

Nieuw ‘zzp-plan’ van minister Van Gennip past niet goed in onze rechtstraditie

Ondernemingsrecht 2023/63

Column

In het Deliveroo-arrest heeft de Hoge Raad onlangs geoordeeld dat de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst holistisch moet worden benaderd.² Alle omstandigheden van het geval, onderverdeeld in negen gezichtspunten, moeten worden meegewogen. Het ondernemerschap is er daar één van. Het gaat daarbij om de vraag of de werkende “zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen”. Dat moet zo worden uitgelegd dat het er niet alleen om gaat of de werkende zich in de te kwalificeren arbeidsrelatie als ondernemer heeft of kan gedragen, maar ook of hij dat daarbuiten heeft gedaan of had kunnen doen. Voordat de Hoge Raad dit oordeel gaf, was minister Van Gennip gestart met de “verduidelijking” van het “werken ‘in dienst van’”.³ Dat is onderdeel van het wetgevingstraject dat voortvloeit uit het rapport van de commissie Borstlap en is erop gericht om het aantal schijnzelfstandigen terug te dringen. Tot het Deliveroo-arrest had de minister als denkrichting dat het ondernemerschap daarbij weliswaar een rol zou spelen, maar alleen voor zover dit ondernemerschap *binnen* de te kwalificeren verhouding aan de orde is. Na dit arrest heeft de minister haar plan op dit onderdeel een beetje bijgesteld, getuige een in Den Haag rondgaande conceptuitwerking. De vraag is of dat een verstandig plan is.

Het nieuwe plan van minister Van Gennip houdt in dat het criterium “in dienst van” voortaan wordt beoordeeld aan de hand van de volgende formule: A = materieel gezag, B = (organisatorische) inbedding en C = ondernemerschap *binnen* de arbeidsrelatie. Als A + B zwaarder wegen dan C, is er een arbeidsovereenkomst. Als C zwaarder weegt dan A + B, is er geen arbeidsovereenkomst. Let wel: bij deze weging mag *geen* betekenis worden toegekend aan de vraag of en, zo ja, hoe de werkende zich elders als ondernemer gedraagt, gedragen heeft of kan gedragen. Dit is conform het oorspronkelijke voornemen van de minister. Na Deliveroo heeft zij hieraan toegevoegd dat (pas) als “A + B in evenwicht zijn met C”, de rechter ook aandacht mag besteden aan “kenmerken van de werkende die de arbeidsrelatie overstijgen” (aangeduid als: C+), zoals:

- het aantal opdrachtgevers;
- acquisitie;
- kapitaal en langetermijninvesteringen;
- eigen personeel;
- ingeschreven bij de KvK en draagt btw af;
- de werkende maakt gebruik van fiscale ondernemersaftrek of -faciliteiten.

Deze aanpak heeft zeker voordelen. Een belangrijk voordeel is dat het voor de opdrachtgever vaak moeilijk is om na te gaan of de werkende zich inderdaad in het economisch verkeer als zelfstandig ondernemer gedraagt. Deze aanpak geeft de opdrachtgever en ook instanties als de Belastingdienst op voorhand meer duidelijkheid. Wat verder goed aan het plan is, is dat de begrippen werknemer en ondernemer als tegenstelling tot elkaar worden gebruikt en dat mede daarmee praktische handvatten worden geboden.

Er zijn ook nadelen. Een zelfstandig ondernemer loopt hierdoor bij iedere (arbeids)relatie die hij aangaat het risico dat die relatie als arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd. Is hij te veel ingebed en/of moet hij te veel luisteren naar de opdrachtgever? Dan zijn A + B wellicht zwaarder dan C (ondernemerschap). De rechter mag dan geen acht slaan op het feit dat hij

1 Prof. dr. J.M. (Jaap) van Slooten is advocaat bij Stibbe, hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift. In de drukproeffase werd bekend dat het kabinet Rutte IV was gevallen. Als gevolg hiervan zal het onderwerp van deze column vermoedelijk controversieel worden verklaard.

2 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

3 Zie Brief regering inzake voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket (*Kamerstukken II 2022/23*, 29544, nr. 1176) en Brief regering inzake voortgang werken met en als zelfstandige(n) (*Kamerstukken II 2022/23*, 31311, nr. 246).

wellicht al honderden van dergelijke opdrachten heeft gedaan. Hij komt dan, kort gezegd, niet toe aan een C+-toetsing. Voorbeeld: een loodgieter werkt aan een bouwproject dat een jaar duurt. Hij werkt in onderaanneming en zijn werk wordt aangestuurd door de hoofdaannemer en afgestemd met honderden andere eenpitters. Dagelijkse kost voor velen in de bouw. Of de ICT-consultant die een half jaar komt werken aan de ontwikkeling van een app en daartoe dagelijks moet samenwerken met de werknemers in vaste dienst, ook ICT'ers. Dit zijn geen voorbeelden van situaties waarover grote maatschappelijke zorgen bestaan. Dit soort zzp'ers is "normaal" geworden, onder meer omdat zij zich in het economisch verkeer als ondernemer gedragen. Op de meeste van de zes hierboven genoemde bulletpoints scoren zij positief. Het punt is alleen: daar mag een rechter niet direct naar kijken. De rechter mag in eerste instantie alleen kijken naar inbedding, materieel gezag en "ondernemerschap binnen de relatie" (C). In de voorbeelden is het niet moeilijk te concluderen dat materieel gezag (A) en inbedding (B) aanwezig zijn. Dan moet C even sterk zijn. Daarvoor zijn van belang: loopt de werkende financieel risico? Van wie zijn de gereedschappen? Beschikt hij over een specifieke opleiding? En mag hij zich als ondernemer afficheren tijdens de werkzaamheden? Deze omstandigheden zeggen wat over ondernemerschap *binnen* de te kwalificeren arbeidsverhouding. De hiervoor genoemde zes bullets mogen echter niet worden meegewogen.

Er is in deze gevallen een kans dat de rechter A + B zwaarder vindt wegen dan C en dus niet aan C+ toekomt. De aanpak van de minister leidt er dus toe dat het ondernemerschap niet in zijn volle breedte mag worden beoordeeld. In een aantal gevallen leidt dat misschien tot de uitkomst die de minister graag wil, *fine*. Maar ik vind het zeer gekunsteld overkomen om bij de toets een onderscheid te maken tussen intern en extern ondernemerschap.

Een ander nadeel is dat dit onderscheid bij mijn weten geen precedent kent. Noch A-G De Bock,⁴ noch de Hoge Raad heeft in de Deliveroo-zaak aanleiding gezien voor dit onderscheid. Het fiscaal recht maakt een dergelijk onderscheid niet. Over de vraag of het Europees recht een dergelijk onderscheid maakt, kan men verschillend denken.⁵

Sluit het wel aan op de grondslagen van ons recht om ondernemerschap beperkt te onderzoeken, terwijl het betrekken van "alle omstandigheden van het geval" elders in ons recht de norm is? Het risico bestaat daardoor dat de regels onvoldoende flexibel zijn om met nieuwe vormen van ondernemerschap om te gaan. Daarnaast is denkbaar dat (beginnend) ondernemerschap wordt ontmoedigd. Dat je al een andere onderneming hebt of plannen in die richting, speelt geen rol en dwingt ondernemers eerder in de rol van werknemer. Bovendien is er het risico dat een werkende aan de C-toets voldoet, maar niet aan de C+-toets (als de rechter daaraan toe zou komen). Missen we niet een correctiemechanisme voor dat soort gevallen?

In het verlengde hiervan is nog andere kritiek op het nieuwe plan te leveren. Dit neemt namelijk afscheid van de holistische benadering van de arbeidsovereenkomst. Die benadering is niet altijd goed hanteerbaar in de praktijk, maar het is wel een aanpak die we sinds 1997 in het arbeidsrecht kennen⁶ en al langer in het vermogensrecht. Om die benadering zomaar overboord te gooien vraagt een diepergaande analyse van de nadelen. Van de negen gezichtspunten uit het Deliveroo-arrest keren er slechts drie als kernpunten terug: naast ondernemerschap zijn dat inbedding en materieel gezag. Dat inbedding op dit moment niet een dergelijke centrale plek verdient blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad een pleidooi in die richting verwierp. Dat materieel gezag in onbruik is geraakt, blijkt uit het feit dat de Hoge Raad dat woord niet eens meer in de mond nam.⁷

Het plan van minister Van Gennip miskent dat de definitie van de arbeidsovereenkomst thans de kern is van ons arbeidsovereenkomstenrecht, dat weer onderdeel is van het algemeen vermogensrecht. Het plan beoogt stopborden en dranghekken in te voeren die de rechtsvorming moeten leiden in de politiek gewenste richting, maar het staat daardoor ver af van onze rechtstraditie. De minister doet er denk ik beter aan om op basis van de nieuwe gezichtspunten-catalogus van de Hoge Raad tot een aantal typologieën te komen die richting kunnen geven aan de praktijk.

4 ECLI:NL:PHR:2022:578, randnr. 8.16.

5 A-G De Bock lijkt daar niet van uit te gaan (ECLI:NL:PHR:2022:578, randnrs. 8.16-17); F.G. Laagland wel (TRA 2023/50, par. 3.1) hoewel zij de benadering van de Hoge Raad niet op voorhand in strijd met de visie van het HvJ EU acht.

6 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers).

7 Zie mijn noot in *Ondernemingsrecht* 2023/50.