

# MASTER'S THESIS

## Harmonisatie van de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht, fiscaal recht en sociaalzekerheidsrecht

Anoniem

**Award date:**  
2023

**Awarding institution:**  
Department of Private Law

[Link to publication](#)

### 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 at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 08. Sep. 2024

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



**Harmonisatie van de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht, fiscaal recht en sociaalzekerheidsrecht**

*Harmonizing the determination of the relationship between employers and employees in employment-law, tax law and social security law*

Scriptie rechtswetenschappen RM9906162114

Naam : J.W. van der Lijn  
E-mailadres : [Jwvdlijn@gmail.com](mailto:Jwvdlijn@gmail.com)  
Studentnummer : 851965750  
Datum : 10 januari 2023  
Begeleider : mr. dr. A.H. (Ton) Lamers  
Examinator : prof. mr. J.G.J. (Jac) Rinkes  
Aantal woorden : 12.453

## Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1. Inleiding</b> .....	<b>3</b>
<b>Hoofdstuk 2. De uitlegfase</b> .....	<b>4</b>
2.1 Een nieuw juridische kader? .....	5
2.2 De partijbedoeling in het arbeidsrecht.....	5
2.3 De maatschappelijke positie.....	8
2.4 De partijbedoeling in het publiekrecht .....	9
2.5 Analyse jurisprudentie .....	10
2.5.1 Civiele jurisprudentie .....	10
2.5.2 Publiekrechtelijke jurisprudentie .....	11
<b>Hoofdstuk 3. De kwalificatiefase</b> .....	<b>12</b>
3.1 De holistische benadering .....	12
3.2 Gezag .....	14
3.2.1 Civiel recht .....	14
3.2.2 Publiekrecht .....	15
3.3 Arbeid .....	17
3.4 Loon.....	19
3.5 Gedurende zekere tijd .....	19
<b>Hoofdstuk 4. Conclusie</b> .....	<b>19</b>
<b>Bronnenlijst</b> .....	<b>23</b>
<b>Samenvatting</b> .....	<b>27</b>

## Hoofdstuk 1. Inleiding

Op 23 januari 2020 publiceerde de Commissie Borstlap het rapport 'In wat voor land willen wij werken'. In dit rapport is de werking van de huidige arbeidsmarkt onderzocht en is nagegaan in hoeverre de regels die in Nederland gelden rondom het verrichten van werk nu en in de toekomst nog leiden tot de gewenste uitkomsten.<sup>1</sup>

In dit rapport concludeert de Commissie Borstlap er een hanteerbare afbakening tussen werknemers en zelfstandigen ontbreekt en dat dit onder andere komt door een niet uniforme beoordeling van de arbeidsrelatie in het burgerlijk recht, het sociaalzekerheidsrecht en het fiscaal recht is.<sup>2</sup> De toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid erkende het belang van deze afbakening en zag in dat de niet uniforme beoordeling van de arbeidsrelatie ten koste ging van de zekerheid en duidelijkheid. Voor harmonisatie van de kwalificatie van de arbeidsrelatie is volgens de minister echter nader onderzoek nodig omdat uit het onderzoek van de Commissie Borstlap niet uitputtend blijkt op welke punten deze rechtsgebieden van elkaar afwijken en wat de gevolgen hiervan zijn.<sup>3</sup>

Zekerheid en duidelijkheid omtrent de kwalificatie van de arbeidsrelatie is gewenst omdat het wel of niet zijn van werknemer in loondienst diverse arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscale gevolgen heeft. Zo wordt de arbeidsovereenkomst ook wel het entreebiljet van het arbeidsrecht en het sociaalzekerheidsrecht genoemd.<sup>4</sup> Een aanvraag voor een WW-uitkering bij het UWV kan bijvoorbeeld worden afgewezen omdat er geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, terwijl de aanvrager wellicht in de veronderstelling verkeerde altijd werkzaam te zijn geweest op basis van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.<sup>5</sup> Anderzijds kan een werkgever een naheffingsaanslag ontvangen van de Belastingdienst als uit onderzoek door de Belastingdienst is gebleken dat een werkende eigenlijk een privaatrechtelijke dienstbetrekking had bij die werkgever en er dus premies over het bruto loon moesten worden betaald.

Een van de oorzaken voor de niet uniforme beoordeling van de arbeidsrelatie was dat de burgerlijke rechter niet in beeld was bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het sociaalzekerheidsrecht en het fiscaal recht.<sup>6</sup> De rechtsgang in het sociaal zekerheidsrecht en het fiscaal recht is namelijk als volgt. Als het UWV een WW-aanvraag afwijst of een uitkering intrekt, dan moet de aanvrager van deze uitkering eerst in bezwaar bij het UWV. Vervolgens kan er beroep worden ingesteld bij de rechtbank en indien nodig hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep. In een uiterste geval kan er nog cassatie worden ingesteld bij de fiscale kamer van de Hoge Raad. De rechtsgang tegen een besluit van de Belastingdienst is nagenoeg hetzelfde, zij het dat in plaats van beroep bij de Centrale Raad van Beroep het hoger beroep bij de fiscale kamer van het Gerechtshof dient. De Centrale Raad van Beroep en de fiscale kamers van het Gerechtshof en de Hoge Raad enerzijds en civiele kamer van de Hoge Raad anderzijds oordelen dus allen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW waardoor er accentverschillen zijn ontstaan.<sup>7</sup>

Daarnaast speelt de aard van het publiekrecht in die zin een rol dat er andere doelstellingen zijn. Er mag geen misbruik worden gemaakt van sociale voorzieningen maar er moeten ook voldoende financiële middelen worden gegenereerd voor de overheidsuitgaven.<sup>8</sup> In het publiekrecht werd daardoor een meer formele/ feitelijke insteek gekozen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie om zo te voorkomen dat partijen de toepasselijkheid van publiekrechtelijke regeling zelf in de hand hadden.<sup>9</sup> Vanuit die gedachte was ook niet zo gek dat de Centrale Raad van Beroep in het verleden wel eens had geoordeeld dat de partijbedoeling uit het Groen/Schoevers-arrest voor de Centrale Raad van Beroep geen rechtens relevant criterium was voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie en er daarom geen rekening mee hield.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> Rapport 'In wat voor land willen wij werken?', rijksoverheid.nl.

<sup>2</sup> Rapport-Commissie Borstlap 2020, p. 41.

<sup>3</sup> Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 november 2020, 2020-0000148782.

<sup>4</sup> Houweling e.a. 2020, p. 143.

<sup>5</sup> In het sociaal zekerheidsrecht en in het fiscaal recht wordt de arbeidsovereenkomst anders aangeduid. Zowel voor het sociaalzekerheidsrecht als voor het fiscaalrecht geldt dat de privaatrechtelijke dienstbetrekking gelijk is aan de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.

<sup>6</sup> Said 2022, p. 163.

<sup>7</sup> Houweling e.a. 2020 II, p. 413.

<sup>8</sup> Said 2022, p. 183.

<sup>9</sup> Said 2022, p. 165.

<sup>10</sup> Houweling e.a. 2020, p. 168.

Met de komst van het Gouden Kooi-arrest is hier verandering in gekomen.<sup>11</sup> Hoewel er in dit arrest was overwogen dat de arbeidsrechtelijke toetsing ook leidend is in het sociaal zekerheidsrecht en het fiscaal recht, was er bij deze laatste twee rechtsgebieden nog altijd meer sprake van een formele/ feitelijke benadering voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>12</sup> Vorenstaande nam echter niet weg dat Said concludeerde dat de toets van de Centrale Raad van Beroep meer is gaan aansluiten bij de arbeidsrechtelijke toetsingswijze.<sup>13</sup>

De conclusie van Said dateert echter uit 2017. Inmiddels is door de komst van het Participatieplaats-arrest de kwalificatietoets veranderd. Op 6 november 2020 heeft de Hoge Raad in het Participatieplaats-arrest namelijk geoordeeld dat de arbeidsrelatie dient te worden gekwalificeerd aan de hand van een tweefasentoets. Eerst moet aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden vastgesteld wat de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen zijn – uitlegfase – en daarna moet – in de kwalificatiefase – worden beoordeeld of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.<sup>14</sup> De partijbedoeling zoals die werd getoetst/ toegepast in het Groen/ Schoevers-arrest is niet meer van belang voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>15</sup> In dit onderzoek wordt derhalve onderzocht of dit arrest gevolgen heeft voor het naar elkaar toe groeien van het arbeidsrecht, sociaalzekerheidsrecht en het fiscaalrecht met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsrelatie. De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt:

*“In hoeverre draagt de ‘tweefasentoets’ uit het Participatieplaats-arrest bij aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsrelatie?”*

Het doel van dit onderzoek is om inzichtelijk te maken of er naar huidig recht nog verschillen zijn tussen het arbeidsrecht, het sociaalzekerheidsrecht en het fiscaal recht als het gaat over de kwalificatie van de arbeidsrelatie om zodoende een bijdrage te leveren aan de harmonisatiewens die uiteindelijk tot meer rechtszekerheid kan leiden.

In hoofdstuk 2 wordt de uitlegfase nader toegelicht. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de partijbedoeling en de maatschappelijke positie in het arbeidsrecht, het sociaalzekerheidsrecht en fiscaal recht. Uit eerder onderzoek van Said bleek dat rechters worstelen met de toepassing van de ‘tweefasentoets’. Uit haar analyse van 26 uitspraken die waren geweest na het Participatieplaats-arrest – tussen 6 november 2020 en 21 september 2021 – bleek dat in acht van de 26 uitspraken niet werd gesproken over het Participatieplaats-arrest, dat in de meeste uitspraken geen zichtbaar onderscheid was gemaakt tussen de twee fases en dat er – op een enkele uitspraak na – ook geen sprake is van een uitdrukkelijke toepassing van de Haviltex-maatstaf.<sup>16</sup> Voor dit scriptieonderzoek heeft er wederom een analyse van de civiel- en publiekrechtelijke jurisprudentie plaatsgevonden en is er gekeken of de hiervoor door Said genoemde knelpunten nog steeds een rol spelen. Van de arbeidsrechtelijke jurisprudentie zijn acht uitspraken van de rechtbank en vier uitspraken van het Gerechtshof met als tijdvak de periode van 1 januari 2022 tot 9 november 2022 geanalyseerd. Van de publiekrechtelijke jurisprudentie zijn twaalf uitspraken van de rechtbank, drie uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, één uitspraak het Gerechtshof en één uitspraak van de Hoge Raad met als tijdvak de periode van 1 januari 2022 tot 18 november 2022 geanalyseerd. De uitkomsten van deze analyse worden besproken in paragraaf 2.4.

In hoofdstuk 3 wordt de kwalificatiefase uitgewerkt. Er wordt inzicht verschaft in de holistische benadering en hoe de elementen arbeid, loon, gezag en gedurende zekere tijd in het arbeidsrecht, sociaalzekerheidsrecht en fiscaal recht worden toegepast. Uiteindelijk is in hoofdstuk 4 de conclusie van dit onderzoek opgenomen.

---

<sup>11</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.

<sup>12</sup> Said 2022, p. 165.

<sup>13</sup> Houweling e.a. 2020 II, p. 414.

<sup>14</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.3.

<sup>15</sup> Volgens het Groen/ Schoevers-arrest diende er gekeken te worden naar de partijbedoeling, de gehele rechtsverhouding, of er sprake was van een evidente gezagsverhouding en naar de maatschappelijke positie van partijen.

<sup>16</sup> Said 2022, p. 157.

Ter afbakening van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht recht wordt tot slot nog het volgende opgemerkt. Als er tussen partijen – werkende en werkgevende – een geschil ontstaat over de vraag hoe hun onderlinge arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd, dan is het aan één van hen om dit ter discussie te stellen.<sup>17</sup> Een rechter zal dan eerst vaststellen of de partijen zich door middel van een overeenkomst met elkaar hebben verbonden.<sup>18</sup> Om een overeenkomst te kunnen kwalificeren moet er immers sprake zijn van een overeenkomst. Of de partijen zich tot elkaar hebben verbonden is afhankelijk van wat de partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden.<sup>19</sup> Gemakshalve wordt er in dit onderzoek vanuit gegaan dat de partijen zich tot elkaar hebben verbonden. Dit vraagstuk blijft dan ook verder buiten beschouwing.

## Hoofdstuk 2. De uitlegfase

### 2.1 Een nieuw juridische kader?

Als er tussen partijen (werkende en werkgevende) een geschil ontstaat over de vraag hoe hun onderlinge arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd, dan is het aan één van hen om dit bij de civiele rechter ter discussie te stellen.<sup>20</sup> Aan de hand van de tweefasentoets zal de rechter de arbeidsrelatie kwalificeren. Er zal dan eerst aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden vastgesteld wat de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen zijn (uitlegfase) en daarna wordt beoordeeld of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW (kwalificatiefase).<sup>21</sup> Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.<sup>22</sup> Er moet dus sprake zijn van de volgende voorwaarden: arbeid, loon, gezag en een zekere tijd. De partijbedoeling is niet meer van belang voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>23</sup>

Met de komst van de tweefasentoets is er qua beoordelingskader eigenlijk niet veel veranderd. Ook in het Groen/Schoevers-arrest was er sprake van een tweefasentoeets. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad namelijk dat:

'Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.'<sup>24</sup>

De vastgestelde inhoud betreft de uitlegfase en de toets of de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is of bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht, is de kwalificatiefase. In het Participatieplaats-arrest paste de Hoge Raad de tweefasentoets toe zoals hij dat ook deed in het Groen/Schoevers-arrest.<sup>25</sup> Hierdoor is er met de komst van het Participatieplaats-arrest slechts een nuance op aanbracht door overweging dat de partijbedoeling niet meer relevant is voor het kwalificatievraagstuk. Het Groen/Schoevers-arrest blijft het standaardarrest maar dan zonder de doorslaggevende betekenis die werd toegekend aan de vraag of partijen een totstandkoming van de arbeidsovereenkomst hebben beoogd.<sup>26</sup>

### 2.2 De partijbedoeling in het arbeidsrecht

Dat de partijbedoeling niet meer relevant is voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie, betekent niet dat deze partijbedoeling helemaal geen rol meer speelt. De beoordeling van partijbedoeling is alleen van de kwalificatiefase verplaatst naar de uitlegfase en derhalve nog steeds relevant.

<sup>17</sup> Rapport-Commissie Borstlap 2020, p. 40.

<sup>18</sup> HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, r.o. 3.4.

<sup>19</sup> HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, r.o. 3.5.

<sup>20</sup> Rapport-Commissie Borstlap 2020, p. 40.

<sup>21</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.3.

<sup>22</sup> Artikel 7:610 BW.

<sup>23</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.4.

<sup>24</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, r.o. 3.4

<sup>25</sup> Verlinden, JIN 2020/165, p. 1588.

<sup>26</sup> Verlinden, JIN 2020/165, p. 1588.

Tot de komst van het Groen/Schoevers-arrest was slechts relevant de wijze waarop aan de tussen partijen gesloten overeenkomst uitvoering was gegeven.<sup>27</sup> Door het Groen/Schoevers-arrest kreeg de partijbedoeling een centralere rol bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>28</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad over de partijbedoeling dat:

“partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.”<sup>29</sup>

Uit het Groen/Schoevers-arrest kunnen volgens Loonstra en Zondag een viertal handvatten worden afgeleid voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie die in onderling verband en samenhang moeten worden gezien: de partijbedoeling, het bezien van de gehele rechtsverhouding, de evidente gezagsverhouding en de maatschappelijke positie.<sup>30</sup> Bij de partijbedoeling gaat het om wat partijen voor ogen stond en de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.<sup>31</sup> Het is partijen daarbij niet toegestaan om een etiket op de arbeidsverhouding te plaatsen die niet met de werkelijkheid overeenkomt.<sup>32</sup> Het bezien van de gehele rechtsverhouding houdt in dat de elementen arbeid, loon, gezag en gedurende zekere tijd in onderling verband worden getoetst.<sup>33</sup> De evidente gezagsverhouding oftewel de aard van de gezagsverhouding kan tot gevolg hebben dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl de totale rechtsverhouding wellicht is vormgegeven als een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk.<sup>34</sup> Bij maatschappelijke positie gaat het om de sterkte of zwakte daarvan bij partijen – bijvoorbeeld geen onderhandelingsmacht – en dat kan weer van invloed zijn op de waarde die aan de partijbedoeling kan worden gehecht.<sup>35</sup>

Door de overweging over de partijbedoeling ontstond er onduidelijkheid over de vaststelling hiervan. Door de zinsnede: ‘mede in aanmerking genomen’ uit het Groen/Schoevers-arrest was er een multi-interpretabele voorwaarde gecreëerd met betrekking tot de verhouding tussen de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering. Enerzijds kon er worden geredeneerd dat de partijbedoeling centraal stond en dat de inhoud daarvan mede bleek uit de feitelijke uitvoering en anderzijds kon worden gesteld dat partijbedoeling en feitelijke uitvoering apart werden vastgesteld.<sup>36</sup> Hierdoor was het ook onduidelijk welk criterium prevaleerde, de partijbedoeling of de feitelijke uitvoering.<sup>37</sup>

In het arrest Thuiszorg Rotterdam/ PGGM heeft de Hoge Raad deze onderlinge verhoudingen verduidelijkt door te stellen dat:

“Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is immers niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook – *in plaats van mede in aanmerking genomen* – de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.”<sup>38</sup>

Dit komt overeen met de conclusie van Trap die op basis van een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad na het Groen/Schoevers-arrest stelt dat beide aspecten naast elkaar van belang zijn maar dat de partijbedoeling niet zaligmakend is, oftewel de partijbedoeling kan in feite niet los worden gezien van de uitvoering en wordt daardoor inderdaad ingekleurd.<sup>39</sup> Wel zou de nadruk meer liggen op de partijbedoeling dan op de feitelijke uitvoering.<sup>40</sup>

---

<sup>27</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 38.

<sup>28</sup> Houweling e.a. 2020, p. 166.

<sup>29</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, r.o. 3.4.

<sup>30</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 52.

<sup>31</sup> Houweling e.a. 2020, p. 166.

<sup>32</sup> Houweling e.a. 2020, p. 167.

<sup>33</sup> Houweling e.a. 2020, p. 170.

<sup>34</sup> Houweling e.a. 2020, p. 172.

<sup>35</sup> Houweling e.a. 2020, p. 173.

<sup>36</sup> Said 2022, p. 97.

<sup>37</sup> Mauser, *ArbeidsRecht* 2019/45, par. 2.

<sup>38</sup> HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, r.o. 3.4.

<sup>39</sup> Trap, *ArbeidsRecht* 2007/24.

<sup>40</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 40.

Met de komst van het Participatieplaats-arrest lijken op de feitelijke uitvoering en de partijbedoeling meer met elkaar in balans te zijn. In het Participatieplaats-arrest is overwogen dat aan de hand van de Haviltex-maatstaf in de uitlegfase de inhoud van de overeenkomst vastgesteld. De Haviltex-maatstaf luidt:

“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”<sup>41</sup>

Bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf is de gemeenschappelijke bedoeling van partijen beslissend voor de uitleg van de overeenkomst en als deze gemeenschappelijke bedoeling niet is vast te stellen, dan betekent de overeenkomst dat wat de partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten denken dat zij inhield.<sup>42</sup> Bij de uitleg van de overeenkomst gaat het om de overeenkomst zelf – de overeengekomen wederzijdse rechten en verplichten tussen partijen – en niet de schriftelijke tekst van de overeenkomst.<sup>43</sup> Dit houdt in dat alle verklaringen van gedragingen van de partijen betrokken moeten worden bij deze beoordeling. Hetgeen ook betekent dat uit de feitelijke uitvoering van de overeenkomst kan worden afgeleid wat de partijbedoeling is.<sup>44</sup> Voor de betekenis van de feitelijke uitvoering geldt nog steeds het Groen/Schoevers-arrest.<sup>45</sup> Met de komst van het Participatieplaats-arrest heeft de partijbedoeling een centrale rol gekregen in de uitlegfase en blijkt deze partijbedoeling niet alleen uit de schriftelijke overeenkomst, maar ook uit de feitelijke uitvoering van de gemaakte afspraken.<sup>46</sup>

De handvatten die volgens Loonstra en Zondag voortvloeiden uit het Groen/Schoevers-arrest hadden derhalve al veel weg van de Haviltex-maatstaf. Door het Participatieplaats-arrest komen ze nu allemaal samen in de uitlegfase en worden deze handvatten – met uitzondering van de evidente gezagsverhouding – beoordeeld aan de hand van de Haviltex-maatstaf. In die zin lijkt er dan ook niet veel te zijn veranderd en heeft de beoordeling van de partijbedoeling veel weg van oude wijn in nieuwe zakken.

Door het Participatieplaats-arrest bloeit de discussie over de verhouding tussen de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering ook weer op. Er is in de literatuur namelijk onduidelijkheid ontstaan over de vraag hoe de partijbedoeling in de uitlegfase moet worden uitgelegd. Deze onduidelijkheid zit hem ten eerste in de vraag of de partijbedoeling gericht op de kwalificatie van de overeenkomst niet toch een rol kan (blijven) spelen en ten tweede hoe er met de feitelijke uitvoering zal worden omgegaan.<sup>47</sup>

Bij de eerste vraag of de partijbedoeling gericht op de kwalificatie van de overeenkomst rol kan spelen, gaat het – wederom – om de waarde van op schrift gestelde afspraken voor het achterhalen van de partijbedoeling.<sup>48</sup>

Omdat de Haviltex-maatstaf van toepassing is op de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhoudingen zijn geregeld, kunnen partijen de kwalificatiefase beïnvloeden door het overeenkomen van rechten en verplichtingen die niet gebruikelijk zijn bij het afsluiten van een arbeidsovereenkomst.<sup>49</sup> De overeengekomen rechten en verplichtingen zijn immers vaak een uitdrukking van de partijbedoeling en kunnen zo worden vormgegeven dat het bijvoorbeeld meer past bij een overeenkomst van opdracht dan een arbeidsovereenkomst.<sup>50</sup> Hierdoor is het mogelijk om via “ondernemerachtige” bepalingen strategische contracten op te stellen om zo buiten de kaders van artikel 7:610 BW te blijven.<sup>51</sup>

<sup>41</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

<sup>42</sup> De Jong e.a. 2018, p. 23.

<sup>43</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, r.o. 5.50.

<sup>44</sup> Laagland & Said, *ARA* 2021, p. 40.

<sup>45</sup> Verlinden, *JIN* 2020/165, p. 1588.

<sup>46</sup> Said 2022, p. 100.

<sup>47</sup> Said 2022, p. 106.

<sup>48</sup> Said 2022, p. 107.

<sup>49</sup> Seghrouchni, *BB* 2021/2, par 5.

<sup>50</sup> Verhulp, *TRA* 2021/55, par. 2.

<sup>51</sup> Said 2022, p. 108.



Door contracten die zijn opgesteld met als doel om een arbeidsovereenkomst te voorkomen, wordt het moeilijker om het arbeidsrechtelijke uitgangspunt 'wezen gaat voor schijn' toe te passen.<sup>52</sup>

Het onderscheid tussen de inhoud van het contract en de feitelijke uitvoering van het contract was overigens ten tijde van het Groen/Schoevers-arrest ook al het uitgangspunt omdat het niet mogelijk mocht zijn dat partijen een etiket op de arbeidsovereenkomst konden plakken die niet met de werkelijkheid overeenkwam en daardoor eigenlijk de werkelijke partijbedoeling niet weergaf.<sup>53</sup> Ditzelfde gold voor de overeengekomen rechten en verplichtingen. De contractsvrijheid hield ten tijde van het Groen/Schoevers-arrest niet in dat partijen een overeenkomst kunnen opstellen waarvan de kwalificatie niet overeenkomt met de werkelijkheid.<sup>54</sup> In het Groen/Schoevers-arrest diende bij de vaststelling van wat partijen voor ogen stond de gehele rechtsverhouding hele rechtsverhouding in acht te worden genomen, inclusief afspraken over loon, verlof, vakantie, loondoorbetaling bij ziekte et cetera.<sup>55</sup> De discussie omtrent "ondernemerachtige" bepalingen heeft dan ook veel weg van de ten tijde van het Groen/Schoevers arrest gevoerde discussie welk criterium prevaleert, de – schriftelijke – partijbedoeling of de feitelijke uitvoering. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief lijkt het mij niet nodig dat deze discussie opnieuw wordt gevoerd. De Haviltex-maatstaf is vrij duidelijk nu daaruit blijkt dat er niet alleen naar de zuiver taalkundige uitleg wordt gekeken.

Bij de tweede vraag gaat het om de toepassing van de feitelijke uitvoering. De partijbedoeling kan ook uit de feitelijke uitvoering worden afgeleid. De kwalificatie van de overeenkomst wordt immers bepaald door de feitelijke inhoud van de overeenkomst en dus ook de uitvoering daarvan.<sup>56</sup> Volgens A-G de Bock is het leggen van de nadruk op de feitelijke uitvoering van de overeenkomst een van de manieren om met behulp van de Haviltex-maatstaf door schijnconstructies heen te prikken.<sup>57</sup> Op grond van het vorenstaande acht Verlinden het ook niet ondenkbaar dat de civiele rechter meer gewicht zal toekennen aan de feitelijke uitvoering, al is het reconstrueren van een feitelijke uitvoering volgens hem wel lastiger dan het uitleggen van een document met partijbedoeling.<sup>58</sup> Indien dat het geval is, kan men zich afvragen of hoe wenselijk het is om – in arbeidsrechtelijke zin – de nadruk op de feitelijke uitvoering te leggen. Door middel van een corrigerende werking van de feitelijke uitvoering kan – zonder daar de nadruk op te leggen – altijd nog worden geconcludeerd dat er eigenlijk sprake is van een arbeidsovereenkomst terwijl de schriftelijke overeenkomst wellicht wat anders veronderstelt.<sup>59</sup>

### 2.3 De maatschappelijke positie

Met de komst van de tweefasentoets is ondubbelzinnig komen vast te staan de maatschappelijke positie van partijen een rol speelt bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>60</sup> Uit de Haviltex-maatstaf blijkt namelijk dat voor de vaststelling van de overeengekomen rechten en plichten, mede van belang is tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.<sup>61</sup>

Voor de tweefasentoets was de maatschappelijke positie ook al van belang bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie, zowel in het civiele recht als in het publieke recht. Zoals in paragraaf 2.2 al bleek, was de maatschappelijke positie een van de handvatten uit het Groen/Schoevers arrest en kon de partijbedoeling worden ingevuld met behulp van deze maatschappelijke positie van partijen. Bij een zwakke maatschappelijke positie wordt er minder waarde gehecht aan de partijbedoeling en bij een sterke maatschappelijke positie geldt het tegenovergestelde.<sup>62</sup> De waarde van de maatschappelijke positie is onder andere afhankelijk van het opleidingsniveau en de sociaaleconomische positie van een werknemer.<sup>63</sup>

---

<sup>52</sup> Verhulp 2018, p. 3.

<sup>53</sup> Houweling e.a. 2020, p. 166.

<sup>54</sup> Houweling e.a. 2020, p. 167.

<sup>55</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 52.

<sup>56</sup> Tanja & Strandhardt, *BB* 2020/ 31, par. 5.

<sup>57</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 7.15 t/m 7.22.

<sup>58</sup> Verlinden, *JIN* 2020/165, p. 1588

<sup>59</sup> Seghrouchni, *BB* 2021/2, par 5.

<sup>60</sup> Said 2022, p. 111.

<sup>61</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

<sup>62</sup> Houweling e.a. 2020, p. 173.

<sup>63</sup> Houweling e.a. 2020, p. 174.

Ook na de komst van de tweefasentoets wordt er nog steeds uitgegaan van de corrigerende werking van de maatschappelijke positie van partijen in het arbeidsrecht en het publiekrecht.<sup>64</sup> Zo is in het Handboek Loonheffingen bijvoorbeeld bepaald dat als een werkende een dusdanig hoge maatschappelijke positie heeft waardoor aannemelijk is dat hij een gelijkwaardige onderhandelingspositie heeft ten opzichte van de opdrachtgever, dat dit een contra-indicatie is voor het aannemen van een gezagsverhouding.<sup>65</sup> Dit betekent echter niet dat in het Publiekrecht de maatschappelijke positie enkel wordt gebruikt voor de invulling van het gezag. Uit het Notarissen-arrest blijkt namelijk dat de maatschappelijke positie moet worden meegenomen als één van de omstandigheden van het geval die partijbedoeling en feitelijke uitvoering (enger) en de beantwoording van de kwalificatievraag (ruimer) bepalen.<sup>66</sup> Voor de huidige invulling van de maatschappelijke positie dient er volgens de literatuur nog steeds te worden uitgegaan van kennis, economische (on)afhankelijkheid, de vraag of partijen over de inhoud van de overeenkomst hebben onderhandeld, en de vraag of partijen 'tegen elkaar opgewassen' zijn.<sup>67</sup> Op dit gebied lijken het civiele recht en het publieke recht eenzelfde invulling te geven aan de invulling van de maatschappelijke positie van partijen.

## 2.4 De partijbedoeling in het publiekrecht

De Centrale Raad van Beroep had in het verleden in een sociaalrechtelijke geschil wel eens geoordeeld dat de partijbedoeling uit het Groen/Schoevers-arrest voor de Centrale Raad van Beroep geen rechtens relevant criterium was voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie waardoor zij hier geen rekening mee hield.<sup>68</sup> Naarmate de tijd vorderde is de partijbedoeling gaan functioneren als ondersteunend criterium, maar had het geen zelfstandige betekenis aan de hand waarvan kon worden beslist over de aard van de arbeidsrelatie.<sup>69</sup> Als de feiten en omstandigheden tot een andere conclusie leiden dan de bedoeling van partijen, dan geven de eerste de doorslag.<sup>70</sup>

Ook in het fiscaal recht speelde de partijbedoeling een bescheiden rol.<sup>71</sup> Volgens Van der Wiel-Rammeloo werd – door niet de nadruk te leggen op de bedoeling van partijen – recht gedaan aan het feitencomplex hetgeen doel en strekking van de loonbelasting, het zijn van een voorheffing op de inkomstenbelasting en voor zoveel mogelijk werknemers een eindheffing, ten goede komt.<sup>72</sup>

Door het Gouden Kooi-arrest heeft het Groen/Schoevers arrest zijn intrede gemaakt in het publiekrecht. A-G van Ballegooijen stelde hierover al:

“Wat opvalt in de fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad en de Gerechtshoven alsmede in de jurisprudentie van de Centrale Raad is dat deze rechterlijke instanties consequent voorbij (lijken te) gaan aan de woorden van de Eerste Kamer van de Hoge Raad, die hij sinds het arrest Groen/Schoevers constant gebruikt: dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven”<sup>73</sup>

In het Gouden Kooi-arrest is vervolgens het volgende overwogen:

‘Bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen partijen als zodanig dient te worden aangemerkt, moet worden getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben

<sup>64</sup> Said 2022, p. 112.

<sup>65</sup> 'Handboek Loonheffingen 2022', belastingdienst.nl, p. 489.

<sup>66</sup> Loonstra, TAP 2012/4.

<sup>67</sup> Said 2022, p. 112.

<sup>68</sup> Houweling e.a. 2020, p. 168.

<sup>69</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 170.

<sup>70</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 170.

<sup>71</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 110.

<sup>72</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 113.

<sup>73</sup> Concl. A-G C.W.M. Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2011:BP3887, bij HR 25 maart 2011, r.o. 9.9.

gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven (vgl. onder meer HR 13 juli 2007, nr. C05/331, LJN BA6231, NJ 2007/449).<sup>74</sup>

Het Gouden Kooi-arrest heeft er dus toe geleid dat de arbeidsrechtelijke toetsingswijze ook in het publiekrecht is gaan gelden.<sup>75</sup> Dit hield in dat voor de kwalificatie van arbeidsrelatie gebruik moest worden gemaakt het Groen/Schoevers arrest en dus ook de partijbedoeling moest worden onderzocht.

De fiscale kamer van de Hoge Raad overwoog ongeveer een jaar later in het Notarissen-arrest dat er geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig welke eerst blijken uit de uitvoering van de overeenkomst.<sup>76</sup>

Volgens Mauser past deze nuancering van de fiscale kamer goed bij de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht en de wens tot ongelijkheidscompensatie omdat de beoogde bescherming anders makkelijk 'weg gecontracteerd' kan worden.<sup>77</sup> Volgens Van der Wiel-Rammeloo is deze arbeidsrechtelijke gedachte vanuit fiscaal oogpunt ook geen probleem: "Het is immers zeer wel denkbaar dat juist omwille van de fiscale (en sociaalverzekeringsrechtelijke en arbeidsrechtelijke) consequenties een potentiële opdrachtgever liever geen arbeidsovereenkomst sluit. Het is dan niet uitgesloten dat hij de opdrachtnemer zal 'overhalen' een overeenkomst van opdracht te tekenen hoewel eigenlijk sprake is van een dienstbetrekking".<sup>78</sup>

Deze nuance zal echter ook te maken hebben met het gegeven dat door de aard van het publiekrecht de fiscale kamer van de Hoge Raad de omstandigheden van het geval duidelijker voorop stelt dan in de civiele kamer en de partijbedoeling, de feitelijke uitvoering van de overeenkomst, de voorwaarden van artikel 7:610 BW en de maatschappelijke positie daaraan ondergeschikt verklaart.<sup>79</sup> De nadruk ligt daardoor meer op een formele benadering omdat het onwenselijk is dat partijen anders door middel van de partijbedoeling de toepasselijkheid van publiekrechtelijke regelingen zelf in de hand zouden hebben.<sup>80</sup> Houweling e.a. laten hieromtrent doorschemeren dat toegang heeft tot collectieve middelen niet bepaald dient te worden door twee contractspartijen onderling middels een partijbedoeling, maar door het collectief en dat daardoor feitelijke benadering beter past.<sup>81</sup>

## 2.5 Analyse jurisprudentie

In deze paragraaf wordt in paragraaf 2.4.1 de civiele jurisprudentie besproken en in paragraaf 2.4.2 de publiekrechtelijke jurisprudentie. De conclusie van Said dat rechtbanken worstelen met de toepassing van de tweefasentoets lijkt ook nu nog stand te kunnen houden.

### 2.5.1 Civiele jurisprudentie

Gebleken is dat het merendeel van de rechtbanken op de hoogte is van de tweefasentoets. Hetzelfde geldt voor de Gerechtshoven.<sup>82</sup> Uit de jurisprudentie van de rechtbanken blijkt echter ook dat de Haviltex-maatstaf niet expliciet wordt toegepast bij de vaststelling van de overeengekomen rechten en plichten.<sup>83</sup> De toets in de uitlegfase heeft nog steeds veel weg van een beoordeling aan de hand van de handvatten uit het Groen/Schoevers-arrest. Op 17 juni 2022 oordeelde de Rechtbank Gelderland nog dat de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst moet worden beoordeeld aan de hand van het Groen/Schoevers-arrest:

"Als uitgangspunt heeft te gelden dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten. Wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

<sup>74</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2.

<sup>75</sup> Said 2022, p. 163.

<sup>76</sup> HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.4.3 (Notarissen-arrest).

<sup>77</sup> Mauser, *ArbeidsRecht* 2019/45, par. 2.

<sup>78</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 112.

<sup>79</sup> Houweling e.a. 2020 II, p. 414.

<sup>80</sup> Said 2022, p. 165.

<sup>81</sup> Houweling e.a. 2020, p. 169.

<sup>82</sup> Zie bijlage I.

<sup>83</sup> Zie bijlage I voor de geraadpleegde arresten.

Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst wordt bepaald of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien.”<sup>84</sup>

Uit het onderzoek naar de jurisprudentie van het Gerechtshof blijkt dat in slechts twee uitspraken de Haviltex-maatstaf duidelijk in acht wordt genomen. Zo wordt in één uitspraak overwogen:

“Uit de bewoordingen van de Aansluitingsovereenkomst, de daarbij aan [de vennootschap] geboden mogelijkheden en honorering, de gelijktijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst met eindafrekening van hetgeen op basis daarvan nog verschuldigd was (uitbetaling vakantiedagen en vakantie-geld), in combinatie met de sociaal economisch sterke maatschappelijke positie van [verzoeker] , die moet worden beschouwd als professionele partij die in rechtskennis niet voor Deloitte onder deed (een fiscalist die geacht kan worden als geen ander op de hoogte te zijn van het verschil tussen werkne-mer- en ondernemerschap), mochten partijen van elkaar verwachten en begrijpen dat het doel niet langer een arbeidsovereenkomst was, maar een andersoortige samenwerking.”<sup>85</sup>

In de andere uitspraak wordt de Haviltex-maatstaf ontleed en wordt de arbeidsrelatie vervolgens uitgelegd aan de hand van de totstandkoming van de schriftelijke overeenkomst, de inhoud van de schriftelijke overeenkomst, de uitvoering van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en kennis uitgelegd.<sup>86</sup>

### **2.5.2 Publiekrechtelijke jurisprudentie**

Uit de analyse van de publiekrechtelijke jurisprudentie blijkt dat dat er in tien arresten van de rechtbank en één arrest van de Centrale Raad van Beroep wordt verwezen naar het Participatieplaats-arrest. In niet één arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen de tweefasentoets en in slechts één uitspraak is de Haviltex-norm expliciet toegepast.<sup>87</sup>

In publiekrechtelijke jurisprudentie waar naar het Participatieplaats-arrest wordt verwezen, wordt de uitlegfase ingevuld aan de hand van het Groen/Schoevers-arrest in plaats van de Haviltex-maatstaf. Zo luidt een overweging van de Rechtbank Midden-Nederland bijvoorbeeld:

“Volgens vaste rechtspraak moet voor het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking sprake zijn van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon. Voor de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, moet de vraag worden beantwoord welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, en moeten niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar moet ook acht worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en daaraan inhoud hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel element beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.”<sup>88</sup>

Dit is echter een verwijzing naar het Gouden Kooi-arrest met daaraan toegevoegd de laatste twee zinnen die afkomstig zijn uit het Participatieplaats-arrest:

“Voor de vraag of belanghebbende tot Talpa in een zodanige privaatrechtelijke dienstbetrekking stond is maatgevend of tussen beiden sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen partijen als zodanig dient te worden aangemerkt, moet worden getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

<sup>84</sup> Rb. Gelderland 17 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3502, r.o. 5.2.

<sup>85</sup> Hof Den Haag, 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, r.o. 6.4 onder f.

<sup>86</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden, 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, r.o. 3.36 t/m 3.39.

<sup>87</sup> Zie bijlage II.

<sup>88</sup> Rb. Midden Nederland 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3342, r.o. 2.

Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven (vgl. onder meer HR 13 juli 2007, nr. C05/331, LJN BA6231, NJ 2007/449).<sup>89</sup>

En een verwijzing naar het arrest Thuiszorg Rotterdam/ PGGM waarin is overwogen:

“ (...) Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is immers niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.”<sup>90</sup>

Hierdoor wordt de uitlegfase niet met behulp van de Haviltex-maatstaf ingevuld maar met behulp van het Groen/ Schoevers-arrest. Daarnaast ontbreekt daardoor een expliciete vermelding – en wellicht – toepassing van de maatschappelijke positie van partijen.

Deze overweging is daarnaast wat ongelukkig verwoord met betrekking tot de toepassing van de partijbedoeling in de uitlegfase.

Zoals eerder al werd toegelicht is bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf de gemeenschappelijke bedoeling van partijen beslissend voor de uitleg van de overeenkomst en als deze gemeenschappelijke bedoeling niet is vast te stellen, dan betekent de overeenkomst dat wat de partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten denken dat zij inhield.<sup>91</sup> Bij de uitleg van de overeenkomst gaat het om de overeenkomst zelf – de overeengekomen wederzijdse rechten en verplichten tussen partijen – en niet de schriftelijke tekst van de overeenkomst.<sup>92</sup> Dit houdt in dat alle verklaringen van gedragingen van de partijen betrokken moeten worden bij deze beoordeling. Hetgeen ook betekent dat uit de feitelijke uitvoering van de overeenkomst kan worden afgeleid wat de partijbedoeling is.<sup>93</sup> Voor de betekenis van de feitelijke uitvoering geldt nog steeds het Groen/Schoevers-arrest.<sup>94</sup> Met de komst van het Participatieplaats-arrest heeft de partijbedoeling een centrale rol gekregen in de uitlegfase en blijkt deze partijbedoeling niet alleen uit de schriftelijke overeenkomst, maar ook uit de feitelijke uitvoering van de gemaakte afspraken.<sup>95</sup>

Door eerst te overwegen dat: “niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden” en vervolgens te overwogen dat: “Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden” lijkt het alsof de overweging zichzelf tegenspreekt en de schriftelijke partijbedoeling volledig terzijde wordt geschoven waardoor er enkel naar de feitelijke uitvoering hoeft te worden gekeken. Conform het Participatieplaats-arrest speelt de bedoeling van partijen alleen geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Een stelling van partijen zoals: “Dit is geen arbeidsovereenkomst” is derhalve niet relevant. Wat partijen voor ogen stond kan daarentegen wel blijken uit op schrift overeengekomen rechten en verplichtingen. Nu lijkt het alsof dat dus eigenlijk niet van belang is.

In een andere uitspraak oordeelde de Rechtbank:

“Bij de beoordeling of sprake is van loon dat uit een dienstbetrekking wordt genoten is maatgevend of is voldaan aan de eisen van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek. Voor een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610, lid 1, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) moet sprake zijn van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon. Voor beantwoording van de vraag of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van artikel 7:610, lid 1, BW dient eerst te worden beoordeeld welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen.

<sup>89</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2.

<sup>90</sup> HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, r.o. 3.4.

<sup>91</sup> De Jong e.a. 2018, p. 23.

<sup>92</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, r.o. 5.50.

<sup>93</sup> Laagland & Said, ARA 2021, p. 40.

<sup>94</sup> Verlinden, JIN 2020/165, p. 1588.

<sup>95</sup> Said 2022, p. 100.

Deze beoordeling vindt niet alleen plaats aan de hand van de taalkundige uitleg van de bepalingen van de desbetreffende schriftelijke overeenkomst, maar ook aan de hand van de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen en aan de hand van hetgeen partijen redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij deze subjectieve toets is ook de intentie van partijen van belang. Vervolgens dient te worden beoordeeld of de door partijen overeengekomen rechten en verplichtingen als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610, lid 1, BW kan worden aangemerkt. Bij deze objectieve toets moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar moet ook acht worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel element beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden bezien.”<sup>96</sup>

Hier wordt de kwalificatiefase ingevuld met behulp van de Groen/Schoevers-maatstaf waardoor de partijbedoeling – wat partijen voor ogen stonden – in de kwalificatiefase wordt toegepast.

### Hoofdstuk 3 De kwalificatiefase

#### 3.1 De holistische benadering

In de kwalificatiefase moet er worden beoordeeld of de overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Deze kenmerken zijn: arbeid, loon, gezag en het gedurende een zekere tijd verrichten van arbeid. In deze fase dienen de vastgestelde rechten en verplichtingen in onderling verband te worden bezien om zodoende vast te stellen of voldaan is aan de kenmerken van de arbeidsovereenkomst.<sup>97</sup> Dit wordt ook wel de holistische benadering genoemd. Volgens Said kan er binnen de holistische benadering een onderscheid worden gemaakt tussen de ‘totaalbeeldbenadering’ en de ‘constitutievebenadering’.<sup>98</sup> Bij de ‘totaalbeeldbenadering’ worden alle kenmerken in ogenschouw genomen voor de afweging of er sprake is van een dienstverband, hetgeen ertoe kan leiden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst zonder dat er bijvoorbeeld sprake is van gezag.<sup>99</sup> Bij de ‘constitutievebenadering’ is essentieel dat er sprake is van enige vorm van gezag, zij het wel dat hier beperkte eisen aan worden gesteld zodat een werkende die nauwelijks is onderworpen aan werkinstructies alsnog een arbeidsovereenkomst kan hebben.<sup>100</sup> Volgens Said is de ‘constitutievebenadering’ leidend.<sup>101</sup> Een voorbeeld van deze benadering is te vinden in de voor dit onderzoek onderzochte jurisprudentie. Zo oordeelde de bestuursrechter in een belastingrechtelijk geschil:

“Er is geen sprake van een gezagsverhouding en reeds daarom is er geen privaatrechtelijke dienstbetrekking. De stelling van eiseres dat geen verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid bestaat, behoeft geen bespreking.”<sup>102</sup>

Vanuit de literatuur is er kritiek op de holistische benadering. Door de holistische benadering kan het zo zijn dat er ondanks de aanwezigheid van een gezagsrelatie, toch geen arbeidsovereenkomst is. Dit kan zorgen voor onduidelijkheid omdat hierdoor een doorslaggevend criterium ontbreekt waarmee kan worden vastgesteld dat sprake is van ‘in dienst’ van de werkgever verrichte arbeid.<sup>103</sup>

Wat voorts opvalt is dat met betrekking tot kwalificatie van de privaatrechtelijke dienstbetrekking in het publiek recht, er diverse beleidsregels zijn verschenen om (op voorhand) duidelijkheid te geven of een bepaalde arbeidsverhouding als privaatrechtelijke dienstbetrekking kan worden aangemerkt.<sup>104</sup> Er was ook een wet die moest zorgen voor meer duidelijkheid, de Wet DBA (Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie), maar deze wet doet niet wat het moet doen. Op de website van de Rijksoverheid wordt over deze wet het volgende gezegd: ‘Opdrachtgevers en opdrachtnemers (zzp'ers) hebben graag zekerheid over de arbeidsrelatie die ze met elkaar aangaan. Tot 1 mei 2016 kon dit met de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR). Sinds 1 mei 2016 is deze vervangen door de Wet DBA.

<sup>96</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 20 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:152, r.o. 2.11.

<sup>97</sup> Said 2022, p. 117.

<sup>98</sup> Said 2022, p. 113 & 114.

<sup>99</sup> Said 2022, p. 113.

<sup>100</sup> Said 2022, p. 114.

<sup>101</sup> Said 2022, p. 116.

<sup>102</sup> Rb. Noord-Holland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2021, r.o. 20.

<sup>103</sup> Zwemmer 2018, p. 6.

<sup>104</sup> Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 2 Wet LB 1964, aant. 2.2.1 e.v. (online, bijgewerkt 15 december 2022).

Deze wet heeft niet de duidelijkheid en rust gebracht die hij moest brengen. Het kabinet heeft daarom besloten de wet te vervangen.<sup>105</sup> Voor nu moeten opdrachtgevers en opdrachtnemers het doen met de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie.

De webmodule moet vooraf een indicatie geven over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. In het coalitieakkoord 'Omkijken naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' stelt het Kabinet Rutte IV dat de verdere ontwikkeling van de webmodule kan bijdragen aan het vooraf verkrijgen van zekerheid voor zelfstandigen over de aard van de arbeidsrelatie.<sup>106</sup> Of deze webmodule kan zorgen voor helderheid voor zelfstandigen is echter maar de vraag. In de literatuur wordt de effectiviteit van deze module namelijk in twijfel getrokken. Een vraagstuk dat holistisch dient te worden beoordeeld zou zich namelijk niet mathematisch laat vangen in een beslisboom.<sup>107</sup> Ook zouden er vragen ontbreken, onduidelijk zijn of nuance missen.<sup>108</sup> Said stelt hieromtrent dat er voor de holistische benadering inzicht moet zijn in alle relevante feiten en omstandigheden van het geval die vooraf niet allemaal bekend zullen zijn waardoor absolute zekerheid vooraf niet mogelijk is.<sup>109</sup> Het vooraf willen bieden van zekerheid over het antwoord op de kwalificatievraag staat daarom op gespannen voet met het uitgangspunt dat de boordeling van de rechtsverhouding gebaseerd is op alle relevante feiten en omstandigheden, in hun onderlinge verband bezien.<sup>110</sup>

## 3.2 Gezag

### 3.2.1 Civiel recht

Het gezag bij de arbeidsovereenkomst vloeit voort uit de woorden: "in dienst van een andere partij". Vanaf het moment van bestaan is het gezagsbegrip voer voor discussie geweest omdat het tot de nodige afbakeningsproblemen had geleid.<sup>111</sup> Deze discussie is vandaag de dag nog steeds actueel nu uit sectorgesprekken is gebleken dat er (wederom) behoefte is aan duidelijkheid over het gezagscriterium.<sup>112</sup> Volgens A-G De Bock kan dit worden opgelost door de organisatorische inbedding als uitgangspunt te nemen bij de invulling van het gezagsbegrip.<sup>113</sup> Het werk dient dan een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering – een kernactiviteit – van de werkverschaffer te zijn.<sup>114</sup> De invulling van het gezagscriterium aan de hand van de organisatorische inbedding kan daarnaast bijdragen aan de harmonisatie van het gezagsbegrip tussen civiele en het publieke recht, zulks gelet op het navolgende.

Vroeger was bij de invulling van het gezagsbegrip bepalend of de werkgever daadwerkelijk inhoudelijke aanwijzingen gaf aan de werkende met betrekking tot de inhoud van werk.<sup>115</sup> Dit wordt ook wel materieel gezag genoemd.<sup>116</sup> Het arbeidsrecht is echter onderworpen aan maatschappelijke veranderingen en het is ongewenst als juridische begrippen deze veranderingen vertragen of in de weg staan.<sup>117</sup> Maatschappelijke ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat werknemers steeds meer zelfstandig kunnen functioneren waardoor inhoudelijke aanwijzingen ten opzichte van de inhoud van het werk niet meer of minder nodig zijn. Volgens Boot is het materiële gezagsbegrip daarom ook niet altijd meer bruikbaar en deze bruikbaarheid zal door de maatschappelijke ontwikkelingen eerder verder afnemen dan toenemen.<sup>118</sup> Derhalve kan volgens Boot de nadruk beter op het formele gezag worden gelegd met als uitgangspunt of het wel of niet om reguliere bedrijfsactiviteiten gaan.<sup>119</sup> Dit kan geplaatst worden onder het formele gezag. Het formele gezag is het gezag dat is afgeleid van de organisatorische gang van zaken binnen het bedrijf.<sup>120</sup> De instructiebevoegdheid van een werkgever gaat daarbij niet over de inhoud van het werk maar over organisatorische zaken zoals werktijden, verlof, et cetera.<sup>121</sup>

<sup>105</sup> 'Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelatie)', rijksoverheid.nl.

<sup>106</sup> Rutte e.a. 2021, p. 23.

<sup>107</sup> Emmerig, *WFR* 2021/78, par 2.

<sup>108</sup> Emmerig, *WFR* 2021/78, par 3.

<sup>109</sup> Said 2022, p. 183.

<sup>110</sup> Said 2022, p. 196.

<sup>111</sup> Loonstra, SR 2005/ 17 .

<sup>112</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 6.7.

<sup>113</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.6.

<sup>114</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.6.

<sup>115</sup> Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/20.

<sup>116</sup> Houweling e.a. 2020, p. 154.

<sup>117</sup> Loonstra, SR 2005/ 17.

<sup>118</sup> Boot 2018, p. 2.

<sup>119</sup> Boot 2018, p. 2.

<sup>120</sup> Concl. A-G C.W.M. Van Balleghooijen, ECLI:NL:PHR:2011:BP3887, bij HR 25 maart 2011, r.o. 6.1.

<sup>121</sup> Houweling e.a 2020 p. 154.

Hierdoor kan het enkel hebben van de bevoegdheid om aanwijzingen te geven voldoende zijn om een gezagsverhouding aan te merken.<sup>122</sup> Een voorbeeld van formeel gezag is te vinden in het Gouden Kooi-arrest:

“De Rechtbank spreekt in r.o. 2.2 over huisregels. Het formele gezag volgt tevens uit het Regelboek met spelregels die Talpa kan aanvullen en wijzigen zoals het haar goedgevindt en ook uit artikel 9.1 van de Overeenkomst waarin sprake is van ordemaatregelen die Talpa mag nemen en waaraan de deelnemer zich op voorhand conformeert. Belanghebbende was voorts onderworpen aan het "intensief door Talpa geregisseerde kader" (woorden ontleend aan r.o. 3.2 van de Centrale Raad) van "De Gouden Kooi". Een en ander wijst (niet alleen op materieel, maar ook) op formeel gezag.”<sup>123</sup> Een ander voorbeeld van waar sprake was van een formele gezagsverhouding is het Imam-arrest: “Ook deze klacht faalt. De omstandigheid dat degeen die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt, ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak — tenzij anders is overeengekomen, waarvan te dezen niet is gebleken — niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, sluit niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1637a BW.”<sup>124</sup>

De komst en de ontwikkeling van de platformeconomie heeft gezorgd voor een nog meer moderne gezagsrelatie met een eigen karakter. De maatschappelijke ontwikkelingen maken ook de formele toets gecompliceerder. Uit een literatuuronderzoek van Said – waarin zij diverse position papers heeft geanalyseerd – komt naar voren dat de nadruk van het gezagscriterium nog meer op het organisatorische aspect moet komen te liggen, in plaats van op de instructiebevoegdheid van de werkverschaffer.<sup>125</sup> Omdat het moeilijker is geworden om ook aan de hand van formele kenmerken de gezagsrelatie te kwalificeren, wordt de gezagsrelatie tegenwoordig steeds meer vastgesteld aan de hand van verschillende factoren, zoals de vraag of de arbeid binnen een organisatorisch verband wordt verricht, of de arbeid een duurzaam of incidenteel karakter heeft, voor wiens risico het werk wordt gedaan, of de werkgever sociale premies en loonbelasting inhoudt, of degene die werkt btw afdraagt, of deze vakantiedagen krijgt en of deze andere aan het werknemerschap verbonden rechten geniet.<sup>126</sup>

Al met al is er behoefte aan duidelijkheid met betrekking tot de invulling van het gezagscriterium en gelet op de ontwikkelingen die gezagsverhouding doormaakt is dat niet zo gek. Er kan momenteel nog steeds sprake zijn van formeel gezag, materieel gezag of van beide en er is niet vereist dat er zowel sprake is van materieel als formeel gezag.<sup>127</sup> Volgens de huidige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, ligt de oplossing in het verder verduidelijken van het begrip in de regelgeving.<sup>128</sup> De minister lijkt hiermee de lijn van de Commissie Borstlap te volgen, die van mening is dat een verduidelijking van een eigentijdse uitleg van het gezagscriterium in de wetgeving wenselijk is. Inmiddels is ook besloten om hiertoe over te gaan.<sup>129</sup> A-G de Bock acht een wetswijziging daarentegen niet nodig. De Hoge Raad zou namelijk een eigentijds uitleg kunnen geven aan het element ‘in dienst van’, met als vertrekpunt de organisatorische inbedding (hetgeen A-G de Bock ook al bepleitte in haar conclusie bij het Participatieplaats-arrest).<sup>130</sup> Het gaat dan om de vraag of het werk een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer is, zoals het lesgeven van een docent op school (kernactiviteit van de school) of een verpleger die zorgt verleend in een ziekenhuis.<sup>131</sup> Enkele gezichtspunten zouden volgens A-G de Bock kunnen zijn: (i) is sprake van het verrichten van kernactiviteiten; (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter; (iii) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden werden verricht.<sup>132</sup>

<sup>122</sup> Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/20.

<sup>123</sup> Concl. A-G C.W.M. Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2011:BP3887, bij HR 25 maart 2011, r.o. 9.5.

<sup>124</sup> HR 17-06-1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, r.o. 3.4.

<sup>125</sup> Said 2022, p. 73.

<sup>126</sup> Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/20.

<sup>127</sup> Said 2022, p. 69.

<sup>128</sup> *Kamerstukken I* 2021/22, 29544, nr. 1112, p. 35.

<sup>129</sup> Voortgangsbrief over werken met en als zelfstandige(n)', rijksoverheid.nl, p. 2.

<sup>130</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.25.

<sup>131</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.6.

<sup>132</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.6.



Verhulp voegt hier aan toe dat bij deze organisatorische inbedding ook economische positie – hetgeen in het fiscaalrecht niet ongebruikelijk is - van de werknemer worden betrokken: “de werker die zelf bij het uitoefenen van de werkzaamheden van de organisatie waarbinnen hij werkt niet een zelfstandig financieel risico loopt, zal snel als werknemer worden beschouwd.”<sup>133</sup> Door organisatorische inbedding als uitgangspunt te nemen volgt het arbeidsrecht het fiscale- en sociaalzekerheidsrecht.

### 3.2.2 Publiekrecht

De hiervoor genoemde ontwikkelingen met betrekking tot de aard van het werk en de ontwikkeling van de werknemers hebben er in de fiscaal- en sociaalzekerheidsrechtelijke jurisprudentie toe geleid dat de nadruk is komen te liggen op de ‘latente’ gezagsverhouding: “Een gezagsverhouding (is) aanwezig wanneer de werkgever het recht heeft toezicht uit te oefenen, leiding te geven en door aanwijzingen of instructies een nadere taakomschrijving te geven en de arbeider verplicht is een en ander te aanvaarden waarbij irrelevant is of het recht geëffectueerd wordt, dan wel de plicht nagekomen wordt.”<sup>134</sup>

In het Handboek Loonheffingen 2022 wordt de gezagsverhouding als volgt gedefinieerd:

“Er is een gezagsverhouding als u het recht hebt om opdrachten en aanwijzingen te geven voor het werk dat moet worden gedaan, of voor bijvoorbeeld werktijden, productie-eisen of omgang met klanten. De werknemer moet zich aan uw opdrachten en aanwijzingen houden. U kunt het geven van opdrachten en aanwijzingen ook overlaten aan een ander, bijvoorbeeld aan degene bij wie de werknemer eigenlijk werkt (bijvoorbeeld als u uw werknemer uitzendt of detacheert). Er kan ook sprake zijn van een gezagsverhouding als u nauwelijks opdrachten en aanwijzingen geeft. Bijvoorbeeld als het om eenvoudig werk gaat of als de werknemer specifieke vaardigheden heeft. Zelfs als u helemaal geen opdrachten en aanwijzingen geeft, kan er sprake zijn van een gezagsverhouding. Bijvoorbeeld als u toezicht houdt op de werkzaamheden, het werk controleert of klachten over het werk behandelt.”<sup>135</sup>

Vervolgens is er een lijst met relevante elementen opgenomen die betrokken worden bij de beoordeling van de gezagsverhouding, zoals: leiding en toezicht, vergelijkbaarheid van het personeel, werktijden, locaties, materialen, hulpmiddelen, gereedschappen, de manier waarop de werkende naar buiten treedt en overige relevante elementen.<sup>136</sup> Om het nog duidelijker te maken is met betrekking tot deze relevante elementen nog een nuance opgenomen die stelt dat de lijst niet volledig is en dat het niet mogelijk is om van te voren alle mogelijke elementen te definiëren omdat bij de beoordeling van de gezagsverhouding alle elementen in hun onderlinge verhouding worden getoetst.<sup>137</sup> Deze holistische benadering zorgt ervoor dat het vooraf bieden van absolute zekerheid over het antwoord op de kwalificatie vraag niet mogelijk is.<sup>138</sup>

In de hiervoor aangehaalde definitie zijn zowel materiële als formele aspecten van gezag terug te vinden. Voorheen bleek dat – in tegenstelling tot het fiscaal recht – de Centrale Raad van Beroep bijna altijd oordeelde aan de hand van het materiële en het formele gezagsbegrip of er sprake was van een gezagsverhouding en dat bij twijfel het formele gezagsbegrip de voorkeur kreeg.<sup>139</sup> Het formele en materiële gezag is vandaag de dag ook terug te vinden in de fiscale jurisprudentie zoals blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat is verricht in het kader van dit onderzoek. In deze fiscale uitspraken wordt de volgende overweging gebruikt voor de beoordeling van de gezagsverhouding:

“Bij beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding moet worden beoordeeld of degene die arbeid verricht aan een zeker gezag is onderworpen van de wederpartij en of laatstgenoemde bevoegd is opdrachten en instructies te geven en om controle uit te oefenen op de voortgang en resultaten van het werk (Centrale Raad van Beroep 23 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:156) In dit kader wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen materieel gezag (de bevoegdheid ten aanzien van de inhoud van het werk) en formeel gezag (de bevoegdheid ten aanzien van de organisatie van het werk). (Vergelijk onderdeel 8.2 van de conclusie van A-G van Ballegooijen voor het arrest Hoge Raad 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926) De bewijslast rust op de inspecteur.”<sup>140</sup>

<sup>133</sup> Verhulp 2018, p. 4.

<sup>134</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 100, 101 & 158.

<sup>135</sup> ‘Handboek Loonheffingen 2022’, belastingdienst.nl, p. 26.

<sup>136</sup> ‘Handboek Loonheffingen 2022’, belastingdienst.nl, p. 489.

<sup>137</sup> ‘Handboek Loonheffingen 2022’, belastingdienst.nl, p. 489.

<sup>138</sup> Said 2022, p. 183.

<sup>139</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 107 & 156.

<sup>140</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 7 april 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:1794, r.o. 4.4

Vervolgens kan er worden overwogen welke vorm van gezag zwaarder weegt:

“Het voorgaande komt er in de kern op neer dat wat betreft formeel gezag er overwegend meer tegen dan vóór een gezagsverhouding pleit, terwijl wat betreft materieel gezag de omstandigheden vóór en tegen elkaar in evenwicht houden. Alles afwegende leidt dit er, in combinatie met de aard van de beloning (niet per uur, maar per project), toe dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dus geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.”<sup>141</sup>

Uit de fiscale- en sociaalrechtelijke literatuur blijkt echter ook dat de vraag of de arbeid binnen organisatorisch verband wordt verricht ook van belang is bij de beoordeling van de gezagsrelatie.<sup>142</sup> Als de arbeid een wezenlijk onderdeel is van de bedrijfsvoering van de onderneming, dan zou al snel een gezagsverhouding worden aangenomen.<sup>143</sup>

Zo concludeert Van der Wiel-Rammeloo dat uit HR 21 januari 1998, BNB 1998/58 – een fiscaalrechtelijke zaak – blijkt dat de werkzaamheden van zeilinstrueteurs bij een zeilschool waren ingebed in een organisatorisch kader.<sup>144</sup> Daarnaast oordeelde de het Hof in 2008 in een fiscaalrechtelijk geschil dat: “Het bezorgen van warme etenswaren vormt immers - naar de Inspecteur heeft gesteld en het Hof aannemelijk acht - een structureel en een zeer wezenlijk onderdeel van belanghebbendes bedrijfsvoering. Alsdan is niet goed voorstelbaar dat er geen gezagsverhouding tussen belanghebbende en de pizzabezorgers zou bestaan (vergelijk CRvB 21 december 1994, RSV 1995/170).”<sup>145</sup>

Het sociaalzekerheidsrecht vertoont veel overeenkomsten met het fiscaal recht. Aan de hand van de feitelijke omstandigheden wordt onderzocht of voldaan is aan de voorwaarden van artikel 7:610 BW. Ook in het sociaal zekerheidsrecht wordt er gekeken naar het organisatorisch verband en de organisatorische inbedding van de werkzaamheden. Zo overwoog de Centrale Raad van Beroep in 2005 dat voor het aannemen van een gezagsverhouding van belang was dat de werkzaamheden van een verwachtwagenchauffeur behoorde tot de kernactiviteiten van de werkgever.<sup>146</sup>

De organisatorische inbedding valt in het sociaalzekerheidsrecht onder de noemer: ‘reële gezagsverhouding’. De ‘reële’ gezagsverhouding is een antwoord van de CRvB op werkzaamheden waarbij moeilijk is vast te stellen of er sprake is van een gezagsverhouding, bijvoorbeeld bij incidenteel werk, eenvoudige werkzaamheden of situaties waarbij er gewerkt wordt met hoogopgeleide werknemers met specialistische kennis.<sup>147</sup> Het moet dan gaan om werk dat een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkgever vormt en organisatorisch en structureel zijn ingebed in de organisatie van de werkgever waardoor het gaat om werk dat essentieel is voor het bedrijf en niet slechts om losse zelfstandige klussen.<sup>148</sup> Afhankelijk van alle feiten en omstandigheden kunnen ook niet direct bedrijfsgebonden werkzaamheden worden verricht in een privaatrechtelijke dienstbetrekking als deze worden verricht in het organisatorische verband van de werkgever.<sup>149</sup>

Op grond van al het vorenstaande kan er dan ook geconcludeerd worden dat de organisatorische inbedding als uitgangspunt voor de beoordeling van de gezagsverhouding, het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht met elkaar in overeenstemming brengt. Zowel het in het fiscaalrecht als in het sociaalzekerheidsrecht werd er al van dit criterium gebruikt worden gemaakt zonder dat daar een wettelijke gezagsbepaling voor nodig was. Een wettelijke bepaling is mijns inziens dan ook overbodig. Waar destijds in de jurisprudentie het onderscheid is gemaakt tussen materieel en formeel gezag en het formele gezag zich in de jurisprudentie verder heeft ontwikkeld, zou dit derhalve ook mogelijk moeten zijn voor de invulling van de organisatorische inbedding.

<sup>141</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 24 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:919, r.o. 2.10.4.

<sup>142</sup> *Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 2 Wet LB 1964, aant. 2.2.1 (online, bijgewerkt 15 december 2022).

<sup>143</sup> Aarts 2021, p. 22.

<sup>144</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 108.

<sup>145</sup> Hof Arnhem 10 juli 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AV3826, r.o. 4.6.

<sup>146</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 168.

<sup>147</sup> Alink, in: *T&C Sociaalzekerheidsrecht*, art. 3 ZW, aant. 2.

<sup>148</sup> Alink, in: *T&C Sociaalzekerheidsrecht*, art. 3 ZW, aant. 2.

<sup>149</sup> Alink, in: *T&C Sociaalzekerheidsrecht*, art. 3 ZW, aant. 2.

Daarnaast blijkt uit de ‘voortgangsbrief werken met en als zelfstandigen’ het volgende:

“Het kabinet werkt bovengenoemde plannen uit in een wetsvoorstel dat richting de zomer van 2023 voor internetconsultatie voor kan liggen en na de zomer 2023 aan de Raad van State kan worden gezonden. De planning is erop gericht om begin 2024 het uiteindelijke voorstel bij”<sup>150</sup>

Er is echter nu al behoefte aan duidelijkheid en de kortste klap daarvoor kan de binnenkort te verschijnen uitspraak van de Hoge Raad zijn in het Deliveroo-arrest. Deze datum van deze uitspraak was voorlopig vastgesteld op 23 december 2022.<sup>151</sup> Mocht in deze uitspraak de organisatorische inbedding als uitgangspunt worden genomen, dan geldt deze insteek op grond van het Gouden-Kooi arrest geldt deze uitspraak ook voor het publieke recht.

### 3.3 Arbeid

Arbeid is elke willekeurig arbeid van geestelijke of lichamelijke aard.<sup>152</sup> Hieronder vallen ook slaapdiensten<sup>153</sup> en het (enkel) aanwezig of beschikbaar zijn.<sup>154</sup> De verrichte arbeid moet bijdragen aan het primaire doel van de onderneming.<sup>155</sup> Het gaat dan om voor de werkgever waardevolle arbeid (een economisch belang).<sup>156</sup> Tot slot moet de arbeid persoonlijk worden verricht.

Of de arbeid persoonlijk moet worden verricht hangt af van de omstandigheden van het geval. Het gaat daarbij niet alleen om de rechten en verplichtingen die partijen bij aanvang van de rechtsverhouding voor ogen stond, maar er moet ook gekeken worden naar de wijze waarop de partijen uitvoering hebben gegeven aan de rechtsverhouding.<sup>157</sup> De persoonlijke verplichting tot het verrichten van de overeengekomen arbeid kan derhalve uit de overeenkomst zelf, alsook uit de feitelijke uitvoering worden afgeleid.<sup>158</sup>

Volgens A-G de Bock heeft de eis van persoonlijke arbeidsverrichting steeds meer aandacht gekregen omdat in werkcontracten vrije vervangingsclausules worden opgenomen die inhouden dat een werker zich te allen tijde mag laten vervangen.<sup>159</sup> Een dergelijke bepaling leidde in 2018 tot de conclusie dat een Deliveroo-bezorger geen persoonlijke arbeidsverplichting had – ondanks dat deze bezorger zich nooit had laten vervangen – waardoor er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.<sup>160</sup> Nu is het wel zo dat deze uitspraak dateert uit de periode dat het Groen/ Schoevers-arrest nog leidend was. In haar conclusie bij het Participatieplaats-arrest stelde A-G De Bock dat in het Groen/Schoevers arrest te veel waarde werd gehecht aan de partijbedoeling waardoor partijen een papieren werkelijkheid konden creëren door het plaatsen van een etiket op de arbeidsovereenkomst om zodoende onder de bescherming van het arbeidsrecht uit te komen.<sup>161</sup> Nu is een vrije vervangingsclausule niet hetzelfde als een etiket die op de overeenkomst als geheel wordt geplakt, maar wel een opdrachtneemachtige bepaling die – zoals in paragraaf 2.2 uiteen is gezet – deel kan uitmaken van een strategisch vormgegeven contract om artikel 7:610 BW te omzeilen.

Discussies over de vrije vervangingsclausule kunnen worden voorkomen als dit niet meer bij de kwalificatievraag hoeft te worden betrokken. Volgens A-G De Bock is de persoonlijke arbeidsverplichting geen element van de kwalificatie van als arbeidsovereenkomst.<sup>162</sup> Net als in haar conclusie bij het Participatieplaats-arrest – waar de Hoge Raad toen niks mee gedaan had – zou deze eis namelijk niet gesteld worden in artikel 7:610 BW, maar voortvloeien uit Afdeling 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek waar de verplichtingen van een werknemer zijn opgenomen.<sup>163</sup>

<sup>150</sup> ‘voortgangsbrief werken met en als zelfstandigen’, rijksoverheid.nl, p. 2.

<sup>151</sup> ‘Advies AG aan Hoge Raad: maaltijdbezorgers van Deliveroo werken op basis van arbeidsovereenkomst’, hogeraad.nl.

<sup>152</sup> Keizer, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.3.1 (online, bijgewerkt 25 februari 2019).

<sup>153</sup> HR 25 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173, r.o. 3.4.

<sup>154</sup> Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/21.

<sup>155</sup> Houweling e.a. 2020, p. 145.

<sup>156</sup> E.S. de Jong & W.A. Zondag, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht thematisch*, art. 7:610 BW, aant. C.1 (online, bijgewerkt t/m 21 oktober 2021).

<sup>157</sup> Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384, r.o. 3.8.

<sup>158</sup> Keizer, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.3.3 (online, bijgewerkt 25 februari 2019).

<sup>159</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 9.1.

<sup>160</sup> Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, r.o. 21.

<sup>161</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, r.o. 5.35.

<sup>162</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 9.11.

<sup>163</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 9.12.

Deze redentatie zou de rechtszekerheid zeker ten goede komen om de simpele reden dat de uitleg en kwalificatiefase minder omvangrijk zullen zijn. Er hoeft dan immers geen oordeel meer te worden geveld of de overeenkomst – waar de vrije vervangingsclausule in is opgenomen – en de feitelijke uitvoering daarvan van invloed is op de vraag of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Voor nu is dit echter niet het geval en dient de persoonlijke verplichting tot het verrichten van arbeid nog steeds te worden betroukkene bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Wanneer naar de feitelijke uitvoering van de overeenkomst wordt gekeken hoeft dit ook geen probleem te zijn. Zo oordeelde het Hof in het meest recente Deliveroo-arrest dat de vervangingsmogelijkheden die de bezorgers hebben – en die weliswaar kunnen duiden op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst – niet onverenigbaar is met het bestaan van een arbeidsovereenkomst omdat binnen de arbeidsovereenkomst ook de ruimte bestaat dat een werknemer zich met toestemming van de werkgever laat vervangen.<sup>164</sup> Dit is pas anders als een werknemer de vrije vervangingsclausule gebruikt om vanuit ondernemerschapsdoeleinden zichzelf structureel laat vervangen door een ander.<sup>165</sup>

In het publiekrecht zijn er geen verschillen ten opzichte van het arbeidsrecht met betrekking tot het element arbeid. Ook in het publiekrecht geldt dat allerlei bezigheden zich als arbeid laten kwalificeren, zoals passieve arbeid en geestelijke en/ of fysieke arbeid.<sup>166</sup> Ook in het fiscaalrecht geldt dat het persoonlijke verrichten van arbeid voortvloeit uit het persoonlijke karakter dan inherent is aan de arbeidsovereenkomst.<sup>167</sup> In het sociaalzekerheidsrecht wordt een ruimer begrip gehanteerd met betrekking tot de vervangingsmogelijkheden omdat het niet noodzakelijk is dat per vervanging aan de werkgever toestemming wordt gevraagd zolang de vervanger maar afkomstig is uit een de werkgever bekende, gekwalificeerde groep personen.<sup>168</sup>

### 3.4 Loon

Loon is de door de werkgever aan de werknemer verschuldigde vergoeding voor de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen arbeid.<sup>169</sup> Hieronder kunnen ook kost en inwoning vallen als dit voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.<sup>170</sup> In de arbeidsovereenkomst hoeft niet te zijn vastgesteld wat als loon verschuldigd is, als er maar vaststaat dat er een tegenprestatie moet worden geleverd.<sup>171</sup> Fooien, onverschuldigde betalingen en onkostenvergoedingen worden daarentegen niet als loon aangemerkt.<sup>172</sup>

Vanwege diverse forfaits op het vlak van kostenvergoeding is het loonbegrip zowel in het fiscaalrecht als in het sociaalzekerheidsrecht ruimer.<sup>173</sup> Het fiscale loonbegrip speelt echter geen rol voor het al dan niet bestaan van een dienstbetrekking omdat enkel aan het loonbegrip uit het civiele recht hoeft te zijn voldaan om een privaatrechtelijke dienstbetrekking aan te nemen.<sup>174</sup> In het publiekrecht geldt derhalve ook dat de toekenning van salaris een reële betekenis moet hebben omdat anders niet van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken.<sup>175</sup>

### 3.5 Gedurende zekere tijd

Dit element zou zijn opgenomen in de wet voor het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht maar zou verder geen onderscheidende kracht hebben.<sup>176</sup> Zowel in het fiscaal recht als in het sociaalzekerheidsrecht heeft dit element an sich ook geen onderscheidende kracht, maar kan het element in combinatie met andere factoren leiden tot de conclusie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.<sup>177</sup>

<sup>164</sup> Hof Amsterdam, 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.7.5.

<sup>165</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 9.21.

<sup>166</sup> Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 2 Wet LB 1964, aant. 2.4 (online, bijgewerkt 15 december 2022).

<sup>167</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 115.

<sup>168</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 173.

<sup>169</sup> HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3681, r.o. 2.20.

<sup>170</sup> HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3681, r.o. 2.15.

<sup>171</sup> Keizer, in: Arbeidsovereenkomst, art. 7:610 BW, aant. 1.4.1 (online, bijgewerkt 25 februari 2019).

<sup>172</sup> Houweling e.a. 2020, p. 152.

<sup>173</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 117 & 172.

<sup>174</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 117.

<sup>175</sup> Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 2 Wet LB 1964, aant. 2.3 (online, bijgewerkt 15 december 2022).

<sup>176</sup> Keizer, in: Arbeidsovereenkomst, art. 7:610 BW, aant. 1.7.1 (online, bijgewerkt 25 februari 2019).

<sup>177</sup> Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 114 & 172.

Desalniettemin heeft het Hof in het Deliveroo-arrest hier – zij het summier – wel aandacht aan besteed aan dit element:

“Concluderend is het hof van oordeel dat niet is gebleken dat de bezorgers die arbeid voor Deliveroo verrichten, dit in een verwaarloosbare omvang doen als zojuist bedoeld. Naar het oordeel van het hof is dan ook voldaan aan het in artikel 7:610 BW neergelegde criterium dat de arbeid gedurende zekere tijd dient te worden verricht.”<sup>178</sup>

#### **Hoofdstuk 4 Conclusie**

Op 6 november 2020 heeft de Hoge Raad in het Participatieplaats-arrest namelijk geoordeeld dat de arbeidsrelatie dient te worden gekwalificeerd aan de hand van een tweefasentoets. Eerst moet aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden vastgesteld wat de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen zijn – uitlegfase – en daarna moet – in de kwalificatiefase – worden beoordeeld of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.<sup>179</sup>

In dit onderzoek is onderzocht in hoeverre de tweefasentoets uit het Participatieplaats-arrest bijdraagt aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Hoewel het Participatieplaats-arrest wellicht anders doet vermoeden, is het juridische kader met de komst van de tweefasentoets niet echt veranderd. Ook in het Groen/Schoevers-arrest was er sprake van een tweefasentoets waarbij eerst de inhoud van de overeenkomst moest worden vastgesteld en er vervolgens moest worden getoetst of de deze overeenkomst een arbeidsovereenkomst was.<sup>180</sup> Er is slechts genuanceerd dat de partijbedoeling meer van belang is voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

De partijbedoeling is nog wel relevant voor de uitlegfase. In de uitlegfase dient namelijk aan de hand van de Haviltex-maatstaf vastgesteld te worden welke rechten en verplichtingen de partijen zijn overeengekomen en daarbij is de bedoeling van partijen beslissend.<sup>181</sup>

Uit het jurisprudentieonderzoek dat is verricht in het kader van deze scriptie is gebleken dat de uitlegfase in de fiscaal- en sociaalrechtelijke jurisprudentie wordt ingevuld aan de hand van het Gouden Kooi-arrest. Dit arrest is een vertaling van het Groen/Schoevers in het publiekrecht.<sup>182</sup> Er wordt dan overwogen dat:

“Volgens vaste rechtspraak moet voor het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking sprake zijn van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon. Voor de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, moet de vraag worden beantwoord welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en moeten niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar moet ook acht worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en daaraan inhoud hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel element beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden bezien. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.”<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> Hof Amsterdam, 16 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.10.4.

<sup>179</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.3.

<sup>180</sup> Par. 2.1.

<sup>181</sup> Par. 2.2.

<sup>182</sup> Par. 2.4.

<sup>183</sup> Rb. Midden Nederland 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3342, r.o. 2.

De overweging – uit de laatste twee zinnen – dat het niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling te laten vallen en dat het er om gaat dat de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan artikel 7:610 BW, is afkomstig uit het Participatieplaats-arrest. In dat arrest wordt deze overweging gebruikt als toelichting op de kwalificatiefase. In de hiervoor geciteerde rechtsoverweging wordt de overweging uit het Participatieplaats-arrest echter geplaatst onder de uitlegfase. Hierdoor ontstaat er een rechtsoverweging die zichzelf lijkt tegen te spreken en die de indruk wekt dat in de uitlegfase alleen wordt gekeken naar de feitelijke uitvoering voor de vaststelling van de overeengekomen rechten en verplichtingen. Immers, eerst wordt er overwogen dat niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar ook acht moet worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding. Wat partijen voor ogen stond kan echter blijken uit de schriftelijk overeengekomen rechten en verplichtingen. Door vervolgens te stellen dat het niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten, wordt voorbij gegaan aan wat partijen voor ogen stond.

Mijns inziens had de geciteerde rechtsoverweging dan ook beter kunnen luiden: “Voor de toetsing of een rechtsverhouding beantwoord aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst *is niet van belang of de partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de overeenkomst.* Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien et cetera.” Vorenstaande neemt overigens niet weg dat dit dan nog steeds een herhaling is van het Gouden Kooi-arrest en niet de Haviltex-maatstaf. Het hanteren van een verschillende invullingen voor de uitlegfase in het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht geeft geen blijk van harmonisatie omdat de rechtsgebieden dan niet met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

Overigens is dit niet het enige wat opvalt uit het jurisprudentieonderzoek. Van de zeventien publiekrechtelijke uitspraken blijkt dat in niet één uitspraak een onderscheid wordt gemaakt tussen de twee fases. In één uitspraak is de Haviltex-maatstaf toegepast bij de vaststelling van een gezagsverhouding. Een verklaring hiervan kan zijn dat de rechters – zoals Said al eens eerder concludeerde – nog steeds worstelen met de toepassing van de tweefasentoets.<sup>184</sup> Het blijft immers toch een civielrechtelijk vraagstuk in een publiekrechtelijke aangelegenheid. Overigens worstelt de civiele rechter ook nog steeds met de toepassing van de tweefasentoets.<sup>185</sup> Het is gissen naar de oorzaak, maar mocht dit de aanleiding zijn, dan hoeft de tweefasentoets an sich niet in de weg te staan aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht. Het zou dan – als het goed is – een kwestie van tijd zijn voordat de jurisprudentie synchroon loopt. Al zij we inmiddels al wel twee jaar verder sinds het participatieplaats-arrest.

Anderzijds kan een mogelijke verklaring voor de toepassing van het Gouden Kooi-arrest wellicht zijn dat de aard van het publiekrecht zich verzet tegen de toepassing van de Haviltex-maatstaf in de uitlegfase.

De Haviltex-maatstaf is van toepassing op de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhoudingen tussen partijen zijn geregeld.<sup>186</sup> Hierdoor zou het mogelijk zijn dat er strategische contracten worden opgesteld met daarin opgenomen, rechten en verplichtingen die niet gebruikelijk zijn voor een arbeidsovereenkomst en zodoende de kwalificatiefase beïnvloeden.<sup>187</sup> Voorheen lag de nadruk in de publiekrechtelijke jurisprudentie daarom al meer de een formele/ feitelijke benadering dan in het civiele recht om te voorkomen dat partijen de toepasselijkheid van publiekrechtelijke regelingen zelf in de hand hadden.<sup>188</sup> Dit was ook mogelijk ten tijde van Groen/Schoevers. Volgens A-G de Bock is het leggen van de nadruk op de feitelijke uitvoering van de overeenkomst een van de manieren om met behulp van de Haviltex-maatstaf door schijnconstructies heen te pikken.<sup>189</sup>

---

<sup>184</sup> Par. 1.

<sup>185</sup> Par. 2.5.1.

<sup>186</sup> Par. 2.2.

<sup>187</sup> Par. 2.2.

<sup>188</sup> Par. 1.

<sup>189</sup> Par. 2.2.

Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief lijkt mij dit niet nodig omdat door middel van een corrigerende werking van de feitelijke uitvoering kan – zonder daar de nadruk op te leggen – altijd nog worden geconcludeerd dat er eigenlijk sprake is van een arbeidsovereenkomst terwijl de schriftelijke overeenkomst wellicht wat anders veronderstelt.<sup>190</sup> Vanuit het oogpunt van harmonisatie kan dit dan wel interessant zijn. Vorenstaande neemt echter niet weg dat als er geen sprake is van nadruk op de feitelijke uitvoering, de tweefasentoets wellicht in de weg staat van de harmonisatie tussen et arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht.

De kwalificatiefase van de tweefasentoets an sich draagt niet bij aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht. In de kwalificatiefase wordt namelijk alleen vastgesteld of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de criteria arbeid, loon, gezag en gedurende zekere tijd. Vorenstaande neemt niet weg dat de maatschappelijke ontwikkelingen ertoe leiden dat het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht naar elkaar toegroeien met betrekking tot de invulling van het gezagsbegrip. In het arbeidsrecht wordt de nadruk steeds meer gevestigd op de organisatorische inbedding ter invulling van het gezagscriterium. Het werk dient dan een wezenlijk onderdeel te zijn van de bedrijfsvoering – een kernactiviteit – van de werkverschaffer te zijn.<sup>191</sup>

Deze terminologie – inbedding en kernactiviteit – is al terug te vinden in de publiekrechtelijke jurisprudentie vanaf 1998.<sup>192</sup> In het sociaalzekerheidsrecht wordt dit ook wel de reële gezagsverhouding genoemd.<sup>193</sup> Of de organisatorische inbedding het vertrekpunt wordt voor de invulling vaststelling van de gezagsverhouding is nog even afwachten. De Hoge Raad kan daarover in het te wijzen vonnis in de Deliveroo-zaak een besluit over nemen.

Met betrekking tot de overige voorwaarden van artikel 7:610 BW zijn er geen noemenswaardige verschillen bij de invulling daarvan in het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht.

---

<sup>190</sup> Par. 2.2.

<sup>191</sup> Par. 3.2.1.

<sup>192</sup> Par. 3.2.2.

<sup>193</sup> Par. 3.2.2.

## Bronnenlijst

### Bijlagen

#### Bijlage I

Civiel recht	Vermelding Participatieplaats-arrest	Expliciet onderscheid tweefasentoets	Expliciete toepassing Haviltex-maatstaf	Arbeidsovereenkomst
1. ECLI:NL:RBDHA:2022:2997	Ja	Ja	Nee	Ja
2. ECLI:NL:RBGEL:2022:3502	Nee	Nee	Nee	Nee
3. ECLI:NL:RBMNE:2022:2583	Nee	Nee	Nee	Nee
4. ECLI:NL:RBROT:2022:7827	Nee	Nee	Nee	Nee
5. ECLI:NL:RBAMS:2022:4794	Ja	Nee	Nee	Nee
6. ECLI:NL:RBROT:2022:7654	Ja	Nee	Nee	Nee
7. ECLI:NL:RBROT:2022:777	Ja	Nee	Nee	Nee
8. ECLI:NL:RBAMS:2022:6002	Ja	Ja	Nee	Nee
9. ECLI:NL:GHDHA:2022:1174	Nee	Nee	Nee	Ja
10. ECLI:NL:GHDHA:2022:1272	Ja	Nee	Nee	Nee
11. ECLI:NL:GHDHA:2022:449	Ja	Ja	Ja	Nee
12. ECLI:NL:GHARL:2022:4294	Ja	Ja	Ja	Ja

#### Bijlage II

Publiekrecht (S) = sociaalzekerheidsrecht (F) = fiscaalrecht	Vermelding Participatieplaats-arrest	Expliciet Onderscheid tweefasentoets	Expliciete toepassing Haviltex-maatstaf	Arbeidsovereenkomst
1. ECLI:NL:RBDHA:2022:4210 (S)	Nee	Nee	Nee	Nee
2. ECLI:NL:RBZWB:2022:1794 (F)	Ja	Nee	Nee	Ja
3. ECLI:NL:RBZWB:2022:919 (F)	Ja	Nee	Nee	Nee
4. ECLI:NL:RBAMS:2022:2163 (S) *	Ja	Nee	Nee	Ja
5. ECLI:NL:RBNHO:2022:919 (S)	Ja	Nee	Nee	Ja
6. ECLI:NL:RBGEL:2022:116 (F) *	Ja	Nee	Nee	Nee
7. ECLI:NL:RBMNE:2022:3342 (S) *	Ja	Nee	Nee	Nee
8. ECLI:NL:RBNHO:2022:2021 (F)	Ja	Nee	Nee	Nee
9. ECLI:NL:RBNHO:2022:4316 (F)	Nee	Nee	Nee	Nee
10. ECLI:NL:RBZWB:2022:3180 (F)	Nee	Nee	Nee	Nee
11. ECLI:NL:RBZWB:2022:152 (F)	Ja	Nee	Ja	Ja
12. ECLI:NL:RBZWB:2022:405 (F)	Nee	Nee	Nee	Ja
13. ECLI:NL:GHARL:2022:5412 (F)	Nee	Nee	Nee	Ja
14. ECLI:NL:HR:2022:282 (F)	Nee	Nee	Nee	Nee
15. ECLI:NL:CRVB:2022:1511 (S)	Ja	Nee	Nee	Nee
16. ECLI:NL:CRVB:2022:1955 (S) *	Ja	Nee	Nee	Nee
17. ECLI:NL:CRVB:2022:646 (S)	Nee	Nee	Nee	Ja

\* In de uitspraken wordt enkel in een voetnoot verwezen naar het Participatieplaats-arrest.



## **Literatuur**

### **Aarts 2021**

G.A.C Aarts MFP, *'Belastingrecht voor Bachelors en Masters'*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021.

### **Alink, in: T&C Socialezekerheidsrecht, art. 3 ZW, aant. 2.**

E. Alink, 'Commentaar op Ziektewet, in B. Barentsen & A.C. Damsteegt, *Tekst & Commentaar Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

### **Boot 2018**

G.C. Boot, *Onduidelijkheid met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*, position paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

### **Asser/Heerma van Voss 7-V 2020**

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

### **De Jong, ArbeidsRecht 2011/33**

E.S. de Jong, 'Wat zijn de essentialia voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst?', *Arbeidsrecht* 2011/33, afl. 6/7.

### **De Jong & Zondag, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch**

E.S. de Jong & W.A. Zondag, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2021.

### **De Jong e.a. 2018**

G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbindenissenrecht algemeen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Emmerig, WFR 2021/78**

B. Emmerig, 'Wikken en wegen over de webmodule', *WFR* 2021/78, afl. 7378, p. 76-80.

### **Houweling e.a. 2020**

A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020.

### **Houweling e.a. 2020 II**

A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020

### **Keizer, in: Arbeidsovereenkomst 2019**

Keizer, 'Wetswijzigingen', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, (art. 7:610 BW), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

### **Kroon, in: Arbeidsovereenkomst 2022**

J.P. Kroon, 'Wetswijzigingen', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, (art. 7:659 BW), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

### **Laagland & Said, ARA 2021**

F. Laagland & S. Said, 'Rechtszekerheid en de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: twee stappen vooruit en een kleine stap terug', *ArA* 2021-2, p. 29-51.

### **Loonstra, TAP 2012/4**

C.J. Loonstra, 'De kwalificatievraag en bovenal: welke rechter is nu leidend?', *TAP* 2012/4.

### **Loonstra, SR 2005/17**

C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *SR* 2005/17.

**Mauser, *ArbeidsRecht* 2019/45**

P.J. Mauser, 'Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019/45.

**Rapport-Commissie Borstlap 2020**

Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 2020.

**Rutte e.a. 2021**

M. Rutte e.a., *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst* (coalitieakkoord van 15 december 2021 tussen VVD, D66, CDA en ChristenUnie voor de periode 2021-2025), [rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst](https://rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst).

**Said 2022**

S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (Monografieën Sociaal Recht nr. 79), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Seghrouchni, *Bb* 2021/2**

J. Seghrouchni, 'De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: de rol van de partijbedoeling na het arrest X/Amsterdam', *Bb* 2021/2.

**Tanja & Standhardt, *Bb* 2020/31**

P.J. Tanja & G.J. Standhardt, Uitleg en kwalificatie van een overeenkomst, *Bb* 2020/31.

**Trap, *ArbeidsRecht* 2007/24**

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007-4.

**Verhulp, *TRA* 2021/55**

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit!', *TRA* 2021,55.

**Verhulp 2018**

E. Verhulp, *Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*, position paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

**Verlinden, *JIN* 2020/165**

S.C. Verlinden, annotatie bij HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JIN* 2020/165.

**Van der Wiel-Rammeloo 2008**

D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008.

**Zwemmer 2018**

J. Zwemmer, *Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst*, position paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

**Jurisprudentie**

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.  
HR 25 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173.  
HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.  
HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3681.  
HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186 (ABN Amro/Malhi).  
HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722.  
HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8536.  
HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651.  
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.  
HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.  
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034.  
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

Hof Arnhem 10 juli 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AV3826.  
Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384.  
Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.  
Rb. Zeeland-West-Brabant 7 april 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:1794.  
Rb. Zeeland-West-Brabant 24 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:919.  
Rb. Noord-Holland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2021  
Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.  
Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.  
Rb. Zeeland-West-Brabant 20 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:152.  
Rb. Gelderland 17 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3502.  
Rb. Amsterdam 21 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6002.

Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA6231, bij HR 13 juli 2007.  
Concl. A-G L.A.D. Keus, NL:PHR:2010:BN8536, bij HR 26 november 2010.  
Concl. A-G C.W.M. Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2011:BP3887, bij HR 25 maart 2011.  
Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 17 juli 2020.  
Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578.

### **Overig**

*Kamerstukken I 2021/22, 29544, nr. 1112.*

*Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, Deventer: Wolters Kluwer.

## Samenvatting

Uit onderzoek van de Commissie Borstlap is gebleken dat de arbeidsrelatie verschillend wordt beoordeeld in het arbeidsrecht, fiscaal recht en sociaalzekerheidsrecht en dat dit van invloed is op de afbakening tussen werknemers en zelfstandigen. Dit heeft gevolgen voor de zekerheid en duidelijkheid over de arbeidsrelatie. Dit is niet gewenst, omdat het wel of niet zijn van werknemer in loondienst diverse arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscale gevolgen heeft. Na de publicatie van het onderzoek van de Commissie Borstlap heeft de Hoge Raad op 6 november 2020 in het Participatieplaats-arrest de beoordeling van de kwalificatie van de arbeidsrelatie genuanceerd door een onderscheid te maken in twee fases. In de eerste fase – de uitlegfase – moet aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden vastgesteld wat de overeengekomen rechten en verplichtingen zijn en vervolgens moet in de tweede fase – de kwalificatiefase – beoordeeld worden of deze rechten en verplichtingen tot een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW leiden. In dit onderzoek is onderzocht in hoeverre de tweefasentoets uit het Participatieplaats-arrest bijdraagt aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Voor dit onderzoek is er een literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechtspraak moeite heeft met de toepassing van de tweefasentoets. In de civiele- en publiekrechtelijke jurisprudentie wordt veelal geen onderscheid gemaakt tussen de twee fases, wordt de Haviltex-maatstaf niet altijd expliciet toegepast en wordt de uitlegfase verschillend ingevuld. In plaats van Haviltex-maatstaf wordt in de publiekrechtelijke jurisprudentie veelal gebruik gemaakt van het Gouden Kooi-arrest dat weer een vertaling is van het Groen/Schoevers-arrest in het publiekrecht. Een mogelijke verklaring hiervoor kan zijn de aard van het publiekrecht zich verzet tegen de toepassing van de Haviltex-maatstaf. Uit het literatuuronderzoek is namelijk gebleken dat het kwalificatievraagstuk in het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht een meer formele of feitelijke benadering hanteert voor het kwalificeren van de arbeidsrelatie. Omdat de Haviltex-maatstaf gericht is op het uitleggen van schriftelijke overeenkomsten, is de Haviltex-maatstaf – hoewel de feitelijke uitvoering hier ook van belang is – misschien minder geschikt voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het publiekrecht. In het arbeidsrecht zou de nadruk daarentegen meer liggen op de partijbedoeling in plaats van de feitelijke uitvoering. Anderzijds blijft de kwalificatie van de arbeidsrelatie een civielrechtelijk vraagstuk in een publiekrechtelijke aangelegenheid, waardoor het wellicht meer tijd kost voordat het wordt opgepikt. Het is gissen naar de oorzaak van deze verschillen en derhalve kan er niet ondubbelzinnig geconcludeerd worden dat de tweefasentoets wel of niet bijdraagt aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Voor nu wordt het verschil in de rechtspraak in stand gehouden, waardoor er niet kan worden gesteld dat de rechtsgebieden naar elkaar toe groeien. De kwalificatiefase van de tweefasentoets draagt op zichzelf niet bij aan de harmonisatie tussen het arbeidsrecht en het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht. In de kwalificatiefase wordt namelijk alleen vastgesteld of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de criteria arbeid, loon, gezag en gedurende zekere tijd. Uit het literatuuronderzoek is wel gebleken dat in het arbeidsrecht de nadruk steeds meer wordt gevestigd op de organisatorische inbedding ter invulling van het gezagscriterium. Als dit criterium het vertrekpunt wordt voor de invulling van het gezagscriterium, dan zal het arbeidsrecht dichter naar het fiscaal- en sociaalzekerheidsrecht toegroeien, omdat de organisatorische inbedding in deze laatste twee rechtsgebieden al wordt toegepast. Dit is echter niet te danken aan de tweefasentoets.

Zoektermen: tweefasentoets, Participatieplaats-arrest, organisatorische inbedding, Haviltex-maatstaf, harmonisatie, kwalificatie van de arbeidsrelatie.