

Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties: een abc'tje?

mr. dr. N.M.Q. van der Neut¹

ABC ik kap ermee. Met dat gevoel keek demissionair minister Van Gennip misschien wel naar de 'alle omstandigheden van het geval'-toets. Met het wetsvoorstel 'Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' beoogt de demissionair minister het definitie-element 'in dienst van' ex art. 7:610 lid 1 BW te verduidelijken: van een 'alle omstandigheden van het geval'-toets naar een 'ABC-formule'. ABC ik doe weer mee. Maar is het wetsvoorstel ook echt een abc'tje?

Op 24 maart 2023 bevestigde de Hoge Raad dat of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, afhangt van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.² De Hoge Raad formuleerde daarbij verschillende gezichtspunten die bij de arbeidsrechtelijke kwalificatievraag van belang *kunnen* zijn. Ongeveer een half jaar later – op 6 oktober 2023 om precies te zijn – ging het wetsvoorstel 'Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' in internetconsultatie.³ Om tot een duidelijk(er) en hanteerbaar(-der) toetsingskader te komen, is het voorstel van demissionair minister Van Gennip om de open norm 'in dienst van' wettelijk te structureren door drie hoofdelementen: werkinhoudelijke aansturing (A), organisatorische inbedding (B) en werken voor eigen rekening en risico (C). Dat moet leiden tot een overzichtelijk en vast (limitatief) toetsingskader, waarbij de belangrijkste indicaties die de hoofdelementen inkleuren, worden uitgewerkt bij algemene maatregel van bestuur. De elementen A en B duiden op de aanwezigheid van het definitie-element 'in dienst van', element C op de afwezigheid daarvan.

Bij de beoordeling of sprake is van het definitie-element 'in dienst van', zal steeds dezelfde mathematische route worden afgelegd. Eerst zal worden nagegaan of A en B aanwezig zijn. Ontbreken beide hoofdelementen, dan kan geen sprake zijn van 'in dienst van' en dus ook niet van een arbeidsovereenkomst. Als wel sprake is van minimaal een van beide hoofdelementen, gaat de beoordeling verder en verschijnt C (intern ondernemerschap) ten tonele: A en/of B versus C. Er wordt gewogen waar het zwaartepunt in de betreffende arbeidsrelatie ligt, waarbij C

in potentie evenveel gewicht in de schaal kan leggen als A en/of B. De beoordeling gaat alleen verder als dit zwaartepunt niet kan worden aangewezen en A en/of B en C dus (ongeveer) in balans zijn. Dan wordt bekeken of de werkende zich doorgaans als ondernemer in het economisch verkeer gedraagt: C+ (extern ondernemerschap), zoals het aantal opdrachtgevers per jaar, de bedrijfsinvesteringen, de KVK-inschrijving en het zijn van btw-ondernemer.

De ABC-formule moet de (ongestructureerde) praktijk vervangen waarin veel verschillende elementen een rol kunnen spelen die telkens weer in onderlinge verhouding moeten worden bezien en gewogen zonder dat die onderlinge verhouding en weging vaststaan. Deze praktijk wordt in het wetsvoorstel de 'holistische benadering' genoemd,⁴ die als gevolg heeft "(...) dat potentieel *elke* omstandigheid in een arbeidsrelatie bij de kwalificatie betrokken kan worden."⁵ Hoewel de ABC-formule meer duidelijkheid biedt qua af te leggen route, blijft het neerkomen op een beoordeling van de hoofdelementen in onderling verband. Daar komt bij dat de hoofdelementen A, B en C kunnen worden ingekleurd door verschillende (bij algemene maatregel van bestuur uit te werken) indicaties. Het lijkt oude wijn in nieuwe zakken. Ook in het huidige systeem betekent 'alle omstandigheden van het geval' niet daadwerkelijk 'alle' omstandigheden van het geval. De omstandigheden die bij de arbeidsrechtelijke kwalificatievraag worden betrokken, moeten namelijk zien op de definitie-elementen van art. 7:610 lid 1 BW.⁶ Tel daar

1. Niels van der Neut is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

2. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.2.5.

3. In deze column ga ik overigens niet in op het rechtsvermoeden. In mijn dissertatie bespreek ik de verhouding tussen het rechtsvermoeden en een minimumtarief voor zelfstandigen (N.M.Q. van der Neut, *De verbintenissenrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer (Monografieën Sociaal Recht nr. 85)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/2.3.2.2).

4. MvT Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (concept), p. 16, 21 en 33. Zie over de onduidelijkheid van het begrip 'holistische benadering' concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*), onder 6.1-6.9.

5. MvT Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (concept), p. 16.

6. Zie uitgebreider E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, 'Over uitleg en kwalificatie: zo hebben we het nooit bedoeld', *TAC* 2021/3, p. 131-132. Zie ook A.R. Houweling, 'Deliver-hoe of Deliver-moe? Het kwalificeren van arbeidsovereenkomst na Deliveroo', *AR-updates.nl* 2023/0400, p. 5; A.R. Houweling, 'Kwalificeren na Deliveroo', *ArA* 2023/2.2. p. 35; A.R. Houweling, 'Deliveroo in perspectief', *MBB* 2023/22, p. 9.

zowel de verschillende indicaties die A, B en C kunnen inkleuren als de ruimte die er is om AB versus C in onderling verband te wegen bij op en de uitkomst van de optelsom is op zijn minst 'holistisch licht'. Voor deze rechterlijke ruimte is overigens veel te zeggen, want op die manier kunnen feitenrechtters maatwerk leveren en het definitie-element 'in dienst van' laten meebewegen met de dynamische arbeidsmarkt. Het punt dat ik wil maken, is dat de winst van de voorgestelde situatie ten opzichte van de huidige situatie in mijn ogen niet moet worden overschat.

Van een overschatting naar een onderschatting: het wetsvoorstel houdt in onvoldoende mate rekening met het ondernemerschap, zo vat ik een greep uit de maar liefst 1111 reacties op het wetsvoorstel samen.⁷ Wat naar mijn mening wordt onderschat, is dat C (intern ondernemerschap) een volwaardige plek krijgt tegenover A en B (beide intern werknemerschap). In de huidige situatie telt ondernemerschap minder zwaar mee: C en – mogelijk – C+⁸ zijn slechts twee van de vele omstandigheden die in de kwalificatiefase van belang *kunnen* zijn, terwijl het wetsvoorstel dus een tegenstelling creëert door intern werknemerschap duidelijk af te zetten tegen intern ondernemerschap.⁹ Dat aan C+ niet wordt toegekomen in de situatie waarin een werkende niet of nauwelijks voor eigen rekening en risico de werkzaamheden verricht, lijkt mij meer dan logisch. Het gaat namelijk om de beoordeling van de betreffende arbeidsrelatie. Bovendien wil een 'echte' ondernemer de werkzaamheden vermoedelijk alleen voor eigen rekening en risico verrichten en staat het partijen nog altijd vrij te bepalen hoe het werk wordt ingericht. In zo'n geval (i) ontbreekt AB (en is de werkende een zelfstandige), (ii) ligt het zwaartepunt op C (en is de werkende een zelfstandige) of (iii) zijn AB en C in balans, maar maakt C+ het verschil (en is de werkende een zelfstandige).

Waar A, B en C uitsluitend kunnen worden ingekleurd door feiten en omstandigheden binnen de betreffende arbeidsrelatie, wordt C+ dat door feiten en omstandigheden buiten de betreffende arbeidsrelatie. Anders gezegd: (pas) als de interne elementen ABC geen duidelijkheid verschaffen over de arbeidsrelatie die ter kwalificatie voorligt, kan in de kwalificatiefase worden gekeken naar het externe

element C+.¹⁰ Op zich klinkt het mij niet slecht in de oren dat bij twijfel of een werkende werknemer of zelfstandige is, de doorslag wordt gegeven door de omstandigheid of de werkende zich doorgaans in het economisch verkeer gedraagt als ondernemer *of* werknemer. Ten aanzien van C+ staat de tegenstelling 'ondernemer of werknemer' slechts op één plaats.¹¹ Verder is overal alleen 'ondernemer' te lezen. Dat geldt ook voor de indicaties die worden genoemd wanneer sprake is van C+, die allemaal betrekking hebben op ondernemerschap. Hoe meer ik C+ bestudeer, hoe onduidelijker de betekenis van C+ wordt. Laat ik mezelf als voorbeeld nemen: ik werk als universitair docent (als werknemer) en geef zo nu en dan cursussen (als zelfstandige). Stel, ik geef cursus bij een advocatenkantoor en voor het gemak zijn de elementen AB en C in evenwicht. Snel door naar C+: ik heb zo'n zeven opdrachtgevers en ben onder andere ingeschreven bij de KVK en btw-ondernemer. Ben ik dan zelfstandige bij het advocatenkantoor vanwege het aantal opdrachtgevers, KVK-inschrijving en btw-ondernemer? Of ben ik zelfstandige bij het advocatenkantoor, omdat ik dit soort werkzaamheden (het verzorgen van cursussen) doorgaans als zelfstandige verricht? Of ben ik werknemer bij het advocatenkantoor, omdat ik in het economisch verkeer vooral werknemer ben bij de UvA?

Laat ik positief eindigen. Het wetsvoorstel zet een stap in de goede richting ten aanzien van werken die duidelijk niet als zelfstandigen aan het werk zijn. Het geeft een mooie aanzet tot een verdere doordenking van en discussie over het arbeidsrechtelijke kwalificatievraagstuk. Dat is misschien niet het streven van het wetsvoorstel, maar kan er wel toe leiden dat de nu nog ontbrekende bouwstenen kunnen worden gelegd en de definitie van de arbeidsovereenkomst uiteindelijk (ingrijpend) wordt herzien. Aken, Brussel en Caïro zijn ook niet op één dag gebouwd.¹² De ABC-formule is letterlijk een abc'tje, maar lijkt dat figuurlijk nog niet te zijn.

7. Ook in de rechtsliteratuur is dit aangestipt (zie bijv. J.M. van Slooten, 'Nieuw 'zzp-plan' van minister Van Gennip past niet goed in onze rechtstraditie', *Ondernemingsrecht* 2023/63, p. 428).

8. Ik betwijfel of C+ momenteel in de kwalificatiefase kan worden betrokken (zie uitgebreider N.M.Q. van der Neut, 'De Hoge Raad 'delivers': een nieuw kwalificatiehoofdstuk', *ArbeidsRecht* 2023/29).

9. Dat lijkt overigens erg goed aan te sluiten bij de achterliggende gedachte van art. 7:610 lid 1 BW: het verrichten van economisch onzelfstandige arbeid (A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst: geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (Staatsblad no. 193)*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1907, p. 10 en 311-314).

10. In de uitlegfase kan wel al rekening worden gehouden met C+ (zie uitgebreid E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, 'Over uitleg en kwalificatie: het relatief gewicht van de contractstekst', *TAC* 2022/2, p. 53-67).

11. MvT Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (concept), p. 38.

12. Deze zin is een vrije vertaling van het spreekwoord "Keulen en Aken zijn niet op één dag gebouwd".