Tilburg University

Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!

Said, Samiha

Published in:
ArA Arbeidsrechtelijke Annotaties

Publication date:
2017

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Said, S. (2017). Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden! *ArA Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 11(1), 55 - 89 .

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!

De kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht

Samihä Said

1 Inleiding

Het stof dat de Wet werk en zekerheid (Wwz) had doen opwaaïen was nog niet geland, of in mei 2016 trad alweer een wet in werking die wederom voor veel roering in arbeidsrechtelijke kringen zou gaan zorgen: de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA). Een belangrijk gevolg van de Wet DBA is dat de opdrachtgever thans op fiscaal vlak meer risico's loopt bij het inschakelen van zelfstandigen, hetgeen ertoe heeft geleid dat opdrachtgevers opdrachtnemers gingen weren. De gevolgen in de praktijk waren zo verstrekkend dat uiteindelijk is besloten de handhaving van de Wet DBA (in elk geval) tot 1 januari 2018 op te schorten. Deze opschorting zou het kabinet onder meer de tijd geven om te komen tot een herijking van de criteria *vrije vervanging* c.q. het *persoonlijk verrichten van arbeid* en de *gezagsverhouding*, criteria die zijn ontleend aan het begrip 'arbeidsovereenkomst' als bedoeld in artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW).¹ De vraag of er sprake is van een zelfstandige, hangt namelijk nauw samen met de vraag of het gaat om een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Is men geen werknemer in voornoemde zin, dan is men veelal zelfstandige.² Hoewel het kabinet te kennen heeft gegeven tot een herijking te zullen komen van de criteria *vrije vervanging* en *gezag*, is voorsnog onbekend wat deze herijking concreet zal inhouden en of die herijking enkel op het fiscaal recht of ook op andere rechtsgebieden zal zien. De vraag of men werknemer of zelfstandige is, speelt immers zowel in het arbeidsrecht als in het socialezekerheidsrecht en het fiscaal recht een belangrijke rol. Dit brengt voorts met zich dat de kwalificatievraag steeds door een ander rechtscollege wordt beantwoord. Betreft het een arbeidsrechtelijk geschil, dan zal uiteindelijk de civiele kamer van de Hoge Raad zich over de kwalificatievraag buigen, terwijl de kwalificatievraag in geschillen omtrent loonheffingen of (werknemers)uitkeringen door de fiscale kamer van de Hoge Raad wordt beantwoord. Hoewel daarbij steeds van hetzelfde kernbegrip wordt uitgegaan, valt af te vragen of dit kernbegrip binnen ieder rechtsgebied op dezelfde wijze wordt uitgelegd.³

1 Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40, p. 6.

2 Een kwalificatie anderszins is eveneens mogelijk, zo kan sprake zijn van een stagiair, leerling, vrijwilliger enzovoort. Deze bijdrage richt zich enkel op het onderscheid tussen de werknemer en de zelfstandige, zodat voornoemde – en andere – entiteiten buiten beschouwing zullen blijven.

3 Om te voorkomen dat de toetsing van artikel 7:610 BW (te) versnipperd zou raken staat sinds 2006 in socialezekerheidsrechtelijke zaken cassatieberoep open bij de fiscale kamer van de Hoge Raad. Zie hierover verder paragraaf 3.2 van deze bijdrage.

In deze bijdrage wordt onderzocht op welke wijze de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht geschiedt en wordt onderzocht in hoeverre daarbij sprake is van een uniforme toetsing van artikel 7:610 BW.⁴ Wanneer een en ander in kaart is gebracht, wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen rondom de Wet DBA en wordt, mede in het licht van de hierna volgende jurisprudentieanalyse, stilgestaan bij de door het kabinet aangekondigde herijking van de begrippen *vrije vervanging* en *gezagsverhouding*.

2 De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht

2.1 *De arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW*

De arbeidsovereenkomst is sinds 1838 verankerd in de Nederlandse wet. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bevatte slechts vijf artikelen die zagen op arbeid in loondienst. Destijds was de arbeidsovereenkomst een overeenkomst van huur en verhuur, die in artikel 1585 van voornoemd Burgerlijk Wetboek als volgt werd omschreven: 'Huur van diensten, van werk en van nijverheid is eene overeenkomst, waarbij de eene partij zich verbindt om iets voor de andere, tegen betaling van eenen tusschen huur bepaalden prijs of loon, te verrichten.' Het zou ruim zeventig jaar duren voordat de arbeidsovereenkomst een nieuw 'jasje' zou krijgen. Op 1 februari 1909 trad de Wet op de Arbeidsovereenkomst⁵ in werking, vanaf welk moment de arbeidsovereenkomst in artikel 1637a BW verankerd was, dat luidde: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst, waarbij de eene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, den werkgever, tegen loon, gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'⁶ Sinds 1997 is de arbeidsovereenkomst geregeld in artikel 7:610 BW, dat inhoudelijk gelijk is aan het oude artikel 1637a BW en thans luidt: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'

Wil het bestaan van een arbeidsovereenkomst kunnen worden aangenomen, dan moet het gaan om het tegen loon persoonlijk verrichten van arbeid, waarbij tus-

- 4 Zie hierover o.a. E.S. de Jong, *Gezagsverhouding: partijbedoeling in feitelijke uitvoering bij de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep; tijd voor harmonisatie?*, TAP 2010, 6, p. 234-240; C.J. Loonstra, *Arbeidsovereenkomst en privaatrechtelijke dienstbetrekking: dezelfde betekenis en uitlegcriteria?*, ArA 2011/2; C.J. Loonstra, *De kwalificatievraag en bovenal: welke rechter is nu leidend?*, TAP 2012, 4, p. 148-153. Zie uitvoerig: D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008. Het onderhavige onderzoek geschiedt aan de hand van een jurisprudentieonderzoek, waarbij hoofdzakelijk (gepubliceerde) uitspraken van de gerechtshoven, de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad zullen worden geanalyseerd. Het onderzoek beperkt zich voorts enkel tot de toetsing van artikel 7:610 BW, zodat onder meer de fictieve dienstbetrekkingen als opgenomen in de werknemersverzekeringen en de Wet LB 1964 buiten beschouwing zullen blijven.
- 5 De Wet op de Arbeidsovereenkomst, wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193. Het ontwerp van de wet is op 10 juli 1907 door de Eerste Kamer aanvaard, maar trad pas in werking op 1 februari 1909, KB 21 oktober 1908, Stb. 324.
- 6 Artikel 7A:1637a BW, wet van 1 september 1993, Stb. 1993, 373, vervallen per 1 september 1997.

sen partijen sprake is van een gezagsverhouding.⁷ Wordt niet aan voornoemde vereisten voldaan, dan is werknemerschap uitgesloten en betreft het in de regel zelfstandige arbeid op basis van een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) of een overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW).⁸ Essentieel verschil tussen de arbeidsovereenkomst enerzijds en de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk anderzijds is dat er in laatstgenoemde verhoudingen geen sprake is van een gezagsverhouding en dat er evenmin sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid. Hoewel dit onverlet laat dat opdrachtgever en opdrachtnemer⁹ afspraken kunnen maken over de mate waarin instructies kunnen worden verstrekt en de vraag of de opdrachtnemer zich mag laten vervangen,¹⁰ is het wettelijk uitgangspunt dat de opdrachtnemer in beginsel zelfstandig – dus zonder ten opzichte van de opdrachtgever in een gezagsverhouding te staan – werkt en daarbij vrij is zich te laten vervangen. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een werknemer of een zelfstandige, vormen dan ook veelal de elementen ‘gezag’ en/of ‘het persoonlijk verrichten van arbeid’ het knelpunt.¹¹

2.2 De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW

Sinds het arrest Groen/Schoevers staat vast dat het bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst aankomt op een beoordeling van alle feiten en omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang bezien, waarbij niet één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Daarbij is niet enkel hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond van belang, maar ook de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven, als-

- 7 In artikel 7:610 BW jo. artikel 7:659 BW kunnen eveneens vijf vereisten worden gelezen, waarbij het persoonlijk verrichten van arbeid als twee separate vereisten geldt en waarbij het verrichten van arbeid ‘gedurende zekere tijd’ eveneens als separaat vereiste wordt aangehaald. In deze bijdrage wordt uitgegaan van drie vereisten (arbeid, loon, gezag).
- 8 Zoals reeds opgemerkt bestaan in dit verband meer mogelijkheden. Deze bijdrage richt zich enkel op het onderscheid tussen de werknemer en de zelfstandige.
- 9 In het kader van de overeenkomst van aanneming van werk wordt niet gesproken over de opdrachtnemer maar over de aannemer. Omwille van de leesbaarheid – en eveneens omdat de overeenkomst van aanneming van werk in deze bijdrage slechts beperkt aan bod komt – wordt in deze bijdrage steeds enkel gesproken over de opdrachtnemer.
- 10 Men denke bijvoorbeeld aan een model dat vanwege specifieke uiterlijke kenmerken is ingehuurd, of een portretschilder die vanwege de door hem gehanteerde stijl en schildertechniek is ingehuurd.
- 11 Zie ten aanzien van het element ‘gezag’ o.a. HR 14 juni 1991, NJ 1992/173 (Kruis/Christelijk Gereformeerde Kerk), waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat de gezagsverhouding kenmerkend is voor de arbeidsovereenkomst. Volgens het Hof Leeuwarden is het element gezag naar vaste rechtspraak zelfs het meest onderscheidende criterium van de definitie van een arbeidsovereenkomst (Hof Leeuwarden 16 januari 2008, ECLI:NL:2008:BC2941, r.o. 6). Overigens geldt ten aanzien van de overeenkomst van aanneming van werk dat deze zich tevens van de arbeidsovereenkomst onderscheidt doordat men zich op basis van een overeenkomst van aanneming van werk verplicht tot het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard.

mede de maatschappelijke positie van partijen.¹² Deze ‘holistische’ benadering is door de Hoge Raad en in lagere rechtspraak nadien vast gehanteerd in kwesties waarin het de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW betrof, waarin tevens de elementen gezag, (het persoonlijk verrichten van) arbeid en loon nader zijn uitgekristalliseerd.¹³ In het hierna volgende zal in de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2 eerst worden ingegaan op voornoemde uitkristallisering van de elementen gezag en (het persoonlijk verrichten van) arbeid.¹⁴ Vervolgens wordt in paragraaf 2.2.3 de holistische weg van feiten en omstandigheden nader uitgewerkt.¹⁵

2.2.1 De gezagsverhouding

Het criterium gezag is niet expliciet genoemd in artikel 7:610 BW, maar vloeit voort uit de woorden ‘in dienst van’. Het element ‘gezag’ is in de wet – buiten de in artikel 7:660 BW geregelde instructiebevoegdheid – niet nader uitgewerkt. Ook in de literatuur wordt geen (eenduidige) definitie van het begrip gezag gegeven. Wel wordt ten aanzien van dit begrip in de literatuur een onderscheid gemaakt tussen materieel gezag en formeel gezag. Onder materieel gezag wordt verstaan het (kunnen) geven van instructies en aanwijzingen ten aanzien van de wijze waarop het werk wordt verricht, zodat het bij materieel gezag gaat om *werkinhoudelijke* instructies. Is er sprake van formeel gezag, dan gaat het niet om werkinhoudelijke instructies, maar enkel om *organisatorische* instructies, waarbij bijvoor-

12 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers). Zie verder HR 13 juli 2007, NJ 2007/449, m.nt. Verhulp (PGGM/Thuiszorg Rotterdam), waarin de in Groen/Schoevers uitgezette lijn nader is gespecificeerd, in die zin dat bij de beantwoording van de kwalificatievraag niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat alle omstandigheden in onderling verband met elkaar moeten worden beoordeeld.

13 Het ging daarbij niet altijd om het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige, zie onder meer HR 5 april 2002, JAR 2002/100, m.nt. Beltzer (ABN AMRO/Mahli) (over de vraag of en onder welke voorwaarden een ‘geruisloze’ overgang van een inleenovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst); HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263, m.nt. D.M. Thierry (Van der Male/Den Hoedt) (over de kwalificatie van een overeenkomst tussen ex-echtgenoten); HR 14 april 2006, NJ 2007/447, m.nt. Verhulp (Beurspromovendi) (over de vraag of de activiteiten in het kader van promotieonderzoek kwalificeren als productieve arbeid); HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling (Logidex) (over de vraag of er sprake was van een arbeidsovereenkomst of een stageovereenkomst). Onder de ‘standaardarresten’ bevindt zich een tweetal arresten waarin het specifiek ging om de vraag of er sprake was van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht: HR 10 november 2000, JAR 2000/250 (Blom/De Klinkaert) (over het persoonlijk verrichten van arbeid); HR 10 december 2004, JAR 2005 (Diosynth/Groot) (waarin is bevestigd dat bij de beantwoording van de kwalificatievraag mede acht moet worden geslagen op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond).

14 Nu het element loon in kwesties waarin het gaat om de vraag of er sprake is van een werknemer of zelfstandige in mindere mate een rol speelt, wordt dit element voor het overige niet uitvoerig besproken. Waar nodig en mogelijk zal het element loon wel zijdelings aan bod komen.

15 Dezelfde methode zal worden aangehouden in de bespreking van het socialezekerheidsrecht en het fiscaal recht.

beeld kan worden gedacht aan instructies omtrent de plaats waar en de werktijden waarbinnen de arbeid moet worden verricht.¹⁶

Het (kunnen) uitoefenen van gezag onderscheidt de werkgever van de opdrachtgever, die de opdrachtnemer 'slechts' aanwijzingen (artikel 7:402 BW¹⁷) kan geven. De grens tussen het uitoefenen van gezag in de zin van artikel 7:610 BW en het geven van aanwijzingen in de zin van artikel 7:402 BW is schemerachtig. Dit geldt met name voor beroepen waarbij men vanwege de aard van de functie een grote(re) mate van vrijheid heeft bij het uitoefenen van de werkzaamheden. Zo ook in het arrest Beurspromovendi/UvA, waarin het onder meer ging om de vraag of tussen de UvA en haar beurspromovendi, die bij het verrichten van hun promotieonderzoek een zekere mate van vrijheid hadden, een gezagsverhouding bestond.¹⁸ Het feit dat de promovendi een dergelijke vrijheid hadden, maakte naar het oordeel van de Hoge Raad niet dat er geen sprake kon zijn van een gezagsverhouding: ook een 'bescheiden mate van zeggenschap' kan voldoende zijn om het bestaan van gezag te kunnen aannemen.¹⁹ In dezelfde lijn oordeelde het Hof Den Haag in een zaak tussen een tandarts en een tandartsenpraktijk. Naar het oordeel van het hof was er, ondanks de grote mate van vrijheid die de tandarts bij de uitvoering van zijn werkzaamheden had, toch sprake van een gezagsverhouding. Een dergelijke vrijheid is immers inherent aan de functie van een professional, zodat de mate van vrijheid die de tandarts bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden had niet per definitie in de weg stond aan het bestaan van een gezagsverhouding.²⁰ Hoewel een bescheiden mate van zeggenschap voldoende kan zijn voor het aannemen van een gezagsverhouding, is daarvoor meer nodig dan het enkel kunnen verstrekken van (summier) aanwijzingen.²¹ In dergelijke gevallen, waarin de mate van materieel gezag (te) beperkt is, lijkt de aanwezigheid van (een zekere mate van) formeel gezag vereist te zijn voor het kunnen aannemen van een gezagsverhouding. Zo oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de overeenkomst op basis waarvan een chauffeur werkzaamheden verrichtte voor een zanger, niet als arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd.²² Ten aanzien van de vraag of er tussen partijen sprake was van een gezagsverhouding, overwoog de rechtbank dat het enkel kunnen geven van

16 Zie bijv. A.R. Houweling e.a. (red.), , Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 133-134; M.C.M. Aerts, De zelfstandige in het sociaal recht (diss. UvA), 2007, p. 156-163; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, De acquisitrice en de predikant. De gezagsverhouding revisited, ArA 2005/3.

17 De regeling omtrent de overeenkomst van aanneming van werk kent geen soortgelijke bepaling waarin (expliciet) is vermeld dat de opdrachtgever aanwijzingen kan verstrekken.

18 HR 14 april 2006, NJ 2007/447, m.nt. Verhulp (Beurspromovendi).

19 De Hoge Raad heeft de klachten in cassatie ten aanzien van dit punt zeer summier afgedaan, door (in r.o. 4.6) te overwegen dat de rechtbank geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip gezagsverhouding heeft gegeven. Zie tevens over (formeel) gezag HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2647, NJ 2000/81.

20 Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3039 (r.o. 3.6). Zie hierover ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/38; C.J. Loonstra, De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW, SR 2005, 17.

21 Uit de uitspraak volgt niet om welke aanwijzingen het in deze zaak ging.

22 Rb. Zeeland-West-Brabant 16 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4843.

instructies niet voldoende was om het bestaan van een gezagsverhouding te kunnen aannemen. Dit zou anders liggen wanneer de chauffeur in kwestie bijvoorbeeld toestemming zou hebben moeten vragen voor het opnemen van vakanties, of zich bij ziekte zou moeten ziek melden (met alle arbeidsrechtelijke gevolgen van dien).²³ Ook ten aanzien van een krantenbezorger die de kranten iedere dag binnen gezette tijden en met een door de opdrachtgever voorgeschreven fietstas moest bezorgen, werd geoordeeld dat er geen sprake was van een gezagsverhouding.²⁴ Een gezagsverhouding werd echter wel aanwezig geacht in de arbeidsrelatie tussen een fotograaf en *De Telegraaf*. De fotograaf had een grote mate van vrijheid bij het uitvoeren van zijn opdrachten en ontving – althans volgens *De Telegraaf* – enkel aanwijzingen voor zover dat de kwaliteit van de foto's betrof.²⁵ Toch oordeelde het hof dat tussen partijen sprake was van een gezagsverhouding. Het hof achtte hier onder meer van belang dat *De Telegraaf*, uit de reeds dertig jaar durende samenwerking, slechts één voorbeeld kon noemen van een situatie waarin de fotograaf van voornoemde vrijheid gebruik had gemaakt.²⁶

Het antwoord op de vraag of het gaat om het uitoefenen van gezag als bedoeld in artikel 7:610 BW, of om het geven van aanwijzingen als bedoeld in artikel 7:402 BW, is derhalve sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Het is dan ook lastig om op voorhand vast te stellen of en onder welke voorwaarden al dan niet sprake is van gezag. Dat een en ander in grote mate samenhangt met de (overige) feiten en omstandigheden van het geval, zal met name in paragraaf 2.2.3 nader blijken.

2.2.2 *Het persoonlijk verrichten van arbeid*

Artikel 7:659 BW luidt: 'De werknemer is verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen.' De werknemer is derhalve in beginsel verplicht de arbeid *persoonlijk* te verrichten, zodat 'vrije vervanging' uitgesloten is. Ook hiermee onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk, waar de verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid – behoudens de in artikel 7:404 BW genoemde uitzondering – niet bestaat. De verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid lijkt op het eerste oog meer 'zwart-wit' dan het gezagscriterium: deze verplichting bestaat immers wel of niet. Toch leidt ook dit criterium in de praktijk tot discussie.

• Het persoonlijk verrichten van arbeid in het BBA

In kwesties van vóór 1 juli 2015 waarin het ging om de vraag of er al dan niet sprake was van het persoonlijk verrichten van arbeid, kwam deze vraag met name

23 Rb. Zeeland-West-Brabant 16 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4843, r.o. 3.7.

24 Hof Den Bosch 15 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5109.

25 Hof Leeuwarden 16 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC2941.

26 In dit verband is voorts vermeldenswaardig dat *De Telegraaf*, in het kader van de ontkrachting van het rechtsvermoeden ex artikel 7:610 BW, veel van haar stellingen niet leek te kunnen onderbouwen met bewijs, hetgeen mogelijkserwijs ook heeft bijgedragen aan de uiteindelijke uitkomst van deze procedure.

aan bod in het kader van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Betrof het een opzegging zonder toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), dan hoefde men in het kader van het BBA 'slechts' aannemelijk te maken dat het ging om persoonlijke arbeid als bedoeld in artikel 1 sub b aanhef en onder 2 BBA en dat men kon worden aangemerkt als 'degene, die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is'. Hieraan zal veelal eerder zijn voldaan dan aan de vereisten voortvloeiend uit artikel 7:610 BW. Het is dan ook goed voor te stellen dat men, in situaties die zich daarvoor leenden, eerder een beroep deed op het BBA dan op het BW.²⁷ Hoewel ook het BBA spreekt van het persoonlijk verrichten van arbeid, valt af te vragen of daarmee hetzelfde wordt bedoeld als in artikel 7:659 BW. Artikel 7:659 BW laat immers, in tegenstelling tot artikel 1 sub b aanhef en onder 2 BBA, de mogelijkheid van vervanging met toestemming van de werkgever open. Een voorbehoud inzake de situatie waarin de werknemer zich met toestemming mag laten vervangen, wordt in het BBA niet gemaakt.

Het persoonlijk verrichten van arbeid als bedoeld in het BBA kwam onder meer aan bod in het arrest Zwarthoofd/Het Parool. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat van het persoonlijk verrichten van arbeid geen sprake was, onder meer nu krantenbezorgster Zwarthoofd zich niet had *verbonden* tot het persoonlijk verrichten van arbeid.²⁸ Ook in het arrest Heger/Geïllustreerde Pers kwam het persoonlijk verrichten van arbeid als bedoeld in het BBA aan bod, ditmaal ter beantwoording van de vraag of er tussen Geïllustreerde Pers en een zogenoemde 'wederverkoper' sprake was van een arbeidsverhouding in de zin van het BBA.²⁹ Ten aanzien van de vraag of het ging om het persoonlijk verrichten van arbeid overwoog de Hoge Raad dat er daadwerkelijk sprake moest zijn van een contractuele *verplichting* tot het persoonlijk verrichten van arbeid, en dus niet enkel van het *feitelijk* persoonlijk verrichten van arbeid. Immers, een werker zou anders

- 27 Daarnaast is voorstelbaar dat, indien men een beroep deed op zowel het BW als het BBA, het beroep op artikel 7:610 BW reeds strandde vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding, zodat men aan een beoordeling van artikel 7:659 BW mogelijk niet toekwam en vervolgens overging op de vraag of dan mogelijk wel sprake was van een arbeidsverhouding in de zin van het BBA.
- 28 HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (Zwarthoofd/Het Parool). Boot merkt over dit arrest op dat opvallend is dat hier doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de verplichtingen waartoe de krantenbezorgster zich had verbonden, zonder dat aandacht toekomt aan de vraag of van de contractuele vervangingsmogelijkheid in de praktijk gebruik werd gemaakt. Volgens Boot past dit binnen de oudere jurisprudentie, 'waar sterk naar de letter van de overeenkomst wordt gekeken'; zie G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke Bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004, p. 58.
- 29 HR 21 maart 1969, NJ 1969/321 (Heger/Geïllustreerde Pers). Een wederverkoper koopt boeken en andere niet-periodieke uitgaven aan afnemers, tegen de vastgestelde verkoopprijs en 'streeft er naar de door De G.P. georganiseerde werfacties succesvol te doen verlopen', zo volgt uit de tussen partijen gesloten overeenkomst.

door eigen toedoen – dus door in feite persoonlijke arbeid te verrichten terwijl daartoe geen verplichting bestond – zelf in de hand hebben of de arbeidsrelatie als arbeidsverhouding in de zin van het BBA heeft te gelden. In het TROS-arrest uit 2011 is voorts bevestigd dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, niet alleen acht moet worden geslagen op hetgeen (kenbaar) is overeengekomen, maar ook op de subjectieve bedoeling van partijen.³⁰ De Hoge Raad overwoog in dit verband dat ‘de in art. 1, onder b sub 2 genoemde criteria objectief van aard zijn (...) met uitzondering van het vereiste van het persoonlijk verrichten van arbeid, omdat daarbij van belang is wat partijen zijn overeengekomen en derhalve ook de – subjectieve – partijbedoelingen een rol kunnen spelen (...).’³¹ Dat de werker feitelijk de arbeid steeds persoonlijk heeft verricht, is in elk geval niet voldoende om te kunnen aannemen dat er sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid: een en ander moet daadwerkelijk zijn bedongen dan wel door partijen zijn beoogd.³² Kan er sprake zijn van het persoonlijk verrichten van arbeid in de zin van het BBA wanneer de ‘werknemer’ zich (voorwaardelijk) kan laten vervangen? Het antwoord op deze vraag lijkt, afgaande op hetgeen hierover in de lagere rechtspraak is overwogen, bevestigend te luiden.³³ Zo expliciet als artikel 7:659 BW is het BBA hierover evenwel niet. Hoewel het persoonlijk verrichten van arbeid als bedoeld in het BW en het persoonlijk verrichten van arbeid als bedoeld in het BBA derhalve materieel niet ver uiteen lijken te liggen, meen ik dat de toetsing van dit criterium in het BW en het BBA niet geheel gelijk is. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van het persoonlijk verrichten van arbeid zoals bedoeld in artikel 7:659 BW, dienen immers ingevolge Groen/Schoevers alle feiten en omstandigheden van het geval te worden meegewogen, terwijl bij de toetsing van artikel 1 sub b aanhef en onder 2 BBA de nadruk ligt op hetgeen hierover over en weer bedongen is en wat partijen in dat verband beoogd hebben. Dit kan in het kader van de onderhavige jurisprudentieanalyse dus voor enige ruis zorgen.

- Het persoonlijk verrichten van arbeid in artikel 7:659 BW

Nu het BBA per 1 juli 2015 grotendeels is komen te vervallen, speelt het BBA-begrip sinds die datum geen rol meer in zaken betreffende de kwalificatie van de arbeidsrelatie in arbeidsrechtelijke context. Staat het persoonlijke karakter van de arbeid ter discussie, dan zal deze discussie enkel nog (kunnen) plaatsvinden in het kader van artikel 7:659 BW. Zoals opgemerkt, is de jurisprudentie waarin artikel

30 HR 9 december 2011, JAR 2012/17 (TROS).

31 HR 9 december 2011, JAR 2012/17 (TROS), r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 21 maart 1969, NJ 1969/321 (Heger/Geillustreerde Pers).

32 Zo is o.a. ook bevestigd door het Hof Den Bosch (10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2301, r.o. 4.4.4).

33 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5849, r.o. 5.10 en (ouder) Ktr. Leiden 28 juli 1954, NJ 1955/528. Een en ander lijkt ook impliciet te volgen uit het TROS-arrest, nu het de opdrachtnemer in kwestie ook (incidenteel) was toegestaan zich met toestemming van de TROS te laten vervangen en waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof, inhoudende dat sprake was van een arbeidsverhouding, in stand liet.

7:659 BW centraal stond om hiervoor toegelichte redenen schaars. Wel kwam artikel 7:659 BW aan bod in de in 2015 en 2016 gewezen PostNL-uitspraken – die in paragraaf 2.2.3 nader besproken zullen worden – over de vraag of tussen PostNL en diverse pakketbezorgers een arbeidsovereenkomst bestond.³⁴ De hier bedoelde pakketbezorgers waren werkzaam op grond van een zogeheten ‘Vervoer-sovereenkomst’, waarin onder meer de volgende bepaling was opgenomen:

‘7.1 Indien de Vervoerder om wat voor reden dan ook de Vervoersopdrachten niet kan verrichten, is de Vervoerder verplicht om zelf voor vervanging zorg te dragen. Vervoerder is derhalve niet verplicht om de werkzaamheden zelf uit te voeren. Voor de op deze wijze geregelde vervanger van Vervoerder gelden dezelfde voorwaarden zoals die van toepassing zijn op Vervoerder.

7.2 PostNL dient tijdig geïnformeerd te worden over de vervanging zoals bedoeld in lid 1 en kan uitsluitend wegens objectieve en zwaarwegende argumenten een specifieke vervanger van de Vervoerder weigeren. Dit is bijvoorbeeld het geval indien PostNL eerder een overeenkomst met de betrokken vervanger of zijn werkgever geheel of gedeeltelijk heeft ontbonden vanwege ernstige tekortkoming van de uitvoering van de Vervoersopdrachten.

7.3 Indien de Vervoerder op structurele basis een vervangende vervoerder zoekt voor de uitvoering van de Vervoersopdrachten, zal PostNL met deze vervangende vervoerder een separate vervoersovereenkomst afsluiten.’³⁵

In totaal is het in elf zaken tot een (gepubliceerde) eindbeslissing gekomen. In drie zaken werd geoordeeld dat het ging om een arbeidsovereenkomst, ondanks dat de bezorgers in kwestie zich mochten laten vervangen bij de uitvoering van

34 In de media werd bericht dat in totaal negentien pakketbezorgers een procedure aanhangig hadden gemaakt (zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Holland/Nieuws/Paginas/Arbeidscontract-pakketbezorgers-PostNL.aspx) en zulks is ook overwogen door de Rechtbank Midden-Nederland (6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85, r.o. 2.4). In totaal is het – althans op het moment van schrijven – tot elf (gepubliceerde) eindbeslissingen gekomen: (1) Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621 (hoger beroep van beschikking van Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103); (2) Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521; (3) Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (hoger beroep van beschikking van Rb. Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1480; JAR 2015/100); (4) Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153; (5) Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; (6) Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81; (7) Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; (8) Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85; (9) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232 (tevens JAR 2016/6, m.nt. Van Zanten-Baris); (10) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226; (11) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230; (12) Rb. Noord-Holland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:526 (tevens JAR 2016/27): tussenuitspraak. Op het moment van schrijven van deze bijdrage was er in deze zaak nog geen einduitspraak gepubliceerd. In dit verband wordt opgemerkt dat in deze bijdrage enkel de uitspraken zijn betrokken die zijn gewezen in de procedures naar aanleiding van opzeggingen in het derde kwartaal van 2015 (zie voornoemd nieuwsbericht).

35 Enkel in de beschikking van de Rechtbank Amsterdam (11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521) is de bepaling niet expliciet geciteerd, in alle andere PostNL-uitspraken (zie verder paragraaf 2.2.3) werd deze bepaling geheel dan wel voor zover relevant geciteerd.

hun werkzaamheden.³⁶ In dit verband werd onder meer van belang geacht dat de pakketbezorgers zich niet *structureel* mochten laten vervangen en dat zij daarbij bovendien uitsluitend gebruik mochten maken van vervangers die vooraf door PostNL waren goedgekeurd.³⁷ De hier bedoelde pakketbezorgers hadden zich in respectievelijk 12%, 16% en 25% van de gevallen laten vervangen. Het feit dat de arbeid niet altijd persoonlijk werd verricht, leidde hier dus niet zonder meer tot de conclusie dat niet voldaan was aan het bepaalde in artikel 7:659 BW. Dit is ook niet vreemd: artikel 7:659 BW laat immers de mogelijkheid open voor vervanging met toestemming van de werkgever. Opvallend is wel dat de rechters in de overige acht PostNL-zaken tot het oordeel kwamen dat niet was voldaan aan het bepaalde in artikel 7:659 BW. In sommige gevallen leek van doorslaggevende betekenis te zijn dat, hoewel het de pakketbezorger contractueel niet was toegestaan zich structureel te laten vervangen, dit in de praktijk toch gebeurde.³⁸ Met andere woorden: *wezen gaat voor schijn*. Het Hof Amsterdam overwoog over de hiervoor aangehaalde contractsbepaling: ‘Van een verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten kan dan ook niet worden gesproken (...). Feitelijk heeft appellant ook op min of meer structurele wijze de inzet van anderen op de diverse routes als ondernemingsmodel gehanteerd. Reeds op grond van het vorenstaande is duidelijk dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (...).’³⁹ Opmerkelijk is dat de hier bedoelde pakketbezorger zich slechts in 12% van de gevallen liet vervangen. Ook in andere gevallen waarin werd geoordeeld dat er geen sprake was van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, ging het niet per definitie om exorbitant hoge vervangingspercentages, zeker niet in vergelijking met de pakketbezorgers die kennelijk wel binnen de grenzen van artikel 7:659 BW werkten.⁴⁰ Het element ‘persoonlijk verrichten van arbeid’ is dan ook minder zwart-wit dan het op het eerste gezicht lijkt. Ook bij de beoordeling van dit element komt het derhalve – zo zal ook nader in paragraaf 2.2.3 blijken – aan op een weging van alle feiten en omstandigheden van het geval.

Voor het overige is de jurisprudentie inzake artikel 7:659 BW (vooralsnog) schaars. Uit de voorhanden zijnde jurisprudentie valt op te maken dat in het

36 Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232, tevens JAR 2016/6, m.nt. Van Zanten-Baris; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.

37 Na ontvangst Verklaring Omtrent Gedrag, kopie rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test.

38 Zie bijv. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230, r.o. 4.23 (44% vervanging); Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:81, r.o. 4.23 (37% vervanging of hulp); Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:83, r.o. 4.19 (22% vervanging).

39 Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686, r.o. 3.4.2. Hoewel onderwerp van de hier besproken procedures de vraag was of er sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW jo. 7:659 BW, overwoog het Hof Amsterdam – mijns inziens ten overvloede – dat evenmin sprake was van een arbeidsverhouding in de zin van het BBA. Gezien de zeer beperkte rol die het BBA in deze procedure heeft gespeeld (‘uit niets blijkt dat [appellant] ex artikel 6 BBA tijdig de vernietigbaarheid van de opzegging heeft ingeroepen’, r.o. 3.4.2), meen ik dat aan de overwegingen van het hof hieromtrent slechts beperkte betekenis kan worden toegekend.

40 Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521, r.o. 7 (15% vervanging); Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:83, r.o. 4.19 (22% vervanging).

kader van artikel 7:659 BW in elk geval geen sprake mag zijn van *structurele* vervanging. Of dat het geval is, dient conform Groen/Schoevers te worden beantwoord aan de hand van een weging van alle daarvoor relevante feiten en omstandigheden. Zoals opgemerkt, meen ik dat de toepassing van artikel 7:659 BW (zeer) strikt genomen afwijkt van de toepassing van het persoonlijkheidscriterium als bedoeld in het BBA. Uit de BBA-jurisprudentie inzake dit criterium kunnen mijns inziens dan ook geen waterdichte conclusies worden getrokken ten aanzien van de toepassing van artikel 7:659 BW. Daartegenover staat wel dat het BBA-begrip en het BW-begrip materieel gezien zeer dicht bij elkaar liggen, zodat de BBA-jurisprudentie ook zeker niet betekenisloos is in het kader van de uitleg en toepassing van artikel 7:659 BW. Niettemin dient men bedacht te zijn op de verschillende achtergronden van deze regelingen.

2.2.3 *Holistische weging van feiten en omstandigheden*

Uiteindelijk komt het bij de beantwoording van de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW steeds aan op een holistische weging van alle feiten en omstandigheden, een en ander in onderling verband bezien, waarbij niet één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Daarbij is voorts van belang wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook hoe zij feitelijk invulling aan de overeenkomst hebben gegeven, waarbij mede acht moet worden geslagen op de maatschappelijke positie van partijen. Het hanteren van deze holistische benadering kan met zich brengen dat een bepaalde omstandigheid in een (iets) ander feitencomplex anders wordt beoordeeld, zodat het antwoord op de kwalificatievraag uiteindelijk anders kan uitvallen. De hiervoor aangehaalde PostNL-zaken zijn in dit verband illustratief. Alle PostNL-zaken kenden in grote lijnen hetzelfde feitencomplex: het betrof steeds pakketbezorgers die werkzaam waren voor PostNL op basis van een overeenkomst met als titel 'Vervoersovereenkomst', die betaald werden per afgeleverd pakket door middel van het indienen van een factuur via een *self billing*-systeem. De bezorgers moesten voor hun werkzaamheden een bezorgbus aanschaffen die voldeed aan de door PostNL gestelde eisen, en de bezorgers ontvingen voorts gedetailleerde instructies van PostNL met betrekking tot de voorgeschreven bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de pakkettenscanner aan de broekriem moest worden bevestigd.

Ondanks de grote onderlinge verwantschap werd in drie gevallen geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst, terwijl in de overige acht gevallen het oordeel andersluidend was.⁴¹ In de drie eerstgenoemde zaken leek uiteindelijk de maatschappelijke positie van de pakketbezorger van doorslaggevende betekenis te zijn voor het oordeel dat het een arbeidsovereenkomst betrof. De Rechtbank Noord-Holland overwoog in twee zaken dat hoewel het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie leidt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dit anders ligt wanneer deze ene opdrachtgever 'enerzijds

41 In de volgende gevallen werd geoordeeld dat wel sprake was van een arbeidsovereenkomst: Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232, tevens JAR 2016/6, m.nt. Van Zanten-Baris; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.

zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen'.⁴² De rechtbank kwam vervolgens tot het oordeel dat de gekozen constructie leidde tot 'een zodanige economische afhankelijkheid en gebrek aan zelfstandigheid', dat de pakketbezorger naar het oordeel van de rechtbank niet als zelfstandig ondernemer maar als werknemer diende te worden beschouwd.⁴³ De Rechtbank Amsterdam oordeelde ruim een maand later in gelijke zin, nu gezien de strakke kaders waarbinnen de werkzaamheden moesten worden verricht, terwijl vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestond om over die kaders te onderhandelen, 'eerder het beeld ontstaat van een gezagsverhouding dan van zelfstandig ondernemerschap'.⁴⁴ In beide Noord-Hollandse zaken overwoog de rechtbank dat de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hadden gegeven aan de overeenkomst prevaleerde boven de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst.⁴⁵ De rechtbank achtte het twijfelachtig dat de pakketbezorgers in kwestie zich bij het aangaan van de arbeidsrelatie hadden gerealiseerd in welke mate zij in de gegeven omstandigheden economisch afhankelijk van PostNL zouden raken. De financiële investering die de pakketbezorgers hadden gedaan door de aanschaf van een bezorgbus, in samenhang bezien met de aard van de arbeid – namelijk: ongeschoolde en laagbetaalde arbeid met een hoog productiegehalte –, noopte volgens de rechtbank tot 'toepassing van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, en tot terughoudendheid waar het betreft het toekennen van gewicht aan de (op schrift geformuleerde) partijbedoeling'.⁴⁶ Het feit dat men economisch afhankelijk was van één opdrachtgever, speelde hier derhalve een belangrijke en mogelijk zelfs doorslaggevende rol. Het valt af te vragen of deze redeneringswijze (nog) wel past bij de steeds verder moderniserende arbeids-

42 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, r.o. 4.27; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232, r.o. 4.27.

43 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, r.o. 4.29; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232, r.o. 4.29.

44 Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152, r.o. 19.

45 Ook de Rechtbank Amsterdam (14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152) lijkt de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst, te laten prevaleren boven de partijbedoeling. Een en ander is door de rechtbank echter niet zo expliciet benoemd als in de uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland.

46 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, r.o. 4.9; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232, r.o. 4.9.

markt, waarin ook de werknemer steeds autonomer en zelfstandiger wordt.⁴⁷ Bovendien geldt dat economische afhankelijkheid ook niet enkel 'voorbehouden' is aan de werknemer. Ook ondernemers kunnen immers, afhankelijk van het type bedrijfsvoering, in meer of mindere mate economisch afhankelijk zijn van één of enkele afnemers c.q. opdrachtgevers, hetgeen niet in de weg hoeft te staan aan het feit dat men (echt!) ondernemer is.⁴⁸ Deze gedachtegang lijkt in zekere zin door te klinken in een beslissing van het Hof Den Bosch in een zaak over een overeenkomst tussen een vrijwilligerscoördinator en een basisschool. Hoewel het hof overwoog dat bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een arbeids-overeenkomst, acht moet worden geslagen op de hoedanigheid van partijen 'in het licht van de economische afhankelijkheid en daaruit voortvloeiende ongelijkheidscompensatie', overwoog het hof vervolgens echter dat 'in de huidige tijd, waarin veel mensen kiezen voor werk als freelancer of ZZP'er, die evenzeer afhankelijk zijn van het inkomen uit dat werk, dit argument van economische afhankelijkheid bij de beantwoording van de kwalificatievraag weinig gewicht in de schaal legt'.⁴⁹ De opdrachtnemer die er zelf voor heeft gekozen om als zelfstandige werkzaam te zijn, kan derhalve achteraf niet (met succes) stellen dat hij vanwege zijn economische positie beschermd zou moeten worden. Voornoemde overweging van het hof is belangwekkend, mede gezien het huidige maatschappelijke debat omtrent de (kleine) zelfstandige en de vraag of en in hoeverre de economische afhankelijkheid van de werkkraft een rol zou moeten spelen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie (zie nader paragraaf 6).

In de Post NL-zaken waarin de rechter tot het oordeel kwam dat er *geen* sprake was van een arbeidsovereenkomst, leek juist de partijbedoeling zwaarder te wegen. Deze partijbedoeling werd uit diverse omstandigheden afgeleid. In een aantal gevallen werd van belang geacht dat de pakketbezorgers in kwestie, voordat zij werkzaamheden voor PostNL gingen verrichten, al langere tijd als zelfstan-

47 Zie hierover bijv. het IBO Zelfstandigen zonder personeel (april 2015), waarin o.a. wordt gesproken van de 'zelfredzame werknemer', die onder het huidige arbeidsrecht mogelijk te veel bescherming geniet. Zie over de moderniserende arbeidsmarkt en de positie van de zelfstandige o.a. R.M. Beltzer, *Waarom zijn we normaal gaan vinden wat niet normaal is?*, ArA 2015/4, en over de 'afhankelijke' zzp'er G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er*, TRA 2012/84 en (in reactie daarop) M. Westerveld, *Van 'afhankelijke' en 'autonome' zzp'ers en het grijze gebied daartussenin*, TRA 2013/46. Zie over de 'ondernemende werknemer' tevens J.J. Trap, *De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer*, *ArbeidsRecht* 2000, 45. Zie over de verwachtingen voor de toekomst o.a. TNO, *De toekomst werkt. Mens en bedrijf in 2020*, Hoofddorp: 2007; H. Stegeman & D. Piljic, *De arbeidsmarkt in 2030: flexibilisering of starre arbeidsrelaties?*, *Tijdschrift voor HRM* 2011, 4, p. 89-106. Ook de sterk toenemende digitalisering draagt bij aan de veranderende arbeidsmarkt, zie hierover o.a. M.S. Houwerzijl, *'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning*, TRA 2017/4; SER, *Mens en technologie: samen aan het werk*, oktober 2016.

48 Zie in dit verband bijv. het onderzoek van EIM, *Afhankelijkheid in het MKB*, Zoetermeer: 2009, februari.

49 Hof Den Bosch 19 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3105 (kort geding).

dig koerier werkzaam waren.⁵⁰ In andere gevallen werd van belang geacht dat de bezorgers zich lieten bijstaan bij de uitvoering van hun werkzaamheden: het feit dat men zoveel werk had dat dit niet langer volledig door één persoon kon worden verricht, vormde in die gevallen een aanwijzing dat er sprake was van écht ondernemerschap.⁵¹ Tevens werd de partijbedoeling in sommige gevallen afgeleid uit het feit dat de postbezorger het aanbod van PostNL om op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst te treden, had afgewezen.⁵²

Of er sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW, is dus steeds afhankelijk van *alle* feiten en omstandigheden van het geval. Het feit dat daarbij alle feiten en omstandigheden in onderling verband moeten worden gezien, waarbij niet één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn, maakt dat het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in vergelijkbare gevallen toch andersluidend kan zijn.

- 50 Zie Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521, r.o. 7 (een 'klein jaar' werkzaam als zelfstandige); Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153, r.o. 19 (reeds sinds 1989 werkzaam als zelfstandige; per abuis zijn alle rechtsoverwegingen onder 'Het verzoek van [verzoeker] in de hoofdzaak (EA 15 - 1190)' genummerd als r.o. 19, maar bedoeld wordt de tiende overweging onder deze kop); Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85, r.o. 4.24 (reeds een aantal jaren werkzaam als zelfstandige); Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230, r.o. 4.25 (circa een jaar werkzaam als zelfstandige). Dit betekent overigens niet dat *a contrario* kan worden geredeneerd dat er wél sprake is van een arbeidsovereenkomst ingeval men pas vlak voor het sluiten van de overeenkomst met PostNL zelfstandig ondernemer werd; vgl. Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83, waar het een bezorger betrof die drie maanden voordat hij voor PostNL begon te werken een eigen onderneming opricht, maar waar de rechtbank op basis van een weging van alle feiten en omstandigheden tot het oordeel kwam dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst (zie o.a. r.o. 4.4 tot en met 4.6).
- 51 Zie Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686, tevens JAR 2016/291, r.o. 3.3; n Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81, r.o. 4.10.
- 52 Zie Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83, r.o. 4.21 en 4.22; Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521, r.o. 9. Zie anders Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:662, waarin het hof overwoog dat uit de afwijzing van het aanbod om op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te gaan verrichten, geen aanwijzing kan worden geput voor wat betreft de wijze waarop de rechtsverhouding vóór dat aanbod dient te worden gekwalificeerd (r.o. 5.17). In de media werd hierover bericht dat de financiële consequenties van het aangaan van een arbeidsovereenkomst, mede vanwege de reeds gedane investeringen, dermate groot was dat men hier in de regel van afzag (zie bijv. www.omroepbrabant.nl/?news/232835912/Boze+pakketbezorgers+PostNL+staken+bij+depots+in+Den+Bosch,+Son+en+Breda.aspx). Uit een van de PostNL-uitspraken van de Rechtbank Amsterdam volgde echter dat PostNL (althans, in dat specifieke geval) had aangeboden de bezorgbus over te nemen om te voorkomen dat de pakketbezorger een schuld zou overhouden aan de overstap naar het werknemerschap: Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521, r.o. 9. Zie tevens <http://nos.nl/artikel/2040888-postnl-biedt-zzp-ers-na-kritiek-vaste-baan-aan.html>.

3 De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in het socialezekerheidsrecht

3.1 De 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in de werknemersverzekeringen

Het begrip 'arbeidsovereenkomst' vervult niet enkel in het arbeidsrecht, maar ook in delen van het socialezekerheidsrecht een belangrijke rol. De kwalificatie als werknemer is daar onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een recht bestaat op een uitkering op grond van (een van) de werknemersverzekeringen.⁵³ Centraal begrip in de regelgeving op dit vlak is de *privaatrechtelijke dienstbetrekking*. In de werknemersverzekeringen⁵⁴ wordt voor de kring van verzekerden verwezen naar de werknemer,⁵⁵ die wordt omschreven als de natuurlijke persoon die in *privaatrechtelijke dienstbetrekking* staat.⁵⁶ Het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking is niet nader gespecificeerd. Aangenomen wordt dat de wetgever geen apart begrip heeft willen introduceren, maar heeft willen aansluiten bij de privaatrechtelijke dienstbetrekking als bedoeld in artikel 7:610 BW.⁵⁷ De beantwoording van de vraag of er sprake is van een dergelijke privaatrechtelijke dienstbetrekking is in socialezekerheidsrechtelijke kwesties in eerste aanleg aan de bestuursrechter, waarna men hoger beroep kan instellen bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Vervolgens kan men – in een beperkt aantal gevallen⁵⁸ – sinds 2006 tevens cassatieberoep instellen bij de fiscale kamer van de Hoge Raad.⁵⁹

53 In deze bijdrage wordt enkel ingegaan op de vraag of voor het fiscaal recht en het socialezekerheidsrecht sprake is van een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW. Uitbreidingen van het werknemersbegrip en fictieve dienstbetrekkingen worden derhalve buiten beschouwing gelaten. Hetzelfde geldt voor de fictieve dienstbetrekkingen.

54 De Werkloosheidswet (WW), de Ziektewet (ZW), de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO).

55 Zo volgt uit artikel 15 WW, artikel 20 ZW, artikel 7 WIA en artikel 16 WAO.

56 Zie artikel 3 lid 1 WW, artikel 3 lid 1 ZW, artikel 3 lid 1 WAO en artikel 8 lid 1 WIA, waarin wordt verwezen naar het werknemersbegrip in de ZW. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de publiekrechtelijke dienstbetrekking in deze bijdrage buiten beschouwing blijft.

57 Zie o.a. Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 153 e.v. Ook de wetgever heeft hierover een en ander opgemerkt; zie in het kader van de WW onder meer Kamerstukken II 1985/86, 19261, 8, p. 56, waarin wordt opgemerkt dat het wenselijk is om niet alleen degenen die 'in een zuivere arbeidsovereenkomst' werkzaam zijn onder de WW te laten vallen, maar ook anderen onder de werkingssfeer van de WW te brengen.

58 Beroep in cassatie is met name mogelijk ter zake van schending of verkeerde toepassing van bepaalde begrippen, waaronder 'werknemer'; zie artikel 129d WW, artikel 75m ZW, artikel 116 WIA en artikel 87f WAO. Door beroep in cassatie mogelijk te maken wordt bewerkstelligd dat bepaalde begrippen, waaronder het begrip 'werknemer', in het civiele recht en in het bestuursrecht op uniforme wijze worden uitgelegd en toegepast. Zie tevens A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 2107-2108.

59 Een en ander is het gevolg van de inwerkingtreding van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) op 1 januari 2006. Sindsdien geldt dat de premies werknemersverzekeringen worden geheven onder toepassing van de regels die gelden voor de heffing van de loonbelasting (artikelen 58 en 59 Wfsv); zie tevens Vakstudie Algemeen Deel, artikel 26 Awr, aant. 1.6.3.

3.2 De kwalificatie van de 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in het socialezekerheidsrecht

De eerste zaak waarin van voornoemde cassatiemogelijkheid gebruik werd gemaakt, resulteerde in het Gouden Kooi-arrest uit 2011.⁶⁰ Het ging in die zaak om de vraag of tussen een deelnemster van het televisieprogramma 'de Gouden Kooi' en producent Talpa een privaatrechtelijke dienstbetrekking bestond. De deelnemster meende dat dit het geval was en dat zij – nadat zij uit het spelprogramma was weggestemd – uit dien hoofde aanspraak zou kunnen maken op een WW-uitkering. Het UWV was echter een andere mening toegedaan. In de procedure die de deelnemster vervolgens aanhangig maakte, werd zij door zowel de rechtbank⁶¹ als de CRvB⁶² in het gelijk gesteld. Ook de Hoge Raad kwam tot het oordeel dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestond.⁶³ Het feit dat in de overeenkomst was opgenomen dat partijen uitdrukkelijk *niet* de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten en het feit dat de deelnemster geheel vrij was in de wijze waarop zij invulling gaf aan het verblijf in het huis, maakten dit oordeel niet anders. Immers, zij moest gedurende de opnames van het programma de instructies en ordemaatregelen opvolgen en moest zich aan de spelregels als opgenomen in het 'Regelboek' houden. Voorts ontving de deelnemster voor iedere maand dat zij in het huis verbleef een bedrag van € 2.250 bruto, waarop loonheffingen werden ingehouden. Derhalve gold dat er sprake was van het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon, zodat tussen partijen een privaatrechtelijke dienstbetrekking bestond.⁶⁴ Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich met dit oordeel heeft geconformeerd aan hetgeen A-G Van Ballegooijen in zijn conclusie heeft geopperd, namelijk om (expliciet) aan te sluiten bij de wijze waarop de kwalificatievraag in het civiele recht wordt beantwoord.⁶⁵ Het Gouden Kooi-arrest lijkt dan ook een omslagpunt te vormen in de rechtspraak inzake de toepassing van artikel 7:610 BW in het socialezekerheidsrecht.⁶⁶

3.2.1 De gezagsverhouding

Een verkenning van de (gepubliceerde) socialezekerheidsrechtelijke jurisprudentie sinds het Gouden Kooi-arrest leert dat bij de beantwoording van de vraag of er

60 HR 25 maart 2011, JAR 2011/109, m.nt. C.J. Loonstra (Gouden Kooi), tevens NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, TRA 2011/63, m.nt. L. van den Berg en RSV 2011, 166, m.nt. L. Van den Berg.

61 Rb. Zwolle 3 oktober 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BF5333.

62 CRvB 25 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1502.

63 HR 25 maart 2011, JAR 2011/109, m.nt. C.J. Loonstra (Gouden Kooi), r.o. 3.3.2 en r.o. 3.3.3.

64 HR 25 maart 2011, JAR 2011/109, m.nt. C.J. Loonstra (Gouden Kooi), r.o. 3.3.2 en r.o. 3.3.3.

65 Idem, r.o. 9.9.

66 Na het Gouden Kooi-arrest heeft de Hoge Raad nog maar weinig arresten gewezen in socialezekerheidsrechtelijke zaken, althans voor wat betreft de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW. Daarbij ging het bovendien om zeer specifieke en atypische arresten. Zie o.a. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888 over de vraag of de hoogte van het loon van belang is voor de beantwoording van de kwalificatievraag; HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, tevens BNB 2013/143, m.nt. Kavelaars over de toepassing van de Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1354 over de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen een bijstandsgerechtigde en een stichting.

sprake is van gezag veelal expliciet wordt aangesloten bij de arbeidsrechtelijke toetsingswijze.⁶⁷ In een zaak over een financieel directeur die via zijn persoonlijke vennootschap werkzaam was op basis van een ‘managementovereenkomst’, sloot de CRvB in dit verband aan bij hetgeen hieromtrent in de vaste (arbeidsrechtelijke) rechtspraak is beslist en overwoog: ‘Maatstaf voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding is volgens vaste rechtspraak of gezegd kan worden dat degene die arbeid verricht aan een zeker gezag is onderworpen van de wederpartij en dat laatstgenoemde bevoegd is opdrachten en instructies te geven en om controle uit te oefenen op de voortgang en resultaten van het werk. Niet van doorslaggevende betekenis is of van die bevoegdheid ook daadwerkelijk gebruik is gemaakt.’⁶⁸ Dat voor het kunnen aannemen van gezag meer vereist is dan enkel het scheppen van organisatorische kaders waarbinnen de werkzaamheden worden verricht, volgt onder meer uit een zaak over een docent die op basis van een ‘freelanceovereenkomst’ weerbaarheidstrainingen gaf.⁶⁹ Naar het oordeel van de CRvB ontbrak een gezagsverhouding, nu de docent vrij was zijn werkzaamheden naar eigen inzicht in te richten en uit te voeren. Het feit dat de docent de trainingen op bepaalde tijden en plaatsen moest geven, en zich daarbij moest houden aan de overeengekomen lesplannen, maakte dit niet anders.⁷⁰ Aldus kwam de CRvB op basis van een weging van de relevante feiten en omstandigheden tot het oordeel dat van een gezagsverhouding geen sprake was. Een dergelijke toetsingswijze komt ook terug in andere rechtspraak van de CRvB inzake de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding, een en ander veelal uitdrukkelijk onder ver-

67 Het eerder besproken onderscheid tussen formeel en materieel gezag komt ook in het socialezekerheidsrecht terug. Zie o.a. Loonstra & Zondag 2006, p. 191 en Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 167-169. Van den Berg maakt in dit verband het onderscheid tussen gezag over de werkinhoud en gezag over de werkdiscipline; zie Van den Berg 2010, p. 106. Over het antwoord op de vraag of in het socialezekerheidsrecht de nadruk meer op het materiële of het formele gezag ligt, lijkt de literatuur enigszins verdeeld. Volgens Van den Berg ligt de nadruk in de socialezekerheidsrechtelijke jurisprudentie op het materiële gezag en speelt het formele gezag met name een rol wanneer de bevoegdheid tot het uitoefenen van materieel gezag moeilijker aantoonbaar is; zie Van den Berg 2010, p. 107. Van der Wiel-Rammeloo merkt in dit verband op dat de term ‘organisatorisch kader’, oftewel formeel gezag, steeds verder is ingeburgerd in het socialezekerheidsrecht; zie Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 167-169. Loonstra en Zondag daarentegen constateerden – overigens in een wat ouder onderzoek – (nog) geen lijn in de CRvB-rechtspraak inzake het gezagscriterium en noemen de rechtspraak ‘ietwat zwalkend’; zie Loonstra & Zondag 2006, p. 194. In een onderzoek van latere datum merkt Loonstra op dat in het socialezekerheidsrecht zowel het materiële als het formele gezag relevant is; zie Loonstra 2011.

68 CRvB 17 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3133, r.o. 4.7.

69 CRvB 29 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6206, r.o. 4.1.

70 Mogelijk speelde bij het uiteindelijke eindoordeel een rol dat in de tussen partijen geldende overeenkomst was vastgelegd dat de docent zelf inkomstenbelasting en sociale premies moest afdragen en dat hij tevens een vrijwaring gaf voor eventuele aanspraken van de fiscus. Zulks is in de hier bedoelde uitspraak echter niet expliciet overwogen.

wijzing naar het Gouden Kooi-arrest.⁷¹ Al met al lijkt de toetsing van het element ‘gezag’ in socialezekerheidsrechtelijke context sinds het wijzen van het Gouden Kooi-arrest steeds meer in gelijke pas te lopen met de toetsing van dit element in arbeidsrechtelijke context.

- Wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering?

In de literatuur is eerder geopperd dat de CRvB op diverse punten een nadere invulling aan de toetsing van het element ‘gezag’ heeft gegeven. Zo heeft de CRvB in voorkomende gevallen betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de werkzaamheden in kwestie een ‘wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering’ uitmaakten.⁷² Was van voornoemde omstandigheid sprake, dan duidde dat eerder op de aanwezigheid van gezag.⁷³ In de arbeidsrechtelijke rechtspraak komt dit sub-element niet – althans niet expliciet – terug. Het valt af te vragen of een en ander bij de beantwoording van de kwalificatievraag sinds het Gouden Kooi-arrest nog altijd een rol speelt.⁷⁴ Hoewel het antwoord op deze vraag ontkennend lijkt te moeten luiden, nu een expliciete verwijzing naar voornoemd element in recentere rechtspraak veelal ontbreekt, lijkt de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen ook niet geheel uit beeld. Zo leek dit element (impliciet) terug te komen in een zaak waarin het ging om de vraag of een aantal zzp'ers die werkzaamheden (waaronder het plaatsen van wegafzettingen, tekstkarren en het strooien van zout) ten behoeve van Rijkswaterstaat verrichtten, in privaatrechtelijke dienstbetrekkingen werkzaam waren.⁷⁵ De zzp'ers in

71 Zie bijv. CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4913, r.o. 4.2; CRvB 14 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4873, r.o. 4.3; Rb. Den Haag 25 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14304, r.o. 6.1; Rb. Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4949, r.o. 7.1; CRvB 21 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3497, r.o. 4.2; CRvB 17 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3133, r.o. 4.6; CRvB 13 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1329, r.o. 4.1; CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3540, r.o. 4.1; CRvB 11 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2046, r.o. 5.2; CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2721, r.o. 4.2 en 4.6; CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:884, r.o. 4.1; CRvB 9 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU7441, r.o. 4.1. Zie enkele zaken waarin *niet* met zoveel woorden naar de civielrechtelijke toetsingswijze werd verwezen: CRvB 8 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR1084; CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2721.

72 Zie hierover o.a. Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 159-162; Van den Berg 2010, p. 131-135.

73 Zie o.a. Rb. Haarlem 4 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0043; Rb. Den Haag 1 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ4446; CRvB 22 februari 2007, V-N 2007/22.16; CRvB 19 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0715; CRvB 1 september 2005; Rb. Arnhem 15 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT0999; CRvB 23 december 1999, USZ 2000/70; CRvB 20 juli 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:ZB9071; CRvB 21 december 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB2567; CRvB 11 oktober 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD5998. Een en ander was tevens opgenomen in de Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking (6 juli 2006, nr. DGB2006/857M). Deze Beleidsregels zijn na de inwerkingtreding van de Wet DBA ingetrokken: Intrekking Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking (2 juni 2016, nr. BLKB 2016/616M). Deze Beleidsregels zouden grotendeels geënt zijn op beleid dat weer was geënt op de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep; zie Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 4a WAZ, aant. 3.5.4. Zie hierover tevens Tekst & Commentaar Socialezekerheidsrecht, Werknemersbegrip: privaatrechtelijke- of publiekrechtelijke dienstbetrekking bij: Ziektewet, Artikel 3 (Begrip werknemer); Van den Berg 2010, p. 107.

74 Zie hierover o.a. Loonstra 2011.

75 CRvB 9 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS8934.

kwestie waren in het bezit van een VAR-row en hadden kennelijk de bedoeling om als zelfstandigen werkzaam te zijn. Toch kwam de CRvB tot het oordeel dat hier sprake was van een gezagsverhouding en (mede) daarom van privaatrechtelijke dienstbetrekkingen, onder meer nu de zzp'ers zich bij het uitvoeren van hun werkzaamheden aan de daarvoor geldende voorschriften moesten houden en daarbij de vastgestelde procedures in acht moesten nemen. Het feit dat de zzp'ers hun werkzaamheden met een grote mate van zelfstandigheid verrichtten, maakte dit oordeel niet anders. De CRvB overwoog: 'De stelling van appellante dat de door de chauffeurs uitgevoerde werkzaamheden niet zijn ingebed in de organisatie van appellante mist feitelijke grondslag. De chauffeurs verrichten dezelfde werkzaamheden als het vaste personeel. Dat de werktijden verschillen heeft voor het antwoord op de vraag of van inbedding sprake is geen betekenis.'⁷⁶ In voornoemde overweging lijkt de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen, met zoveel woorden terug te komen. Overigens levert dit mijns inziens niet per definitie een breuk op met het bepaalde in het Gouden Kooi-arrest: het komt immers ingevolge dat arrest aan op een weging van *alle* feiten en omstandigheden, zodat – voor zover relevant – ook de mate van inbedding in de bedrijfsvoering in dat verband een rol kan spelen.

3.2.2 *Het persoonlijk verrichten van arbeid*

Voor het kunnen aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in voornoemde zin, is voorts vereist dat er sprake is van een verplichting tot het *persoonlijk* verrichten van arbeid. Hoewel dit vereiste in de rechtspraak van de CRvB veelal expliciet wordt genoemd,⁷⁷ vormt het persoonlijk verrichten van arbeid niet vaak het centrale geschilpunt, zodat de rechtspraak waarin inhoudelijk op dit element wordt ingegaan schaars is. Een mogelijke verklaring hiervoor is gelegen in het feit dat de werknemersverzekeringswetten regelingen kennen omtrent 'gelijkgestelden', op grond waarvan onder meer degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding maatschappelijk gelijk kan worden gesteld aan degene met een dienstbetrekking, eveneens onder het bereik van de werknemersverzekeringen valt.⁷⁸ Discussies rondom de vraag of al dan niet sprake is van het persoonlijk verrichten van arbeid, komen mogelijk eerder in voornoemd verband aan de orde. Uit de betrekkelijk schaarse CRvB-rechtspraak waarin het persoonlijk verrichten van arbeid wel onderwerp van debat vormde, valt op te maken dat dit element in socialezekerheidsrechtelijke context op gelijke wijze wordt benaderd als in arbeidsrechtelijke context. Zo oordeelde de CRvB in een zaak waarin het ging om de vraag of er sprake was van een privaatrechtelijke

⁷⁶ Idem, r.o. 4.4.

⁷⁷ Zie bijv. CRvB 14 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4873, r.o. 4.3; CRvB 3 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2943, r.o. 4.2; CRvB 13 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2720, r.o. 4.2; CRvB 29 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2444, r.o. 4.3; CRvB 4 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1680, r.o. 4.2.3; CRvB; CRvB 7 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3479, r.o. 7.3.5.

⁷⁸ Zie artikel 5 WW, artikel 5 ZW, artikel 8 lid 1 WIA en artikel 5 WAO. Zie voor het verschil tussen persoonlijke *arbeidsverrichting* en persoonlijke *arbeidsverplichting* Van den Berg 2010, p. 135-136. Nu deze bespreking niet ziet op de fictieve dienstbetrekkingen en de gelijkgesteldenregelingen, wordt hierover in deze bijdrage niet verder uitgeweid.

dienstbetrekking tussen een alfahulp en een thuiszorgorganisatie, dat er sprake was van het persoonlijk verrichten van arbeid en (mede) daarmee van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen voornoemde partijen.⁷⁹ De alfahulp in kwestie mocht zich immers niet door een willekeurige derde laten vervangen. Bij verhindering was de alfahulp gehouden dit aan haar cliënt en aan de thuiszorgorganisatie te melden, waarop zij met beide partijen in overleg diende te treden over eventuele vervanging. De enkele omstandigheid dat men zich kan laten vervangen, hoeft derhalve – net als in het arbeidsrecht – niet in de weg te staan aan het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.⁸⁰

3.2.3 *Holistische weging van feiten en omstandigheden*

Sinds het hiervoor aangehaalde Gouden Kooi-arrest vormt de holistische benadering uit het civiele recht ook in het socialezekerheidsrecht de norm wanneer het gaat om de toepassing van artikel 7:610 BW. Een en ander geschiedt veelal onder verwijzing naar voornoemd Gouden Kooi-arrest, waarbij in veel gevallen tevens expliciet wordt overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW, acht moet worden geslagen op alle relevante feiten en omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, waarbij niet enkel van belang is wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven.⁸¹ In de literatuur is geopperd dat de partijbedoeling in dit verband een meer bescheiden rol zou spelen, onder meer nu het onwenselijk wordt geacht dat werknemers met een beroep op de partijbedoeling

79 CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2721, tevens RSV 2014/23, m.nt. Rebel. Het ging in deze procedure uitdrukkelijk niet om de vraag of tussen de alfahulp en de cliënt sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking: in de onderhavige relatie was het bestaan van een (fictieve) privaatrechtelijke dienstbetrekking binnen de kaders van de Werkloosheidswet uitgesloten op grond van artikel 6 lid 1 onder c WW.

80 Zie tevens (ouder) CRvB 15 december 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:AL0156. De verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid kan ook uit de feiten en omstandigheden van het geval blijken; zie bijv. CRvB 5 juni 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD3803. In deze zaak ging het om de vraag of ‘gastdames’ in een bordeel gehouden waren de werkzaamheden persoonlijk uit te voeren. Het antwoord op deze vraag luidde bevestigend, mede gezien de specifieke arbeidsomstandigheden en het feit dat gastdames pas na een gesprek en screening op aspecten als nationaliteit en leeftijd geselecteerd werden. Onder die omstandigheden werd willekeurige vervanging van de gastdames ondenkbaar geacht. Zie tevens CRvB 10 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ8071.

81 Zie o.a. CRvB 29 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6200, r.o. 2.2; CRvB 7 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1692, r.o. 5.3; CRvB 20 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1649, r.o. 4.2; CRvB 7 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3479, r.o. 7.3.5; CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3540, r.o. 4.1; CRvB 13 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1329, r.o. 4.1; CRvB 3 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2943, r.o. 4.2; CRvB 17 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3133, r.o. 4.3.

(ten onrechte) een recht op een uitkering kunnen veiligstellen.⁸² Hier geldt derhalve temeer dat wezen voor schijn gaat, zodat een op schrift gestelde partijbedoeling ten aanzien van de contractsvorm eerder wordt gepasseerd wanneer uit de feiten en omstandigheden anderszins blijkt. Een en ander kwam onder meer tot uiting in een zaak over een overeenkomst tussen een exploitant van een golfbaan en een aandeelhouder, met als titel ‘arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd’.⁸³ Partijen werden aangeduid als ‘werknemer’ en ‘werkgever’ en de overeenkomst bevatte voorts bepalingen die gebruikelijk zijn voor een arbeidsovereenkomst. Desondanks kwam de CRvB tot het oordeel dat er geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Daarbij achtte de CRvB onder meer van belang dat de exploitant van de golfbaan in 2011 heeft getracht om de samenwerking, die reeds in 1972 was aangevangen, voort te zetten op grond van een overeenkomst van opdracht met de persoonlijke bv van de aandeelhouder. De aandeelhouder heeft toen echter aangedrongen op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, nu hij het zich naar eigen zeggen niet kon permitteren verstoken te zijn van maandelijks inkomsten. Toch is op enig moment de (loon)doorbetaling gestaakt, een en ander conform de in de aandeelhoudersvergadering gemaakte afspraak dat geen betalingen aan de aandeelhouders zouden worden voldaan zolang de onderneming financieel ‘in de gevarenzone’ verkeerde. De aandeelhouder heeft hier niet tegen geprotesteerd en is op enig moment zelfs (veel) meer gaan werken, naar eigen zeggen omdat het bedrijf ‘zijn kindje’ was. Uit de feiten en omstandigheden volgde naar het oordeel van de CRvB dan ook niet dat partijen daadwerkelijk hadden beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten, zodat de CRvB tot de slotsom kwam dat er geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Tevens illustratief in dit verband is een zaak over een (vermeend) werknemer die eveneens werkzaam was op basis van een overeenkomst die als arbeidsovereenkomst was aangeduid.⁸⁴ De (vermeend) werknemer ontving vergoedingen die als loon zouden kunnen worden aangemerkt en volgde instructies op. Tevens was hij als werknemer bij de Belastingdienst aangemeld, in welk verband loonheffingen en premies zijn afgedragen. Ondanks voornoemde

82 Zie o.a. Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 169-170; W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 61-62 en p. 367. Zie hierover in dezelfde zin De Jong 2010, p. 239; Loonstra 2011, p. 90; Klosse & Vonk 2016, p. 63. Klosse en Vonk opperen dat de betekenis van het verschil in benadering tussen beide rechtscollages niet overdreven mag worden: het is immers niet zo dat de civiele rechter de feitelijke vormgeving van de arbeidsrelatie negeert, en evenmin geldt dat de CRvB geen acht slaat op de bedoeling van de partijen. Klosse en Vonk spreken in dit verband van ‘een soort omdraaiing van hoofdregel en bijzaak, zoals bij “ja, mits” en “nee, tenzij”’. Zie verder L. van den Berg, Tussen feit en fictie (diss. Nijmegen), Boom Juridische uitgevers 2010, p. 4 en p. 97-101; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Begripsvorming in het civiele arbeidsrecht en sociale-verzekeringsrecht, in: M. Herwijer e.a. (red.), Sociale zekerheid voor het oog van de meester, Deventer: Kluwer 2006, p. 192; De Jong 2010, p. 234-240. Inmiddels wordt in de literatuur ook wel geopperd dat de tweesplitsing voor wat betreft de civielrechtelijke en de socialezekerheidsrechtelijke toetsing tot het verleden behoort, met name nu sinds 2006 ook in (bepaalde) socialezekerheidsrechtelijke zaken cassatieberoep mogelijk is; zie Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 367.

83 CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3540.

84 CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2047.

omstandigheden kwam de CRvB tot het oordeel dat hier geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De CRvB overwoog: 'Uit wat appellant en De Rouw hebben verklaard is, meer dan uit hun schriftelijke overeenkomst, af te leiden welke rechtsverhouding zij daadwerkelijk voor ogen hadden. Hoewel in hun schriftelijke overeenkomst een bepaling over tussentijdse beëindiging ervan ontbreekt, was het zowel van appellant als van [werkgever 3] de bedoeling dat aan hun rechtsverhouding zo spoedig mogelijk een einde zou komen.'⁸⁵ In de arbeidsovereenkomst was namelijk opgenomen dat de werknemer werd aangesteld in de functie van algemeen medewerker en dat hij vanuit die functie zou worden herplaatst op een voor hem passende functie. Naar het oordeel van de CRvB bleek hieruit en uit de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst hadden gegeven, dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hadden dat de (vermeend) werknemer met begeleiding van zijn (vermeend) werkgever op zoek zou gaan naar passend werk. De CRvB kwam mede op grond van het voorgaande tot het oordeel dat er geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.⁸⁶ De bedoeling van partijen dient dan ook (tevens) tot uiting te komen in de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven, willen partijen hier een succesvol beroep op kunnen doen.⁸⁷

In het algemeen lijkt de CRvB zich in (de motivering van) zijn beoordelingen steeds dichter richting de arbeidsrechtelijke toetsingswijze te bewegen. In een enkel geval sloot de CRvB in zijn beoordeling zelfs uitdrukkelijk aan bij een beslissing inzake de kwalificatievraag in civielrechtelijk verband.⁸⁸ Deze ontwikkeling valt mijns inziens toe te juichen. Een en ander komt de rechtszekerheid en rechts-eenheid immers ten goede en past bovendien binnen hetgeen de wetgever heeft beoogd met het openstellen van cassatieberoep in socialezekerheidsrechtelijke zaken. Overigens acht ik het niet reëel om in dat verband de verwachting te koesteren dat de partijbedoeling in het socialezekerheidsrecht exact dezelfde status zal verkrijgen als in arbeidsrechtelijke context. Immers, de procedure is in het socialezekerheidsrecht qua aard een andere dan die in het arbeidsrecht (publiekrecht versus privaatrecht) en er spelen in dat verband (ten dele) andere belangen een rol.

85 Idem, r.o. 4.4.3.

86 Overigens is in arbeidsrechtelijke zaken in gelijke zin geoordeeld wanneer het constructies als de hier bedoelde betrof, waarbij een overeenkomst werd gesloten met het oog op re-integratie dan wel herplaatsing; zie o.a. Rb. Alkmaar 8 maart 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BW105; Rb. Den Haag 19 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP1759.

87 Zie voor een voorbeeld waarin de bedoeling van partijen juist maakte dat wel sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking: CRvB 7 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1691.

88 Zie bijv. CRvB 1 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0098.

4 De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in het fiscaal recht

4.1 De 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in fiscaalrechtelijke regelingen

De kwalificatie als werknemer is verder van belang voor de vraag of de werkverschaffer premies werknemersverzekeringen⁸⁹ verschuldigd is en voor de wijze waarop de inkomstenbelasting moet worden geheven.⁹⁰ Op het loon dat aan de werknemer wordt uitbetaald, worden door de werkgever loonheffingen⁹¹ ingehouden, waaronder loonbelasting en de premies werknemersverzekeringen. Is men *geen* werknemer, dan wordt er geen loonbelasting geheven, maar is men op basis van een ander regime inkomstenbelasting verschuldigd. Ook in de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) vormt de *privaatrechtelijke dienstbetrekking* een centraal begrip.⁹² In deze wet wordt, net als in de hiervoor aangehaalde werknemersverzekeringswetten, geen nadere definitie van de privaatrechtelijke dienstbetrekking gegeven, maar wordt aangesloten bij het begrip 'arbeidsovereenkomst' als bedoeld in artikel 7:610 BW.⁹³ In de hier bedoelde zaken betreffende de loonbelasting en de premies werknemersverzekeringen is in eerste aanleg de bestuursrechter bevoegd. Hierna is hoger beroep mogelijk bij de fiscale kamer van het hof, waarna vervolgens beroep in cassatie bij de fiscale kamer van de Hoge Raad mogelijk is.⁹⁴

- 89 De begrippen 'werknemer' en 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in de werknemersverzekeringen zijn in paragraaf 3 reeds aan bod gekomen, zodat deze begrippen hier niet wederom zullen worden uitgewerkt.
- 90 Hetzelfde geldt voor de wijze waarop de premies volksverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet worden geheven. In fiscaalrechtelijke context is de kwalificatievraag voorts aan de orde inzake de beschikking betreffende de kwalificatie van de arbeidsverhouding voor de werknemersverzekeringen ex artikel 59 Wfsv. Werkverschaffers kunnen de Belastingdienst op basis van voornoemd artikel verzoeken om een (voor bezwaar en beroep vatbare) beschikking, waaruit volgt dat de werkverschaffer al dan niet verplicht is premies werknemersverzekeringen af te dragen. In dit verband wordt aangesloten bij de begrippen in de diverse werknemersverzekeringswetten (zie paragraaf 3 van deze bijdrage).
- 91 Bestaande uit loonbelasting (bij wijze van voorheffing op de inkomstenbelasting), premies volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet.
- 92 Artikel 1 Wet LB 1964 bepaalt dat werknemers onderworpen zijn aan de heffing van loonbelasting, en artikel 2 Wet LB 1964 bepaalt voorts dat onder werknemer wordt verstaan degene die 'tot een inhoudingsplichtige in privaatrechtelijke (...) dienstbetrekking staat'.
- 93 Zie Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 153 e.v. Zie tevens Kamerstukken II 1962/63, 5380, 23, p. 3 in het kader van de Wet LB 1964; in dat verband geldt dat men (zo veel als mogelijk) aansluiting heeft willen zoeken bij de wijze waarop onder meer het begrip werknemer in fiscale zin en in het kader van de sociale werknemersverzekeringen wordt uitgelegd. Zie ook HR 18 april 1951, BNB B.9002, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat in het kader van het toenmalige Besluit op de Loonbelasting 1940 'onder een privaatrechtelijke dienstbetrekking niet anders kan worden verstaan dan de betrekking waarin de werknemer staat tot den werkgever op grond van een burgerrechtelijke arbeidsovereenkomst'.
- 94 Zie uitvoerig over de procesrechtelijke aspecten: C. Langereis, I. de Roos & M. Lambregts, *Procesrecht in belastingzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 69, p. 75, p. 145 e.v., p. 263 e.v.

4.2 De kwalificatie van de 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' in het fiscaal recht

Vaststaat dat sinds het Gouden Kooi-arrest in het socialezekerheidsrecht de holistische weging van feiten en omstandigheden zoals uiteengezet in het Groen/Schoevers-arrest de norm vormt. Deze holistische weging vormt ook in het fiscaal recht de gewezen weg. In het hierna volgende wordt onderzocht hoe de kwalificatie van de privaatrechtelijke dienstbetrekking zich in het fiscaal recht heeft ontwikkeld.⁹⁵

4.2.1 De gezagsverhouding

De vraag of er sprake was van een gezagsverhouding kwam in fiscaalrechtelijke context onder meer aan bod in een zaak waarin een andere deelnemer van het spelprogramma 'de Gouden Kooi' centraal stond. Deze deelnemer won met zijn deelname aan dit programma een bedrag van € 1.351.000.⁹⁶ De Belastingdienst meende dat tussen de deelnemer en producent Talpa een privaatrechtelijke dienstbetrekking bestond, zodat voornoemde geldprijs moest worden aangemerkt als loon uit dienstbetrekking waarover loonheffing verschuldigd was. Zowel de rechtbank als het hof oordeelde dat de betrekking inderdaad als een privaatrechtelijke dienstbetrekking moest worden aangemerkt, nu sprake was van arbeid, gezag en loon.⁹⁷ De deelnemer moest – net als zijn 'collega's' – gedurende de opnames van het programma de instructies en ordemaatregelen opvolgen en moest zich aan de spelregels als opgenomen in het 'Regelboek' houden. Dat de deelnemer binnen de gestelde kaders een ruime vrijheid van handelen had, maakte dit oordeel niet anders en 'is overigens niet ongebruikelijk in hedendaagse arbeidsverhoudingen'.⁹⁸ De Hoge Raad oordeelde in gelijke zin over de vraag of tussen een (studenten)vereniging die een bioscoop en cafébedrijf exploiteerde en haar leden privaatrechtelijke dienstbetrekkingen bestonden.⁹⁹ Dat er sprake was van gezag, vloeide in dit geval onder meer voort uit de omstandigheid dat de vereniging bevoegd was instructies te geven over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden uitgevoerd. Daarnaast moesten de leden op tijd voor hun diensten verschijnen en konden zij bij (structureel) disfunctioneren worden geschorst of ontzet. In een zaak over een coöperatieve vereniging voor prostituees kwam

95 Voor deze bijdrage is hoofdzakelijk (gepubliceerde) rechtspraak geraadpleegd van na het in 2011 gewezen Gouden Kooi-arrest. Waar nodig en relevant is tevens rechtspraak van oudere datum geraadpleegd.

96 Hof Den Haag 22 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ9031. Het feitencomplex was nagenoeg gelijk aan de eerder aangehaalde Gouden Kooi-zaak, zij het dat in dit arrest niet werd gesproken van een brutovergoeding van € 2.250 per maand, maar van een *netto* vergoeding van € 1.000 per maand. Wel werd in beide gevallen loonheffing op de vergoeding (c.q. het loon) ingehouden.

97 De vraag of tussen partijen sprake was van een arbeidsovereenkomst kwam alleen in feitelijke instanties inhoudelijk aan bod. In cassatie ging het enkel nog om de vraag of de geldprijs moest worden aangemerkt als loon uit dienstbetrekking; HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5408.

98 Hof Den Haag 22 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ9031, r.o. 7.1.3.

99 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, tevens BNB 2015/161, m.nt. Mertens.

het Hof Amsterdam tot een andersluidend oordeel.¹⁰⁰ De vereniging in kwestie was immers niet bevoegd om bindende instructies te geven over de vraag of, wanneer en hoe de prostituees hun werkzaamheden uitvoerden. Het feit dat de prostituees op grond van de verenigingsvoorschriften gehouden waren om bepaalde aanwijzingen op te volgen (bijvoorbeeld op het gebied van hygiëne), maakte dit oordeel niet anders. Naar het oordeel van het hof faciliteerde de vereniging haar leden enkel bij hun beroepsuitoefening, onder meer door een veilige werkomgeving te creëren en door de economische belangen van haar leden te waarborgen.

• Wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering?

In de bespreking van het gezagscriterium in het socialezekerheidsrecht, kwam onder meer terug dat de Centrale Raad van Beroep bij de beoordeling van dit criterium – met name in oudere rechtspraak – acht sloeg op de vraag of de werkzaamheden in kwestie een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering uitmaakten. Nu voornoemd criterium was opgenomen in de Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking, die zowel door het UWV als de Belastingdienst werden gehanteerd, valt af te vragen of en in hoeverre dit element (nog) terugkomt in de fiscaalrechtelijke rechtspraak.¹⁰¹ In een zaak over de vraag of tussen een bloembollenbedrijf en de voor dat bedrijf werkzame Polen privaatrechtelijke dienstbetrekkingen bestonden, voerde de inspecteur van de Belastingdienst aan dat tussen voornoemde partijen een gezagsverhouding bestond, nu het bloembollenbedrijf de mogelijkheid had om aanwijzingen te geven en ‘het om eenvoudige werkzaamheden ging die een essentieel onderdeel vormden van belanghebbendes bedrijfsvoering’.¹⁰² Het Hof Amsterdam kwam tot het oordeel dat (inderdaad) sprake was van een gezagsverhouding en achtte daarbij onder meer van belang ‘dat de Polen

100 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2609. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen op grond van artikel 81 Wet RO. Voor het arrest in hoger beroep wordt verwezen naar Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:422. Het betrof hier een zaak over de toepassing van artikel 59 lid 3 Wfsv, op basis waarvan men een beschikking kan verzoeken waarin uitsluitel wordt gegeven over de vraag of men premies werknemersverzekeringen verschuldigd is.

101 In oudere fiscaalrechtelijke jurisprudentie komt dit in elk geval terug, zie bijv. Hof Den Bosch 4 september 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG5736; Hof Amsterdam 8 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU3995; Hof Arnhem 10 juli 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AV3826. Uit een arrest van het Hof Amsterdam, waarin het de vraag betrof of tussen een aantal teammanagers en hun (vermeend) werkgever een privaatrechtelijke dienstbetrekking bestond, volgt dat de omstandigheid ‘wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering’ in de regel enkel relevant zal zijn indien sprake is van de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen en die omstandigheid komt veelal aan bod indien sprake is van werkzaamheden met een incidenteel en/of een meer eenvoudig karakter. Het hof overwoog: ‘Voorts valt niet goed in te zien – veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat die werkzaamheden wel een wezenlijk onderdeel van belanghebbendes onderneming vormen – waarom die werkzaamheden alsdan niet zonder een gezagsverhouding zouden kunnen plaatsvinden. De aard van het te verkopen product – houten speelgoed en houten decoraties – en de aard van de werkzaamheden – het organiseren van party’s bij een gastvrouw – brengt juist mee dat er voor de teammanagers veel vrijheid en onafhankelijkheid ten opzichte van belanghebbende kan bestaan (en naar het oordeel van het Hof ook bestaan heeft)’; zie Hof Amsterdam 16 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP5121.

102 Hof Amsterdam 20 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY9063, r.o. 4.7.

en de overige locale werknemers van belanghebbende gelijktijdig en niet gescheiden van elkaar hun werkzaamheden op het bedrijf van belanghebbende verrichtten, zij allen daarbij van belanghebbendes bedrijfsmiddelen gebruik maakten, de werkzaamheden gelijksoortig van (eenvoudige) aard waren en uit niets viel op te maken dat de Poolse en locale arbeidskrachten op basis van verschillende typen overeenkomsten werkten'.¹⁰³ Het hof lijkt hier, zij het in andere bewoordingen, derhalve waarde toe te kennen aan de omstandigheid dat de hier bedoelde werkzaamheden een onderdeel van de bedrijfsvoering vormden. Ook hier geldt dat de benaderingswijze van het hof past binnen de holistische toetsingswijze die in het kader van artikel 7:610 BW gewezen is. Het feit dat er sprake is van werkzaamheden die een wezenlijk (dan wel essentieel) onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering, is in dat verband simpelweg een van de omstandigheden die bij de beantwoording van de kwalificatievraag (waar relevant) moeten worden meegewogen.

Resumerend geldt dat ook in het fiscaal recht bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding in toenemende mate aansluiting lijkt te worden gezocht bij de arbeidsrechtelijke toetsing van dit element.¹⁰⁴ Dit gebeurt, net als in het socialezekerheidsrecht, veelal door in dat verband expliciet te verwijzen naar de relevante overwegingen uit de standaardjurisprudentie inzake deze materie.

4.2.2 *Het persoonlijk verrichten van arbeid*

De verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid leidt, blijkens de (schaarse) gepubliceerde jurisprudentie, in de praktijk tot minder discussie dan de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding. In het fiscaal recht wordt, evenals in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, tot uitgangspunt genomen dat daadwerkelijk een *verplichting* moet bestaan tot het persoonlijk verrichten van arbeid.¹⁰⁵ Daarbij geldt tevens dat de mogelijkheid tot vervanging niet per definitie in de weg hoeft te staan aan het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Dit ligt anders wanneer er sprake is van geheel vrije vervanging, zo blijkt onder meer uit een zaak over de vraag of tussen de exploitant van een transportbedrijf en drie (via een stichting ingehuurde) chauffeurs sprake was van pri-

¹⁰³ Idem, r.o. 4.9.

¹⁰⁴ Overigens geldt dat net als in het arbeidsrecht (en het socialezekerheidsrecht) ook in het fiscaal recht een onderscheid wordt gemaakt tussen formeel en materieel gezag. Volgens Van der Wiel-Rammeloo ligt de nadruk in fiscaalrechtelijke zaken op het materieel gezag. Hoewel ook het formeel gezag zijn intrede in het fiscaal recht heeft gedaan, blijft volgens Van der Wiel-Rammeloo de aanwezigheid van materieel gezag vereist; zie Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 128. Van den Berg lijkt zich hier met zoveel woorden bij aan te sluiten; zie Van den Berg 2010, p. 131-134. Zie in gelijke zin Loonstra 2011, p. 90.

¹⁰⁵ Zie o.a. Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4262, r.o. 12; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1354, r.o. 2.4.2; Rb. Den Haag 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8774, r.o. 9 en 14; Hof Den Bosch 15 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1476, r.o. 4.20; Hof Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1212, r.o. 7.1; Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:422, r.o. 5.3; Rb. Gelderland 18 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3231, r.o. 4.2; Hof Den Haag 22 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ9031, r.o. 6.1.

vaatrechtelijke dienstbetrekkingen.¹⁰⁶ Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog hieromtrent: 'Indien er echter een volledige vrijheid is voor een persoon om zich door een ander te laten vervangen is hij of zij niet in het kader van een arbeidsovereenkomst werkzaam. Een dergelijke vrijheid strookt namelijk niet met het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Indien in uitzonderingsgevallen met toestemming van de opdrachtgever wordt vervangen, staat die toestemming, mits aan de overige voorwaarden is voldaan, niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg.'¹⁰⁷ De fiscaalrechtelijke toetsing van het element 'persoonlijk verrichten van arbeid' lijkt derhalve, gebaseerd op de relatief schaarse rechtspraak hieromtrent, aan te sluiten bij de arbeidsrechtelijke toetsing van dit begrip. Nu het persoonlijk verrichten van arbeid ook in het fiscaal recht zelden het centrale twistpunt vormt bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, geldt ook hier dat de rechtspraak hieromtrent schaars is. Een en ander vindt (ook) in het fiscaal recht vermoedelijk zijn oorzaak in het feit dat de Wet LB 1964 in artikel 4 onder e een aparte regeling kent voor gelijkgestelden.¹⁰⁸ Het verdient opmerking dat het persoonlijk verrichten van arbeid als bedoeld in voornoemd artikel anders wordt uitgelegd dan in het kader van de vraag of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking c.q. arbeidsovereenkomst. Uit een recent arrest van de Hoge Raad volgt dat voor het 'persoonlijk arbeid verrichten' als bedoeld in artikel 4 onder e Wet LB 1964 voldoende is dat de arbeid *in feite* persoonlijk wordt verricht, en dat derhalve niet vereist is dat daartoe daadwerkelijk een *verplichting* bestaat.¹⁰⁹

4.2.3 *Holistische weging van feiten en omstandigheden*

Zoals opgemerkt, vormt de holistische weging van feiten en omstandigheden inmiddels ook in het fiscaal recht de norm bij de beantwoording van de kwalificatievraag. In de fiscaalrechtelijke rechtspraak wordt een en ander veelal expliciet overwogen in zaken betreffende de vraag of al dan niet sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.¹¹⁰ In de literatuur wordt in dit verband, net als in het socialezekerheidsrecht, geopperd dat de partijbedoeling in fiscaalrechtelijke

106 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4215.

107 Idem, r.o. 4.4.

108 Van den Berg noemt hiervoor als mogelijke oorzaak de omstandigheid dat de vraag of feitelijke arbeid wordt verricht in fiscaalrechtelijk verband minder relevant is, omdat voor de belastingheffing ook de inkomsten die worden genoten uit een vroegere dienstbetrekking onder de inhoudingsplicht vallen; zie Van den Berg 2010, p. 129-130.

109 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2605, tevens commentaar van G. Benning bij het arrest waartegen beroep in cassatie is ingesteld, NFTR 2016/785.

110 Zie o.a. Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4262, r.o. 13; Hof Den Bosch 15 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1476, r.o. 4.20; Hof Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1212, r.o. 7.1; Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:422, r.o. 5.4; Hof Amsterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2810, r.o. 4.1; HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.3 (notarissen; zie uitvoerig over de betekenis van het Notarissen-arrest: Loonstra 2012, p. 148 e.v.).

context een beperktere rol zou spelen dan in arbeidsrechtelijke zaken.¹¹¹ Een voorbeeld van een zaak waarin de partijbedoeling het onderspit moest delven, is te vinden in het eerder aangehaalde arrest over de vraag of tussen een (studenten)vereniging die een bioscoop en cafébedrijf exploiteerde en haar leden privaatrechtelijke dienstbetrekkingen bestonden.¹¹² Naar het oordeel van de Hoge Raad ging het, ondanks het feit dat de vereniging en haar leden niet de bedoeling hadden arbeidsovereenkomsten tot stand te brengen, toch om privaatrechtelijke dienstbetrekkingen. Het Hof Amsterdam overwoog in een zaak over de vraag of er tussen een aantal tandartsen en een tandartsenpraktijk privaatrechtelijke dienstbetrekkingen bestonden, zelfs expliciet dat de partijbedoeling bij de beantwoording van voornoemde vraag een ondergeschikte rol speelt: 'Aan de omstandigheid dat de wil van belanghebbende en de tandartsen niet gericht was op het sluiten van arbeidsovereenkomsten komt weliswaar (...) geen doorslaggevende betekenis toe. Beslissend zijn de werkelijk tussen de betrokkenen bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen (...).'¹¹³ Dat de partijbedoeling in fiscaalrechtelijke zaken minder zwaar mee lijkt te wegen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking c.q. arbeidsovereenkomst, is mijns inziens – evenals in socialezekerheidsrechtelijke zaken – niet onterecht. Zoals ook in de literatuur inzake dit onderwerp is geopperd, is het immers onwenselijk dat men met een beroep op de partijbedoeling kan beïnvloeden of men al dan niet onder de werkingssfeer van een publiekrechtelijke regeling valt. De feiten en omstandigheden van het geval en met name de wijze waarop partijen *daadwerkelijk* uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven, dienen in dat verband leidend te zijn.¹¹⁴

5 De kwalificatievraag in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht

De holistische weging van feiten en omstandigheden uit het arrest Groen/Schoevers lijkt inmiddels zowel in het arbeidsrecht als in het socialezekerheidsrecht en het fiscaal recht het uitgangspunt te vormen bij de beantwoording van de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW, zo volgt in toenemende mate expliciet uit de onderzochte rechtspraak. Hoewel de ten behoeve van deze bijdrage verrichtte jurisprudentiestudie niet uitputtend is, wordt op basis hiervan geconcludeerd dat

111 Zie o.a. Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 110-113; Van den Berg 2010, p. 128; S. Klosse & G.J. Vonk, Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 63 e.v. Zie anders G.W.B. van Westen, Het fiscale begrip dienstbetrekking: de stand van zaken, TFO 2009, 95.

112 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, tevens BNB 2015/161, m.nt. Mertens.

113 Hof Amsterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ0443, r.o. 4.7. Zie tevens Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4262, r.o. 20; Hof Amsterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2810, r.o. 4.5.

114 Zie wederom Klosse & Vonk 2016, p. 63. Van der Wiel-Rammeloo voert in dit verband voorts het argument aan dat de werknemer als zwakkere partij dient te worden beschermd tegen de opdrachtgever die in verband met de fiscale (en dus financiële) consequenties daarvan liever geen arbeidsovereenkomst sluit; zie Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 112-113.

de toetsing van artikel 7:610 BW in voornoemde rechtsgebieden steeds verder naar elkaar toe lijkt te zijn gegroeid.¹¹⁵ De eventuele nog bestaande verschillen in toetsing tussen de civiele rechter enerzijds en de bestuursrechter anderzijds, met name voor wat betreft het belang van de partijbedoeling, kunnen worden verklaard door de verschillen tussen de procedure in het arbeidsrecht enerzijds en de procedure in het socialezekerheidsrecht en het fiscaal recht anderzijds. Hoewel de kaders waarbinnen artikel 7:610 BW moet worden getoetst intussen vaststaan, bestaat er binnen die kaders nog altijd een behoorlijke beoordelingsruimte, hetgeen maakt dat het beantwoorden van de kwalificatievraag in voorkomende gevallen bepaald geen sinecure is. Dit geldt temeer nu de arbeidsmarkt sterk in beweging is: de juridische verhoudingen op de arbeidsmarkt anno nu worden niet langer enkel geregeld door arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten van opdracht en overeenkomsten van aanneming van werk, maar inmiddels ook door een veelvoud van andersoortige overeenkomsten.¹¹⁶ De arbeidsmarkt ontwikkelt zich bovendien in een tempo dat het recht maar moeilijk lijkt te kunnen bijhouden. Mede indachtig de toenemende digitalisering en robotisering is bovendien te verwachten dat deze ontwikkeling zich in de toekomst enkel zal blijven voortzetten. De toenemende diversiteit in werkvormen maakt dan ook dat het steeds lastiger wordt om tot een gedegen kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen – zeker wanneer partijen balanceren op de grens tussen werknemerschap en ondernemerschap.

6 De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties

6.1 Actuele ontwikkelingen

Het geworstel met de kwalificatie van de arbeidsrelatie komt treffend tot uiting in het debat omtrent de Wet DBA. Met deze wet is een einde gekomen aan de praktijk geldend tot 1 mei 2016, waarbij de opdrachtnemer een Verklaring arbeidsrelatie (VAR) kon aanvragen, en waarmee – na verkrijging van de juiste VAR – de opdrachtgever werd gevrijwaard van aanspraken inzake werknemerspremies en loonbelasting.¹¹⁷ De VAR is komen te vervallen en in plaats daarvan kunnen partijen thans gebruikmaken van door de Belastingdienst goedgekeurde overeenkomsten, of kunnen zij eigen overeenkomsten ter goedkeuring aan de Belastingdienst voorleggen.¹¹⁸ Een ander, meer ingrijpend verschil ten opzichte van de oude systematiek is voorts dat de Belastingdienst thans meer mogelijkheden tot handhaving heeft: waar de Belastingdienst voorheen enkel handhavend kon optreden richting de opdrachtnemer indien bleek dat de arbeidsrelatie onjuist

¹¹⁵ Klose & Vonk 2016, p. 63 e.v.

¹¹⁶ Denk daarbij aan de payrollovereenkomst en de detacheringsovereenkomst, maar ook aan het nieuwere ‘contracting’. Zie voor een volledig(er) overzicht Beltzer 2015.

¹¹⁷ Dit gold enkel voor de VAR-wuo (winst uit onderneming) en de VAR-dga (directeur-grootaandeelhouder). Had men een VAR-ruo (resultaat uit overige werkzaamheden) of een VAR-loon, dan werd de opdrachtgever niet gevrijwaard.

¹¹⁸ Daarnaast kan men de Belastingdienst om een voor bezwaar vatbare beschikking verzoeken inzake de kwalificatie van de arbeidsverhouding voor de werknemersverzekeringen; zie artikel 59 lid 3 Wet Wfsv.

was gekwalificeerd, geldt dat de Belastingdienst onder de huidige regelgeving ook handhavend kan optreden richting de opdrachtgever.

De Wet DBA heeft in de praktijk het nodige teweeggebracht. In de media stroomden berichten binnen over zelfstandigen die massaal opdrachten misliepen als gevolg van de Wet DBA.¹¹⁹ Op 17 oktober 2016 opende de Belastingdienst het ‘Meldpunt DBA’, waar opdrachtgevers en opdrachtnemers melding kunnen maken van onbedoelde effecten op de arbeidsmarkt als gevolg van de invoering van de Wet DBA.¹²⁰ In de periode van 17 oktober 2016 tot 14 november 2016 kwamen er 1.801 meldingen binnen op dit meldpunt.¹²¹ Uiteindelijk is besloten om de handhaving van de Wet DBA op te schorten tot (in elk geval) 1 januari 2018.¹²² Deze opschorting zou het kabinet onder meer de tijd geven om in overleg met sociale partners te komen tot een herijking van de criteria *vrije vervanging en gezagsverhouding*.¹²³

6.2 Bereik van de beoogde herijking

Wat het toepassingsbereik van de beoogde herijking zal zijn, is nog niet bekend. Zo is niet bekend of men enkel een herijking op fiscaalrechtelijk vlak beoogt of een gehele, ‘rechtsgebiedoverschrijdende’ herijking voor ogen heeft. Nu de hier bedoelde herijking vooralsnog enkel aan bod is gekomen in het kader van de Wet DBA, kan worden betoogd dat de herijking enkel betrekking zal hebben op de beantwoording van de kwalificatievraag in fiscaalrechtelijke context. Ook het feit dat de beoogde herijking in een debat inzake de verdere uitwerking van de Wet DBA is aangeduid als ‘passend reparatiewerk’, lijkt hierop te duiden, nu hieruit impliciet lijkt te volgen dat de herijking enkel is bedoeld ter reparatie van de onvolkomenheden in het kader van de Wet DBA.¹²⁴ Geheel duidelijk is dit echter niet. Kort na het bericht over de aangekondigde herijking zijn hierover diverse Kamervragen gesteld, waaronder: ‘Wat zijn de opties om de criteria “vervangbaarheid” en “gezag” in het arbeidsrecht aan te passen en wanneer kan het kabinet deze herijking van criteria gereed hebben?’ en ‘Wat is het tijdpad/-schema van het kabinet als het gaat om de aanpassing van het arbeidsrecht?’. Het antwoord op deze vragen was identiek en luidde: ‘De opties zullen de komende tijd – in overleg met en betrokkenheid van de maatschappelijke stakeholders – worden onderzocht. Zoals aangegeven in de tweede voortgangsrapportage wil het kabinet voor

119 Zie o.a. de volgende nieuwsberichten: nos.nl/artikel/2140134-tienduizenden-zzp-ers-lopen-opdrachten-mis-door-nieuwe-wet.html; ad.nl/economie/zzp-nederland-luidt-de-noodklok-om-wet-dba-a90ed210/; cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/46/toename-aantal-zzp-ers-stokt.

120 www.meldpuntdba.nl. Naast opdrachtgevers en opdrachtnemers kunnen ook intermediairs en branche- en belangenorganisaties gebruikmaken van het Meldpunt DBA.

121 Bijlage 2 bij Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40.

122 Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40. Deze opschorting geldt overigens niet voor ‘evident kwaadwillende’ partijen. Voor deze groep – die naar verwachting van Wiebes beperkt in omvang is – geldt dat de Belastingdienst reeds met ingang van 1 mei 2017 zal starten met een (repressief) handhavingsbeleid; zie Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40, p. 6.

123 Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40, p. 6.

124 Hierin is ten aanzien van de opschorting van de handhaving tot 1 januari 2018 opgemerkt: ‘Het is een opschorting om passend reparatiewerk te kunnen doen, namelijk de herijking.’ Handelingen II 2016/17, 33/45, p. 3.

een volgend regeerakkoord met resultaten komen.’¹²⁵ In voornoemde vragen lijkt tot uitgangspunt te zijn genomen dat zal worden overgegaan tot een herijking van de hier bedoelde criteria in het *arbeidsrecht*, zodat een herijking ook gevolgen zal hebben voor de toetsing van artikel 7:610 BW in zowel het arbeidsrecht als het fiscaal recht en het socialezekerheidsrecht. In het antwoord op deze vragen wordt geen enkel voorbehoud gemaakt ten aanzien van het toepassingsbereik van de beoogde herijking. Op een Kamervraag over het al dan niet overnemen van de aanbevelingen uit het rapport van de commissie-Boot¹²⁶ werd – voor zover hier relevant – geantwoord: ‘De aanbevelingen die ik (nog) niet heb overgenomen hangen samen met het op basis van vooraf vastgestelde criteria (gedeeltelijk) loslaten van het civiele kader (...). Anderen zien geen heil in dergelijke criteria maar zien liever structurele oplossingen vanuit de herijking van het arbeidsrecht. Het kabinet geeft er de voorkeur aan de resultaten van het onderzoek naar de begrippen “gezagsverhouding” en “vrije vervangbaarheid” af te wachten, voordat over deze aanbevelingen wordt besloten.’¹²⁷ Ook uit de hier gekozen formulering kan worden opgemaakt dat de herijking niet enkel op het fiscaal recht zal zien, maar dat beoogd wordt de criteria voor het kunnen aannemen van een dienstbetrekking c.q. arbeidsovereenkomst integraal te herzien. Het feit dat de staatssecretaris in de brief d.d. 18 november 2016 heeft opgemerkt dat een eventuele herijking van de begrippen *vrije vervanging* en *gezagsverhouding* samen met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de minister van Veiligheid en Justitie en de sociale partners wordt onderzocht, lijkt het standpunt dat waarschijnlijk sprake zal zijn van een integrale herijking eveneens te ondersteunen.

Een herijking op uitsluitend fiscaalrechtelijk vlak lijkt overigens ook niet wenselijk. Een mogelijk gevolg is dan immers dat de beantwoording van de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het fiscaal recht (verder) gaat afwijken van de beantwoording van de kwalificatievraag in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. De toetsing van artikel 7:610 BW in het fiscaal recht lijkt immers al (enigszins) van de arbeidsrechtelijke toetsing af te wijken voor wat betreft de betekenis van de partijbedoeling. Hoewel dit gezien de verschillen tussen de privaats- en de publiekrechtelijke procedure te verklaren valt, is het niet wenselijk dat ook de beantwoording van de vraag of er sprake is van gezag en/of het persoonlijk ver-

125 Kamerstukken II 2016/17, 34036, 44, p. 4-5.

126 Hier wordt bedoeld op het rapport van de Commissie beoordeling modelovereenkomsten Wet DBA (‘commissie-Boot’), dat als bijlage bij de brief van staatssecretaris Wiebes op 18 november 2016 is verschenen. De commissie-Boot is in april 2016 ingesteld met als taak om de door de Belastingdienst beoordeelde (model)overeenkomsten op juistheid te controleren. Het rapport ‘Commissie Boot’ ging als bijlage 1 bij voornoemde brief van Wiebes; Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40. De commissie-Boot is ingesteld bij het Instellingsbesluit Commissie (Model)overeenkomsten Wet DBA (Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 7 april 2016, nr. DGB/2016/1378, houdende instelling van de Commissie (Model)overeenkomsten Wet DBA) en bestond naast G. Boot uit R.A.A. Duk, L. van den Berg, L.J. Verhoeven en M.E. Slot.

127 Idem, p. 5- 6. Een soortgelijke discussie speelt in het kader van de voorgestelde wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, waarbij tevens is verwezen naar de hier besproken discussie in het kader van de Wet DBA; zie o.a. Kamerstukken I 2016/17, 33623, M (verslag van een nader schriftelijk overleg).

richten van arbeid in het fiscaal recht verschillen gaat vertonen ten opzichte van het arbeidsrecht. Dit komt de rechtszekerheid en rechtseenheid niet ten goede en strookt bovendien niet met de wens om een en ander juist zo veel mogelijk te uniformiseren.¹²⁸ Ook wanneer met de herijking wordt beoogd om enkel meer inzicht te verschaffen in de wijze waarop de Belastingdienst beoordeelt of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking, geldt dat de beoordeling door de Belastingdienst niet zou moeten (en mogen!) afwijken van de rechterlijke toets. Dit laatste lijkt overigens, voor zover uit de berichtgeving hieromtrent valt op te maken, niet voor de hand te liggen. Met het oog op de rechtszekerheid en rechtseenheid zou een integrale herijking in elk geval de voorkeur verdienen.

6.3 *Hoe te herijken?*

Hoe men inhoudelijk invulling aan de beoogde herijking wenst te geven, is eveneens onbekend. Mogelijk zal in dat verband aansluiting worden gezocht bij de aanbevelingen uit het rapport van de commissie-Boot. Deze commissie heeft onderzoek verricht naar de wijze waarop de Belastingdienst de Wet DBA toepast en heeft naar aanleiding van dat onderzoek een tiental aanbevelingen ten aanzien van de Wet DBA geformuleerd. Met name aanbevelingen 4 tot en met 6 zijn in dit verband belangwekkend. Deze aanbevelingen zien op het invoeren van een drietal indicatoren 'pro-dienstbetrekking' en 'contra-dienstbetrekking', aan de hand waarvan een weerlegbaar vermoeden kan worden vastgesteld ten aanzien van de vraag of er sprake is van een dienstbetrekking.¹²⁹ Zo zou de hoogte van het inkomen als belangrijke indicator gelden, nu een en ander voor een groot deel bepalend is voor de maatschappelijke positie en de onderhandelingspositie van de werkkraacht in kwestie. Volgens de commissie-Boot moet het inkomen, om als een indicator contra-dienstbetrekking te kunnen dienen, dan wel duidelijk hoger zijn dan gebruikelijk, nu de zelfstandige immers zelf zal moeten voorzien in zaken als verzekeringen en een ouderdomspensioen.¹³⁰ Vervolgens noemt de commissie de duur van de overeenkomst als mogelijke indicator, waarbij de overschrijding van een bepaalde termijn – bijvoorbeeld van zes maanden, zo oppert de commissie –

128 Een en ander onder meer blijkt het feit dat sinds 2006 in socialezekerheidsrechtelijke zaken cassatieberoep openstaat bij de fiscale kamer van de Hoge Raad.

129 Deze indicatoren kunnen nader worden ingevuld door middel van brancheafspraken. Opvallend is dat het aantal opdrachtgevers, dan wel het aantal opdrachten, niet genoemd is als indicator pro- of contra-dienstbetrekking. In de parlementaire behandeling van de Wet DBA is onder meer opgemerkt dat er bij zelfstandigen die een grote hoeveelheid opdrachten hebben bij verschillende opdrachtgevers, in het algemeen geen twijfel zal zijn over de aard van de arbeidsrelatie (Kamerstukken II 2016/17, 34036, C, p. 12).

130 Meer concreet stelt de commissie-Boot dat een opslag in de orde van grootte van 50% op het bruto cao-loon in dat verband reëel zou kunnen zijn. Tevens zou kunnen worden gedacht aan een vast bedrag, waarbij geldt dat een vergoeding hoger dan dat vastgestelde bedrag een indicator contra-dienstbetrekking oplevert, en dat andersom een vergoeding (c.q. loon) lager dan dat bedrag een indicator pro-dienstbetrekking oplevert. De motie van Van Weyenberg (D66), strekkende tot het creëren van een 'veilige zone' voor zelfstandigen werkzaam op basis van een tarief van minimaal 40 euro per uur of op basis van een overeenkomst met een duur korter dan 500 uur, is verworpen. Kamerstukken II 2016/17, 34036, 59 (motie van het lid Van Weyenberg); Handelingen II 2016/17, 34/22.

een indicator pro-dienstbetrekking kan opleveren. Voorts kan ook de plaats van de werker ten opzichte van de organisatie waar hij tewerk is gesteld een indicator pro- of contra-dienstbetrekking vormen. Is men enkel ingeschakeld vanwege een tekort aan menskracht, dan vormt dat een indicator pro-dienstbetrekking, terwijl de inzet van een werkkraft vanwege specialistische werkzaamheden of werkzaamheden die zelfstandig dienen te worden uitgevoerd een indicator contra-dienstbetrekking vormt.

De indicatoren pro- en contra-dienstbetrekking kunnen mogelijk voor meer eenheid en rechtszekerheid zorgen, met name doordat rechters en justitiabelen hiermee meer houvast wordt geboden bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW.¹³¹ Dit geldt echter enkel indien en voor zover sprake is van indicatoren die voldoende concreet en hanteerbaar zijn, zoals de indicatoren 'inkomen' en 'duur van de overeenkomst'. De minder concrete indicator 'inbedding in de organisatie' zal onder opdrachtgevers en opdrachtnemers mogelijk juist voor meer vragen dan antwoorden zorgen. De commissie-Boot merkt ten aanzien van deze indicator op dat in elk geval sprake is van een indicator pro-dienstbetrekking wanneer het werkzaamheden betreft die tot de corebusiness van het bedrijf behoren. Het is echter de vraag of opdrachtgevers en opdrachtnemers met dit corebusiness-criterium uit de voeten kunnen. In de parlementaire behandeling van (de verdere uitwerking van) de Wet DBA is in dit verband het voorbeeld genoemd van de IT'er die werkzaamheden voor een bank verricht, waarbij de vraag is opgeworpen of de werkzaamheden van de IT'er tot de corebusiness van de bank behoren.¹³² In het desbetreffende debat kwamen daar in elk geval niet uit, zodat werd verwacht dat de toepassing van voornoemd corebusiness-criterium voor de gemiddelde opdrachtnemer en opdrachtgever in elk geval problematisch zal zijn.¹³³ De beoogde zekerheid blijft zo uit. Overigens is het niet vreemd dat de commissie de 'inbedding in de organisatie' in de toets betreft: dit criterium vertoont grote gelijkenis met de eerder aangehaalde vraag of de werkzaamheden een 'wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering' uitmaken. Deze vraag speelde met name in het verleden een rol bij de beantwoording van de kwalificatievraag in fiscaal- en socialezekerheidsrechtelijke context. Hoewel dit criterium derhalve niet nieuw is, valt wel af te vragen in hoeverre dit criterium geschikt is als indicator: met de indicatoren pro- en contra-dienstbetrekking wordt immers beoogd duidelijkheid te verstrekken over het karakter van de arbeidsrelatie. Die duidelijkheid blijft uit wanneer partijen eerst zelf een inhoudelijke – en in gevallen: lastige – afweging moeten maken ten aanzien van de vraag of er sprake is van een indicator pro- en contra-dienstbetrekking.

131 Het is niet voor het eerst dat wordt geopperd om indicatoren te hanteren aan de hand waarvan kan worden getoetst of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst; zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, NJB 1994, p. 1035-1044. Zie hierover (deels) kritisch C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Funcities onder spanning*, Deventer: Kluwer 1997, p. 94-96.

132 Handelingen II 2016/17, 33/45, p. 5.

133 Idem, p. 6 en p. 12: 'Een arbeidsrechtdeskundige is in staat om begrippen te wegen, maar dat kun je niet van elke personeelsfunctionaris verwachten.'

De onzekerheid omtrent de indicatoren zal voorts – ook ten aanzien van de indicatoren ‘inkomen’ en ‘duur van de overeenkomst’ – groter zijn wanneer de hier genoemde indicatoren door middel van brancheafspraken nader worden ingevuld. Hoewel een zekere mate van maatwerk wenselijk is, ontstaat wel het risico dat door voornoemde differentiatie een (te) grote hoeveelheid aan subregelgeving ontstaat, zodat het voor partijen wellicht niet altijd duidelijk zal zijn welke variant leidend is. Daarbij dient uiteraard wel in het oog te worden gehouden dat nog altijd sprake is van *indicatoren*, die slechts kunnen leiden tot een weerlegbaar vermoeden ten aanzien van het (al dan niet) bestaan van een dienstbetrekking. Toetsing aan de criteria van artikel 7:610 BW – arbeid, gezag en loon – kunnen dat vermoeden ontkrachten. Dit past ook bij de gewezen toetsingswijze van artikel 7:610 BW, waarbij het steeds aankomt op een holistische weging van *alle* feiten en omstandigheden. Een herijking van de begrippen *vrije vervanging* c.q. het *persoonlijk verrichten van arbeid* en *gezagsverhouding* kan dan ook – nog los van hoe deze herijking eruit zal komen te zien – enkel dienen ter nadere invulling van de wijze waarop deze holistische weging in haar algemeenheid zou moeten geschieden. De onzekerheid rondom de kwalificatie van de arbeidsrelatie kan in elk geval niet volledig worden uitgebannen. Het willen verschaffen van volledige zekerheid *vooraf* druist ook in tegen de wijze waarop artikel 7:610 BW in de rechtspraak wordt getoetst, namelijk *achteraf*, met inachtneming van alle feiten en omstandigheden van het geval. De beoogde herijking van de begrippen *vrije vervanging* en *gezagsverhouding* zou dan ook enkel kunnen dienen als richtlijn of algemeen kader, waarvan zo nodig kan worden afgeweken. Het kabinet dient hierop bedacht te zijn en doet er, mede in het kader van verwachtingenmanagement, goed aan om de praktijk vooraf helderheid te verschaffen over het doel van de beoogde herijking. De Wet DBA heeft – mede getuige het feit dat deze wet in de sociale media ook wel de ‘Wet DBAkel’ wordt genoemd – immers reeds voor veel scepsis en wantrouwen gezorgd.¹³⁴

6.4 Gevolgen Wet DBA voor arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht?

Tot slot is het de vraag of de Wet DBA anderszins gevolgen zal hebben voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie. De VAR werd in het kader van de kwalificatie van de arbeidsrelatie – althans in arbeidsrechtelijke context – veelal gezien als een indicatie dat er geen sprake was van een werknemer, maar van een zelfstandige.¹³⁵ Hoewel uit de parlementaire geschiedenis van de Wet DBA volgt

134 Intussen is door Kamerleden Van Dijck, De Graaf en Graus (PVV) een motie ingediend strekkende tot het per direct intrekken van de Wet DBA en het (tijdelijk) laten herleven van de VAR (Kamerstukken II 2016/17, 31066, 347 (motie van het lid Tony van Dijck c.s.).

135 Overigens vormde het bezit van een VAR geen garantie dat er geen sprake was van een arbeidsrelatie. Daartoe moeten immers alle omstandigheden van het geval in onderling verband met elkaar worden beoordeeld. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers). Zie bijv. Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152, waarin ondanks de aanwezigheid van een VAR-wuo het bestaan van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW werd aangenomen.

dat de wetgever niet heeft beoogd deze systematiek inhoudelijk te wijzigen,¹³⁶ is het nog maar de vraag of rechters aan een door de Belastingdienst goedgekeurde overeenkomst hetzelfde gewicht zullen toekennen als aan de voormalige VAR. Enerzijds kan worden gesteld dat een door de Belastingdienst goedgekeurde overeenkomst met meer waarborgen is omkleed dan een VAR. Anderzijds blijft gelden dat ook de omstandigheid dat de Belastingdienst een overeenkomst (niet) heeft goedgekeurd, slechts een van de (vele) omstandigheden is die moeten worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeids-overeenkomst.

7 Conclusie

De rechtsregels uit het arrest Groen/Schoevers vormen twintig jaar na het wijzen van dit arrest nog altijd – en veelal uitdrukkelijk – de norm, ook in fiscaalrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke zaken. Voor wat betreft de kwalificatievraag in het socialezekerheidsrecht en het fiscaal recht lijkt het Gouden Kooi-arrest uit 2011 in dat verband een omslagpunt te vormen. Dit was ook het eerste arrest waarbij gebruik werd gemaakt van de cassatiemogelijkheid die sinds 2006 geldt in zaken betreffende (bepaalde onderwerpen binnen) het socialezekerheidsrecht. Een verkenning van de rechtspraak sinds voornoemde uitbreiding van de cassatiemogelijkheden in het socialezekerheidsrecht leidt tot de conclusie dat deze uitbreiding heeft bijgedragen aan de rechtseenheid voor wat betreft de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Nu de Hoge Raad binnen alle drie de rechtsgebieden – arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht – als hoogste rechterlijke instantie geldt, hanteren de diverse rechtscolleges sindsdien in elk geval alle hetzelfde toetsingskader bij de beantwoording van de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW. Wat dat betreft weet de (vermeend) zelfstandige steeds meer waar hij aan toe is. Het is de vraag hoe een en ander zich zal ontwikkelen wanneer de voorgenomen herijking van de begrippen *vrije vervanging* en *gezagsverhouding* heeft plaatsgevonden. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt immers dat de invulling van deze begrippen – en zeker het begrip gezagsverhouding – sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Of een nadere concretisering van deze begrippen haalbaar is en bovendien tot werkbare resultaten leidt, is dan ook nog maar de vraag. Wiebes heeft zich hiermee in elk geval geen eenvoudige klus op de hals gehaald. Mogelijk kan Wiebes – dan wel zijn (eventuele) opvolger – beginnen met duidelijkheid te verschaffen over het bereik van de voorgenomen herijking. In dat verband strekt het mijns inziens tot de aanbeveling om in te streken op een integrale herijking: dan zijn de stappen die de verschillende rechtscolleges in het afgelopen decennium reeds richting elkaar hebben gezet, in elk geval niet voor niets geweest.

136 Kamerstukken I 2015/16, 34036, C, p. 23. In de parlementaire stukken is opgemerkt dat feitelijk niets wordt gewijzigd op het terrein van het arbeidsrecht: 'Hetgeen op dit moment kwalificeert als een dienstbetrekking (of als een overeenkomst van opdracht) zal dat ook na 1 januari 2016 doen.'