

Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen

TRA 2020/91

Nederland kent een aanzienlijk aandeel zelfstandigen in de beroepsbevolking. Ondernemerschap en de keuze om werkzaamheden niet meer in loondienst, maar als zelfstandige te verrichten werden decennia lang gefaciliteerd en gestimuleerd. Dat heeft ook geleid tot een groei van het aantal *schijnzelfstandigen*. De auteurs achten het in het belang van werknemers en echte zelfstandigen alsmede in het publiek belang, dat schijnzelfstandigen als werknemers worden beschouwd, voor wie de daarvoor bedoelde arbeidsrechtelijke bescherming geldt en voor wie sociale premies en belastingen worden afgedragen. Zij doen daartoe een voorstel in een nieuw art. 7:610c BW.

1. Inleiding

1.1 Groei van het aantal zelfstandigen² en schijnzelfstandigen in cijfers

Een steeds groter deel van de werkenden in Nederland heeft geen arbeidsovereenkomst meer, maar werkt als zelfstandige zonder personeel (zzp'er). In 2019 telde ons land 1,1 miljoen zzp'ers voor wie een werkkring als zelfstandige de hoofd baan is. Hun aantal is de afgelopen jaren voortdurend gestegen.³ Nederland wijkt daarmee aanzienlijk af van vergelijkbare landen om ons heen. Dat komt vooral door nationaal beleid.⁴ De belangrijkste oorzaak van de sterke groei van het aantal zzp'ers is dat het werken als zelfstandige financieel aantrekkelijk is gemaakt voor zowel de werkende als voor de werkgever.⁵

Onder deze zzp'ers bevinden zich niet alleen ondernemers, sommige met een (relatief) sterke en andere met een (relatief) zwakke arbeidsmarktpositie, maar ook schijnzelfstandigen. Van schijnzelfstandigheid is sprake

wanneer een relatie formeel als zelfstandige arbeid wordt gepresenteerd terwijl de feiten en omstandigheden duiden op werknemerschap. Omdat thans van geval tot geval moet worden beoordeeld of hiervan sprake is, is een goede inschatting van het aantal schijnzelfstandigen in Nederland moeilijk te maken. Een zorgwekkende indicatie is volgens het kabinet dat in de testfase van de ontwikkeling van een webmodule in ongeveer de helft van de gevallen ten onrechte buiten dienstbetrekking wordt gewerkt.⁶

1.2 De problematiek van schijnzelfstandigheid

De groei van het aantal (schijn)zelfstandigen is onder meer problematisch omdat deze het laatste decennium een negatieve impact heeft gehad op de groei van arbeidsproductiviteit op macroniveau in Nederland.⁷ Voorts wordt het draagvlak voor de financiering van collectieve lasten kleiner doordat zelfstandigen daaraan niet in gelijke mate bijdragen. Werknemers en zelfstandigen worden door de huidige regels rondom werk ongelijk behandeld.⁸ In veel gevallen is dat wenselijk en gerechtvaardigd omdat de aard van het werk dat zij verrichten anders is en beide categorieën werkenden andere risico's (willen) lopen. Een ongelijke behandeling is echter alleen op zijn plaats indien het gaat om aspecten waarin werkenden daadwerkelijk van elkaar verschillen. Onwenselijk is de groei van het aantal *schijnzelfstandigen*.⁹ Werkgevers die naast of in plaats van werknemers kiezen voor schijnzelfstandigen om aldus te besparen op loonkosten en werknemers beschermende bepalingen te ontwijken, benadelen zowel de betreffende werkenden als het collectief. De Inspectie SZW merkt op dat zo op een oneerlijke manier geconcurrereerd wordt en dat dit strijdig is met het uitgangspunt dat gelijk werk tot gelijk loon moet leiden.¹⁰ Wij achten het daarom in het belang van werknemers en echte zelfstandigen alsmede in het publiek belang, dat schijnzelfstandigen als werknemers worden beschouwd. Ook schijnzelfstandigen kunnen te

1 Rik van Steenbergen is beleidsadviseur kwaliteit van de arbeid en arbeidsrecht bij de FNV. Erica Wits is advocaat bij Sprengers advocaten. Naast haar praktijk is zij tevens docent (PAO).

2 Waar in deze bijdrage over zelfstandigen wordt gesproken worden zelfstandigen zonder personeel bedoeld.

3 Zie <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp>. Tussen 2003 en 2019 groeide het aantal zelfstandigen met bijna 500.000 (Aantal flexwerkers in 15 jaar met drie kwart gegroeid, CBS 2019, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/82646NED/table>).

4 OECD, Input to the Netherlands Independent Commission on the Regulation of Work, Bijlage bij *Kamerstukken I 2018/19*, 35074, N.

5 WRR, Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht, 15 januari 2020, p. 86-88.

6 Vijfde voortgangsbrief 'werken als zelfstandige', 19 juni 2020, *Kamerstukken I 2019/20*, 35074, T, p. 10.

7 Productivity Slowdown – Evidence for the Netherlands, CPB 2017.

8 In het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit, Zie hierover: *Commissie regulering van werk, In wat voor land willen wij werken?* (2020) (hierna: Commissie Borstlap), p. 40.

9 Kamerbrief voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige', *Kamerstukken II 2018/19*, 31311, 212, p. 1.

10 Inspectie SZW, 'Staat van eerlijk werk 2019. 'Risico's aan de onderkant van de arbeidsmarkt', p. 26-27.

vreden zijn met hun schijnzelfstandigheid.¹¹ Dat neemt niet weg dat zij zeer kwetsbaar zijn¹² en dat dit ook het publiek belang raakt. De coronacrisis heeft dit meer dan duidelijk gemaakt.¹³

2. De kwalificatie van de arbeidsrelatie

2.1 Het belang

Het mogelijke kostenvoordeel dat te behalen is door werkenden te kwalificeren als zelfstandigen zet forse druk op de kwalificatievraag. Afhankelijk van de precieze omstandigheden kunnen immers zowel de werkgevende als de werkende (flinke) financiële voordelen behalen door een arbeidsrelatie voor te spiegelen als opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie. Dit kan ook tot gevolg hebben dat het niet verzekerd zijn tegen sociale risico's afgewenteld kan worden op het collectief.¹⁴ De beoordeling van de arbeidsrelatie gaat dus niet slechts de daarbij betrokken partijen aan, maar heeft ook consequenties in de sociale zekerheid en fiscaliteit. Van belang is hierbij dat de kwalificatie van de arbeidsrelatie dwingendrechtelijk van aard is. Dat dwingendrechtelijk karakter valt of staat bij handhaving en naleving.

2.2 De bestaande kwalificatieproblemen

In de private verhouding tussen werkende en werkgevende is het aan partijen om de kwalificatie ter discussie te stellen. Daarnaast hebben de Belastingdienst, het UWV en pensioenfondsen een rol. De invoering van de VAR in 2001, waarmee werkgevers vooraf vrijwaring kregen voor loon- en premieheffing, heeft als effect gehad dat werkgevers geen verantwoordelijkheid hadden voor de juiste presentatie van de arbeidsrelatie richting de Belastingdienst. Deze combinatie heeft oneigenlijk gebruik van zelfstandige arbeid, waarbij de formeel zelfstandige in de praktijk gewoon als werknemer werkzaam was, bevordert en een effectieve handhaving bemoeilijkt.¹⁵ De invoering van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wdba) heeft niet geleid tot betere handhaving op het oneigenlijk gebruik van zelfstandige arbeid en heeft de gedachte versterkt dat sprake is van vrij te kiezen opties in plaats van dwingendrechtelijke bepalingen. De veranderde arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, de rekbare uitleg van het gezagscriterium, de rol van de 'partijbedoeling' en de holistische weging uit het Groen/Schoevers-ar-

rest hebben ertoe geleid dat in de praktijk de gedachte is ontstaan dat het kwalificeren van de arbeidsrelatie in ver- gaande mate te manipuleren is.¹⁶

In het Groen/Schoevers-arrest¹⁷ heeft de Hoge Raad bepaald dat geen enkel kenmerk doorslaggevend is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeids- overeenkomst. Deze 'holistische' benadering heeft ertoe geleid dat de vraag of een arbeidsovereenkomst bestaat nog meer dan voorheen afhankelijk is geworden van de omstandigheden van het geval en de (rechterlijke) we- ging per geval van de verschillende elementen van de rechtsverhouding. In gevallen waarvan de feiten erg op elkaar lijken, is de ene rechter van oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl een andere rechter vindt dat het gaat om een overeenkomst van opdracht.¹⁸ Deze holistische benadering leidt ook tot sturend gedrag door de werkgevende. Die weet hoe hij het contract vorm moet geven om de werkende als zelfstandige te laten kwalificeren.¹⁹

2.3 Randvoorwaarden voor een doeltreffende kwalificatie

Het fundamentele achterliggende vraagstuk bij het ma- ken van onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is hoe vrij partijen zouden moeten zijn in het naar eigen inzicht en voorkeuren kiezen van de gevolgen van hun ar- beidsrelaties voor de fiscaliteit, de sociale zekerheid en het arbeidsrecht en hoe zich dit verhoudt tot de doelen die met het stelsel als geheel worden nagestreefd. Wij pleiten niet voor een systeemwijziging, maar hechten be- lang aan (1) het behoud van onze instituties en willen in dit verband ook de waarde van het cao-stelsel benadruk- ken als instrument voor ongelijkheidscompensatie en het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Uit- gaande van de beschermingsgedachte van het arbeids- recht en de aannemelijkheid dat vooral werkenden met een zwakke arbeidsmarktpositie als schijnzelfstandige te- werk worden gesteld,²⁰ kiezen wij voor (2) een oplossing waarin de keuze om als zelfstandige ondernemer aan de slag te gaan wordt gerespecteerd, maar waarin voor schijnzelfstandigheid geen plaats meer is. Dat betekent dat wij ook (3) niet kiezen voor een tussenvorm van zelf- standigheid, ergens tussen echte zelfstandigheid (onder-

11 Zie hierover ook: Zzp'ers en bestaanszekerheid. Een verkenning door ISZW-programma Toezicht SUWI, Inspectie SZW, april 2020.

12 Volgens het CBS (CBS, Armoede en uitsluiting 2019) had 7,7% van de zelf- standigen in 2018 een inkomen onder de lage-inkomensgrens, tegen 1,5% van de werknemers.

13 Van de eerste Tijdelijke Overbruggingsregeling Zelfstandige Ondernemers (Tozo) maakten 374.000 zelfstandigen gebruik (*Kamerstukken II* 2019/20, 35420, 108). Zelfstandigen zonder directe inkomenssteun heb- ben vergeleken met werknemers een tien keer zo grote kans om al bin- nen drie maanden na een inkomensschok de vaste en noodzakelijke las- ten niet meer te kunnen betalen. De Tozo verkleint deze verhouding tot nog altijd vier keer (CPB/AFM coronapublicatie, september 2020, p. 16).

14 Commissie Borstlap, p. 40.

15 Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie, Flier, 2017, p. 17-18.

16 Commissie Borstlap, p. 41.

17 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

18 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189 (*Deliveroo I*) en Ktr. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *JAR* 2019/23 (*Deliveroo II*). Zie ook: J.H. Ben- naars, 'Eén platform, één rechtbank, twee uitkomsten', *AR-Updates* 2019- 0051.

19 S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52, par. 4.4; F.G. Laagland, 'Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?', *TRA* 2020/51.

20 Inspectie SZW, 'Staat van eerlijk werk 2019. Risico's aan de onderkant van de arbeidsmarkt', p. 13 en 18.

nemerschap) en werknemerschap in.²¹ Daarmee zouden alleen maar nieuwe kwalificatievraagstukken en schijnconstructies worden geïntroduceerd. Schijnzelfstandigen moeten worden onderscheiden van zelfstandige ondernemers met een zwakke arbeidsmarktpositie. Deze categorie van zelfstandige ondernemers kan binnen bepaalde voorwaarden in overeenstemming met het geldende mededingingsrecht haar positie versterken door collectieve tariefafspraken te maken.²²

Voorts achten wij het van belang dat (4) de gekozen oplossing zoveel mogelijk aansluit bij de geldende nationale en Europese regelgeving alsmede de actuele ontwikkelingen daarin.²³ Gelet op het doel schijnzelfstandigheid te voorkomen is daarbij van belang dat (5) de kwalificatie niet bepaald wordt door de partijbedoeling. De feitelijke uitvoering moet bepalend zijn. Wezen gaat voor schijn.

Een andere voorwaarde voor een doeltreffende kwalificatie is dat (6) die zo eenvoudig mogelijk is.

Voorts moet (7) zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf bestaan over de kwalificatie. De SER merkt in haar recente verkenning van de werking van de platformeconomie op, dat zolang er geen duidelijkheid is over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van veel platformwerkers er een on-eigenlijke prikkel is om platformwerkers als zzp'er in te zetten.²⁴

2.4 *Bespreking van voorstellen voor een andere wijze van kwalificatie*

Onderzoek naar mogelijkheden om het verschil in behandeling tussen (afhankelijke) zelfstandigen en werknemers te verkleinen heeft niet veel opgeleverd. Voor een deel komt dat doordat geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen schijnzelfstandigen en echte zelfstandigen (ondernemers). Dan ontstaat er al snel een conflict met het mededingingsrecht of het vrije verkeer van diensten.²⁵ Ook aanbevelingen die aansluiten bij de holistische benadering en gericht zijn op het voorspellen van de uitkomst leveren geen bevredigende resultaten op. Een voorbeeld is de aanbeveling dat een werkgevende moet kunnen afgaan op die indicatoren en dat als de rechter oordeelt dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst in plaats van een overeenkomst van opdracht, daaraan geen terugwerkende

kracht mag worden verbonden.²⁶ Dergelijke voorstellen voldoen niet aan onze randvoorwaarden (5), (6) en (7). Datzelfde geldt voor varianten waarin de kwalificatie (deels) bepaald wordt door de wil van partijen (opt-out).²⁷

Daarentegen sluit een recente en uitgebreide conclusie²⁸ van A-G De Bock wel goed aan op onze randvoorwaarden. Met het oog op de beschermende werking van het arbeidsrecht zou volgens haar voor het kwalificeren als arbeidsovereenkomst niet meer de partijbedoeling relevant moeten zijn, maar uitsluitend hoe partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven. Of aan het gezagscriterium is voldaan, is volgens de A-G onder meer afhankelijk van de vraag of het werk organisatorisch is ingebed bij de werkgever en of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering. Minder belangrijk is de vraag of sprake is van een instructiebevoegdheid, omdat werkgeversgezag zich ook op andere manieren dan door het geven van instructies kan manifesteren. Dit geldt ook voor de vraag of de werkende zich al dan niet mag laten vervangen, omdat het zich kunnen laten vervangen op zichzelf niets verandert in de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Daarnaast moet er meer oog zijn voor de economische realiteit en door de 'papierwerkelijkheid' heen worden geprikt. Indien arbeid buiten dienstbetrekking wordt verricht, zal sprake moeten zijn van een zekere mate van ondernemerschap. Als dat niet het geval is, is er in beginsel sprake van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.

2.5 *Voorstel van de Commissie Borstlap*

De Commissie regulering van werk (hierna: Commissie Borstlap of commissie), bepleit onder meer een heldere en eerlijke afbakening tussen werknemer en zelfstandige en beveelt in dat kader aan om bij de kwalificatie bij voorkeur te kiezen voor een 'werknemer, tenzij'-benadering. Wanneer de arbeid persoonlijk en tegen beloning wordt verricht, is sprake van een werknemer tenzij door de werkgevende (opdrachtgever) kan worden aangetoond dat de werkende een zelfstandige betreft. Deze benadering acht de commissie gerechtvaardigd uit het oogpunt van het belang van een adequate handhaving. Wel moet eerst bezien worden of een dergelijk vermoeden van werknemerschap niet stuit op mogelijke Europese belemmeringen.²⁹ De commissie erkent dat open normen bijdragen aan de onzekerheid bij de kwalificatie van de arbeids-

21 Zoals de 'worker' in het Verenigd Koninkrijk een tussenvorm is ten opzichte van 'employee' en 'self-employed'. Zie voor meer van dergelijke tussenvormen: N. Countouris, V. de Stefano (2019), 'New trade union strategies for new forms of employment', ETUC.

22 Art. 6 lid 3 Mededingingswet geeft die ruimte. In de 'Leidraad Tariefafspraken zzp'ers' van de ACM (2019), <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-tariefafspraken-zzpers>, wordt hiervoor de term efficiëntieverbeteringen gebruikt.

23 Daarbij denken wij aan de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst in het BW en de Europese kwalificatie van het werknemersbegrip.

24 SER. 'Hoe werkt de platformeconomie?', *Advies* 20/09, oktober 2020, p. 109.

25 Eindrapport IBO Zelfstandigen zonder personeel, april 2015, p. 77-78. Conceptwetsvoorstel houdende een minimumarbeidsbeloning voor zelfstandigen (Wet minimumbeloning zelfstandigen): <https://www.internetconsultatie.nl/minimumbeloningzelfstandigen>.

26 Eindrapport Commissie (model)overeenkomsten, november 2016, p. 31-33; Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie (2017), varianten B, C, D, H, I. Laatstbedoelde variant (I) behelst een ondernemersverklaring, die de opdrachtnemer aan de opdrachtgever overhandigt, die daarmee de zekerheid vooraf verkrijgt dat hij voor de in de verklaring genoemde werkzaamheden geen inhoudingsplichtige is en geen risico op boetes of naheffingen loopt (vrijwaring).

27 Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie (2017), variant H. Conceptwetsvoorstel Zelfstandigenverklaring: <https://www.internetconsultatie.nl/minimumbeloningzelfstandigen>.

28 A-G R.H. de Bock, conclusie van 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698 (hierna: De Bock).

29 Commissie Borstlap, p. 69-71, samengevat op p. 88.

relatie. Omdat zij mee moeten kunnen bewegen met wijzigende maatschappelijke en economische omstandigheden, vormen meer gesloten normen echter geen optie.³⁰

3. Ons voorstel voor een nieuw artikel 7:610c BW

In ons voorstel borduren wij voort op de aanbeveling van de Commissie Borstlap om een rechtsvermoeden van werknemerschap te introduceren.³¹

De gedachte van een dergelijk rechtsvermoeden is bepaald niet nieuw; Levenbach formuleerde dit rechtsvermoeden al in zijn Voorontwerp uit 1972. Het door hem voorgestelde art. 7:10.1.1 lid 2 en 3 luidde als volgt:

“2. Hij die ter plaatse waar iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent, onder leiding tegen beloning arbeid verricht, wordt vermoed met die persoon een arbeidsovereenkomst te hebben gesloten.

3. Hij die ten behoeve van een ander gedurende drie maanden of langer een zelfde soort arbeid verricht, wordt vermoed de arbeid in diens dienst te verrichten.”

Lid 3 is in de kern overgenomen (art. 7:610a BW), maar lid 2 niet. Jansen en Loonstra bepleiten introductie van dit rechtsvermoeden van lid 2 met als toevoeging dat de werkgever de bewijslast heeft van de stellingen dat er (a) geen werkdiscipline bestond en er dus geen arbeidsorganisatorische verplichtingen waren en (nauw samenhangend daarmee) (b) iedere instructiebevoegdheid afwezig was.³²

3.1 Tekst en uitleg

Concreet luidt ons voorstel voor een nieuw art. 7: 610c BW als volgt:

“Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende zekere tijd arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst, tenzij die ander aannemelijk maakt dat aan elk van de volgende voorwaarden wordt voldaan:

(a) hij die arbeid verricht, verricht die arbeid zonder toezicht en zonder instructie van die ander, zowel op

grond van de overeenkomst krachtens welke de arbeid wordt verricht als in feite;

(b) hij die arbeid verricht, verricht werkzaamheden die buiten de gewoonlijk door de onderneming van de werkgever verrichte werkzaamheden vallen;

(c) hij die arbeid verricht, houdt zich gewoonlijk bezig met een onafhankelijk begonnen vak, beroep of bedrijf van dezelfde aard als dat waarmee de verrichte arbeid te maken heeft.”

Het voorgestelde art. 7:610c BW gaat uit van een rechtsvermoeden. Degene die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende zekere tijd arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst, tenzij die ander aannemelijk maakt dat aan elk van de drie in dat artikel genoemde voorwaarden wordt voldaan. Wordt aan een van de drie voorwaarden niet voldaan, dan is dus sprake van een arbeidsovereenkomst en hoeft niet meer te worden onderzocht of wel of niet aan de andere voorwaarden wordt voldaan.

Ad (a). Als de organisatie kan bepalen hoe de arbeid moet worden verricht en daar ook toezicht op kan houden, is sprake van werknemerschap in plaats van zzp-schap. De organisatie kan bijvoorbeeld bepalen dat gebruikgemaakt moet worden van het bedrijfslogo of een app, dat op een bepaalde wijze gewerkt moet worden, dat de werkende zich moet houden aan bepaalde voorschriften of dat de organisatie de werkende kan volgen. Instructies kunnen uitsluitend via algoritmes worden gegeven of indirect zijn (het doen van veel 'klussen' wordt beloond).³³ Bij eenvoudig werk kan de werkwijze vooraf gedetailleerd worden vastgesteld, waardoor geen verdere instructies nodig zijn.³⁴ Het voor de aanwezigheid van een dienstverband vereiste gezag kan zich dus op verschillende manieren manifesteren.³⁵

Deze instructies moeten niet verward worden met aanwijzingen van een opdrachtgever aan een opdrachtnemer, zoals bedoeld in art. 7:402 BW. Die betreffen de te leveren dienst of het te leveren product dan wel randvoorwaarden om het werk te kunnen verrichten.³⁶ De opdrachtgever bemoeit zich via de opdracht met het eindresultaat, niet met de manier waarop dat wordt bereikt.³⁷ Doet hij dat toch, dan kan de opdrachtnemer de opdracht weigeren of de overeenkomst opzeggen.

Deze voorwaarde hebben wij vooral opgenomen om mogelijke strijd met het Europees recht te voorkomen nu het Hof van Justitie weliswaar oog heeft voor de organisatorische inbedding en de economische realiteit, maar toch

³⁰ Commissie Borstlap, p. 70.

³¹ Wij hebben dankbaar gebruikgemaakt van een uitspraak van het Hooggerechtshof in Californië, dat in een zaak die feitelijk grote gelijkens vertoont met de Nederlandse Deliveroo-zaak, is overgestapt van een holistische benadering naar een eenvoudiger toetsing waarbij wezen voor schijn gaat (Dynamex Operations West, Inc., (30 april 2018, <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>). Die uitspraak is vervolgens gecodificeerd in wetgeving (Assembly Bill No. 5, 18 september 2019, https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201920200AB5). Uber en Lyft hebben onlangs een zaak tegen de gevolgen van deze wet in hoger beroep verloren: https://oag.ca.gov/system/files/attachments/press-docs/Order_on_Peoples_Motion.pdf.

³² C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997, p. 90-97.

³³ Zie ook J. Kloostera, 'Ondergeschikt aan het algoritme', *TRA* 2020/71, p. 10-18.

³⁴ Zie ook J.H. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', *ArbeidsRecht* 2018/28, p. 11-12.

³⁵ De Bock, 9.15 en 9.19.

³⁶ Voorbeeld: een schilder die opdracht krijgt een advocatenkantoor te schilderen, wordt gevraagd zich te houden aan de kantooruren, tijdens de lunch geen verf af te branden enz.

³⁷ Dit staat tussentijdse bijsturing uiteraard niet in de weg.

ook nog steeds kijkt naar het 'onder leiding werken', de meer expliciete instructies en meer expliciet toezicht.³⁸ Met het niet-voldoen aan de voorwaarden (b) of (c) zal in de regel overigens ook niet voldaan zijn aan deze voorwaarde.

Ad (b). Als de werkende werkzaamheden verricht die behoren tot de gewoonlijk door de organisatie verrichte werkzaamheden, dan wordt die werkende als werknemer beschouwd en niet als zelfstandige. Als de werkzaamheden van de organisatie bestaan uit het organiseren van taxivoer, dan is de taxichauffeur werknemer. De bezorger van een bezorgdienst is werknemer. Als een werkende in een winkel de producten van die winkel verkoopt is sprake van werknemerschap. Als een loodgieter in die winkel een lek komt repareren, dan niet. Datzelfde geldt voor de accountant die de jaarrekening komt controleren of voor een advocaat die in de arm wordt genomen voor juridisch advies. Werkzaamheden die gewoonlijk door de organisatie worden verricht, kunnen uit diverse werkzaamheden bestaan, zowel kern- als ondersteunende werkzaamheden. In een restaurant behoren zowel de werkzaamheden van de keuken als die van de bediening daartoe. Beschouwing van werkenden met werkzaamheden die binnen de normale bedrijfsuitoefening van werkzaamheden vallen als werknemers is belangrijk om te waarborgen dat zij de beoogde bescherming krijgen. Als organisaties zich van de bijbehorende verplichtingen kunnen bevrijden door categorieën van werknemers, die met de werknemers in het bedrijf vergelijkbaar werk doen, met hun toestemming uit te zonderen van de beoogde bescherming om aldus op loonkosten te besparen, dan lopen de werknemers die hechten aan die bescherming het risico vervangen te worden door degenen die bereid zijn van die bescherming af te zien. Daarmee wordt dan ook de beschermende werking van instituties als het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht ondergraven. Voor de publieke belangen die de wet beoogt te beschermen dient het (vermeende) individuele belang te wijken. Het door werkenden afzien van de beoogde wettelijke bescherming, zoals ontslagbescherming, recht op een uitkering of minimumloon heeft ook een ongewenst neerwaarts effect op de lonen en andere primaire arbeidsvoorwaarden (race to the bottom). Dat kan leiden tot oneerlijke concurrentie en ook het cao-stelsel dreigt daarmee te worden ondergraven.³⁹ In de praktijk komt naast de bedoelde mengvorm van zelfstandigen en werknemers die 'zij aan zij' hetzelfde werk doen⁴⁰ ook de figuur voor dat alle werknemers in een organisatie ten onrechte als zelfstandigen

worden beschouwd.⁴¹ Bij besluit worden dan bijvoorbeeld alle werknemers per ingangsdatum allemaal beschouwd als zelfstandige ondernemers. Nieuwe afspraken moeten dat beeld bevestigen. Deze werkenden worden echter nog steeds aangestuurd door het bedrijf waar ze voor werken. Deze voorwaarde komt tegemoet aan de aanbeveling om meer nadruk op de inbedding in de organisatie en de aard van de werkzaamheden te leggen. Dit meer oog hebben voor de organisatorische inbedding bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie is overigens een vrij algemene wens en ook al een relevant criterium in de rechtspraak.⁴²

Ad (c). Een werkende krijgt niet de status van zelfstandige doordat een organisatie op enig moment eenzijdig besluit een werknemer dat predicaat op te leggen of door een verplichte inschrijving bij de Kamer van Koophandel.

Ook de clauseule dat de werkende zich te allen tijde mag laten vervangen betekent nog geen zzp-schap. Art. 7:659 BW – en dus niet art. 7:610 BW! – bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich alleen met toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen.⁴³ Ook een opdrachtovereenkomst kan aangegaan zijn met het oog op een bepaald persoon en ingevolge art. 7:404 BW is ook in dat geval de opdrachtnemer gehouden de opdracht zelf uit te voeren. Hierdoor is geen sprake van een onderscheidend criterium en in veel gevallen zal de mogelijkheid van vervanging geen reële optie zijn en/of in de praktijk nooit voorkomen.

In de praktijk kiezen werkenden soms eieren voor hun geld. Zij krijgen werk aangeboden, dat ze alleen kunnen accepteren als zzp'er, anders krijgen ze de baan niet.⁴⁴ Een echte zelfstandige heeft zelf besloten om als zodanig een eigen vak, beroep of bedrijf uit te oefenen, is daartoe niet verplicht door een onderneming of uitkeringsinstantie. Een echte zelfstandige is door het creëren van een eigen marktpositie, hoe bescheiden ook, niet afhankelijk van slechts een of enkele opdrachtgevers. Hij heeft de opdrachtgever iets te bieden wat deze zelf niet in huis heeft omdat de betreffende dienst niet behoort tot de normale werkzaamheden van de opdrachtgever. Een echte zelfstandige is in zijn vak, beroep of bedrijf gespecialiseerd.

38 Zie HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*) en HvJ EU 20 november 2001, ECLI:EU:C:2001:616, AB 2001/413 (*Jany and others*).

39 Als categorieën van werknemers daardoor niet meer onder de geldende cao vallen, dan verliest die daardoor aan draagvlak en betekenis. Zie over het schadelijke effect van schijnzelfstandigheid ook Inspectie SZW, 'Staat van eerlijk werk 2019', p. 18, 26-28, 32.

40 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226 (*PostNL*).

41 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15 (*Uber*); Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*); Supreme Court of California, *Dynamex Operations West, Inc.* (30 april 2018).

42 Zie voor een overzicht De Bock, 9.20-9.22, 9.36, 9.38, 9.46. en S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *TRA* 2020/14.

43 De Bock concludeert daaruit en uit de wetsgeschiedenis dat het onjuist is om de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten te beschouwen als een element van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst. Pas als sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan geldt vervolgens dat de werknemer verplicht is om de arbeid persoonlijk te verrichten. De Bock, 7.11-7.13.

44 Aldus E. Verhulp in de Volkskrant d.d. 20 maart 2020, 'Na deze crisis moet het zzp-schap echt op de schop', <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/na-deze-crisis-moet-het-zzp-schap-echt-op-de-schop-b7e741fc>. Zie ook Inspectie SZW, 'Zzp'ers en bestaanszekerheid' (2020).

3.1.1 Een praktijkvoorbeeld ter illustratie

In de al eerder genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in Deliveroo⁴⁵ paste de kantonrechter de holistische weging conform het Groen/Schoevers-arrest toe. Dit leidde tot een uitvoerige en daarmee ook complexe afwijking. Zou de kantonrechter het voorgestelde art. 7:610c BW hebben toegepast, dan had hij sneller tot een oordeel kunnen komen. Immers, de werknemers van Deliveroo, die tot februari 2018 maaltijden bezorgden als werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst, bleven daarna hetzelfde werk doen, maar met de status van zelfstandige. Zij verrichtten dus ook vanaf februari 2018 geen werkzaamheden die buiten de gewoonlijk door de onderneming van de werkgever verrichte werkzaamheden vielen. Daarmee was aan de onder (b) van art. 7:610c BW genoemde voorwaarde niet voldaan. De bezorgers waren en bleven werknemers. Verder hoefde de toetsing niet te gaan. Ook langs een andere weg had hij sneller tot een oordeel kunnen komen. De bezorgers zijn niet uit eigen beweging 'zelfstandige' geworden. Het initiatief kwam van Deliveroo. Daarmee was aan de onder (c) van art. 7:610c BW genoemde voorwaarde niet voldaan. Verder hoefde de toetsing niet te gaan.

Toepassing van de 'werknemer, tenzij'-benadering volgens het voorgestelde art. 7:610c BW zal tot een aanzienlijke afname van schijnzelfstandigheid leiden.

3.2 De Europese aspecten

De Commissie Borstlap werpt de vraag op of een algemeen geformuleerd bewijsvermoeden, zoals zij dat voorstelt, te rechtvaardigen is in het licht van de vrijheid van diensten.⁴⁶ Het Hof van Justitie achtte eerder een door Frankrijk geformuleerd bewijsvermoeden in strijd met het vrije verkeer van diensten, op grond van welke formulering het vermoeden o.m. niet weerlegd kon worden door een andersluidende kwalificatie van de overeenkomst door partijen.⁴⁷

Het bewijsvermoeden van het door ons voorgestelde art. 7:610c BW is echter niet algemeen geformuleerd, maar geeft een uitleg aan de reeds bestaande kwalificatie van de arbeidsovereenkomst die aansluit bij ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie, waarbij het Hof abstraheert van de partijbedoeling en kijkt naar de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding.⁴⁸ Het gaat er dus om of materieel voldaan wordt aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning

ontvangt.⁴⁹ Niet alleen het vrije verkeer van diensten wordt door de Unie beschermd,⁵⁰ ook het vrije verkeer van werknemers⁵¹ is een van de grondbeginselen van de Unie. In overweging 8 van de Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden⁵² staat: of er sprake is van een arbeidsrelatie moet worden bepaald aan de hand van de feiten die verband houden met de daadwerkelijke uitvoering van het werk en niet aan de hand van de beschrijving van de arbeidsrelatie door de betrokken partijen. Ons voorstel maakt van zelfstandige ondernemers geen werknemers. Het werpt ook geen drempels op voor zzp'ers om in Nederland hun diensten aan te bieden. Mocht op enig moment echter een geschil ontstaan over de kwalificatie, dan is het aan de opdrachtgever om aannemelijk te maken dat de opdrachtnemer geen werknemer is.

3.3 Mogelijke kritiekpunten en afronding

Wie kritiek heeft op het door de Commissie Borstlap voorgestelde rechtsvermoeden, heeft dat mogelijk ook op ons voorstel. Van Slooten merkt op dat in het voorstel van de Commissie Borstlap alleen ondernemers zzp'ers zijn.⁵³ De Bock voegt daaraan toe dat in de opvatting van de commissie alleen zelfstandigen die écht ondernemer zijn niet als werknemer kwalificeren.⁵⁴ Dat is ook voor ons een bewuste keuze. Wie schijnzelfstandigheid serieus wil terugdringen moet aanvaarden dat slechts de echte zelfstandigen als zzp'ers overblijven. Als de werkende werkzaamheden verricht die behoren tot de gewoonlijk door de organisatie verrichte werkzaamheden, dan wordt die werkende in ons voorstel als werknemer beschouwd en niet als zelfstandige.

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Deze spaanders vallen nu neer bij schijnzelfstandigen en derden als de fiscus en daarmee de maatschappij als geheel. Met een nieuw rechtsvermoeden zullen deze spaanders veel beperkter zijn en de andere kant op vallen. Dit zullen doorgaans sterke schouders zijn.⁵⁵ Dit neemt niet weg dat onduidelijkheid natuurlijk zoveel mogelijk moet worden voorkomen. Mocht ons voorstel worden omarmd, dan zullen in de memorie van toelichting zoveel mogelijk voorbeelden ter verduidelijking moeten worden opgenomen. Dat gaat

45 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

46 Commissie Borstlap, p. 70-71.

47 HvJ EU 15 juni 2009, zaak C-255/04, punt 38.

48 Zie HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*) en HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 ('Wezen gaat voor schijn'-benadering HvJ EU leidt tot beperking Cyprusroute, *TRA* 2020/76).

49 Zie recentelijk HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), *JAR* 2020/145, r.o. 29.

50 Art. 49 VWEU regelt de vrijheid van vestiging, art. 56 VWEU het vrije verkeer van diensten.

51 Art. 45 VWEU.

52 Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>.

53 J.M. van Slooten, 'Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit', *Ondernemingsrecht* 2020/29, p. 140.

54 De Bock, 9.54.

55 Houweling, die het rechtsvermoeden van werknemerschap als een grote koerswijziging beschouwt, noemt dit aspect het sympathieke aan de 'werknemer, tenzij'-benadering (A.R. Houweling, Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap): iemand moet hardop zeggen wat we niet willen horen (maar stiekem allang wisten), *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020 (14) 2, p. 14).

het bestek van deze bijdrage echter te buiten. Ons voorstel maakt het in elk geval gemakkelijker voor werkgevers en werkenden om vooraf vast te stellen of een werkende een zelfstandige is of een werknemer.

Ons voorstel bouwt voort op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, geeft een duidelijke uitwerking aan een belangrijke aanbeveling van de Commissie Borstlap ('werknemer-tenzij') en versterkt de door de A-G gedane aanbevelingen om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Wij zijn ervan overtuigd dat ons voorstel bijdraagt aan een land waarin iedereen kan werken op de manier die bij hem of haar past en waarbij er nog steeds een goed sociaal vangnet is als dit door gebrek aan werk of ziekte niet lukt.