marktdeelnemers, ondernemingen in de zin van art. 101 VWEU, mist art. 53 cao BB dus rechtsgevolg, aldus de rechtbank.

Bij een volgend verzoek om algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de cao Besloten Busvervoer dat in het voorjaar van 2015 is gedaan, worden opnieuw bedenkingen ingebracht tegen het verbod voor vervoerders om chauffeurswerk te laten verrichten anders dan op basis van een dienstbetrekking.¹¹ De minister overweegt dat art. 48 cao BB (voorheen art. 53) tot doel heeft de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren. Door de afspraken kunnen chauffeurs in dienstbetrekking niet worden verdrongen door schijnzelfstandigen, wat met name een probleem zou zijn als dat zou gebeuren tegen een lagere vergoeding. De cao-partijen hebben in het kader van het verzoek tot algemeenverbindendverklaring aangegeven:

'(...) dat zij uitgaan van het arrest van het HvJEU van 4 december 2014 en de daaruit voortvloeiende beperking tot "schijnzelfstandigen" aanvaarden die de kantonrechter Tilburg in zijn vonnis van 11 februari 2015 heeft gehanteerd.'

De minister besluit art. 48 cao BB algemeen verbindend te verklaren:

'(...) met dien verstande dat het artikel zodanig moet worden uitgelegd dat de eis van dienstbetrekking slechts geldt voor zzp'ers die "schijnzelfstandigen" zijn als bedoeld in het arrest van het HvJEU van 4 december 2014.'

Aangezien in de nieuwe cao BB geen bepaling meer is opgenomen waarin is geregeld dat aan een zzp'er een minimumtarief betaald moet worden, zal met de 'echte' zelfstandige gecontracteerd kunnen worden op andere, mogelijk goedkopere, voorwaarden dan bepaald in de cao.

Mijns inziens hebben de cao-partijen hier een verdergaande beperking van art. 48 cao BB aanvaard, dan volgt uit het arrest van het HvJ EU van 4 december 2014. In dat arrest richtte het Hof zich specifiek tot de vraag, kort gezegd, of

een collectieve overeenkomst die mede namens en ten behoeve van zelfstandigen is gesloten onder de cao-exceptie valt. Het antwoord op die vraag was 'nee', vanwege de omstandigheid dat zelfstandigen, als zelfstandige marktdeelnemers, geen tariefafspraken mogen maken. Voor zelfstandige marktdeelnemers zijn tariefafspraken immers uit den boze. Het Hof vervolgde met de overweging dat dit wel mag als het om 'schijnzelfstandigen' gaat. Zij kunnen niet als zelfstandige marktdeelnemers worden gezien en zij hoeven zich zodoende ook niet aan de betreffende verplichtingen uit hoofde van de mededingingswetgeving te houden. Hiermee heeft het Hof geen antwoord gegeven op de vragen van advocaat-generaal Wahl of het mogelijk is om, in het kader van het voorkomen van sociale dumping, afspraken te maken over de inschakeling van zelfstandigen en over de toepasselijkheid van cao-bepalingen, bijvoorbeeld aangaande een minimumbeloning.¹² Voor de cao voor Besloten Busvervoer zou dit mijns inziens betekenen dat een verbod om zelfstandigen in te schakelen voor chauffeurswerkzaamheden, ondanks de mededingingsversturende gevolgen, onvoorwaardelijk moet worden aanvaard wanneer kan worden aangetoond dat dit noodzakelijk is om sociale dumping te voorkomen. In dit kader kan nog de vraag worden gesteld of een verbod tot inschakeling van zelfstandigen niet te ver gaat. Wellicht zou ook volstaan kunnen worden met de verplichting om een minimumbeloning toe te passen. Als de bepalingen alleen hierop zouden zien, zou de werkgever/opdrachtgever evenwel nog steeds een aanzienlijk (financieel) belang hebben bij de inschakeling van zelfstandigen om in ieder geval vier in het oog springende redenen. In de eerste plaats is de ketenregeling niet van toepassing en kan met vele tijdelijke contracten gewerkt worden. Werknemers genieten na enige tijd ontslagbescherming en ontvangen na verloop van tijd een transitievergoeding bij ontslag. Zelfstandigen genieten geen ontslagbescherming en ontvangen geen transitievergoeding. In de tweede plaats geldt voor werknemers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte. Aangezien dit niet voor zelfstandigen geldt, blijft het interessanter zelfstandigen in te schakelen, ook als voor de daadwerkelijk gewerkte uren een ongeveer gelijke beloning zou gelden. In de derde plaats zal er in de meeste gevallen voor werknemers nog een pensioenregeling van kracht zijn, die niet voor zelfstandigen zal gelden. In de vierde plaats is er voor de werkgever/opdrachtgever een verschil in afdracht van werkgeverslasten. Indien alle financiële voordelen van de werkgever/opdrachtgever zouden worden verwerkt in een hoger minimaal uurtarief voor zzp'ers, om de kosten toch gelijk te houden, en dit hogere uurtarief rechtstreeks aan de zzp'ers zou toekomen, zou het voor werknemers weer (zeer) aantrekkelijk worden om ook als zzp'er verder te gaan. Wellicht zou het nog mogelijk zijn de opslag apart te zetten in een 'broodfonds' voor zzp'ers. Indien dit niet haalbaar is, is een verbod op het inschakelen van zelfstandigen mijns inziens niet te verstrekkend om, in sectoren waar de werkgelegenheid op basis van arbeidsovereenkomsten

10 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, NJF 2015/371.

11 *Scrt.* 2015, 4109.

12 Zie ook E.F. Grosheide, 'Overheid en sociale partners op wenkbrauwgesprek bij Europa', *TRA* 2015/99, paragraaf 5.

wordt bedreigd, een verdere afname van die werkgelegenheid te voorkomen.¹³ Een dergelijke bepaling is mijns inziens dan niet buitensporig of ongerechtvaardigd.

5. Afronding

In deze bijdrage verwees ik naar een mededeling van FNV dat zij het uurtarief van zelfstandigen wil verhogen en de positie van de zelfstandige ten opzichte van zijn opdrachtgever wil versterken. Dat zou moeten gebeuren door in bepaalde sectoren minimumuurtarieven in de cao af te spreken en zelfstandigen de mogelijkheid te geven gezamenlijk te onderhandelen met hun opdrachtgever. Deze strategie zal niet uitgevoerd kunnen worden vanwege het mededingingsrecht. Inmiddels is duidelijk dat niet namens/door zelfstandigen gezamenlijk minimumuurtarieven vastgesteld mogen worden. Ook mogen dergelijke afspraken niet in hun belang worden gemaakt. Eventuele afspraken over de beloning van zelfstandigen dienen gemaakt te worden door sociale partners – werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers – in het kader van de verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers (eventueel schijnzelfstandigen). Zelfstandigen zijn in het overleg met hun opdrachtgevers op zichzelf aangewezen als het gaat om de voorwaarden waartegen de dienstverlening zal plaatsvinden.

Het HvJ EU heeft nog niet beoordeeld in hoeverre het, in het kader van het voorkomen van sociale dumping, geoorloofd is om ter verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers, namens en in het belang van werknemers cao-afspraken te maken die de positie van zelfstandigen raken. Ik sluit mij aan bij de conclusie van advocaat-generaal Wahl dat cao-bepalingen waarover namens en in het belang van de werknemers is onderhandeld die ertoe strekken sociale dumping te voorkomen, in beginsel moeten worden geacht hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks te verbeteren in de zin van de *Albany*-rechtspraak. Indien er een reëel en ernstig gevaar van sociale dumping bestaat en de betrokken cao-bepalingen noodzakelijk zijn om dit te voorkomen, dienen deze te worden aanvaard. Dit kan meebrengen dat er minimumtarieven worden bepaald die ten opzichte van zelfstandigen in acht genomen dienen te worden, maar mijns inziens kan dit onder omstandigheden ook betekenen dat cao-partijen afspreken dat werkgevers geen gebruik mogen maken van de diensten van zelfstandigen, indien een minimumtarief onvoldoende bijdraagt aan de verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers.

¹³ Grosheide acht dit wel een ontoelaatbare afspraak, zie Grosheide 2015.

Aansprakelijkheid voor een arbeidsongeval van een zzp'er

ArbeidsRecht 2016/45

In deze bijdrage is aan de orde of 'degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft' waarvan in artikel 7:658 lid 4 BW sprake is, zo moet worden uitgelegd dat hij ook aansprakelijk is voor de schade die de door hem gecontracteerde zzp'ers in de uitoefening van hun werkzaamheden als gevolg van een arbeidsongeval lijden.

1. Inleiding

Tot 1 januari 1999 was de werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 Burgerlijk Wetboek (BW) beperkt tot de schade die een werknemer oploopt tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden. Met de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid² op de genoemde datum³ geldt op grond van artikel 7:658 lid 4 BW een vergelijkbare aansprakelijkheidsregeling voor de ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Op grond van artikel 7:658 lid 4 BW is namelijk degene 'die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft', aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt met een verwijzing naar de leden 1-3 van het artikel die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. De persoon in kwestie kan op grond hiervan zowel zijn (formele) werkgever als de inlener bij wie de arbeidskracht de arbeid verricht, dus zijn (feitelijke) werkgever, aanspreken voor de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden.⁴ Beiden zijn dan hoofdelijk verbonden (zie artikel 6:102 BW).

2. 'Een persoon met wie...'

Bij de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 lid 4 BW staat een aantal begrippen centraal. Allereerst is dat 'de persoon'. Dat is iemand die degene die een bedrijf of beroep uitoefent werkzaamheden laat verrichten, maar niet op basis van een arbeidsovereenkomst. De wetgever⁵ maakt duidelijk dat hij bij persoon toch vooral denkt aan uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, waarbij er tussen degene die de werkzaamheden verricht en degene

voor wie de werkzaamheden worden verricht, de inlener, geen overeenkomst bestaat.

3. 'In de uitoefening van zijn beroep of bedrijf'

Vervolgens gaat het erom of die werkzaamheden worden verricht in het kader van 'de uitoefening van het beroep of bedrijf' van de inlener. Het begrip 'bedrijf' moet ruim worden uitgelegd. Daaronder valt bijvoorbeeld ook de stichting die een school exploiteert. Bij de invulling van de begrippen 'beroep' of 'bedrijf' is het volgens de wetgever⁶ van belang dat van artikel 7:658 lid 4 BW een aansprakelijkheid creëert voor degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf de desbetreffende werkzaamheden ook door zijn eigen werknemers had kunnen laten verrichten. Met andere woorden: de keuze voor het laten verrichten van de werkzaamheden door anderen dan zijn eigen werknemers behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van degene die de werkzaamheden verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt.

Zo verricht de schilder die, in dienst van het schildersbedrijf, schilderwerk verricht aan de voorgevel van een advocatenkantoor, die werkzaamheden niet in het kader van het beroep of bedrijf van het advocatenkantoor. Mocht de schilder tijdens die werkzaamheden als gevolg van een bedrijfsongeval schade lijden, dan is het advocatenkantoor daarvoor in ieder geval niet aansprakelijk op grond van artikel 7:658 lid 4 BW. De betrokken schilder kan dus alleen zijn eigen werkgever aanspreken voor de schade die hij als gevolg van het arbeidsongeval lijdt.⁷ Daarmee vergelijkbaar is de zaak waarbij een productiebedrijf zijn vleesmachines laat schoonmaken en desinfecteren door een schoonmaakbedrijf.⁸ Daarbij raakt een van de werknemers van het schoonmaakbedrijf gewond door een vleesmachine. Het productiebedrijf is niet aansprakelijk voor de geleden schade, omdat het bedrijf alleen aan het schoonmaakbedrijf en niet aan de individuele werknemer instructies heeft gegeven en die werknemer uitsluitend instructies krijgt van zijn werkgever. De Voorzieningsrechter in Rotterdam noemt dit ten onrechte een vorm van aanneming van werk, omdat alleen van belang is dat de werkzaamheden worden verricht met een persoon met wie de inlener geen arbeidsovereenkomst heeft. Anders is dit in het geval van 'doorlening'. Een werknemer is werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst. Het uitzendbureau heeft de uitzendwerknemer ter beschikking gesteld aan een transportbedrijf. In opdracht en met een vrachtwagen van dit bedrijf heeft de uitzendwerknemer goederen op pallets afgeleverd in de loods van

1 Mr. J. van Drongelen is universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek aan de Universiteit van Tilburg en als adviseur verbonden aan De Voort Advocaten | Mediators in Tilburg.

2 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

3 KB van 2 juni 1998, *Stb.* 1998, 332.

4 Zie ook: HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716.

5 *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 14 (tweede nota van wijziging), p. 6.

6 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 5 (verslag), p. 7.

7 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

8 Rb. Rotterdam (vzr.) 1 maart 2002, *JAR* 2003/12.

UPS. UPS verleent diensten op het gebied van logistiek, transport en distributie, maar houdt zich niet bezig met het feitelijke vrachtvervoer. Dat gebeurt door bijvoorbeeld de betrokken uitzendwerknemer. Deze krijgt een arbeidsongeval bij het plaatsen van pallets. Het Amsterdamse Hof acht UPS in 2011⁹ op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor de schade van de uitzendwerknemer, maar ook het transportbedrijf is als doolener aansprakelijk voor de schade, maar dan alleen voor de schade voor zover die nog niet door UPS is vergoed.

4. De worstelende rechters

4.1 Inleiding

Een andere vraag is of de aansprakelijkheidsregeling van artikel 7:658 lid 4 BW ook geldt in die situaties waarin een werkgever-ondernemer een andere ondernemer inschakelt die vervolgens in het kader van het uitoefenen van diens eigen beroep en bedrijf werkzaamheden verricht ten behoeve van die werkgever-ondernemer. Met andere woorden: gaat de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW verder dan alleen de uitzendkrachten en ingeleend personeel en valt ook de zelfstandige zonder personeel, de zzp'er, daaronder? Is de zzp'er een 'persoon' in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW? Is er sprake van het verrichten van werkzaamheden in het kader van de 'uitoefening van het beroep of bedrijf' van degene die de zzp'er de werkzaamheden laat verrichten? Er moet wel worden opgemerkt dat de wetgever¹⁰ zelf eigenlijk wel wat verwarring heeft gesticht door onder de tewerkstelling bij derden niet alleen te verwijzen naar bijvoorbeeld uitzendarbeid en uitlening/inlening (zie paragraaf 2), maar ook naar aanneming van werk, met de toevoeging dat 'tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat', terwijl dat bij aanneming van werk juist wel het geval is. Dat is ook het geval bij het voorbeeld dat de wetgever geeft, namelijk een stageovereenkomst, waar arbeid wordt verricht op grond van een overeenkomst, zonder dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹¹

4.2 De rechtspraak beschouwd

De rechtspraak laat zien dat de rechters hebben geworsteld met de betekenis van artikel 7:658 lid 4 BW als het gaat om zzp'ers. Neem de zaak van de zelfstandige stukadoor die als zzp'er meewerkt aan de bouw van een Tilburgs verpleeghuis. De hoofdaannemer van dit bouwproject heeft voor de uitvoering verschillende onderaannemers ingeschakeld. Het aanbrenge van de gevelisolatie is uitbesteed aan een afbouwbedrijf, dat dit vervolgens weer heeft uitbesteed aan een ander bedrijf dat de werkzaamheden uiteindelijk feitelijk deels laat uitvoeren door de bedoelde zzp'er. Tijdens deze werkzaamheden is de zzp'er door de steiger waarop hij werkte, gezakt en drie meter lager op een balkon gevallen. Hij heeft hierbij een verbrijzeld hielbeen en gekneusde ribben opgelopen. De steiger waarop de zzp'er stond, is in op-

dracht van de hoofdaannemer door een daartoe gespecialiseerd bedrijf gebouwd. In opdracht van de hoofdaannemer is de steiger gekeurd door een keuringsinstantie en voorzien van goedkeuringslabels. De Arbeidsinspectie (thans: Inspectie SZW) heeft onderzoek uitgevoerd en heeft een verband kunnen vaststellen tussen overtreding van artikel 16 lid 10 Arbeidsomstandighedenwet jo. artikel 13.6 Arbeidsomstandighedenbesluit en de oorzaak van het ongeval. De zzp'er wil erkenning van de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor de door hem geleden schade. De hoofdaannemer wijst de aansprakelijkheid van de hand en beroept zich op de uitbesteding aan de onderaannemers, die vervolgens de aansprakelijkheid verwerpen met een verwijzing naar de hoofdaannemer. De Rechtbank in 's-Hertogenbosch bepaalt in juli 2011¹² niets te voelen voor een zo ruime toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW, dat de zzp'er op dit artikel een beroep kan doen. Daarbij komt dat ook niet vaststaat dat de zzp'er die aanspraak zou kunnen invoeren jegens de hoofdaannemer, als de werkzaamheden via verschillende onderaannemers aan hem zijn uitbesteed. De rechtbank verwijst allereerst naar het Hof in Arnhem, dat in augustus 2010¹³ heeft uitgesproken dat niet zeker is wat de strekking van artikel 7:658 lid 4 BW is. In deze zaak gaat het om iemand (hierna: X) die een eenmanszaak exploiteert die in opdracht van derden staalconstructies en machines vervaardigt en machines repareert. Hij had destijds één werknemer in dienst. X heeft, in opdracht van een hoofdaannemer, als onderaannemer werkzaamheden verricht aan een vezelverwerkingsmachine. Bij het uitvoeren van de werkzaamheden aan deze machine is X een ernstig ongeval overkomen. Daarbij heeft hij ernstig letsel opgelopen, waardoor zijn rechterbeen moest worden geamputeerd. X stelt de hoofdaannemer aansprakelijk voor de door hem geleden schade op grond van artikel 7:658 lid 4 BW. Het hof vraagt zich af of bij een zelfstandig ondernemer als X sprake is van 'een persoon' als in artikel 7:658 lid 4 BW. Maar ook al zou dat het geval zijn, dan nog vindt het hof dat er niet is voldaan aan het vereiste dat de door hem verrichte werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van de hoofdaannemer. Vervolgens verwijst de Bossche Rechtbank nog naar een uitspraak van het Hof in Amsterdam van begin 2011¹⁴ waarin is overwogen dat er voor een bevestigende beantwoording van de vraag of artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is, twee vereisten zijn, namelijk of de (door X) verrichte werkzaamheden vallen onder de normale bedrijfsuitoefening van de hoofdaannemer en of er sprake is van enige gezagsverhouding tussen de hoofdaannemer en X, in die zin dat de hoofdaannemer zeggenschap heeft over de (wijze van uitvoering van de) werkzaamheden door X. Hier legt het hof dus 'de uitoefening van zijn beroep of bedrijf' uit als 'het hebben van zeggenschap over', waarmee het hof de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW toch wel heel erg beperkt. In het gegeven geval vindt het hof dat die zeggenschap en gezagsverhouding ontbreken en X kan de

9 Hof Amsterdam 27 december 2011, JAR 2012/33.

10 Kamerstukken II 1997/98, 25263, 14 (tweede nota van wijziging), p. 6.

11 Kamerstukken II 1997/98, 25263, 14 (tweede nota van wijziging), p. 6.

12 Rb. 's-Hertogenbosch 13 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR1652.

13 Hof Arnhem 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN3781.

14 Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6622; Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6637.

door hem geleden schade dan ook niet verhalen. Maar het hof geeft wel aan dat er in de (literatuur en) rechtspraak ook anders gedacht wordt over de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW als het gaat om zzp'ers. Een voorbeeld daarvan is de Bossche Voorzieningenrechter in 2007.¹⁵ Deze rechter vindt dat dit artikellid wel van toepassing is op zzp'ers. In dit geval gaat het om zzp'ers die op een bouwplaats werkzaamheden verrichten, zoals het lijmen van kalkzandsteen. Een zzp'er overkomt een ongeval doordat de valbeveiliging is verwijderd. Hij spreekt allereerst de hoofdaannemer aan. De rechter vindt dat de uitoefening van het beroep of bedrijf van deze hoofdaannemer het bouwen van een complex woningen is, waaronder ook het verrichten van de voor het bouwen noodzakelijke lijmwerkzaamheden vallen. Dat hij het werk door verschillende opdrachtnemers laat verrichten, doet volgens hem aan de toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW niet af. Vervolgens stelt hij ook een coördinerend zzp'er aansprakelijk. Deze coördinerend zzp'er zorgt als onderaannemer voor het opperen en lijmen van kalkzandsteenelementen, waarvoor hij een aantal 'lijmers' heeft ingeschakeld. De 'lijmers' factureren hun uren aan deze coördinerend zzp'er die vervolgens voor de administratieve afhandeling met de hoofdaannemer zorg draagt. Hij geeft aan dat artikel 7:658 lid 4 BW geldt voor alle arbeidskrachten die op gelijke voet bij een bedrijf of persoon werkzaam zijn als werknemers, dus ook voor de zzp'er. Ook de Kantonrechter in Utrecht neemt in 2007¹⁶ een ruimhartig(er) standpunt in. In dit geval gaat het om een zzp'er die door een onderaannemer is ingeschakeld en die schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De kantonrechter vindt dat ook een persoon die niet is verbonden in enige arbeidsovereenkomst zich op artikel 7:658 lid 4 BW kan beroepen. De stelling dat aan de werking van dit artikellid in de weg staat dat de zzp'er de onderhavige arbeid heeft verricht in het kader van zijn eenmansbedrijf, treft net zo min doel als de stelling dat aan dat artikellid geen betekenis toekomt bij het ontbreken van een gezagsverhouding. De achterliggende gedachte van de kantonrechter is dat deze stellingname niet overeenstemt met de achtergrond van het bewuste artikellid, namelijk dat de vrijheid van degene die werkzaamheden door eigen personeel of door anderen laat verrichten niet van invloed behoort te zijn op zijn aansprakelijkheid. De ratio van artikel 7:658 lid 4 BW brengt naar het oordeel van de kantonrechter met zich mee, dat degene die arbeid in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, zijn aansprakelijkheid jegens die persoon niet kan ontlopen door hem die arbeid niet rechtstreeks maar via tussenschakels, zoals onderaannemers, te laten verrichten. Tot slot een uitspraak van de Kantonrechter in Assen in maart 2011.¹⁷ De kantonrechter geeft eerst aan wat het doel en de strekking van artikel 7:658 lid 4 BW is, namelijk te voorkomen dat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen

voor het laten verrichten van werk door werknemers of door anderen, van invloed is op de rechtspositie van de persoon die het werk verricht, in het bijzonder als deze betrokken raakt bij een arbeidsongeval. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat er onvoldoende reden is om doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de omstandigheid of de zzp'er zijn werkzaamheden wel of niet in dienst van een formele werkgever verrichtte. Van belang is vooral of de zzp'er ten opzichte van de onderaannemers een positie inneemt die vergelijkbaar is met die van hun eigen werknemers. Of dit het geval is, hangt af van de feitelijke situatie. Daarbij komt het vooral aan op de vraag, of is voldaan aan de vereisten dat de werkzaamheden die de zzp'er verricht behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van de onderaannemers, en dat sprake is van enige gezagsverhouding in die zin dat zij zeggenschap hebben over de wijze waarop de zzp'er zijn werkzaamheden uitvoert. De kantonrechter beslist dan ook terecht dat een ingehuurd zzp'er een beroep kan doen op artikel 7:658 lid 4 BW.

4.3 De Hoge Raad hakt de knoop door

De Hoge Raad kiest in 2012¹⁸ de lijn dat artikel 7:658 lid 4 BW in beginsel van toepassing is op zzp'ers. De Hoge Raad legt 'het werkzaam zijn in beroep of bedrijf' met het oog op het beschermingskarakter van artikel 7:658 lid 4 BW namelijk zo uit, dat daaronder ook andere werkzaamheden vallen, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Of dat ook zo is, moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Het Hof in 's-Hertogenbosch volgt in april 2013¹⁹ de zienswijze van de Hoge Raad in die zin dat het niet alleen gaat om werkzaamheden die behoren tot de kerntaken van een bedrijf, maar dat ook andere werkzaamheden daartoe kunnen behoren. Als het gaat om de 'omstandigheden van het geval' vindt het hof het van belang dat bij de opdrachtgever de kennis van zaken aanwezig is met betrekking tot de taken die de zzp'er moet uitvoeren en dat die werkzaamheden niet losstaan van de bedrijfsvoering. In aanvulling hierop stelt het Arnhemse Hof in oktober 2015²⁰ dat 'het verwijderen van de dakplaten ten behoeve van het kunnen monteren van nieuwe dakplaten daarmee werkzaamheden [betreft] die [...] als bouwbedrijf in het kader van het renoveren van de daken, ook zelf zou hebben kunnen verrichten' en dat deze werkzaamheden feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever vallen.

5. Slot

Op een werkgever rust op grond van artikel 7:658 lid 1 BW een vergaande zorgplicht om te voorkomen dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade

15 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 9 juli 2007, JAR 2007/226.

16 Ktr. Utrecht 4 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH2287.

17 Ktr. Assen 22 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP8948.

18 HR 23 maart 2012, JAR 2012/110.

19 Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, JAR 2013/139.

20 Hof Arnhem 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066.

lijdt. In de werkgever-werknemersrelatie zal het niet verbazen dat de omvang van die zorgplicht voor een heel belangrijk deel wordt bepaald door de verplichtingen die de arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving op een werkgever legt.²¹ Daarbij geldt dan wel als uitgangspunt dat deze wettelijke verplichtingen als minimumnorm moeten worden beschouwd. De arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving kan alleen (gedeeltelijk) van toepassing worden verklaard op zelfstandigen en dan alleen nog als er sprake is van arbeid waaraan bijzondere gevaren voor de veiligheid of de gezondheid zijn verbonden of wanneer dit noodzakelijk is voor de uitvoering van bijvoorbeeld een verdrag (artikel 16 lid 7 Arbowet²²). Een en ander is uitgewerkt in het Arbobesluit²³ via een zogenoemde schakelbepaling (zie artikel 9.5 Arbobesluit).

De uitbreiding van de toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW naar de zzp'er, heeft uiteindelijk naar mijn mening de ultieme consequentie dat een werkgever-opdrachtgever jegens die zzp'er een met zijn (eigen) werknemers identieke op de al gememoreerde wet- en regelgeving gestoelde zorgplicht heeft. Met andere woorden: het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht heeft de beperkte strekking van de toepasselijkheid van de arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving op zzp'ers eigenlijk fors uitgebreid.

21 Zie HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/230; HR 12 december 2008, *JAR* 2009/15; Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, *JAR* 2016/30.

22 Zie Wet van 18 maart 1998, *Stb.* 1999, 184.

23 Zie Besluit van 15 januari 1997, *Stb.* 1997, 60.

Enige actualiteiten over het pensioen van zelfstandigen²

ArbeidsRecht 2016/46

Het pensioen van zelfstandigen is een belangrijk onderwerp in de discussie over de toekomst van het pensioenstelsel. Zelfstandigen bouwen grosso modo minder pensioen op dan werknemers. Dit kan na pensionering leiden tot een inkomensterugval onder zelfstandigen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de huidige mogelijkheden tot pensioenopbouw van zelfstandigen en op een aantal recente initiatieven die dit beogen te verbeteren. Ook wordt stilgestaan bij enkele mogelijke toekomstige maatregelen.

1. Inleiding

De groei van het aantal zelfstandigen leidt tot een aantal sociaaleconomische, maatschappelijke, politieke en juridische vraagstukken, waar maar moeilijk oplossingen voor worden gevonden. Eén van die vraagstukken dat voorligt, betreft het pensioenvraagstuk. In de kern gaat het daarbij over de vraag hoe de groeiende groep zelfstandigen in het pensioenstelsel moet worden ingepast. Zelfstandigen dienen hun pensioen zelf te regelen en uit onderzoek blijkt dat zelfstandigen minder pensioen opbouwen dan werknemers. Naarmate het aantal zelfstandigen stijgt, neemt het maatschappelijke belang dat zij hun pensioen goed regelen navenant toe. In Nederland wordt op dit moment gediscussieerd over de toekomstige inrichting van het pensioenstelsel. Aanleiding is onder meer de toenemende druk op de financiële houdbaarheid van het stelsel vanwege de afhankelijkheid van de schommelingen op de financiële markten, het afnemend vertrouwen van burgers in het stelsel en de flexibilisering van de arbeidsmarkt. De opkomst van de zelfstandigen is van dit laatste een belangrijke exponent. Het pensioen van zelfstandigen is daarmee ook een belangrijke factor in de discussie over de toekomst van het pensioenstelsel.³

In deze bijdrage ga ik in op de positie van zelfstandigen in het pensioenstelsel en bespreek ik enkele actuele ontwikkelingen rondom het pensioen van zelfstandigen.

2. Huidige mogelijkheden tot pensioenopbouw door zelfstandigen

2.1 Pensioenstelsel

Het Nederlandse pensioenstelsel is zoals in de meeste Europese landen vormgegeven via drie pijlers. De eerste pijler bestaat uit de AOW als basisvoorziening op minimumniveau

en geldt voor alle ingezetenen in Nederland; dus ook voor zelfstandigen. De tweede pijler betreft (hoofdzakelijk) het arbeidsvoorwaardelijke aanvullend pensioen zoals dat tussen werkgever en werknemer is overeengekomen.⁴ In de derde pijler kunnen vrijwillige en individuele oudedagsvoorzieningen worden getroffen door degenen die geen pensioen in de tweede pijler opbouwen of dit zelf willen aanvullen.

2.2 Zelfstandigen in het pensioenstelsel

Overheidsbeleid

Vigerend overheidsbeleid is dat zelfstandigen ondernemers zijn. Een keuze voor ondernemerschap wordt nadrukkelijk gezien als een keuze voor eigen verantwoordelijkheid.⁵ Onderdeel hiervan is dat zelfstandigen zelf moeten zorgdragen voor de aanwezigheid c.q. opbouw van een oudedagsvoorziening in aanvulling op de AOW, zo men dat wenst. De overheid stimuleert dit door onder meer pensioenopbouw fiscaal te faciliteren.

Tweede pijler

De tweede pijler bevat een drietal mogelijkheden voor zelfstandigen om aan een collectieve pensioenregeling deel te nemen.

Ten eerste kunnen zelfstandigen op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) door de Minister van SZW worden verplicht om aan een bedrijfstakpensioenfonds deel te nemen. Voorwaarde is dat sociale partners die een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen, hiertoe een verzoek bij de Minister van SZW indienen. Dit is alleen mogelijk als de betreffende groep zelfstandigen duidelijk is afgebakend.⁶ In de praktijk is hier nog maar weinig gebruik van gemaakt. Er zijn twee bedrijfstakpensioenfondsen waar zelfstandigen verplicht bij zijn aangesloten: te weten zelfstandige schilders bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de schilders-, afwerkings- en glaszetbranche en zelfstandige stukadoors bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid.⁷

Ten tweede kunnen zelfstandigen als zelfstandige beroepsbeoefenaren op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling (WVB) als beroepsgenoten worden verplicht om aan een beroepspensioenregeling deel te nemen.⁸ Deze

1 Mr. M.E.C. Boumans is werkzaam bij PGGM en is verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij schreef dit artikel op persoonlijke titel.

2 Deze bijdrage is gebaseerd op: M.E.C. Boumans, 'Pensioen van zelfstandigen', in: H. Breuker, E. Schols (red.) *Pensioenactualiteiten 2016*, Haarlem: Thomas en Brinkman 2016, p. 61-68.

3 *Kamerstukken II* 2015/16, 32043, 298, p. 3-4.

4 Ongeveer 90% van de werknemers bouwt pensioen op in de tweede pijler: SER, *Toekomst pensioenstelsel*, Advies 15/01, februari 2015, p. 31.

5 *Kamerstukken II* 2010/11, 31311, 71, p. 2.

6 Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, Beleidsregels van 7 december 2011, *Strct.* 2011, 22535.

7 E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9.

8 Aan een beroepspensioenregeling kunnen zowel zelfstandige beroepsbeoefenaren als beroepsbeoefenaren in loondienst deelnemen. Op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling moet de onderlinge verhouding minimaal 55% (zelfstandig) en maximaal 45% (in loondienst) zijn. Omdat bij enkele beroepspensioenregelingen niet aan dit verhoudingsverste kan worden voldoen en daardoor de verplichtstelling kan komen te vervallen, heeft de staatssecretaris van SZW eind vorig jaar aangekondigd niet handhavend op te treden: *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, nr. 853.

verplichtstelling moet worden aangevraagd door een belangrijke meerderheid van de beroepsgenoten, verenigd in de zogenaamde beroepspensioenvereniging. In Nederland zijn elf verplichte beroepspensioenregelingen actief, met name in de medische sector (onder meer huisartsen en verloskundigen). Slechts 1% van het totaal aantal deelnemers in de tweede pijler neemt deel aan een beroepspensioenregeling.⁹

Ten derde kunnen zelfstandigen die als werknemer bij een pensioenuitvoerder waren aangesloten, hun pensioen bij die uitvoerder gedurende maximaal tien jaar vrijwillig voortzetten als de pensioenuitvoerder deze mogelijkheid biedt.

Derde pijler

In de derde pijler kunnen zelfstandigen fiscaal gefacilieerd een oudedagsvoorziening treffen door een lijfrenteverzekering bij een verzekeraar te sluiten. Met ingang van 1 januari 2008 zijn daar een tweetal lijfrentevormen bijgekomen, te weten een aanspraak op het tegoed van een geblokkeerde lijfrentespaarrekening bij een bank (banksparvariant) en de waarde van een geblokkeerd lijfrentebeleggingsrecht bij een beleggingsinstelling (beleggingsvariant).¹⁰ Beide nieuwe vormen zijn aantrekkelijke alternatieven gebleken voor een lijfrentepolis bij een verzekeraar.

Oudedagsreserve

Daarnaast is er de oudedagsreserve (FOR). Dit is een fiscale reservering voor de oude dag die voor zelfstandig ondernemers in de Wet IB 2001 in het leven is geroepen. Een storting aan de FOR leidt tot een lagere fiscale winst. Over de storting aan de FOR hoeft geen inkomstenbelasting betaald te worden. De storting aan de FOR bedraagt jaarlijks 9,8% van de winst, met een maximum van € 8.774,- (bedrag 2016). Zodra men stopt als zelfstandig ondernemer of men de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, moet alsnog over de FOR belasting worden betaald. Tenzij de FOR in een lijfrente wordt omgezet en zodoende als oudedagsvoorziening wordt aangewend. Verplicht is dit echter niet. In de literatuur bestaat veel weerstand tegen de FOR, omdat het een schijnvoorziening en geen 'echte' pensioenvoorziening zou zijn.¹¹

3. Pensioenopbouw van zelfstandigen in de praktijk

Zelfstandigen bouwen in principe geen pensioen op via de tweede pijler.¹² Daartegenover staat dat zelfstandigen hun

inkomen na pensionering vaker en voor grotere bedragen opbouwen via de derde pijler, via andere vrije besparingen (zoals eigen spaargeld en privébeleggingen) en onroerend goed (aflossing en overwaarde eigen huis).¹³

Uit onderzoek blijkt dat een kwart van de huidige zelfstandigen een vervangingsinkomen heeft van 70% of meer van het bruto jaarinkomen.¹⁴ Onder vervangingsinkomen wordt verstaan het resultaat van het gespaarde inkomen in elk afzonderlijk jaar van het werkzame leven. Dat kan bestaan uit een pensioen- of oudedagsvoorziening, maar ook uit vrije besparingen. Bij een kwart van de zelfstandigen is dat 50-70% van het bruto jaarinkomen. De helft van de zelfstandigen heeft na pensionering een inkomen van minder dan 50% van hun huidige bruto jaarinkomen.

Uit deze cijfers volgt dat zelfstandigen gemiddeld minder pensioen opbouwen dan werknemers.¹⁵ Als belangrijkste redenen waarom geen of weinig pensioenopbouw plaatsvindt, worden de kosten en een gebrek aan financiële middelen genoemd.¹⁶ Daarnaast wordt ook gewezen op het vooruitschuiven van keuzes (uitstelgedrag).

De pensioenopbouw van zelfstandigen wordt als kwetsbaar ervaren, reden waarom er zo veel aandacht is voor de verbetering van de pensioendeelname van deze groep. Een maatschappelijke consequentie van de beperkte pensioenopbouw onder zelfstandigen kan namelijk op termijn zijn, dat een groter wordende groep een beroep moet doen op sociale voorzieningen van de overheid.¹⁷ Hoe groot deze dreiging is, is echter tot op heden (nog) niet onderzocht.

4. Ontwikkelingen sinds de invoering van de Pensioenwet

4.1 Verhoogde aandacht sinds de invoering van de Pensioenwet

Sinds de invoering van de Pensioenwet in 2007 is er vanuit de Haagse politiek een verhoogde belangstelling voor het pensioen van zelfstandigen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet was de looptijd van de mogelijkheid tot vrijwillige voortzetting onderwerp van debat.¹⁸ Uiteindelijk is de looptijd tien jaar in de Pensioenwet geworden.¹⁹ Punt was wel dat de fiscale faciëring na drie jaar stopte, waardoor de regeling na het derde jaar hoogst onaantrekkelijk was. Pas in 2012 is de fiscale faciëring

9 N. van der Zwan, *Collectieve Zeggenschap in het Nederlandse Pensioenstelsel: De Beroepspensioenvereniging*, UvA Amsterdam, AIAS Working Paper 128, september 2013, p. 11.

10 Wet van 20 december 2007, *Stb.* 2007, 577.

11 Studiecommissie belastingstelsel, *Continuïteit en vernieuwing*, Den Haag, 7 april 2010, p. 80-81; H.M. Kappelle e.a., *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: Het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger*, Deventer: Kluwer 2011, p. 73-77; G.B.J. Dietvorst e.a., *Arbeidsvormneutraal pensioenkader, een logische vervolgstap*, Tilburg University 2013, p. 65-77.

12 Behoudens in de in paragraaf 2.2 genoemde gevallen.

13 Onder meer: M. Mastrogiacomio, R. Dillingh, K. Bangma, *Een pensioenregeling voor zelfstandigen: de voor- en nadelen van een opt-in*, Netspar NEA Papers 57, november 2014.

14 Onderzoeksrapport 'Pensioen van zelfstandigen', bijlage bij: *Kamerstukken II 2012/13*, 31311, 97.

15 Het gemiddelde vervangingsinkomen voor alle huishoudens op basis van de tweede en derde pijler voor huishoudens bedraagt 71%. Voor zelfstandigen is dit 50%. Zie: M. Knoef e.a., *Pensioeninkomen in de toekomst*, *Economisch Statistische Berichten*, 13 december 2013, 98 (4674/4675), p. 734-737.

16 SER, *Toekomst pensioenstelsel*, Advies 15/01, februari 2015, p. 117.

17 *Kamerstukken II 2015/16*, 31311, 164, p. 23.

18 *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 17, p. 7.

19 *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 75.

naar tien jaar verruimd.²⁰ Of dit veel zoden aan de dijk heeft gezet valt overigens te betwijfelen. Het aantal zelfstandigen dat de pensioenregeling vrijwillig voortzet, is volgens recent onderzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zeer beperkt.²¹

Op verzoek van het Kabinet Balkenende IV heeft de SER in 2010 onderzoek gedaan naar de sociaaleconomische positie van de groeiende groep zzp'ers. In het rapport 'Zzp'ers in beeld' komt de SER tot de conclusies dat de eigen verantwoordelijkheid van de zzp'ers voor hun pensioen in de praktijk leidt tot een beperkte pensioenopbouw.²² De SER adviseert om de pensioensituatie van zzp'ers te verbeteren, zowel in de tweede als in de derde pijler. In de kabinetsreactie die ruim twee jaar op zich liet wachten, wees het kabinet in 2013 op het belang van de derde pijler voor deze doelgroep.²³ Het kabinet zegde daarbij toe om met een aantal zelfstandigenorganisaties mee te denken over de ontwikkeling van een collectieve vrijwillige regeling in de derde pijler.

4.2 Maatregelen Witteveenakkoord

De wens om de mogelijkheden tot pensioenopbouw van zzp'ers verder te versterken is de laatste jaren steeds luider geworden. Om hieraan tegemoet te komen heeft het kabinet als onderdeel van het zogenaamde Witteveenakkoord van 18 december 2013, vier maatregelen aangekondigd die beogen de pensioenpositie van zelfstandigen te verbeteren.²⁴ Deze maatregelen zijn de afgelopen periode gerealiseerd:

- Het opgebouwde pensioen in de derde pijler blijft buiten de vermogenstoets voor bijstandsverlening. Net als in het tweede pijlerpensioen hoeft de derde pijler niet te worden opgegeten om voor bijstand in aanmerking te komen. Aanpassing van de Participatiewet heeft per 1 april 2016 plaatsgevonden.²⁵
- Het opgebouwde derde pijlerpensioen kan vanaf 2015 zonder revisierente worden opgenomen in geval van arbeidsongeschiktheid.^{26 27} Omdat veel zzp'ers geen arbeidsongeschiktheidsverzekering hebben getroffen, is de mogelijkheid geboden om de derde pijleraanspraak af te kopen om zo te voorzien in een inkomen bij arbeidsongeschiktheid.
- Het kabinet wil monitoren hoe pensioenfondsen omgaan met vrijwillige voortzetting van pensioenopbouw

voor zelfstandigen, om te bezien of daar verbeteringen kunnen worden aangebracht.²⁸

- Om het gebruik van vrijwillige voortzetting te vergemakkelijken, geldt een wettelijke aanvraagtermijn van negen maanden waarin ex-werknemers kunnen beslissen of zij hun pensioenopbouw bij het pensioenfonds vrijwillig willen voortzetten.²⁹ Deze maatregel is via een wijziging van art. 54 Pensioenwet per 1 april 2016 ingevoerd.³⁰

4.3 Initiatieven in de derde pijler

De aandacht voor de pensioenpositie van zelfstandigen heeft geleid tot een aantal initiatieven om te komen tot vrijwillige producten in de derde pijler. Zo is in 2015 Brightpensioen als nieuw product geïntroduceerd. Brightpensioen is een beleggingsinstelling en het lijfrenteproduct dat wordt aangeboden is de beleggingsvariant van banksparen.

Een ander initiatief dat is ontplooid is dat van het zzp-pensioen dat door een aantal samenwerkende zzp-organisaties tot stand is gebracht en bij APG-dochter Loyalis is ondergebracht. Het Ministerie van SZW heeft bij de totstandkoming van deze 'pensioen' regeling technische ondersteuning geboden.³¹ Dit is opvallend, omdat het zzp-pensioen een lijfrenteproduct in de vrije derdepijlermarkt is en er geen reden is waarom de overheid zich hierin zou moeten mengen. Bij de introductie van het zzp-pensioen is het in de media aangekondigd als zzp-pensioenfonds. Hier heeft de AFM in 2014 een stokje voor gestoken omdat het geen pensioenfonds is in de zin van Pensioenwet, maar een beleggingsinstelling in de zin van de Wet op het financieel toezicht.³² Daarnaast zijn recentelijk ook andere lijfrenteproducten voor zzp'ers in de derde pijler tot stand gebracht.³³ Voor al deze nieuwe producten geldt, dat het nog niet zo'n vaart loopt met het aantal deelnemers.³⁴

4.4 IBO ZZZP

Op 2 oktober 2015 is het Interdepartementaal Beleidsonderzoek 'Zelfstandigen Zonder Personeel' – of korter: het IBO ZZZP-rapport – aan de Tweede Kamer aangeboden.³⁵ In dit rapport worden (onder meer) beleidsopties verkend over de positie van zelfstandigen in de verschillende beleidsdomeinen, waaronder het pensioendomein.³⁶

20 Besluit van 22 december 2011 tot wijziging van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, *Stb.* 677, 2011.
 21 Bureau Bartels, Onderzoek vrijwillige voortzetting pensioenfonds voor zelfstandigen, 27 januari 2016, bijlage bij: *Kamerstukken II 2015/16*, 32043, 339.
 22 SER, *Zzp'ers in beeld, Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, Advies 10/4, oktober 2010.
 23 *Kamerstukken II 2012/13*, 31311, 97.
 24 *Kamerstukken II 2013/14*, 32043, 188, p. 5-6.
 25 Wet van 21 november 2015 (Wet vrijlating lijfrenteopbouw en inkomsten uit arbeid en bevordering vrijwillige voortzetting pensioenopbouw), *Stb.* 2015, 451.
 26 Wet van 17 december 2014 (Belastingplan 2015), *Stb.* 2014, 578.
 27 Bij de afkoop van een lijfrente is door de belastingplichtige rente verschuldigd. Deze rente wordt revisierente genoemd en bedraagt 20% van de waarde in het economische verkeer van de lijfrente-aanspraak.

28 Inmiddels heeft het kabinet haar bevindingen aan de Tweede Kamer aangeboden: *Kamerstukken II 2015/16*, 32043, 339.
 29 Zie: M.E.C. Boumans, Wetsvoorstel Pensioensparen zelfstandigen: 'the next step', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2015/31, p. 24-29.
 30 Wet van 21 november 2015 (Wet vrijlating lijfrenteopbouw en inkomsten uit arbeid en bevordering vrijwillige voortzetting pensioenopbouw), *Stb.* 2015, 451.
 31 *Kamerstukken II 2013/14*, 32043, 195.
 32 www.afm.nl/nl/nieuws/2014/juli/pensioen-zzp.aspx (website geraadpleegd: 30 augustus 2016).
 33 Zoals door Brand New Day en Achmea.
 34 C. Spijkerman, Zzp'er en pensioen: lastige combinatie, *NRC*, 27 april 2016.
 35 Interdepartementaal beleidsonderzoek naar zelfstandigen zonder personeel (IBO ZZZP), april 2015, p. 19 (bijlage bij: *Kamerstukken II 2015/16*, 31311, 154).
 36 Voor een uitgebreidere analyse verwijs ik naar: M. Boumans, IBO ZZZP – Actie is geen reactie, *Pensioen Advies*, december 2015, p. 11-13.

Volgens het rapport beweegt het overheidsbeleid zich langs de as werknemer(sbeschermt) versus ondernemer(svrijheid). De opstellers pleiten ervoor om het overheidsbeleid meer te richten op werkenden met differentiatie langs de as zelfredzaam versus afhankelijkheid; zowel voor werknemers als voor zelfstandigen. De institutionele vorm waarin wordt gewerkt is daarbij van ondergeschikt belang. Bepalend is de behoefte aan c.q. noodzaak tot bescherming van de werkende. Kort gezegd, is de conclusie van het IBO ZZP-rapport dat hervormingen van de institutionele beleidsdomeinen noodzakelijk zijn. Nietsdoen is volgens het rapport geen optie.

Op pensioengebied worden in het rapport verschillend beleidsopties onder elkaar gezet, die tot doel hebben om het verschil in pensioenopbouw tussen zelfstandigen en werknemers te verkleinen (en daarmee het pensioen van zzp'ers te verbeteren). Onder meer wordt voorgesteld om de fiscale ruimte in de tweede pijler te beperken door aftopping van de pensioenopbouw € 70.000. Het verschil in pensioenopbouw tussen werknemers en zzp'ers wordt dan verkleind door de fiscale ruimte in de tweede pijler te beperken en de derde pijler ongewijzigd te laten. Het verplichte deel wordt daarmee kleiner. Wil men meer opbouwen, dan kan dit vrijwillig in de derde pijler. Een andere optie is om de pensioenopbouw van zzp'ers verplicht te stellen. Dit gaat van de gedachte uit dat zolang werknemers verplicht pensioen opbouwen en zelfstandigen niet, een ongelijke concurrentie kan ontstaan tussen beide groepen werkenden. Door zzp'ers verplicht pensioen te laten opbouwen wordt dit verschil weggenomen.

De kabinetsreactie op het IBO ZZP-rapport was teleurstellend, maar ook begrijpelijk.³⁷ Teleurstellend, omdat het kabinet geen nadere maatregelen heeft aangekondigd. Het einde van regeerperiode is in zicht en het onderwerp wordt naar een volgend kabinet doorgeschoven. En dat is wel begrijpelijk gezien de grote ideologische meningsverschillen tussen coalitiepartijen VVD (ondernemersvrijheid) en PvdA (bescherming) ten aanzien van zzp'ers.

5. Zelfstandigen en de toekomst van het pensioenstelsel

5.1 Toekomst van het pensioenstelsel

Het Nederlandse pensioenstelsel behoort tot een van de beste van de wereld.³⁸ De veranderingen van de maatschappij en de economie, op de arbeidsmarkt en in financiële zekerheid leiden tot fundamentele vragen over de toekomstige inrichting van het pensioenstelsel.

Om tot een open en brede dialoog te komen over een toekomstige inrichting van het stelsel, is het kabinet in 2014 de Nationale Pensioendialoog gestart.³⁹ Hierbij heeft eenieder die dit wenste, de dialoog kunnen aangaan.⁴⁰ De vele (tegengestelde) visies en voorstellen uit de pensioendialoog

alsmede het SER-advies 'Toekomst Pensioenstelsel' van februari 2015 (Advies 2015/01) zijn als input gebruikt voor de hoofdlijnennotitie die het kabinet op 6 juli 2015 naar de Tweede Kamer heeft gestuurd.⁴¹ Hierin komt het kabinet tot een viertal richtinggevend hoofdlijnen voor een toekomstbestendig pensioenstelsel. Eén van die hoofdlijnen betreft een gedifferentieerde aanpak om te komen tot een toereikend aanvullend pensioen voor alle werkenden.

De verdere uitwerking van deze hoofdlijnen zijn weer in een perspectiefnota opgenomen die in de zomer van 2016 aan de Tweede Kamer zijn gestuurd.⁴² Het proces voltrekt zich stapje voor stapje, waarbij de ene nota de andere nota opvolgt. En de laatste nota is nog niet in zicht. Zeker nu staatssecretaris Klijnsma afgelopen voorjaar heeft aangegeven dat fundamentele hervorming van het pensioenstelsel aan een volgend kabinet wordt overgelaten.⁴³ Daarmee wordt de discussie over de toekomst van het pensioenstelsel een verkiezingsthema dat na 17 maart 2017 een nieuwe fase zal ingaan.

5.2 De perspectiefnota

In de perspectiefnota van 8 juli 2016 schetst het kabinet het perspectief van een nieuw pensioenstelsel en presenteert het verschillende opties om het stelsel van aanvullende pensioenen beter aan te laten sluiten bij de arbeidsmarkt van de 21ste eeuw, waarin mensen later met pensioen gaan, vaker van baan veranderen en vaker als zzp'er werken.

Volgens het kabinet is het van belang is dat alle werkenden een toereikend pensioen opbouwen om bij pensionering geen grote terugval te hebben in bestedingsmogelijkheden. Flexwerkers en zelfstandigen lopen het risico onvoldoende pensioen op te bouwen. Ten aanzien van zelfstandigen geldt volgens het kabinet dat zij veelal niet toekomen aan het regelen van pensioenopbouw en dat er veel sprake is van uitstelgedrag. Daarnaast blijkt dat de participatie van zelfstandigen aan de nieuwe regelingen die in de derde pijler tot stand zijn gekomen, achterblijft bij de verwachtingen.

Om ervoor te zorgen dat zelfstandigen een toereikend pensioen kunnen opbouwen, is volgens het kabinet een aantal maatregelen denkbaar. Zonder dat het kabinet een voorkeur uitspreekt, denkt het aan de volgende maatregelen:

1. Zelfstandigen worden wettelijk verplicht deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds in hun sector.
2. Vanaf het derde jaar na het starten als ondernemer, wordt een minimale pensioenopbouw als voorwaarde gesteld voor gebruik van fiscale ondernemersfaciliteiten, waaronder de zelfstandigenaftrek.
3. Zelfstandigen worden tot pensioendeelname verplicht, tenzij men voor opting out kiest.

37 Kamerstukken II 2015/16, 31311, 154.

38 Melbourne Mercer Global Pension Index, 2015.

39 Kamerstukken II 2013/14, 32043, 225.

40 Kamerstukken II 2014/15, 32043, 241.

41 Kamerstukken II 2014/15, 32043, 263.

42 Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel, bijlage bij: Kamerstukken I 2015/16, 32043, G.

43 Kamerstukken II 2015/16, 32043, 325, p. 53.

4. Alle zelfstandigen krijgen een voorstel om een pensioenvoorziening te treffen. Zij hebben hierin een vrije keuze.
5. Verruiming van de mogelijkheid tot vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw in de tweede pijler.

6. **Tot slot**

In het Nederlandse driepijlerstelsel zijn zelfstandigen voornamelijk aangewezen op fiscaal gefacilieerd pensioenopbouw via de derde pijler. Daarnaast biedt de tweede pijler een aantal mogelijkheden, waar in de praktijk maar beperkt gebruik van wordt gemaakt. Dat is een gemiste kans, omdat de voordelen van een collectieve en solidaire pensioenregeling in de tweede pijler niet voor zelfstandigen worden aangewend.

Uit onderzoek blijkt dat zelfstandigen minder pensioen opbouwen dan werknemers. Dat kan op termijn tot problemen leiden als de groeiende groep zelfstandigen hier niet zelf voor zorgdraagt. Een massaal beroep op overheidsvoorzieningen ligt op termijn op de loer.

Hoewel er ook andere belangrijke thema's rondom de toekomstige inrichting van het pensioenstelsel spelen, waarover de nodige meningsverschillen bestaan, spant de onenigheid over de verbetering van de pensioenopbouw voor zelfstandigen mijns inziens toch wel de kroon. De verdeeldheid zit diep en voert terug tot ideologische verschillen tussen links en rechts. Met deze tegenstelling zijn we weer terug bij de vormgeving van ons sociale stelsel aan het begin van de vorige eeuw, waar de discussie (destijds over kleine zelfstandigen) tussen sociale bescherming enerzijds en ondernemersvrijheid anderzijds in volle hevigheid werd gevoerd.

Het pensioen van zelfstandigen is een dilemma. Enerzijds geldt er geen pensioenverplichting en anderzijds bieden vrijwillige regelingen onvoldoende uitkomst. Het kabinet heeft dit dilemma onderkend en heeft dit – tegen de achtergrond van de verschuiving van de arbeidsmarkt – tot een van de kernthema's van de toekomstige inrichting van ons pensioenstelsel gemaakt. Het huidige kabinet wil hier echter niet meer zijn vingers aan branden en schuift het vraagstuk door naar een volgend kabinet.

Of, zoals Simon Carmiggelt het ooit zei: *'je moet problemen uitstellen, dan gaan ze meestal vanzelf over'*.

De Wet DBA: hoe kan een arbeidsrechtadvocaat cliënten ondersteunen?

ArbeidsRecht 2016/47

1. Onzekere opdrachtgevers

In de fiscale praktijk is het onderscheiden van een arbeidsovereenkomst van een overeenkomst van opdracht soms lastig. Dat geldt vooral voor overeenkomsten die worden aangegaan met 'losse krachten' (zzp'ers). Opdrachtgevers lopen risico's op naheffingsaanslagen loonheffingen als zij het fiscale karakter van overeenkomsten verkeerd beoordelen. De risico's zijn met de Wet DBA sinds 1 mei 2016 toegenomen en veel opdrachtgevers zijn – terecht – nu erg onzeker over wat zij moeten doen. Vanwege de onzekerheid bij veel opdrachtgevers en de aanhoudende onrust over de Wet DBA in het algemeen, werd de staatssecretaris op 29 september 2016 door de Tweede Kamer ontboden.

De Tweede Kamer sloot toen zelfs niet uit dat de Wet DBA zou moeten worden ingetrokken. De staatssecretaris zegde daarom toe om vanaf 17 oktober 2016 een 'meldpunt' beschikbaar te hebben bij de Belastingdienst. Daar zouden de problemen met de Wet DBA worden verzameld.²

Hoe dit ook afloopt: de rol van arbeidsrechtadvocaten bij het ondersteunen van cliënten voor de implementatie van de Wet DBA is van groot belang vanwege de raakvlakken van die wet met het arbeidsrecht.

2. Wat zegt de belastingwetgeving?

Art. 2, lid 1, Wet LB 1964 bepaalt dat degene die tot een opdrachtgever in een privaatrechtelijke of een publiekrechtelijke dienstbetrekking staat werknemer is. In de MvA bij het wetsontwerp voor de Wet LB 1964 (de Wet LB) staat:

'Afgezien van de praktische onmogelijkheid een alles omvattend fiscaal begrip dienstbetrekking te formuleren, is juist ter wille van de rechtszekerheid gekozen voor handhaving van het civiele begrip dienstbetrekking.'

In januari 2016 heeft de Staatssecretaris van Financiën, bij het debat in de Eerste Kamer over de Wet DBA, letterlijk gezegd:

'Als er sprake is van een civiele arbeidsovereenkomst, conform het Burgerlijk Wetboek, dan is er ook sprake van een dienstbetrekking voor de loonheffing. Daar zit geen verschil tussen, want dit is gebaseerd op dezelfde wettelijke basis.... Bij het voor de fiscaliteit beoordelen van de overeenkomsten hanteert de Belastingdienst de uitgangspunten van het Burgerlijk Wetboek en de ar-

beidsrechtelijke jurisprudentie. Zo hoort het. Daar hoort geen licht tussen te zitten'³

3. Wel of geen modelovereenkomst?

De Wet DBA heeft slechts de wetsartikelen waarin de VAR was geregeld geschrapt. Voor zekerheid over de vraag hoe de Belastingdienst een arbeidsrelatie beoordeelt zijn mogelijkheden uit de praktijk van voor de VAR afgestoft: opdrachtgevers en opdrachtnemers kunnen hun concept overeenkomsten ter goedkeuring voorleggen aan de Belastingdienst. Nieuw is dat zij gebruik kunnen maken van gepubliceerde, goedgekeurde modelovereenkomsten. Voorleggen van eigen overeenkomsten noch het gebruik van modelovereenkomsten is volgens de Staatssecretaris van Financiën verplicht en alleen bedoeld voor twijfelgevallen.⁴ Dat sluit aan bij zijn opmerking dat het gaat om de uitgangspunten van het BW en de arbeidsrechtelijke jurisprudentie. De bedoeling is wel dat gebruikers van modelovereenkomsten zekerheid krijgen over de aard van hun arbeidsrelatie. En daarmee ook over een eventuele inhoudingsplicht voor de loonheffingen. Die zekerheid moet vijf jaar gelden, onder voorbehoud van wijzigingen in wet- en regelgeving binnen die termijn.⁵ Zekerheid wordt echter alleen geboden als de werkzaamheden exact worden verricht overeenkomstig het gebruikte model. De praktijk moet zich op de werkvloer dus voegen naar de tekst van gepubliceerde modellen. De eerste praktijkervaringen wijzen uit dat dit vaak niet mogelijk is. Waar dat wel kan doemt het risico op dat de feitelijke werkzaamheden mettertijd zullen gaan afwijken van de modelovereenkomst. Daartegen biedt een modelovereenkomst geen bescherming.

Opdrachtgevers die een modelovereenkomst willen gebruiken moeten flink zoeken: op de website van de Belastingdienst staan thans 10 algemene modellen, 46 sectorale modellen en 9 individuele voorbeeldovereenkomsten. De staatssecretaris heeft in de Voortgangsrapportage Wet DBA aan de Tweede Kamer laten weten te streven naar ongeveer 60 sectorale modellen.⁶ De modelovereenkomsten zijn soms voorzien van een uitgebreide, lastig leesbare toelichting. Aan 'gemarkeerde' bepalingen in de modellen mag niet worden gesleuteld, op straffe van het vervallen van de zekerheid. 'Vrije bepalingen' kunnen wel worden aangepast aan de eigen situatie. Daarbij schuilt een addertje onder het gras: als in het model 'vrije bepalingen' worden gewijzigd of toegevoegd, mogen die geen afbreuk doen aan het karakter van het model. Er kan dan volgens de Belastingdienst alsnog 'werkgeversgezag' ontstaan.

1 Mr. G.W.B. van Westen is zelfstandig gevestigd advocaat-belastingkundige en o.a. voormalig raadshere-plv. in de Gerechtshoven Leeuwarden-Arnhem en 's-Hertogenbosch en de Centrale Raad van Beroep.

2 Zie Het Financieele Dagblad van 30 september 2016, p. 5.

3 *Handelingen I* 2015/16, 34036, 17, p. 42.

4 *Kamerstukken I* 2015/16, 34036, F, onderdeel 3.

5 Onderdeel 'Procedurale aspecten', Toelichting Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2014/15, 34036, 11.

6 Brief aan de Tweede Kamer van 16 september 2016, nr. 2016-0000142850.

Een praktisch punt bij gebruik van modelovereenkomsten is dat de staatssecretaris heeft toegezegd dat een onafhankelijk panel van experts alle gepubliceerde modelovereenkomsten gaat beoordelen. Dat zal voor 1 januari 2017 afgerond zijn.⁷ De einddatum van de 'Transitieperiode' is echter 1 mei 2017. Moet de praktijk wachten op het oordeel van het panel? Wat als al in gebruik zijnde modelovereenkomsten worden afgekeurd? De resterende tijd in de Transitieperiode is dan erg krap.

Hoewel modelovereenkomsten alleen bedoeld zijn voor twijfelgevallen willen veel opdrachtgevers gewoon elk risico uitsluiten. Zelfs als zij eigenlijk niet twijfelen over de aard van een arbeidsrelatie.

In de Eerste Kamer heeft de staatssecretaris nog gezegd dat vaak niets te vrezen valt van de Wet DBA omdat evident sprake zal zijn van ondernemerschap of werknemerschap.⁸ Hoe kunnen opdrachtgevers echter *zeker* weten of hun opdrachtnemer 'evident' ondernemer is? Er zijn bovendien zelfstandigen die geen werknemer zijn, maar ook geen ondernemer. In de belastingwetgeving heten zij genietters van 'resultaat overige werkzaamheden' ('ROW'). Dat herkennen is nog lastiger dan het herkennen van een evidente ondernemer.

4. Wat te doen bij afwijzing van een modelovereenkomst?

De doorlooptijd voor beoordeling van een individuele modelovereenkomst was oorspronkelijk geschat op gemiddeld zes weken.⁹ Inmiddels blijkt dat volgens de Voortgangsrapportage Wet DBA van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer gemiddeld bijna elf weken te zijn.¹⁰

Een opdrachtgever kan voorlopig volgens een voorgelegde maar nog niet goedgekeurde modelovereenkomst gaan werken. Bij afwijzing moet hij dan met terugwerkende kracht loonheffingen inhouden van de opdrachtnemer. Of andersom: een opdrachtgever houdt voorlopig loonheffingen in en geeft die terug als zijn model wordt goedgekeurd. Afgezien van de mogelijkheid dat de behandeling bij de Belastingdienst lang duurt, is tevens de kans op afwijzing is erg groot: op 1 augustus waren 4481 modellen voorgelegd: 370 waren goedgekeurd. 1033 waren afgewezen. De rest was nog in behandeling.¹¹

Afwijzing van een voorgelegde modelovereenkomst is geen formele 'beschikking'. Men kan dus niet in bezwaar en beroep tegen een afwijzing.¹²

'Indirect' zijn er, volgens de staatssecretaris, toch twee mogelijkheden voor bezwaar- en beroep. Opdrachtgevers kunnen loonheffingen inhouden. Daarna kan men in bezwaar en beroep gaan tegen de inhouding. Of de opdrachtgever houdt geen loonheffingen in en verzoekt de Belastingdienst

om een naheffingsaanslag, waartegen dan bezwaar en beroep mogelijk is.' De praktijk zal aan deze suggesties niet veel aan hebben: bezwaar- en beroepsprocedures duren jaren.

De opdrachtgever kan een afwijzing negeren en het risico nemen van een naheffingsaanslag bij een controle. Dan loopt hij een extra risico omdat de Belastingdienst zal kunnen stellen dat de inhoudingsplicht opzettelijk is genegeerd. Dat kan leiden tot bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sancties.

Na afwijzing van een voorgelegd model kan een twijfelende opdrachtgever dus eigenlijk alleen maar overgaan tot inhouding van loonheffingen. Zijn twijfels over de fiscale risico's zullen zelfs zijn versterkt door de afwijzing.

5. De aard van de gezagsverhouding en de partijbedoeling in de fiscale praktijk

In de fiscale praktijk wordt vaak gedacht dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst (en dus inhoudingsplicht) doorslaggevend is of sprake is van *een* gezagsverhouding tussen opdrachtnemer en opdrachtgever. Al in december 1991 vond in de fiscale rechtspraak een doorbraak plaats. In het zogenoemde fotomodellenarrest besliste de Hoge Raad dat sprake kan zijn van een gezagsverhouding terwijl toch geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹³ De Belastingdienst vond dat als een fotograaf een fotomodel opriep om een paar uur te poseren voor huis-aan-huisbladen e.d., arbeidsovereenkomsten van korte duur werden gesloten, *omdat* gedurende het poseren sprake was van een gezagsverhouding. Door het arrest werd duidelijk dat ook in de fiscale praktijk geldt dat een gezagsverhouding een element kan zijn van een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in art. 7:402, lid 1, BW. Na 1991 zijn nog veel meer soortgelijke uitspraken gepubliceerd. Een opdrachtgever is dus niet verplicht om op betalingen aan een opdrachtnemer-*losse* kracht loonheffingen in te houden *louter* vanwege *een* gezagsverhouding. Pas in april 2009 erkende de Staatssecretaris van Financiën in de *'Tussenrapportage arbeidsrelaties'* voor het eerst ondubbelzinnig dat bij de fiscale toets van een arbeidsrelatie de uitgangspunten van civiele recht bepalend zijn.¹⁴ Samengevat staat daarin dat moet worden onderzocht wat de *aard* is van een gezagsverhouding. Is die kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst of juist kenmerkend voor een overeenkomst van opdracht?

Bij belastingcontroles werd (en wordt) echter vaak voorbij gegaan aan deze ontwikkelingen. De Belastingdienst blijft te vaak betogen dat als sprake was van een instructiebevoegdheid dat duidt op een gezagsverhouding zoals bij een arbeidsovereenkomst. En dat de opdrachtgever *daarom* loonheffingen moet inhouden.

In het arbeidsrecht is overigens niet alleen de aard van de gezagsverhouding relevant, maar evenzeer of tussen partijen gelijke bedoelingen bestaan wat betreft de rechtsge-

7 *Handelingen I* 2015/16, 34036, 17, p. 44.

8 *Kamerstukken I* 2015/16, 34036, F, onderdeel 3.

9 Onderdeel 'Procedurele aspecten', Toelichting Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2014/15, 34036, 11.

10 Brief aan de Tweede Kamer van 16 september 2016, nr. 2016-0000142850.

11 Ministerie van Financiën, nr. 2016-0000124939.

12 *Kamerstukken I* 2015/16, 34036, F, onderdeel 3.

13 HR 18 december 1991, nr. 27 532, ECLI:NL:HR:1991:ZC4848.

14 Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, nr. AFP2009/255U.

volgen van hun arbeidsrelatie. In de fiscale praktijk wordt ook daaraan te weinig aandacht besteed.

Een vaak geziene passage in overeenkomsten van opdracht luidt: 'Partijen beogen geen arbeidsovereenkomst met elkaar te sluiten'.

Om de Belastingdienst tevreden te stellen is echter meer nodig dan dat. Een goed praktijkvoorbeeld is het 'Gouden kooi-arrest'¹⁵. Een deelnemster aan het gelijknamige TV programma stelde dat zij in privaatrechtelijke dienstbetrekking had gestaan bij de organisatie, zodat zij recht had op WW-uitkeringen. Er was een overeenkomst van opdracht gesloten met daarin de passage dat beide partijen geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten. De Centrale Raad van Beroep en vervolgens de Hoge Raad vonden echter dat toch sprake was een arbeidsovereenkomst. Vanwege de economische ongelijkwaardigheid van partijen werd het niet reëel geacht dat de partijbedoelingen bij het sluiten van de overeenkomst identiek waren en dat *beide* partijen geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten maar slechts een overeenkomst van opdracht. Net als in het arrest *Groen/Schoevers*¹⁶ was daarbij ook de feitelijke uitvoering van de overeenkomst relevant.

6. Hoe kan een arbeidsrechtadvocaat cliënten helpen?

Opdrachtgevers doen er goed aan om direct bij het sluiten van een overeenkomst met een losse kracht vast te leggen waarom die overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is. De aandachtspunten, waarop een belastingrechter in dit verband let zijn de volgende.

Als een opdrachtnemer maar één opdrachtgever heeft is de kans dat hij als werknemer wordt beschouwd groter dan bij veel kortdurende arbeidsverhoudingen. Ook is relevant of de opdrachtnemer continuïteitsrisico loopt en of hij aansprakelijk is als de opdracht mislukt. Verder is relevant of de instructiebevoegdheid beperkt blijft tot een concrete omschrijving van het verlangde eindresultaat. Een globale omschrijving van de daarvoor te verrichten werkzaamheden is daarbij beter. Daartegenover staat dat hoe meer bepalingen zijn opgenomen die normaal gesproken in arbeidsovereenkomsten staan, hoe groter de kans dat eigenlijk sprake is van werknemerschap. Een gedetailleerd takenpakket is geen aanbeveling. Hetzelfde geldt voor doorbetaling van een kostenvergoeding bij ziekte of vakantie en voor de vraag of het honorarium 'marktconform' is. Een honorarium waarin alles is begrepen is en waaruit de opdrachtnemer zijn eigen kosten moet betalen is beter. Het is echter geen probleem als substantiële, incidentele kosten mogen worden gedeclareerd. Uit de rechtspraak blijkt ook dat als de afgesproken werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen, de kans dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is toeneemt. In een uitspraak van Hof Arnhem over pizzakoeriers die werkten voor een

pizzabakkerij werd dat meegewogen.¹⁷ Het voorgaande geldt onverkort voor een opdrachtnemer die werkt vanuit een (management) BV. Daaraan kan worden toegevoegd dat als die BV al heel lang bestaat het reëel is dat met die 'vrije beroeps-BV' een overeenkomst van opdracht is gesloten en geen arbeidsovereenkomst met de werknemer/dga van die BV. In een praktijkgeval werkte een vrije beroeper vanuit een management-BV. Hij trad in dienst bij één van zijn opdrachtgevers, kreeg spijt en ging na ruim twee jaar uit dienst en weer vanuit zijn BV werken, ook voor derden. Het hof oordeelde dat er geen voortgezette arbeidsovereenkomst was.¹⁸ Niet-fiscale motieven om vanuit een BV te werken zijn van belang, zoals de wens om privévermogen te beschermen tegen risicoaansprakelijkheid. Een overeenkomst waarin staat dat de BV recht heeft op een auto van de zaak van de opdrachtgever, op vakantiedagen, op doorbetaling bij ziekte of zwangerschap, het declareren van kleine kosten etc. is geen aanbeveling. De voorkeur verdient ook dan een honorarium waarin alles is begrepen. De BV moet zelf een beloningspakket overeenkomen met haar werknemer/dga.

7. Interne toetsingskaders van de Belastingdienst: de Handreiking DBA

In een brief aan de Tweede Kamer schetste de Staatssecretaris van Financiën een toetsingskader dat behulpzaam kan zijn in twijfelgevallen.¹⁹ Diverse van de hiervoor genoemde criteria staan ook in die brief. Andere criteria die de staatssecretaris nog noemt: kan de opdrachtnemer zich niet of alleen met toestemming van zijn opdrachtgever laten vervangen? Geeft de opdrachtgever leiding aan en houdt hij toezicht op het werk van de opdrachtnemer? Geeft de opdrachtgever aanwijzingen over representativiteit, omgang met klanten, werktijden, kenbaarheid middels bedrijfskleding, logo's op vervoermiddelen en visitekaartjes? Wie behandelt klachten over (het werk van) de opdrachtnemer? Het gaat daarbij niet om één of twee criteria afzonderlijk maar om 'het hele plaatje'.

In de brief wordt bevestigd dat slechts sprake is van al langer bestaande criteria uit de rechtspraak voor de beoordeling van een arbeidsrelatie.

In de Eerste Kamer deed de staatssecretaris ook de toezegging²⁰ om het interne toetsingskader van de Belastingdienst vrij te geven. Dat is gebeurd in maart 2016 met de publicatie van de *Handreiking beoordelingskader overeenkomsten arbeidsrelaties ('Handreiking DBA')*. Daaruit blijkt o.a. dat de Belastingdienst vindt dat als het feitelijke instructierecht van de opdrachtgever slechts een nadere bepaling van de verlangde prestaties inhoudt, geen sprake is van een 'gezagsverhouding', die kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst. Dit refereert aan het genoemde fotomodellenarrest. De Handreiking DBA vindt ook relevant wat partijen bij de aanvang van een arbeidsrelatie voor ogen staat en hoe

15 HR 25 maart 2011, nr. 10/02146, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.

16 Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

17 Hof Arnhem 10 juli 2003, nr. 01/2328, ECLI:NL:GHARN:2003:AI0322.

18 Hof 's-Gravenhage 24 juni 2011, nr. BK-10/00065, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR2012.

19 Het onderdeel 'Beoordeling overeenkomsten', van 20 april 2015, *Kamerstukken II 2014/15, 34036, 9*.

20 *Handelingen I 2015/16, 34036, 17, p. 39*.

zij dat feitelijk vormgeven, gelet op om alle omstandigheden in hun onderlinge samenhang. So far so good. Echter de Handreiking DBA stelt ook dat door de feitelijke gezagsverhouding – *zo nodig in afwijking van de bedoeling van partijen* – soms toch moet worden geconcludeerd tot een arbeidsovereenkomst. Daarbij kan de maatschappelijke positie van partijen een rol spelen, zoals in het 'Gouden Kooi'-arrest en het arrest *Groen/Schoevers*.

Betekent dit dat de realiteit van de partijbedoeling door de Belastingdienst kan worden genegeerd, zelfs als die *bewezen* kan worden?

In de Handreiking DBA wordt ook opgemerkt dat het niet mogelijk is om in het algemeen aan te geven welke feitelijke situaties een 'gezagsverhouding', die kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst, opleveren. Dat is volgens de Handreiking DBA 'geen exacte wetenschap'. Laconiek wordt opgemerkt dat het uiteindelijke oordeel is voorbehouden aan de belastingrechter. Meer in het algemeen blijft de Handreiking DBA teveel focussen op de aanwezigheid van *een* gezagsverhouding. De Handreiking DBA is daardoor voor veel opdrachtgevers intimiderend. In fiscaal-juridische zin is de Handreiking DBA echter geen wetgeving maar niet meer een verzameling openbaar gemaakte standpunten van de Belastingdienst. Standpunten die eventueel in rechte kunnen worden aangevochten.

8. De fiscale bewijspositie

Uit het voorgaande blijkt dat arbeidsrechtadvocaten vanuit hun expertise hun cliënten kunnen bijstaan bij een juiste kwalificatie van een arbeidsrelatie. Zoals de staatssecretaris zei: 'Modelovereenkomsten zijn alleen bedoeld voor twijfelgevallen'. Een belangrijk aspect is hierbij de 'vrije bewijsleer' die in het fiscale recht geldt. Volgens die leer heeft de Belastingdienst de primaire bewijslast om aannemelijk te maken dat beide partijen de bedoeling hadden om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Pas als de Belastingdienst zijn stellingname dat sprake is van inhoudingsplicht goed heeft onderbouwd krijgt een opdrachtgever van de belastingrechter de vraag of hij kan weerleggen wat de Belastingdienst heeft aangevoerd.

In de praktijk gaat het vaak anders. Als de Belastingdienst buiten het kader van een goedgekeurde modelovereenkomst zal stuiten op de eerder genoemde passage 'dat partijen geen arbeidsovereenkomst met elkaar beogen te sluiten', zal de Belastingdienst vragen of de opdrachtgever die passage kan waarmaken. In de praktijk schieten veel opdrachtgevers dan in een defensieve stand en gaan naarstig zoeken naar feiten en omstandigheden waarom geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Juist hierop is het eerder genoemde advies gebaseerd om direct bij het sluiten van een overeenkomst van opdracht veel aandacht te besteden aan het vastleggen van de overwegingen *waarom* die overeenkomst geen arbeidsovereenkomst zal zijn. Als een gedegen afweging heeft plaatsgevonden van de aard van de gezagsverhouding en de realiteit van de partijbedoeling is dat een prima verdedigingslinie. Het is vervolgens, zoals het hoort, aan Belastingdienst om het tegendeel te bewij-

zen. Dat zal hem meer moeite kosten dan achterover leunen in afwachting van waar de opdrachtgever mee komt. Een opdrachtgever doet er ook verstandig aan om de Belastingdienst te vragen zijn standpunt goed gemotiveerd op schrift te zetten, onderbouwd met feiten en omstandigheden, als de Belastingdienst eventueel toch vindt dat de gesloten overeenkomst een arbeidsovereenkomst is. Het is voor een opdrachtgever makkelijker om te kijken hoe hij door de Belastingdienst aangevoerde feiten en omstandigheden kan weerleggen dan in den blinde te moeten bedenken welke feiten en omstandigheden de Belastingdienst zouden kunnen overtuigen dat partijen geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten.

9. Niet vergeten: fictieve dienstbetrekkingen

Als geen sprake is van een 'echte' dienstbetrekking vergt de systematiek van de Wet LB nog een onderzoek of er misschien nog sprake van een fictieve dienstbetrekking. Dat kan alsnog leiden tot inhoudingsplicht bij een opdrachtgever. Dat is onder de Wet DBA niet anders dan voor 1 mei 2016.

In het kader van de geboden ruimte voor deze bijdrage kan op de fictieve dienstbetrekkingen, die verschillende verschijningsvormen hebben, alleen worden geattendeerd.

10. Hoe de risico's te beperken?

Ondanks de fiscale dreigingen moet de arbeidsrechtpraktijk zich blijven realiseren dat het onder de Wet DBA 'slechts' gaat om een juiste arbeidsrechtelijke kwalificatie van een arbeidsrelatie.

Die kwalificatie is, ook volgens de staatssecretaris van Financiën, bepalend voor de verplichting om loonheffingen in te houden.

Samengevat:

1. Weeg goed af of een modelovereenkomst wel nodig is. Is de opdrachtnemer evident ondernemer? Wordt geen arbeidsovereenkomst gesloten?
2. Toets of mogelijk sprake is van een fictieve dienstbetrekking.
3. Zo niet: verwoord dat het niet de bedoeling is om een arbeidsovereenkomst te sluiten, maar vooral *waarom* niet. Onderbouw de bedoelingen van partijen.
4. Concretiseer in de overeenkomst het gewenste resultaat, met veel vrijheid voor de opdrachtnemer hoe dat te bereiken.
5. Versterk het dossier met aantoonbare inbreng door opdrachtnemers.

Zelfstandigen en de WAGwEU

ArbeidsRecht 2016/48

Sinds 18 juni 2016 geldt de WAGwEU in Nederland ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn. Anders dan de richtlijn bepaalt de WAGwEU dat er een beperkte meldingsplicht voor zelfstandige dienstverleners zal gelden als zij vanuit een andere EU lidstaat in Nederland komen werken. De meldingsplicht geldt zowel voor zelfstandigen die direct voor een Nederlandse opdrachtgever komen werken als voor zelfstandigen die via een tussenkomstbureau in Nederland komen werken. Doel van de meldingsplicht is dat de Inspectie SZW meer zicht heeft op wie er in Nederland komen werken zodat beter gecontroleerd kan worden of er geen sprake is van schijnzelfstandigheid. De vraag is echter of dat doel bereikt wordt door het invoeren van een meldingsplicht.

Inleiding

Op 18 juni 2016 is de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WAGwEU) in werking getreden². De WAGwEU is de opvolger van de Waga zoals die tot 1 juli 2016 gold. In de Waga was geregeld welke bepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht golden voor buitenlandse werknemers die tijdelijk in Nederland werkten. Tevens was geregeld op welke bepalingen van buitenlands recht Nederlandse werknemers zich konden beroepen als zij tijdelijk in een andere EU lidstaat werkten. De Waga was de implementatie van de Detacheringsrichtlijn. Met de WAGwEU is daar geen verandering in gekomen, maar de wet is wel uitgebreid met bepalingen die betrekking hebben op het toezicht op de naleving van de Detacheringsrichtlijn. Dat komt omdat de WAGwEU de implementatie is van de Handhavingsrichtlijn³ in Nederland. De Handhavingsrichtlijn is in 2014 aangenomen om een betere handhaving van de Detacheringsrichtlijn⁴ te waarborgen.

Kern van de Handhavingsrichtlijn en de WAGwEU is een meldingsplicht zodra buitenlandse werknemers in Nederland gedetacheerd worden in de zin van de Detacheringsrichtlijn. Naast (dienstverrichters met) werknemers kun-

nen ook zelfstandige dienstverleners grensoverschrijdend werkzaamheden verrichten. Zij vallen echter buiten de scope van de Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn. Maar de WAGwEU heeft deels wel betrekking op zelfstandigen. Het gaat zowel om zelfstandigen die zelf als dienstverrichter optreden voor de Nederlandse dienstontvanger, als om zelfstandigen die werk hebben aangenomen van een buitenlandse dienstverrichter ten behoeve van een Nederlandse dienstontvanger. In die zin kent de WAGwEU dus een uitgebreidere werkingssfeer dan de Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn. In dit artikel zal dan ook worden ingegaan op de meldingsplicht voor buitenlandse zelfstandigen die, al dan niet via detachering, bij een Nederlandse opdrachtgever werken.

Waarom een uitbreiding van de werkingssfeer ten aanzien van zelfstandigen?

In de memorie van toelichting legt de regering uit waarom zij de meldingsplicht heeft uitgebreid tot zelfstandigen. In de praktijk is het volgens de regering voor de handhavende instanties moeilijk om onderscheid te maken tussen buitenlandse werknemers en buitenlandse zelfstandigen. Het onderscheid is van belang omdat voor buitenlandse werknemers in het algemeen de harde kern van de arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in de Detacheringsrichtlijn geldt, terwijl voor een zelfstandige alleen sommige arbeidswetten van toepassing zijn. De handhavende instanties moeten dus weten welke wet- en regelgeving op wie van toepassing is. Zonder duidelijkheid hierover, worden constructies met schijnzelfstandigen in de hand gewerkt. Het kabinet heeft de aanpak van schijnzelfstandigheid tot prioriteit gesteld⁵ en zal daarom de meldingsplicht ook van toepassing laten zijn op zelfstandigen die in Nederland een dienst komen verrichten⁶. Het gros van de Europese dienstverrichters is de eerste 183 dagen van zijn aanwezigheid in Nederland immers tot nog toe niet verplicht om zich kenbaar te maken bij een Nederlandse instantie. Met andere woorden: door de meldingsplicht kunnen volgens de regering “verkapte” werknemers eenvoudiger worden opgespoord. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel stelde de D66-fractie dat het haar onvoldoende duidelijk was waarom een meldingsplicht nodig was om het onderscheid tussen echte zelfstandigen en schijnzelfstandigen te maken⁷. De regering geeft daar in haar verslag geen antwoord op. Dat is jammer want ik denk dat de fractie hier inderdaad wel een punt had. De melding heeft als gevolg dat de toezichthoudende instantie hooguit weet welke buitenlandse arbeidskrachten, waaronder zelfstandigen, hier werken.

¹ Mevr. mr. E.J.A. Franssen is advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

² Stb. 2016, 220. Art. 18a van de WAGwEU is op 1 juli 2016 in werking getreden. Art. 6 lid 2, 8, 9 lid 2, 12 lid 2 sub b, 17 en 10a lid 1 en 2 van de Wet AVV treden pas in werking als het digitale meldingssysteem klaar is omdat deze artikelen zien op de meldingsplicht of verwijzen naar gegevens die door de dienstverrichters dienen te worden gemeld.

³ Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Europese Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van de Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (de detacheringsrichtlijn) en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (de IMI-verordening), (PbEG 28/5/2014, L 159/11).

⁴ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996, betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, (PbEG 21/1/1997, L18/1).

⁵ In dat kader moeten we ook de Wet aanpak schijnconstructies en de Wet Dba bezien.

⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34408, 3, p. 13. Zie ook Kamerstukken II 2015/16, 34408, 6, p. 6.

⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34408, 5, p. 6.

Maar daarmee is nog niet gezegd dat de zelfstandigen dan meteen schijnzelfstandigen zijn. Daarvoor is toch altijd een onderzoek naar de feiten en omstandigheden nodig. Natuurlijk zorgt een meldingsplicht ervoor dat de toezichthouder weet welke arbeidskrachten waar werken. Maar of die arbeidskrachten werknemers zijn of zelfstandigen zal toch moeten gebeuren door middel van een onderzoek ter plekke waarbij gekeken wordt naar de wijze van werken en gesproken wordt met betrokkenen. Dat gebeurt bijvoorbeeld ook in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Zo geeft de regering ook zelf al aan dat de Inspectie SZW over cijfers van buitenlandse schijnzelfstandigen beschikt die in het kader van de WAV zijn aangetroffen. In het kader van de WAV geldt namelijk al een notificatieplicht voor werkgevers die vreemdelingen te werk stellen. Ook als het gaat om zelfstandigen⁸. Schijnzelfstandigheid in het kader van de WAV komt voor bij arbeidskrachten uit Europese lidstaten voor wie beperkingen op het vrij verkeer van werknemers van toepassing zijn. Deze arbeidskrachten mogen wel als zelfstandige werken, maar niet zonder meer als werknemer; in dat laatste geval moet de werkgever over een tewerkstellingsvergunning beschikken. Tot 1 januari 2014 was deze situatie van toepassing op Bulgaarse en Roemeense arbeidskrachten. Sinds 1 juli 2013 is dit van toepassing op Kroatische arbeidskrachten. De Inspectie SZW treft de schijnzelfstandigen met name aan in de bouwsector en in de land- en tuinbouw⁹. Ik denk dan ook dat het tegengaan van schijnzelfstandigheid eerder gediend is met meer controles in bepaalde sectoren dan met de meldingsplicht. Het is al bekend in welke sectoren veel zelfstandigen werken, dus op die sectoren kan de Inspectie SZW zich dan ook richten.

Uitbreiding van de meldingsplicht tot zelfstandigen toelaatbaar?

De Raad van State (RvS) vroeg zich af of de uitbreiding van de meldingsplicht tot zelfstandigen wel in overeenstemming is met het beginsel van proportionaliteit, zoals dat is neergelegd in het Nederlandse recht en in het Europese recht. In dit verband wees de RvS erop dat ook nu al zowel de Handhavingsrichtlijn als de Dienstenrichtlijn de lidstaten de mogelijkheid bieden om in hun handhavingspraktijk in concrete gevallen schijnzelfstandigheid op te sporen. Verder vroeg de RvS zich af of het evenredigheidsbeginsel niet werd geschonden. De meldingsplicht is namelijk een extra last voor zelfstandigen. Indien de evenredigheid niet kan worden aangetoond, past de meldingsplicht voor zelfstandigen niet goed in het uitgangspunt van het kabinet, dat bij de implementatie van Europese richtlijnen geen ruimere verplichtingen worden opgenomen dan waarin de richtlijn voorziet, tenzij het belang hiervan kan worden aangetoond.¹⁰ Ten slotte vroeg de RvS zich af of de uitbreiding van de WAGwEU tot bepaalde groepen zelfstandigen wel noodzakelijk is.¹¹ De vragen van de RvS moet men met

name ook zien in het licht van de Dienstenrichtlijn, aangezien zelfstandigen onder de werkingssfeer van die richtlijn vallen.¹² De Dienstenrichtlijn is gebaseerd op het recht van vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten binnen de EU en bevat een scala aan eisen die lidstaten mogen stellen aan dienstverrichters. Maar de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit mag niet beperkt worden door eisen die in strijd zijn met het discriminatieverbod, het noodzakelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.¹³ Verder staat er in de Dienstenrichtlijn dat de lidstaat waar de dienstverrichter zich naar begeeft eisen aan het verrichten van een dienstactiviteit mag stellen om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu.¹⁴

De regering antwoordde op de vragen van de RvS dat in de overweging 10 van de preambule van de Handhavingsrichtlijn expliciet is benoemd dat de richtlijn ook kan bijdragen aan de opsporing van schijnzelfstandigheid. Overweging 10 van de preambule van de Handhavingsrichtlijn zegt inderdaad iets over het mogen opsporen van schijnzelfstandigheid. Maar dan gaat het om het gebruik van de feitelijke elementen die genoemd staan in art 4 van de Handhavingsrichtlijn om uit te maken of er sprake is van daadwerkelijke detachering. Het gaat dan om elementen om vast te stellen of een detacherende onderneming daadwerkelijk substantiele activiteiten verricht en om te bepalen of een werknemer tijdelijk zijn werkzaamheden in een andere lidstaat verricht. En in het kader daarvan mogen lidstaten op grond van art. 9 lid 1 sub a van de Handhavingsrichtlijn een meldingsplicht opleggen aan buitenlandse dienstverrichters, waarbij bepaalde zaken gemeld dienen te worden, zoals de identiteit van de dienstverrichter en het verwachte aantal en duidelijk identificeerbare werknemers. Nu zou men kunnen betogen dat dit niet genoeg is om schijnzelfstandigheid op te sporen omdat de meldingsplicht alleen geldt als er werknemers in het spel zijn. En dat is bij zelfstandigen nu net niet het geval. Dus kan de toezichthoudende instantie er ook niet achter komen of het om schijnzelfstandigen gaat. Maar mijns inziens gaat het niet om de vraag of een lidstaat de bevoegdheid heeft om te onderzoeken of er sprake is van schijnzelfstandigheid, maar om de vraag of de methode daartoe, namelijk het invoeren van de meldingsplicht, geoorloofd is.

De regering meent dat die methode wel geoorloofd is op grond van drie dwingende redenen van algemeen belang. Ten eerste is de meldingsplicht noodzakelijk in verband met het tegengaan van oneerlijke concurrentie en sociale dumping. Dit is een reden van openbare orde. Ten tweede is de meldingsplicht van belang om het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel te waarborgen. En ten derde kan door de meldingsplicht de zelfstandige zelf worden beschermd, met name op het terrein van gezond en veilig wer-

8 Art. 2a WAV.

9 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 6.

10 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 3-4.

11 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 7.

12 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. *PbEG* 27-12-2006; L 376/36.

13 Art. 16 lid 1 van de Dienstenrichtlijn.

14 Art. 16 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.

ken. Dit is een reden die gelegen is in de bescherming van de volksgezondheid. Schijnzelfstandigheid, zwartwerk en premieontduiking kunnen een eerlijk speelveld met adequate bescherming voor werkenden en het socialezekerheidsstelsel in gevaar brengen. Met de bestaande instrumenten is het voor handhavende instanties zeer lastig, zo niet onmogelijk, om dergelijke praktijken van dienstverrichters tegen te gaan, aldus de regering.¹⁵ Ik vraag mij echter af of een meldingsplicht deze praktijken dan wel kan tegengaan. Het enige dat men met een meldingsplicht bewerkstelligt is dat de toezichthoudende instantie kan constateren dat in bepaalde sectoren wel erg veel zelfstandigen werken. Maar, zoals hierboven is opgemerkt, die sectoren zijn al bekend. Dus daar kan de toezichthouder zich al op richten. En met de enkele constatering dat ergens veel zelfstandigen werken kan uiteraard niet de conclusie worden getrokken dat er dan wel veel schijnzelfstandigen tussen zullen zitten. Als de toezichthoudende instantie meent dat er sprake is van verkapt werknemerschap zal ze toch moeten aantonen dat voldaan is aan de elementen daarvan, te weten arbeid, loon en gezag.

Wat regelt de WAGwEU ten aanzien van zelfstandigen?

Voor zelfstandigen die werkzaam zijn in bepaalde sectoren van het beroeps- of bedrijfsleven geldt dat bepaalde zaken dienen te worden gemeld als deze zelfstandigen in Nederland komen werken, al dan niet via een tussenpersoon. Het gaat dan om de aard en vermoedelijke duur van de werkzaamheden, de identiteit van degene die verantwoordelijk is voor de betaling van het loon en de identiteit van de zelfstandige zelf. Bovendien moet degene die de zelfstandige detachert vóór aanvang van de werkzaamheden aan de ontvanger van de dienst een schriftelijk of elektronisch afschrift van de melding verstrekken, met daarin de gegevens van de identiteit van de dienstverrichter, de identiteit van de gedetacheerde zelfstandige, het adres van de werkplek en de aard en de duur van de werkzaamheden¹⁶. De zelfstandige moet die gegevens ook verstrekken aan de ambtenaren die genoemd staan in art. 5 van de WAGwEU. Dat zal in de praktijk de Inspectie SZW zijn. De zelfstandige moet er ook voor zorgen dat op de werkplek bewijsstukken aanwezig zijn waaruit zijn identiteit blijkt, de identiteit van de dienstontvanger en de identiteit van degene die verantwoordelijk is voor de loonbetaling¹⁷. Na de periode van de detachering of na de periode van de werkzaamheden moeten de dienstverrichter en de zelfstandige ervoor zorgen dat deze gegevens aan de aangewezen ambtenaren worden verstrekt. Overtreding van al deze verplichtingen kan leiden tot een bestuurlijke boete¹⁸.

De meldingsplicht voor zelfstandigen is beperkter dan die voor werknemers, omdat zelfstandigen minder vragen hoe-

ven te beantwoorden. De vragen zijn er slechts op gericht om te weten welke zelfstandige waar werkt en van wie de zelfstandige zijn vergoeding ontvangt. Ook voor zelfstandigen geldt dat digitaal aan de meldingsplicht kan worden voldaan waardoor de administratieve lasten beperkt blijven¹⁹. De meldingsplicht is niet van toepassing op Nederlandse zelfstandigen die in opdracht van een buitenlandse dienstverrichter werken ten behoeve van een Nederlandse dienstontvanger. Zij zijn immers al op andere manieren bekend bij de Nederlandse instanties, bijvoorbeeld door de afdracht van belasting en inschrijving bij de Kamer van Koophandel.²⁰

De meldingsplicht voor zelfstandigen is beperkt tot zelfstandigen die in bepaalde "risicosectoren" werken. Wat precies met "risicosectoren" wordt bedoeld wordt echter niet uitgelegd. Welke risicosectoren het zijn zal nog nader bij AMvB worden bepaald²¹. Op basis van het jaarverslag 2014 van de Inspectie SZW valt volgens de regering te denken aan de bouw, schoonmaak, zorg en IT.²² De regering heeft niet voor een algemene meldingsplicht gekozen omdat het HvJ EU in nr. C-577/10 heeft geoordeeld dat dit een inbreuk vormde op het vrij verkeer van diensten. Een dergelijke algemene meldingsplicht ging volgens het HvJ EU verder dan noodzakelijk was voor de verwezenlijking van de doelstellingen van algemeen belang die waren aangevoerd (bestrijding van (sociale) fraude en voorkoming van misbruik), en was derhalve niet verenigbaar met het vrij verkeer van diensten. Die zaak had betrekking op een Belgische meldingsplicht die aan de gedetacheerde zelfstandige was opgelegd. België heeft vervolgens in overleg met de Europese Commissie besloten de meldingsplicht te beperken tot zelfstandigen die werkzaam zijn in risicosectoren. De RvS had opgemerkt dat de reikwijdte van een wet zoveel mogelijk in de wet zelf dient te worden geregeld. De RvS adviseerde daarom de criteria die nodig zijn om te bepalen voor welke sectoren de meldingsplicht zal gelden, in het voorstel zelf op te nemen²³. De regering was echter van mening dat het niet wenselijk is om de criteria voor het aanwijzen van risicosectoren te statisch te laten zijn. Juist het aanwijzen van risicosectoren is een afweging die telkens op andere gronden kan worden gemaakt. De ene keer kan het gaan om een sector waarin veel schijnzelfstandigheid voorkomt, de andere keer kan het gaan om een sector waarin zelfstandigen veelvuldig onder slechte arbeidsomstandigheden werkzaam zijn²⁴. Dat betekent kennelijk ook dat de betekenis van het begrip "risicosector" steeds anders zal zijn, aangezien er steeds een ander risico kan zijn. Dus niet alleen de sectoren als zodanig kunnen wisselen, ook de invulling van het criterium "risicosector" kan wisselen. Daar komt bij dat als de regering zegt dat het eventueel kan gaan om een sector waar zelfstandigen vaak onder slechte arbeidsomstandigheden werken het

15 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 6.

16 Art. 8 lid 5 van de WAGwEU.

17 Art. 9 lid 2 WAGwEU.

18 Art. 12 WAGwEU.

19 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 6, p. 7.

20 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 6, p. 8.

21 Art. 8 lid 5 WAGwEU.

22 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 3, p. 13.

23 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 6.

24 Kamerstukken II 2015/16, 34408, 4, p. 7-8.

kennelijk gaat om het beschermen van de zelfstandigen. Maar de vraag is of de WAGwEU daar wel het geijkte instrument voor is. De WAGwEU is immers de implementatie van de Handhavingsrichtlijn en die richtlijn is er weer op gericht om een betere handhaving van de Detacheringsrichtlijn te bewerkstelligen. De Detacheringsrichtlijn ziet echter op bescherming van werknemers en niet op die van zelfstandigen.

De meldingsplicht geldt in principe voor alle bedrijven die tijdelijk in Nederland een dienst komen verrichten. In het wetsvoorstel zijn twee uitzonderingen voorzien. De eerste uitzondering zal bij AMvB worden gemaakt voor het personen- en goederenvervoer, behalve cabotage-activiteiten. Dat heeft te maken met het feit dat de Commissie en de Raad een verklaring hebben afgelegd bij de vaststelling van de Detacheringsrichtlijn en waarin zij beargumenteren dat de richtlijn niet van toepassing is op internationale vervoersdiensten, behalve als er sprake is van cabotage²⁵. En als de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is op het grensoverschrijdend transport, dan kan de Handhavingsrichtlijn, als nadere uitwerking daarvan, ook niet van toepassing zijn op die sector. Hoewel de regering aangeeft dat de juridische waarde van de verklaring van Commissie en Raad beperkt is en er nog altijd de nodige onduidelijkheid bestaat over de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn op het internationale transport²⁶ heeft ze er dus toch voor gekozen om de WAGwEU hier niet op van toepassing te laten zijn. De tweede uitzondering zal eveneens bij AMvB worden gemaakt voor kleine dienstverleners die regelmatig in Nederland een dienst verrichten. Uitgangspunt daarbij is dat de meldingsplicht voor een micro-onderneming (minder dan 10 werknemers) die vaak in Nederland een dienst verricht een te zware administratieve last wordt. De kleinste buitenlandse bedrijven die vaak in Nederland actief zijn worden dus uitgezonderd van de meldingsplicht. De regering noemt als voorbeeld de Duitse glazenwasser die regelmatig in Nederland ramen lapt. Voor deze situaties wil de regering een meldingsplicht invoeren die één jaar geldig is.²⁷ De AMvB met de precieze vereisten van melding en met de uitzonderingen voor het personen- en goederenvervoer en kleine bedrijven is nog niet gereed. Snelle inwerkingtreding van de AMvB is ook niet noodzakelijk omdat het meldingssysteem nog moet worden gebouwd²⁸.

Handhaving

Overtreding van de meldingsplicht door de zelfstandige en/of de dienstverrichter die een zelfstandige detacheert kan leiden tot een bestuurlijke boete.²⁹ De exacte hoogte van

de boete wordt nog vastgelegd in een aparte beleidsregel.³⁰ De maximale boete zal € 20.250,00 bedragen.³¹ In geval van recidive verhoogt de boeteoplegger de oorspronkelijk opgelegde boete met 100% (de recidive-boete). In geval van herhaalde recidive wordt de oorspronkelijk opgelegde boete verhoogd met 200%. Op basis van art. 5:41 van de Algemene wet bestuursrecht zullen er geen bestuurlijke boetes worden opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. De boeteoplegging is afhankelijk van de mate van verwijtbaarheid. Het beleid ten aanzien van de matiging van de boetes zal worden neergelegd in de beleidsregels die door de Minister van SZW vastgesteld worden. Bij de vaststelling van boetenormbedragen in een beleidsregel op grond van de WAGwEU zal afstemming plaatsvinden met de boetenormbedragen die gelden voor overtredingen van andere arbeidswetten en in het bijzonder de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Hierbij gaat het niet alleen om de aard van het voorschrift, bijvoorbeeld overtreding van een informatieverplichting, maar ook om het doel van het voorschrift en de gevolgen van de overtreding van het voorschrift³². In het vijfde lid van art. 15 WAGwEU wordt uitdrukkelijk afgeweken van art. 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht, omdat de rechter vrij moet zijn om binnen de grenzen van de wettelijke bepalingen een andere boete op te leggen dan die door het bestuursorgaan is opgelegd, als hij meent dat daar goede redenen voor zijn. Ook het zevende lid van art. 15 is in lijn met hetgeen geregeld is in andere arbeidswetten over de bestuurlijke boete. Dit lid bepaalt dat de rechter de boete ook ten nadele van de belanghebbende kan verhogen indien door gronden voor zijn.

Om te kunnen melden moet de zelfstandige wel eerst weten dat hij überhaupt een meldingsplicht heeft. Temeer daar een meldingsplicht voor zelfstandigen geen deel uitmaakt van Europese regelgeving achtte men het goed mogelijk dat dit bij veel zelfstandigen onbekend zal zijn.³³ De regering gaf aan dat, voordat de meldingsplicht ingaat, er voorlichting zal worden gegeven aan zowel buitenlandse dienstverleners als binnenlandse dienstontvangers. De ervaring in België leert dat met name het voorlichten van de dienstontvangers effectief is. Zij moeten immers verifiëren of de melding gedaan is en zij zullen een dienstverrichter hier op willen wijzen. Mocht een zelfstandige dus niet bekend zijn met de meldingsplicht, dan zal de ontvanger van de dienst hem daarop attenderen.³⁴

In het kader daarvan werd gevraagd hoe zwaar de sanctie is als een zelfstandige niet op de hoogte is van de meldingsplicht en zich niet meldt bij het aannemen van een opdracht in Nederland. Is de regering bereid om een eerste overtreding van een zelfstandige die te goeder trouw han-

25 Raadsdocument 10048/96 SOC 264 CODEC 550, verklaring nummer 3. Zie ook: www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-003538&language=NL.

26 Zie hierover meer specifiek mijn artikel in het Tijdschrift voor Vervoer en Recht, *Concurrerende arbeidsvoorwaarden in het grensoverschrijdend wegtransport*, *Tijdschrift voor Vervoer en Recht*, 2016-2.

27 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 5, p. 5.

28 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 6, p. 8-9.

29 Art. 12 WAGwEU.

30 Art. 15 lid 6 WAGwEU.

31 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 3, p. 18. Dat bedrag wordt genoemd in art. 23 lid 4 Sr (boete van de vierde categorie), waarnaar verwezen wordt in art. 15 lid 1 van de WAGwEU.

32 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 3, p. 30.

33 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 5, p. 6.

34 *Kamerstukken II 2015/16*, 34408, 6, p. 8.

delt en daadwerkelijk zelfstandige blijkt, af te doen met een waarschuwing?³⁵ De regering antwoordde dat de precieze boetebedragen nog worden vastgelegd in een beleidsregel. Indien er te goeder trouw voor de eerste keer ten onrechte geen melding wordt gedaan, kan een waarschuwing tot de mogelijkheden behoren, maar daarbij kunnen ook nog andere omstandigheden aan de orde zijn, zoals of de dienstverrichter of zelfstandige inmiddels wel heeft gemeld of dat hij daartoe geheel niet is gehouden vanwege de sector waartoe hij als zelfstandige hoort.³⁶ In dat laatste geval lijkt het mij overigens dat een waarschuwing of boete helemaal niet aan de orde is.

Conclusie

De bestaande Europese regelgeving zoals de Dienstenrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn laten toe dat lidstaten maatregelen nemen om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. De vraag is alleen of het middel, de meldingsplicht, daartoe het geschikte instrument is. Ik denk dat niet. De meldingsplicht bewerkstelligt hooguit dat de toezichthouder weet in welke sectoren veel zelfstandigen werkzaam zijn. Maar vervolgens zal hij nog steeds moeten aantonen dat het om schijnzelfstandigen gaat. Immers, dat is volgens de regering de ratio achter de meldingsplicht voor zelfstandigen. Het gaat de regering niet om de vraag hoeveel buitenlandse zelfstandigen hier werken, maar om de vraag of daar schijnzelfstandigen tussen zitten. Via het toezicht op de WAV en de daar ingevoerde notificatieplicht is al bekend in welke sectoren veel zelfstandigen werken. Ik denk dan ook dat de Inspectie SZW zich net zo goed meteen op die sectoren kan richten om schijnzelfstandigheid op te sporen.

35 *Kamerstukken II 2015/16, 34408, 5, p. 6.*

36 *Kamerstukken II 2015/16, 34408, 6, p. 14.*

Werknemers en zelfstandigen in België

ArbeidsRecht 2016/49

België is verder dan Nederland waar het gaat om de wettelijke regelingen met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Er wordt in België in die regelingen onderscheid gemaakt naar sectoren, er is veel aandacht voor de partijbedoeling maar ook voor sociaaleconomische criteria. In dit artikel worden die regelingen besproken en daar waar voor de Nederlandse situatie relevant van commentaar voorzien.

1. Nederland – België

We tobben in Nederland al lange tijd met de afbakening van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van de andere werkovereenkomsten, de vraag wanneer iemand onder de verplichte werknemersverzekeringen valt en in welke gevallen er loonbelasting moet worden ingehouden. Koopmans gaf met zijn proefschrift *“De begrippen werkman, arbeider en werknemer”* aan de discussie hierover een boost: hij beschreef de historische ontwikkelingen, analyseerde de verschillende elementen die een rol spelen bij de kwalificatie van de werkovereenkomsten en besteedde daarbij ook aandacht aan bijzondere situaties, zoals de directeur, de geestelijke, allerlei vrije beroepen, bezorgers, venters en wederverkopers, ploegovereenkomsten etc.² Met andere woorden, Koopmans onderkende dat er twijfelgevallen bestaan, waarbij je met het domweg toepassen van de definities niet tot een goede oplossing komt. Daar waar de Hoge Raad in de periode 1978 (het *ponstypiste-arrest*)³ en 1994 (*Agfa/Schoolderman*)⁴ de feitelijke situatie doorslaggevend liet zijn voor de juridische kwalificatie (hetgeen leidde tot het bestempelen van thuiswerk- en nulurencontracten als vaste arbeidsovereenkomsten), vormde het *Groen/Schoevers-arrest*⁵ daarmee een breuk. De bedoeling die partijen hadden bij het aangaan van de betreffende werkovereenkomst was wél heel belangrijk, mede vanwege de maatschappelijke positie van de werker, die zelf geen arbeidsovereenkomst wilde. De toon voor de civiele rechtspraak was daarmee gezet. Op het gebied van het sociale zekerheidsrecht en belastingrecht bleef het echter onrustig. Bedrijven (opdrachtgevers) ervoeren het als groot probleem dat zij, wanneer ze te goeder trouw meenden een opdrachtovereenkomst (zonder verzekerings- en loonbelastingplicht) te zijn aangegaan, toch ruim nadien met terugwerkende kracht konden worden aangeslagen voor die premies en belastingen, zelfs vermeerderd met boetes. Dit was te meer een probleem vanwege de beperkte verhaalsmogelijk-

heden op de opdrachtnemer. De erkenning van dit probleem leidde in 2005 tot de Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR-verklaring. Hiermee werden opdrachtgevers (en daarmee ook opdrachtnemers) vergaand tegemoet gekomen. Over de ontwikkelingen op dit vlak kunt u elders in dit themanummer lezen, onder andere in de bijdrage van Van Westen.

Het is jammer dat bij het nadenken over oplossingen zo weinig gekeken wordt hoe andere landen met deze problemen omgaan. Juist de situatie in België is wat dat betreft heel interessant, omdat België een met Nederland zeer vergelijkbare ontwikkeling heeft meegemaakt, maar zich in de eerste jaren van deze eeuw op het gebied van wetgeving veel daadkrachtiger toonde en bovendien toen al een weg insloeg die parallellen toont met de sectorgewijze benadering die op grond van de Wet DBA mogelijk is. Alle reden stil te staan bij de Belgische situatie.

2. De arbeidsovereenkomst in België

Tot in de jaren negentig werd de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst vormgegeven in de rechtspraak. Ook werd in het bedrijfsleven de zogenaamde Unizo-formule ontwikkeld, met daarin een reeks van twaalf criteria, ieder met een wegingscoëfficiënt, op grond waarvan een indicatie kon worden verkregen of iets een arbeidsovereenkomst was of niet.⁶ In 2002, 2003 en 2004 zette het Belgische Hof van Cassatie een belangrijke stap met de zogenaamde kwalificatie-arresten.⁷ In die arresten werd aan de partijbedoeling een belangrijke rol toegekend. Deze kwalificatie-arresten zijn daarmee te beschouwen als de Belgische *Groen/Schoevers-arresten*. Anders dan Nederland werd deze ontwikkeling in België neergelegd in de Wet op de aard van de arbeidsrelaties, of, korter, de Arbeidsrelatiewet 2006.⁸ De Arbeidsrelatiewet beoogt (i) meer rechtszekerheid te bieden bij de beoordeling van de aard van de arbeidsrelatie; en, (ii) schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap tegen te gaan; daarbij (iii) rekening houdend met de wil van partijen (belang contractsvrijheid en wilsautonomie).⁹ Vóór 2006 waren al twee voorontwerpen ingediend, door de ministers Onkelinx in 2002, waarbij een weerlegbaar rechtsvermoeden werd voorgesteld, en Vandenbroucke in 2004, dat uitging van een niet-weerlegbaar rechtsvermoeden. De

1 G.C. Boot is hoofdredacteur van dit tijdschrift.

2 Thijmen Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1962, p. 197-261.

3 Hoge Raad 17 november 1978, *NJ* 1979/140.

4 Hoge Raad 8 april 1994, *JAR* 1994/94.

5 Hoge Raad 14 november 1997, *JAR* 1997/263.

6 UNIZO, de Unie van Zelfstandige Ondernemers, had een lijst met 12 vragen opgesteld zoals “Kan men zelf zijn arbeidstijd regelen?” en “Mag men zelf ook echt investeringen in de onderneming doen?” Aan elk criterium werd een aantal punten toegekend. Het totaal van de behaalde punten (op 100) bepaalde dan of iemand als zelfstandige, dan wel als een (verdoken) werknemer moest worden beschouwd: 1. minder dan 40 punten: men werd geacht een werknemer te zijn; 2. meer dan 60 punten: men werd geacht een zelfstandige te zijn; 3. tussen 40 en 60 punten: hier is het een twijfelgeval. Het Hof van Cassatie besliste op 23 december 2002 (*JIT* 2003, 271) dat de Unizo-formule geen sluitend criterium vormde.

7 Hof van Cassatie 23 december 2002, *JIT* 2003, 271; Hof van Cassatie 28 april 2003, *NjW* 2003, 886, noot M. De Vos; Hof van Cassatie 3 mei 2004, *RW* 2004-05, noot K. Nevens.

8 Wet van 27 december 2006.

9 Algemeen Beheers Comité voor het Sociaal Statuut der Zelfstandigen, De wet op de aard van de arbeidsrelaties, verslag 2016/01, p. 5 en 7.

kritiek op deze voorontwerpen was onder andere dat geen rekening werd gehouden met specifieke situaties (branches) en dat de partijbedoeling geen rol speelde.

De Arbeidsrelatiewet 2006 had, zoals opgemerkt, drie uitgangspunten. Over het eerste en derde uitgangspunt enkele opmerkingen.

Wilsautonomie. Het gaat hierbij niet alleen op het etiket wat op een overeenkomst wordt geplakt, maar om datgene wat partijen werkelijk hebben beoogd: de reële wil heeft voorrang boven de uitgedrukte wil. Dat betekent dat als in de concrete uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voren komen die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die partijen aan de arbeidsrelatie geven, een herkwalificatie van de arbeidsrelatie zal plaatsvinden. Die concrete beoordeling gebeurt dan op grond van de algemene criteria uit de wet en, indien aanwezig, op grond van specifieke (branche)criteria. Dat kan dan gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van het socialezekerheidsstelsel. Als een wet of regeling bepaalt dat een bepaald beroep als werknemer of als zelfstandige móet worden uitgeoefend, is herkwalificatie overigens niet mogelijk.

Herkwalificatie is dus (alleen) mogelijk wanneer, in Nederlandse juridische termen, de feitelijke situatie (duidelijk) afwijkt van wat op papier is gezet. Als die hobbel is genomen, komen de criteria voor de concrete (her)beoordeling in zicht.¹⁰ Er bestaan daartoe algemene, neutrale en specifieke criteria.

De algemene criteria betreffen: (i) de in de overeenkomst geuite wil van partijen (die blijft dus ook in de herbeoordeling een rol spelen); (ii) de vrijheid van werktijd (verplichte tijden zijn medebepalend voor het vermoeden van ondergeschiktheid); (iii) de vrijheid van de organisatie van het werk (krijgt betrokkene een precieze omschrijving van de taken die hij moet vervullen?) en (iv) de mogelijkheid hiërarchische controle uit te oefenen. De laatste drie criteria zijn te rangschikken onder de noemer gezagsverhouding, zeker wanneer bij die gezagsverhouding onderscheid wordt gemaakt naar het materiële gezag (aspect iv), en het formele gezag (maakt betrokkene deel uit van de organisatie: aanwezigheid bij vergaderingen, werkplek, telefoonnummer of e-mailadres enz.).

Verder zijn er de neutrale criteria. Deze betreffen (ook weer) de door partijen gegeven kwalificatie, de eventuele inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid, bij de Kruispuntbank van Ondernemingen of bij de btw-administratie. Voorts is van belang de wijze waarop de fiscale administratie wordt uitgevoerd. Vertaald naar de Nederlandse situatie: worden er socialezekerheidspremies afgedragen, staat betrokkene ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, wordt btw afgedragen (en verrekend!) en is betrokkene voor de inkomstenbelasting ondernemer.

10 Het is niet helemaal duidelijk of eerst de strijd tussen de reële en de uitgedrukte wil moet worden vastgesteld en dan pas de (algemene of specifieke) criteria kunnen worden toegepast, óf dat de strijd tussen de reële en de uitgedrukte wil wordt beoordeeld aan de hand van die criteria. Het eerste lijkt het meest logisch, want de strijd tussen de reële en de uitgedrukte wil betreft iets feitelijks. Daar zijn geen criteria voor nodig.

In België kunnen ten slotte per sector specifieke criteria van toepassing zijn. Onder de Arbeidsrelatiewet 2006 speelden deze echter nog niet een erg prominente rol.

De Arbeidsrelatiewet is in 2012 aangepast om schijnzelfstandigheid sterker te bestrijden. Dat gebeurde door de invoering van een weerlegbaar vermoeden van ondergeschiktheid dan wel zelfstandigheid. Voor vijf¹¹ specifieke (kwetsbare) sectoren, te weten bouw, bewaking, vervoer, schoonmaak en de land- en tuinbouw gelden (negen) criteria. In die sectoren bepaalt een checklist (bestaande uit die negen elementen) of een vermoeden van een arbeidsovereenkomst, dan wel van een zelfstandigen-overeenkomst aanwezig is. Voor een zestal specifieke sectoren¹² zijn daar specifieke criteria aan toegevoegd. Net als in het Nederlandse art. 7:610a BW kan het vermoeden worden weerlegd. De negen in de betreffende vijf sectoren toepasselijke criteria zijn: het economisch risico, de verantwoordelijkheid voor de financiële middelen, de verantwoordelijkheid voor het prijsbeleid, de verantwoordelijkheid voor het aankoopbeleid, wel of geen resultaatsverbintenis, vaste vergoeding ongeacht het resultaat, vervangingsmogelijkheid, werken voor anderen, werkplek en materialen. Of sprake is van een vermoeden wordt bepaald door het aantal 'kruisjes'. Naar Nederlandse opvattingen ligt aldus erg sterk de nadruk op de economische aspecten (de eerste vijf dan wel zes punten).

3. Kritiek op het Belgische systeem

Alvorens te bezien in hoeverre het Belgische systeem navolging verdient, althans inspiratiebron zou kunnen zijn, is van belang erbij stil te staan hoe het functioneert. De kritiek op het systeem is divers.¹³ Ik noem enkele van de voor de Nederlandse situatie relevante kritiekpunten in het kort en voeg aan sommige ervan een eigen observatie toe.

- i. Het begrip 'wilsautonomie'. Ziet dit vooral op datgene wat is overeengekomen ('op papier staat') of datgene wat 'echt' bedoeld is (de feitelijke uitvoering). Eigenlijk is men het wel eens met het laatste.¹⁴ Een vergelijkbare discussie bestaat in Nederland.¹⁵
- ii. Is 'gezag' als (mede)bepalend criterium niet achterhaald? Ook die vraag wordt in Nederland al lange tijd gesteld.¹⁶

11 Op grond van de wet zelf gaat het om het bouwbedrijf, de bewaking, het vervoer en de schoonmaak. Bij KB van 20 juni 2013 (BS 28 juni 2013) is de land- en tuinbouwsector toegevoegd.

12 Bewakingsagenten (KB van 29 april 2013); sommige onroerende werkzaamheden (KB van 29 april 2013, land- en tuinbouw (KB van 7 juni 2013), autobussen en autocars (KB 20 juni 2013), wegvervoer en logistiek voor rekening van derden (KB van 29 oktober 2013) en taxi's, verhuur van voertuigen met chauffeur en collectieve taxidiensten (KB van 29 oktober 2013).

13 Zie voor een overzicht Algemeen Beheers Comité voor het Sociaal Statuut der Zelfstandigen, De wet op de aard van de arbeidsrelaties, verslag 2016/01, p. 16 e.v.

14 Zie o.a. P. de Wulf, S. Diels en M.A. Staar, De Arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak, Oriëntatie, 7, 179-192.

15 Zie hierover o.a. O. van der Kind, Partijbedoeling versus feitelijke uitvoering: een nieuwe ronde, SR 2007/3 en veel recente jurisprudentie- en literatuurverwijzingen in Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* 2015, p. 140/144.

16 Zie o.a. Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* 2015, p. 133 e.v.

- iii. Hoe kan het vermoeden worden weerlegd? Betreft dat een limitatieve lijst van mogelijkheden? Een letterlijke lezing duidt erop dat wél het vermoeden van zelfstandige kan worden weerlegd, maar niet het vermoeden van arbeidsovereenkomst. Dat kan niet de bedoeling zijn. Een vergelijkbare kwestie speelt in Nederland als het gaat om het weerleggen van het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW. Wat betekent 'weerleggen' eigenlijk: betekent het dat de 'werkgever', zodra aan de criteria van het rechtsvermoeden is voldaan, moet 'bewijzen' dat de overeenkomst een opdracht- of aannemingsovereenkomst is, of volstaat een minder strenge norm en kan het vermoeden ook al met minder zware middelen worden ontkracht? Heeft het rechtsvermoeden alleen een bewijsrechtelijke betekenis, of ook een materiële (zoals in Nederland in het *sjomeer-arrest*, waar het rechtsvermoeden de doorslag gaf¹⁷)?
- iv. De betreffende negen criteria zijn erg sociaaleconomisch van aard. Het meer juridische criterium gezagsverhouding speelt een ondergeschikte rol. Die kritiek is vanuit Nederland goed te begrijpen. In de Nederlandse civiele jurisprudentie aangaande de kwalificatievraag spelen sociaaleconomische argumenten maar een beperkte, althans weinig expliciete, rol. In *Groen/Schoevers* wordt waarde gehecht aan de maatschappelijke positie van Groen, en dat zelfde gebeurt in het *Notarissen-arrest*. Maar omdat het wezen van arbeidsrecht ongelijkheidscompensatie is (naast een ordeningsfunctie)¹⁸ zouden dergelijke sociaaleconomische factoren wat mij betreft een explicietere betekenis mogen krijgen.

Nevens en Schapira hebben nog een ander, in Nederland zelden beluisterd, punt van kritiek, namelijk dat onvoldoende (wetenschappelijk) onderbouwd is waarom voor de vier in de wet genoemde sectoren aparte criteria gelden.¹⁹ Weliswaar komen in die sectoren schijnzelfstandigen voor, maar dat geldt voor andere sectoren in nog sterkere mate. Een gebrek aan onderbouwing kan strijd opleveren met het recht op vrij verkeer van diensten en met het beginsel van gelijke behandeling, aldus deze schrijvers. De invalshoek van het recht op vrij verkeer van diensten en de gedachte dat een te snelle kwalificatie van overeenkomsten tot arbeidsovereenkomsten daarmee in strijd zou kunnen zijn, verdient in de Nederlandse discussie over de zzp'er zeker aandacht.

Op grond van de Arbeidsrelatiewet is het ook mogelijk om vooraf een ruling te verkrijgen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Dit kan bij de Administratieve Commissie ter regeling van de arbeidsrelaties. Emmerig en Domevscek tonen zich enthousiast over deze op het oog klantvriendelijke, oplossing.²⁰ Het blijkt echter dat van deze mogelijkheid maar spaarzaam gebruik wordt gemaakt: 32 aanvragen in 2013 en 2014, waarvan er maar dertien ontvankelijk waren. Zevenmaal werd de kwalificatie als zelfstandige bevestigd, drie maal werd die geweigerd. Tweemaal werd de kwalificatie van werknemer bevestigd en eenmaal geweigerd.²¹

4. België inspiratiebron?

Verdient het Belgische systeem, wellicht op onderdelen, in Nederland navolging? Allereerst valt op dat de Belgische wetgever het heeft aangedurfd stappen te zetten. In Nederland werd bij de invoering van het NBW, meer in het bijzonder de vaststelling van boek 7 titel 7 (de opdrachtovereenkomst) al de vraag gesteld naar een herdefiniëring van het begrip arbeidsovereenkomst, maar de beantwoording van die vraag werd naar achter geschoven. Met de invoering van boek 7 titel 10, art. 610 e.v. BW, werd de discussie over de definitie van de arbeidsovereenkomst wederom niet aangegaan.²² Aan de vooravond van *Groen/Schoevers* was daar toch echt wel aanleiding voor geweest. En sinds 1999, met de invoering van de rechtsvermoedens van art. 7:610a en 610b BW is het helemaal stil gebleven op het civielrechtelijke wetgevingsvlak.

In België is aan de partijbedoeling een duidelijke plaats toegekend. Wat de wetgeving betreft is dat bijzonder, want iets dergelijks komt in Europa nauwelijks voor. Toch is het expliciet toekennen van enig belang aan de partijbedoeling, zeker als het om gelijkwaardige (of maatschappelijk gezien: onafhankelijke) partijen gaat, zeer goed te begrijpen. In Nederland is de op dit moment vanwege de enigszins onduidelijke jurisprudentie heel moeilijk te beantwoorden vraag: in welke gevallen speelt die partijbedoeling een belangrijke rol? Of nog scherper: in welke gevallen staat het partijen echt vrij te kiezen voor het wel of niet op basis van een arbeidsovereenkomst te gaan werken? Het zou toch goed zijn indien de wetgever daarvoor handvatten geeft, in plaats dat dit in de rechtspraak moet worden bepaald. België heeft voor een sterk pragmatische oplossing gekozen: voor de kwetsbare sectoren, dat wil zeggen de sectoren waarin vermoedelijk veel misbruik van schijnzelfstandigen plaatsvindt, geldt een systeem dat al snel leidt tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst (zo komt de toepassing van de sterk sociaaleconomisch getinte elementen over). Daarbij kan de checklist vrij makkelijk worden toegepast. Een consequente toepassing van dit systeem leidt er, naar ik vermoed, toe dat

17 Hoge Raad 11 februari 2011, LjN B09573.

18 Zie mijn *Arbeidsrechtelijke bescherming* 2004, p. 15.

19 K. Nevens en F. Schapira, 'Schijnzelfstandigen in het defensief? Het vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie (hoofdstuk V/1 Arbeidsrelatiewet) in het boek Misbruik- en fraudebestrijding in het sociaal recht: recente ontwikkelingen (red. G. van Limberghen; Antwerpen, Intersentia, 2015). Een iets verkorte Franstalige bewerking van dat artikel verscheen nadien in het Tijdschrift voor Sociaal recht/Revue de Droit Social: Analyse critique de la présomption concernant la nature de la relation de travail (chapitre V/1 de la loi sur les relations de travail), TSR RDS 2016/1, p. 87-130. In het artikel in TSR RDS ontbreekt bijvoorbeeld de getalsmatige onderbouwing van de opgespoorde fraude in diverse sectoren, zoals beschreven in randnummer 5 van de boekbijdrage. Daarentegen is enkele jurisprudentie uit 2014 opgenomen, maar bijvoorbeeld niet het *FNV KIEM-arrest* van het EU Hof van Justitie van 4 december 2014.

20 B. Emmerig en P.E.F. Domevscek, Herijking van de Handreiking, *WFR* 2016/172.

21 Algemeen Beheers Comité voor het Sociaal Statuut der Zelfstandigen, de wet op de aard van de arbeidsrelaties, *verslag* 2016/01, p. 31.

22 P.F. van der Heijden, De gemiste kansen bij de invoering van titel 10 boek 7 BW, in: *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 23, 1995, p. 13-19.

veel werkers in de bouw en het vervoer een arbeidsovereenkomst blijken te hebben (als zij dat tenminste in rechte claimen). Dat is een manier om de snelle toename van zzp-arbeid in situaties waar misbruik vermoed wordt, een halt toe te roepen. Branches waarbij misbruik geen rol lijkt te spelen (bijvoorbeeld de zakelijke dienstverlening) kunnen dan ongemoeid blijven. Tegelijk blijkt een systeem als het Belgische tot veel uitvoeringsvragen en afbakeningsproblemen te leiden. Want als bijvoorbeeld voor de thuiszorg een 'streng' regime zou gaan gelden, ontstaan wellicht papieren constructies die proberen te stellen dat het om schoonmaak gaat om daarmee te verhullen dat het thuiszorg betreft.

De Belgische aanpak leert ons ook dat in Nederland de kwalificatievraag een erg 'juridische' is gebleven, die elementen van de definitie van de arbeidsovereenkomst (gezagsverhouding, persoonlijke arbeidsverplichting) centraal stelt. Sociaaleconomische criteria, zoals ondernemersrisico en de maatschappelijke afhankelijkheid, worden veel explicieter genoemd in bijvoorbeeld het *FNV Kiem-arrest* van het Hof van Justitie²³ dan in de Nederlandse civiele jurisprudentie. Dat bleek ook in de recente *Post.nl-zaken*.²⁴ Terwijl het debat daar voor een belangrijk deel ging over de vrijheid of de praktijk zich te laten vervangen, werd geen aandacht besteed aan meer economische vragen: maakt de pakketbezorger in kwestie winst wanneer hij zich laat vervangen? En moeten de bezorgers al dan niet een nieuwe bedrijfswagen rijden? Als dat zo is, zou je eerder werknemerschap kunnen aannemen, want ondernemers hebben doorgaans meer keuzevrijheid.

5. Leerschool

Zowel in België als in Nederland zijn de kwalificatievraagstukken nog niet echt opgelost. De voorlopige oplossingen die in beide landen gekozen zijn, verschillen wel van elkaar. In België is men verder dan hier. De wetgever daar heeft zich over de kwestie gebogen, en dat verdient op zich de voorkeur. Verder is in die wetgeving een duidelijker rol toegekend aan sociaaleconomische criteria. Voor de vraag in welke gevallen aan de partijbedoeling een belangrijke rol moet worden toegekend, is dat een goede stap.

23 HvJ EU (datum) *FNV Kiem*, EU:C:2014:2411, JAR 2015/19.

24 Ktr. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:11232.



online uitgave

Gids Rechterlijke Macht

Gids rechterlijke macht: meer dan alleen contactgegevens

De Gids Rechterlijke Macht bevat informatie over alle spelers in het juridisch werkveld in Nederland. Denk aan de contactgegevens van onder andere advocaten, notarissen, mediators, gerechtsdeurwaarders, incassobureaus, Ministerie van Justitie, Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht.

Gekoppeld aan de Navigator

Daarnaast zoekt de online gids in alle informatie op de Navigator, waarin de hele inhoud van Rechtspraak.nl en meer dan zeshonderd tijdschriften, naslagwerken, boeken en databases zijn opgenomen. Kortom: alle informatie over de in uw zaak relevante personen, bijvoorbeeld aanverwante jurisprudentie of publicaties, heeft u met een paar muisklikken gevonden.

Ga voor meer informatie en bestellen naar: wolterskluwer.nl/shop



“Tekst & Commentaar
is onmisbaar in
mijn werk”

mr. Esther Croonen

Legal Counsel bij Coca-Cola Enterprises Nederland B.V., Rotterdam

Tekst & Commentaar
Meest geliefd. Meest gebruikt.

Nieuw!

Tekst & Commentaar Socialezekerheidsrecht

Met Tekst & Commentaar Socialezekerheidsrecht verzekert u zich als jurist van de belangrijkste wet- en regelgeving op dit terrein. De volledig vernieuwde 5e druk is bijgewerkt tot en met 1 juli 2016.

- Glashelder en compact commentaar op ruim 560 artikelen en circa 60 andere relevante commentaren
- Alle wijzigingen op de WW, WIA en ZW
- Inclusief het Besluit passende arbeid WW en ZW en de Regeling vrijwilligerswerk in de WW
- Door de beste auteurs uit het vakgebied



Bestel nu op woltersklower.nl/tekstcommentaar



Wolters Kluwer

When you have to be right

Verzekerd van verdieping

Nieuw
deel



De Asser-serie is de onmisbare kennisbron van civielrechtelijk Nederland en biedt sinds jaar en dag toonaangevend commentaar op het burgerlijk recht. Op papier en online. Wilt u zich écht verdiepen in het civiel recht, dan kunt u niet om de Asser-serie heen.

Asser 7-XI Pensioen

Prof. dr. E. Lutjens

Het pensioenrecht is als rechtsgebied sterk in ontwikkeling. In Asser 7-XI Pensioen treft u een complete analyse en beschrijving aan van de regels in de Pensioenwet. Hierbij wordt steeds in beschouwing genomen of en in hoeverre de regels in het BW van toepassing zijn. Naast een grondige analyse van de Pensioenwet, wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de wederzijdse verplichtingen van de bij pensioenen betrokken partijen en aan de rechtsfiguur van verplichtstelling van deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds en de vrijstellingen daarvan.

In Asser 7-XI Pensioen is de rechtspraak nauwkeurig en gedetailleerd verwerkt. Dat is zeer waardevol bij het

beantwoorden van rechtsvragen in uw eigen praktijk. Ook passeren bijzondere onderwerpen de revue zoals: premie, wijziging van de pensioenregeling, medezeggenschap en ontslagbescherming, gelijke behandeling, pensioenuitvoerders, grensoverschrijdend pensioenverkeer, einde deelneming en overgang van een onderneming.

1^e druk | 19 augustus 2016 | ISBN: 9789013137545
766 pagina's | Prijs € 125,- (incl. btw)

Ook online verkrijgbaar in de Navigator en als e-book

Meer informatie of bestellen?

Ga naar www.wolterskluwer.nl
en zoek op 'asser pensioen'



Wolters Kluwer
When you have to be right

Maak nu kennis met de beste bedrijfsjuridische bronnen

Nezahat Alkan-Senel, Accountmanager Telesales



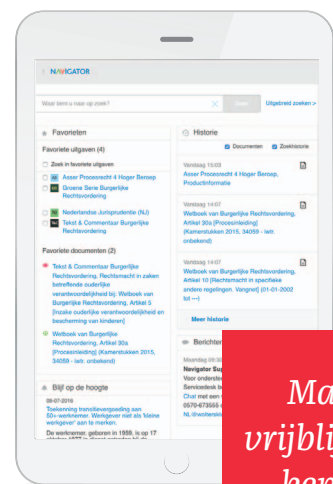
Voor een goed advies aan het management van uw organisatie komt u met uw kennis en expertise meestal een heel eind. Maar met gebruik van de beste juridische bronnen maakt u als bedrijfsjurist echt het verschil.

Wolters Kluwer biedt u informatie die uitblinkt in kwaliteit, betrouwbaarheid, compleetheid en actualiteit. Logisch, want de meest gezaghebbende auteurs zitten er bovenop. Onze Collecties, online totaalpakketten per rechtsgebied, met toptitels als Tekst & Commentaar, Groene Serie en NJ zijn een begrip in juridisch Nederland.

Ontdek onze Collecties

Een Collectie voor bedrijfsjuristen is ook voor u een uitstekende optie. Nieuwsgierig? Ik vertel u er graag meer over aan de telefoon en regel alles voor een perfecte kennismaking via een vrijblijvend proefabonnement.

Bel mij op **0570-673447** of ga voor meer info naar wolterskluwer.nl/collecties/bedrijfsjurist



Maak
vrijblijvend
kennis



Wolters Kluwer

When you have to be right