

# MASTER'S THESIS

**Het managen van de meerdimensionale kwalificatie van de arbeidsrelatie bij het werken via een management-bv**

**Een onderzoek naar de verschillende omgang met het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht bij het werken via een management-bv, in het licht van het rechtzekerheidsbeginsel**

Schmitz, J.J.

**Award date:**

2023

**Awarding institution:**

Department of Public 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: 05. Oct. 2024

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



**Open Universiteit**



# *Het managen van de meerdimensionale kwalificatie van de arbeidsrelatie bij het werken via een management-bv*

---

Een onderzoek naar de verschillende omgang met het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht bij het werken via een management-bv, in het licht van het rechtzekerheidsbeginsel

**Jerfy J.J. Schmitz**

**Master Thesis Rechtsgeleerdheid – profiel Fiscaal recht**

**Studentnummer: 852046723**

**Cursuscode: RM990Z**

**Aantal woorden: 13.989**

**Inleverdatum: 5 september 2023**

**Begeleider: mr. T. El Ouardi**

**Examinator: mr. dr. G.M.C.M. Staats**

# Inhoudsopgave

<b>Voorwoord</b> .....	<b>4</b>
<b>Afkortingenlijst</b> .....	<b>5</b>
<b>1. Inleiding</b> .....	<b>6</b>
1.1 Aanleiding van het onderzoek.....	6
1.2 Doel van het onderzoek en probleemstelling .....	7
1.3 Onderzoeksmethode.....	7
1.4 Opbouw van het onderzoek.....	7
<b>2. Arbeidsrecht</b> .....	<b>9</b>
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Literatuuronderzoek .....	9
2.2.1 Persoonlijke arbeid .....	9
2.2.2 Gezagsverhouding.....	10
2.2.3 Loon.....	11
2.2.4 Rechten van een werknemer .....	12
2.2.5 Overeenkomst van opdracht.....	12
2.3 Jurisprudentieonderzoek .....	13
2.3.1 Open karakter artikel 7:610 BW.....	13
2.3.2 Algemene jurisprudentie inzake artikel 7:610 BW.....	13
2.3.3 Reële contractspartij .....	15
2.3.4 Management-bv.....	16
2.4 Knelpunten.....	18
2.5 Tussenconclusie .....	19
<b>3. Socialezekerheidsrecht</b> .....	<b>20</b>
3.1 Literatuuronderzoek .....	20
3.1.1 Werknemersverzekeringen .....	20
3.1.3 Fictieve dienstbetrekking .....	20
3.2 Jurisprudentieonderzoek .....	21
3.2.1 Privaatrechtelijke dienstbetrekking .....	21
3.2.2 Verhouding belastingrechter tot CRvB.....	21
3.2.3 Reële betekenis management-bv belastingrechter .....	22
3.2.4 Privaatrechtelijke dienstbetrekking management-bv belastingrechter .....	22
3.2.4 Benadering gezagsverhouding CRvB bij statutair bestuurderschap .....	24
3.2.5 Fiscale herkwalficatie .....	24
3.2.6 Fictieve dienstbetrekking en management-bv.....	25
3.3 Knelpunten.....	25
3.3.1 Rol fiscale herkwalficatie.....	25
3.3.2 Formeel gezag via de AVA.....	26

3.4 Tussenconclusie .....	27
<b>4. Rechtszekerheidsbeginsel .....</b>	<b>28</b>
4.1 Formele rechtszekerheid.....	28
4.2 Open normen .....	28
4.3 Tussenconclusie .....	29
<b>5. Verschillen in de twee rechtsgebieden .....</b>	<b>30</b>
<b>6. Alternatieven .....</b>	<b>32</b>
6.1 Wettelijk vermoeden werknemerschap.....	32
6.2 Loskoppelen arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht .....	33
6.3 Gezichtspuntencatalogus HR .....	34
<b>7. Conclusie .....</b>	<b>36</b>
<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>37</b>

## Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie als afsluiting van de master Rechtsgeleerdheid – profiel Fiscaal recht aan de Open Universiteit. Het traject is ooit begonnen in september 2017 en komt na een aantal jaren studeren in deeltijd hiermee tot een einde. Ik heb met veel plezier SchakelZone Recht en de master Rechtsgeleerdheid gevolgd. In deze periode heb ik een hoop nieuwe kennis opgedaan en nieuwe inzichten gekregen in het recht, waaronder niet alleen het fiscale recht. Het onderwerp van de scriptie en de bijbehorende problematiek heeft al langere tijd mijn interesse, waardoor het voor mij een logisch onderwerp was om over te schrijven. Toch bleek de praktijk van het schrijven van een scriptie weerbarstiger en kostte het mij meer tijd dan vooraf gedacht.

Via deze weg wil ik dan ook mijn scriptiebegeleider, mevrouw El Ouardi, bedanken voor de prettige samenwerking en de enthousiaste wijze van feedback geven op mijn scriptie. Ook wil ik mijn collega Rudy bedanken voor de vaktechnische input die hij mij heeft gegeven. Tot slot wil ik mijn vriendin Maureen bedanken voor de steun in dit afsluitende traject. Ondanks dat de inhoud voor jou onbekend terrein is, heb jij mij wel vaak de spreekwoordelijke 'schop onder de kont' gegeven om mij tot mijn scriptie te zetten.

## Afkortingenlijst

AMvB	Algemene maatregel van bestuur
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
BW	Burgerlijk Wetboek
CRvB	Centrale Raad van Beroep
HR	Hoge Raad
Management-bv	Management-besloten vennootschap
Regeling aanwijzing dga	Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016
SER	Sociaal Economische Raad
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet LB	Wet op de loonbelasting 1964
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WW	Werkloosheidswet
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZW	Ziektewet

# 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding van het onderzoek

De arbeidsovereenkomst is inmiddels een haast niet meer weg te denken begrip in de Nederlandse samenleving, gelet op de omvang van zo'n 8 miljoen werknemers in 2022.<sup>1</sup> De eerste stap naar de hedendaagse arbeidsovereenkomst werd al in 1808 gezet met het 'Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland'. Nadien werd bij de invoering van het BW in 1838 een soortgelijke wettelijke regeling gehanteerd als de voorganger uit 1808, maar aan deze wet kon een werknemer nog maar minimale bescherming ontnemen. Zo was het zonder opgave van reden opzeggen van overeenkomsten van bepaalde en onbepaalde tijd indertijd een gebruikelijke handelswijze van werkgevers.<sup>2</sup> De werknemer zat daardoor in een positie van economische afhankelijkheid en juridische ondergeschiktheid. De invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909, waarmee wijzigingen in het BW konden worden aangebracht, beoogde de werknemer dan ook beter te beschermen en meer zekerheid te bieden.<sup>3</sup> Inmiddels kent boek 7 van het BW tal van wettelijke bepalingen die de werknemer arbeidsrechtelijk beschermen, zoals ontslagbescherming en loondoorbetaling bij ziekte.

De arbeidsovereenkomst kent zijn wettelijke neerslag in artikel 7:610 BW, waarin staat dat het gaat om de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Of een overeenkomst voldoet aan voornoemde criteria staat regelmatig ter discussie in de rechtspraak. Zo oordeelde gerechtshof Amsterdam recentelijk dat de overeenkomst van maaltijdbezorgers met Deliveroo in de zogeheten platformeconomie kwalificeert als arbeidsovereenkomst,<sup>4</sup> hetgeen in cassatie in stand is gebleven,<sup>5</sup> in tegenstelling tot rechtbank Amsterdam in eerste aanleg.<sup>6</sup> In een bepaald opzicht is het ook niet vreemd dat veel wordt gediscussieerd over de vraag of een overeenkomst een arbeidsovereenkomst is. Of tussen partijen een arbeidsovereenkomst is overeengekomen heeft namelijk niet alleen gevolgen voor het al dan niet van toepassing zijn van beschermende bepalingen in het arbeidsrecht, maar heeft eveneens gevolgen voor het fiscale recht en het socialezekerheidsrecht. Indien sprake is van een werknemer voor de loonbelasting en de socialezekerheidswetten dient de werkgever namelijk loonheffingen in te houden, welke bestaat uit loonbelasting, premies volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zvw. De belangen bij deze discussies laten zich dus voelen in drie afzonderlijke rechtsgebieden.

De discussie of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst blijft echter niet beperkt tot de situatie waarin een werkende rechtstreeks contracteert met de opdrachtgever. Halverwege de jaren 80 kwam namelijk een nieuw fenomeen aan het licht, te weten de management-bv. In deze situatie richt de werkende een besloten vennootschap op, de management-bv, waar hij in dienst treedt. Vervolgens sluit de management-bv een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW af met de opdrachtgever, hetgeen ook wel managementovereenkomst wordt genoemd, op basis waarvan de werkende managementdiensten gaat verrichten bij de opdrachtgever.<sup>7</sup> De opdrachtgever betaalt een managementvergoeding aan de management-bv, waarna de management-bv salaris aan de werkende uitbetaald.<sup>8</sup>

De kwalificatie van een overeenkomst zorgt al voor voldoende discussie indien door een opdrachtgever rechtstreeks gecontracteerd wordt met een werkende, maar het wordt des te ingewikkelder indien gewerkt wordt via een management-bv. Dan wordt de overeenkomst immers gesloten met een juridische entiteit, te weten de besloten vennootschap, waar niet zomaar doorheen kan worden gekeken. Een belangrijke vraag die in dergelijke situaties moet worden beantwoord is of de contracterende management-bv reële betekenis heeft.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Centraal Bureau voor de Statistiek, *De arbeidsmarkt in cijfers 2022*, p. 56.

<sup>2</sup> Van der Pijl, 2019/2.1.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 1 - 2.

<sup>4</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

<sup>5</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

<sup>6</sup> Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.

<sup>7</sup> Trap, *ArbeidsRecht* 2016/41, p. 2.

<sup>8</sup> Gladpootjes & Rodrigues Pereira, *WFR* 1987/332, p.1.

<sup>9</sup> Gladpootjes & Rodrigues Pereira, *WFR* 1987/332, p. 2.

Daarnaast blijkt dat met het uniforme beoordelingskader van artikel 7:610 BW verschillend wordt omgegaan in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.<sup>10</sup> In gerechtelijke procedures worden in voornoemde rechtsgebieden namelijk accenten gelegd op verschillende elementen, hetgeen deels te verklaren is door de verschillende belangen die spelen. Daar blijft het echter niet bij: ook lopen beoordelingen in gerechtelijke procedures in bijvoorbeeld het socialezekerheidsrecht uiteen.

De vraag rijst hoe deze uiteenlopende beoordelingen in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht zich verhouden tot het rechtszekerheidsbeginsel. Het beginsel van rechtszekerheid schrijft namelijk voor dat het recht duidelijk is en de toepassing daarvan voorzienbaar is.<sup>11</sup> Door uiteenlopende beoordelingen in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht wordt het voor belanghebbenden lastiger om vertrouwen te ontlenen aan het huidige juridisch kader wanneer zij besluiten om te werken via een management-bv. Zij kunnen daardoor potentiële gevolgen van het eigen handelen niet goed overzien. De verschillen in de omgang met het beoordelingskader in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht terugdringen zal dan ook bijdragen aan de rechtszekerheid. De problematiek die in dit onderzoek wordt belicht speelt ook in het fiscale recht, maar dit rechtsgebied wordt omwille van de omvang van de scriptie buiten beschouwing gelaten.

## 1.2 Doel van het onderzoek en probleemstelling

In dit onderzoek wordt het nationale arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht beschreven op het onderwerp of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer wordt gewerkt via een management-bv. De nadruk zal in dit onderzoek komen te liggen op het blootleggen van de verschillen in omgang met het beoordelingskader in de twee voornoemde rechtsgebieden, waarbij wordt gekeken hoe het huidige juridisch kader zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel. De centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt dan ook:

*Welke verschillen zijn er in de omgang met het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst indien gewerkt wordt via een management-bv in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, en op welke wijze kunnen deze verschillen worden geharmoniseerd ten gunste van de rechtszekerheid?*

## 1.3 Onderzoeksmethode

Het onderzoek zal bestaan uit een juridisch-dogmatisch onderzoek. Het onderzoek zal worden uitgevoerd met behulp van parlementaire stukken, literatuur en jurisprudentie. De doelen van dit onderzoek kunnen als volgt worden geformuleerd:

1. Het beschrijven en het uitleggen van het geldende recht;
2. Het verhelderen, verklaren en kritisch reflecteren op imperfecties en inconsistenties binnen het geldende recht;
3. Het plaatsen van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in nationale rechtspraak en wetgeving binnen het geldende recht;
4. Het bevorderen van coherentie en consistentie in het geldende recht en het verder ontwikkelen en verbeteren van het geldende recht.<sup>12</sup>

## 1.4 Opbouw van het onderzoek

De opbouw van het onderzoek ziet er als volgt uit. In hoofdstuk twee komt het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst bij het werken via een management-bv aan bod in het arbeidsrecht. In dit hoofdstuk zal allereerst worden ingegaan op de kenmerken van een arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW en de arbeidsrechtelijke relevantie voor het worden aangemerkt als werknemer. Vervolgens wordt het onderscheid met de overeenkomst van opdracht van artikel 7:400 BW toegelicht. Tot slot wordt het beoordelingskader toegelicht met algemene artikel 7:610 BW jurisprudentie en jurisprudentie gericht op het werken via een management-bv. De knelpunten bij het werken via een management-bv worden daarbij besproken.

---

<sup>10</sup> Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken?*, p. 41 - 42.

<sup>11</sup> Keus, *WPNR* 2011/6901, p. 1.

<sup>12</sup> Van Dijck, Snel & Van Golen 2018/6.3.



In hoofdstuk drie volgt het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking bij het werken via een management-bv in het socialezekerheidsrecht. In dit hoofdstuk zal allereerst het begrip werknemer ingevolge de socialezekerheidswetten worden toegelicht, net zoals de voor het onderzoek relevante fictieve dienstbetrekkingen. Daarna volgt een bespreking van jurisprudentie die ziet op het beoordelingskader of sprake is van verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen bij het werken via een management-bv. De knelpunten die daarbij opspelen worden afsluitend besproken.

Vervolgens wordt in hoofdstuk vier het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving besproken. In dit hoofdstuk komt onder andere het formele rechtszekerheidsbeginsel aan bod en wordt nader ingegaan op het gebruik van open normen in wetgeving in relatie tot artikel 7:610 BW. In hoofdstuk vijf volgt een bespreking van de verschillen in omgang met het beoordelingskader in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. In hoofdstuk zes worden mogelijke alternatieven besproken om de problematiek die in hoofdstuk vijf is benoemd in te dammen. Tot slot volgt in hoofdstuk zeven de conclusie van het onderzoek waarin de onderzoeksvraag wordt beantwoord.

## 2. Arbeidsrecht

### 2.1 Inleiding

Het BW kent diverse overeenkomsten op basis waarvan partijen hun rechten en plichten kunnen overeenkomen. Een belangrijke overeenkomst voor dit onderzoek is de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Dit artikel benoemt de drie kenmerken van een arbeidsovereenkomst, te weten:

- a. de werknemer die verplicht is gedurende zekere tijd de arbeid persoonlijk te verrichten;
- b. in dienst van de werkgever;
- c. tegenover de verplichting van de werkgever om loon te betalen.

De drie kenmerken van een arbeidsovereenkomst worden in dit hoofdstuk achtereenvolgend besproken. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst beschermt een werknemer middels diverse wettelijke bepalingen, welke vervolgens in dit hoofdstuk worden toegelicht. De andere relevant overeenkomst voor dit onderzoek is de overeenkomst van opdracht van artikel 7:400 BW. Indien namelijk via een management-bv wordt gewerkt, beogen partijen veelal een overeenkomst van opdracht aan te gaan en geen arbeidsovereenkomst. De verschillen tussen deze overeenkomsten worden in dit hoofdstuk toegelicht. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van jurisprudentie omtrent de discussie of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer gewerkt wordt via een management-bv, tezamen met de daarbij te onderkennen knelpunten.

### 2.2 Literatuuronderzoek

#### 2.2.1 Persoonlijke arbeid

In het kenmerk van de arbeidsovereenkomst dat de arbeid door de werknemer persoonlijk moet worden verricht gedurende zekere tijd, liggen drie criteria verscholen. In de eerste plaats dient sprake te zijn van het verrichten van arbeid. Bij het begrip arbeid moet niet enkel aan actieve vormen van arbeid worden gedacht. Passieve vormen van arbeid, zoals het beschikbaar zijn voor werk tijdens beschikbaarheidsdiensten, volstaan eveneens.<sup>13</sup>

Om een arbeidsovereenkomst aan te nemen is van belang dat de arbeid wordt verricht ten behoeve van de werkgever. Bij verrichte werkzaamheden door bijvoorbeeld een stagiair kan dat discutabel zijn, aangezien een stage veelal wordt afgelegd in het kader van de eigen ontwikkeling. Indien de werkzaamheden gedurende een stage dan ook zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring, zulks mede met het oog op de voltooiing van de opleiding, wordt geen arbeidsovereenkomst aangenomen.<sup>14</sup> Dat ligt weer anders indien de stagiair gedurende de stage meer productieve arbeid gaat verrichten ten behoeve van de werkgever. Een verschuiving naar een arbeidsovereenkomst kan in dat geval plaatsvinden.<sup>15</sup>

Het tweede criterium schrijft voor dat de arbeid gedurende zekere tijd moet worden verricht. Door de formulering kan de indruk worden gewekt dat het bij zekere tijd gaat om bepaalde tijd. Dat is echter niet het geval, aangezien zekere tijd moet worden beschouwd als enige tijd.<sup>16</sup> Dit betekent dat bij werkzaamheden die slechts een dag of een paar uur duren al sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.<sup>17</sup> In sommige gevallen is de verrichte arbeid echter dermate gering dat daardoor geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen.<sup>18</sup>

Het derde criterium houdt in dat de arbeid *persoonlijk* door de werknemer dient te worden verricht. Het persoonlijke karakter van de arbeid zorgt voor dat een rechtspersoon geen werknemer kan zijn.<sup>19</sup> Een rechtspersoon kan immers niet persoonlijk de arbeid verrichten. Het persoonlijke karakter van de arbeid volgt uitdrukkelijk uit artikel 7:659, lid 1 BW, waarin tevens staat dat de werknemer zich niet kan laten vervangen door een derde, tenzij hij daar toestemming voor heeft van zijn werkgever.

---

<sup>13</sup> HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (*Landeshauptstadt Kiel/Jaeger*).

<sup>14</sup> HR 29 oktober 1982, NJ 1983/230.

<sup>15</sup> Rb. Den Haag 14 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4119, r.o. 5.6. - r.o. 5.8.

<sup>16</sup> Hof Amsterdam 25 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:AX7597.

<sup>17</sup> HR 15 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2497, BNB 1998/185.

<sup>18</sup> CRvB 15 december 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:ZB2425.

<sup>19</sup> HR 9 juli 1990, NJ 1991/215.

Zo is volgens de HR geen sprake van een arbeidsovereenkomst indien degene die de arbeid verricht zich vrijelijk kan laten vervangen en de arbeid ook door anderen mag laten verrichten.<sup>20</sup> Dat in de overeenkomst een clause over vrije vervanging is opgenomen is echter op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en moet bezien worden in het licht van alle omstandigheden van het geval.<sup>21</sup> Zo hoeft een clause waaraan weinig betekenis toekomt, doordat in de praktijk sprake is van incidentele vervanging, een arbeidsovereenkomst niet in de weg te staan.<sup>22</sup> Indien vervanging plaatsvindt uit een gesloten 'pool' kan nog steeds worden geconcludeerd dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht, aangezien dan geen sprake is van vrije vervanging.<sup>23</sup> Bij de verplichting tot het persoonlijk verrichten van de arbeid wordt ook gekeken naar de aard en het niveau van de werkzaamheden.<sup>24</sup> Dat de arbeid persoonlijk wordt verricht kan echter ook bij een overeenkomst van opdracht worden verlangd.<sup>25</sup>

## 2.2.2 Gezagsverhouding

Met de zinsnede 'in dienst van de werkgever' uit artikel 7:610 BW wordt bedoeld dat sprake moet zijn van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Uit de gezagsverhouding vloeit de ondergeschiktheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever voort. Bij de vaststelling van een gezagsverhouding is van belang dat de werkgever aanwijzingen en instructies kan geven aan de werknemer en de werknemer verplicht is deze instructies op te volgen.<sup>26</sup> Het is echter niet noodzakelijk dat van deze instructiebevoegdheid gebruik wordt gemaakt. Voldoende is dat de werkgever bevoegd is bindende aanwijzingen aan de werknemer te geven omtrent het te verrichten werk.<sup>27</sup> Daarbij wordt de nuance gemaakt dat bij een overeenkomst van opdracht eveneens instructies kunnen worden gegeven.<sup>28</sup>

Tegenwoordig zijn werknemers hoger opgeleid, werken zij veelal zelfstandig en vaak op meerdere locaties. Het vaststellen of sprake is van een gezagsverhouding wordt dan complexer. Een chirurg in een ziekenhuis zal bijvoorbeeld geen instructies van de werkgever ontvangen over de wijze waarop een patiënt moet worden geopereerd, maar daarin zelfstandig te werk gaan en handelen op eigen expertise. De instructiebevoegdheid van het ziekenhuis zal beperkt zijn tot het vaststellen van organisatorische zaken, zoals een dienstrooster of een vakantierooster, maar dat neemt niet weg dat een chirurg ook een werknemer kan zijn.<sup>29</sup> Een dergelijke instructiebevoegdheid op organisatorisch vlak wordt ook wel formeel gezag genoemd.<sup>30</sup> Het geven van instructies omtrent de inhoudelijke werkzaamheden wordt daarnaast aangeduid met materieel gezag.<sup>31</sup> Zo werd in een zaak waarin de werkende de functie van Equity Partner uitoefende en de Equity Partners elkaar jaarlijks middels een partnerplan beoordeelden, geen gezagsverhouding met de opdrachtgever aanwezig geacht.<sup>32</sup>

---

<sup>20</sup> HR 13 december 1957, *NJ* 1958/35. Zie ook Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.5 en Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.10.4.

<sup>21</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.3.5.

<sup>22</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.3.5; HR 25 mei 1983, *NJ* 1983/739.

<sup>23</sup> Rb. Groningen 19 januari 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AG2834, *JAR* 2001/55.

<sup>24</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.5.

<sup>25</sup> Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.3.

<sup>26</sup> HR 11 november 1949, *NJ* 1950/140.

<sup>27</sup> HR 7 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9845.

<sup>28</sup> Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.5; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.5; Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, r.o. 4.4.

<sup>29</sup> HR 17 juni 1994, *NJ* 1994/757. Zie ook Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, r.o. 5.6; Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10168, r.o. 4.7.

<sup>30</sup> HR 17 juni 1994, *NJ* 1994/757.

<sup>31</sup> HR 8 mei 1998, *NJ* 2000/81.

<sup>32</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.13; Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, r.o. 9.2 - 9.3.

Factoren die in een dergelijke situatie helpen bij de beoordeling van de gezagsverhouding zijn het al dan niet verrichten van de arbeid binnen een organisatorisch verband, het duurzame of incidentele karakter van de arbeid, de vraag welke partij risico loopt bij de verrichte werkzaamheden, de vraag of de werkgever loonheffingen inhoudt en de vraag in hoeverre degene die de arbeid verricht rechten geniet die nauw verwant zijn met het werknemerschap.<sup>33</sup> Ook het al dan niet voeren van functioneringsgesprekken met de werkende speelt een rol.<sup>34</sup> De weging van alle feiten en omstandigheden kan men omschrijven als een 'holistische' benadering.<sup>35</sup>

Twee bijzondere situaties die in het kader van dit onderzoek van belang zijn, zijn de statutair bestuurder en de situatie van frontverandering. Bij de beoordeling van de gezagsverhouding van de statutair bestuurder heeft de HR een formele toets aangelegd: de statutair bestuurder is ongeschikt aan de AVA.<sup>36</sup> Dat is ook het geval indien de statutair bestuurder alle aandelen in de betreffende vennootschap bezit. Belangrijke kanttekening hierbij is dat deze rechtsregel is uitgesproken in de rechtstreekse verhouding van natuurlijk persoon tot rechtspersoon.<sup>37</sup>

Frontverandering betekent dat een werknemer uit dienst treedt, waarna de werkzaamheden voor zijn voormalige werkgever worden voortgezet als opdrachtnemer via een eigen onderneming. Indien de werkwijze na uitdiensttreding geheel of nagenoeg geheel overeenkomt met de werkwijze ten tijde van de dienstbetrekking, is dat een sterke indicator dat de dienstbetrekking is blijven voortbestaan.<sup>38</sup>

### 2.2.3 Loon

Het derde kenmerk van de arbeidsovereenkomst houdt een verplichting in van de werkgever om loon te betalen aan de werknemer. Bij het ontbreken van een loonverplichting komt geen arbeidsovereenkomst tot stand.<sup>39</sup> Daarbij geldt dat onder loon moet worden verstaan de vergoeding die de werkgever verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid.<sup>40</sup> Fooien vallen om die reden niet als loon aan te merken.<sup>41</sup> Zo werd in een zaak van een onbezoldigd bestuurder die betoogde dat met terugwerkende kracht een vergoeding voor de verrichte arbeid zou worden betaald zodra de vennootschap rendabel zou worden, geen overeengekomen tegenprestatie voor de verrichte arbeid aangenomen.<sup>42</sup> De rechtbank concludeerde namelijk dat het salaris van een directeur ingevolge de statuten en artikel 2:245 BW dient te worden vastgesteld door de algemene vergadering. Er was aldus een bezoldigingsbesluit nodig om te kunnen concluderen dat sprake is van een verplichting om loon te betalen, maar dat besluit ontbrak.<sup>43</sup>

Civielrechtelijk is daarnaast geen sprake van loon wanneer de vergoeding strekt ter dekking van gemaakte kosten in het kader van de verrichte werkzaamheden en de vergoeding overeenstemt met de hoogte van de gemaakte kosten.<sup>44</sup> Dergelijke kostenvergoedingen zijn in fiscale zin, oftewel in de zin van artikel 10 Wet LB, wel als loon aan te merken, mits sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Er zijn derhalve verschillen te onderkennen tussen het civielrechtelijke loonbegrip en het fiscale loonbegrip.

---

<sup>33</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

<sup>34</sup> Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.12.3.

<sup>35</sup> Concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2006:AU9722, bij HR 14 april 2006, *NJ* 2007/447.

<sup>36</sup> HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, r.o. 3.3.3.

<sup>37</sup> HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, r.o. 3.1.1 - r.o. 3.1.4.

<sup>38</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397, r.o. 4.9.

<sup>39</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5019.

<sup>40</sup> HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242.

<sup>41</sup> HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1254.

<sup>42</sup> Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7265.

<sup>43</sup> Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7265, r.o. 4.5.

<sup>44</sup> HR 3 juni 1981, *BNB* 1981/241.

Om te voldoen aan het loonbegrip is de hoogte van het loon niet van belang. Een uurloon dat ver onder het wettelijk minimumloon ligt staat namelijk niet in de weg aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst.<sup>45</sup> De bekendste vorm van loon is betaling in geld. Loon kan echter ook worden voldaan in natura, zoals in de vorm van huisvesting, kost en inwoning en kleding.<sup>46</sup>

#### 2.2.4 Rechten van een werknemer

Een werknemer geniet bescherming in het BW. De reden daarvan is dat een werknemer in een positie van economische afhankelijkheid zit. Voor het behoud van zijn baan is hij afhankelijk van de werkgever.<sup>47</sup> De wetgever heeft daarom diverse wettelijke bepalingen vastgesteld om de werknemer te beschermen tegen ongerechtvaardigd handelen van de werkgever. Een eerste wezenlijk recht van een werknemer is ontslagbescherming. Ontslagbescherming zorgt er voor dat een werknemer niet wordt blootgesteld aan willekeurig handelen van de werkgever bij ontslag. Daarnaast scheidt het ontslagrecht ook een kader voor de werkgever om op geoorloofde wijze afscheid te nemen van een werknemer.<sup>48</sup> Het arbeidsrecht schrijft voor dat een werkgever een arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig kan opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, tenzij de wet daar de mogelijkheid toe geeft.<sup>49</sup> Een mogelijkheid voor de werkgever om op te zeggen is als sprake is van een redelijke grond, zoals het vervallen van arbeidsplaatsen wegens het treffen van maatregelen door bedrijfseconomische omstandigheden.<sup>50</sup>

In het verlengde van het voorgaande ligt het recht van een werknemer op doorbetaling bij ziekte of zwangerschap over een tijdsbestek van 104 weken, waarbij de werknemer ten minste recht heeft op 70% van het brutoloon, met het wettelijk minimumloon als ondergrens in het eerste jaar.<sup>51</sup> Het bestaan van een arbeidsovereenkomst leidt er dan ook toe dat een werknemer voor de verrichte arbeid recht heeft op ten minste het wettelijk minimumloon.<sup>52</sup>

#### 2.2.5 Overeenkomst van opdracht

De tweede belangrijke overeenkomst in het kader van dit onderzoek is de overeenkomst van opdracht. Deze overeenkomst wordt omschreven als de overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever verbindt, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren van personen of zaken.<sup>53</sup>

Een overeenkomst van opdracht wordt veelal gebruikt voor dienstverlenende beroepen, zoals dat van een advocaat of accountant.<sup>54</sup> De opdrachtnemer voert dan zelfstandig een concrete opdracht uit of werkt naar een concreet eindresultaat toe. Een gesloten managementovereenkomst tussen management-bv en opdrachtgever wordt juridisch doorgaans ook gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht.<sup>55</sup> Als die kwalificatie rechtens juist is wordt de opdrachtgever namelijk niet geconfronteerd met de plicht tot inhouding van loonheffingen op de betaalde vergoeding en hoeft hij niet te vrezen voor beschermende arbeidsrechtelijke bepalingen die gelden voor een werknemer.

---

<sup>45</sup> HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888.

<sup>46</sup> Rb. Amsterdam 14 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:545.

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 1.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 2.

<sup>49</sup> Art. 7:671 lid 1 BW.

<sup>50</sup> Art. 7:669 lid 1 sub a en e BW.

<sup>51</sup> Art. 7:629 lid 1 BW.

<sup>52</sup> Art. 2 lid 1 WML; art. 7 lid 1 WML.

<sup>53</sup> Art. 7:400 lid 1 BW.

<sup>54</sup> Van Genderen e.a., 2020/1.4.

<sup>55</sup> Flink, *V&O* 2008/3.5, p. 2.

Bij een overeenkomst van opdracht bestaat echter, net zoals bij een arbeidsovereenkomst, de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht.<sup>56</sup> Het geven van instructies kan daarom ook bij een overeenkomst van opdracht tot een bepaalde hoogte aanwezig zijn,<sup>57</sup> hetgeen echter veelal beperkt zal blijven tot het leveren van een bepaalde prestatie. Bij een arbeidsovereenkomst kan gezag daarentegen doorlopend gedurende de dienstbetrekking worden uitgeoefend.<sup>58</sup> De gezagsverhouding wordt in rechtspraak dan ook als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst beschouwd.<sup>59</sup> Het onderscheid tussen de twee voornoemde overeenkomsten ziet met name op de inspanningsverplichting die hoort bij een arbeidsovereenkomst, tegenover de resultaatsverplichting bij een overeenkomst van opdracht.<sup>60</sup>

## 2.3 Jurisprudentieonderzoek

### 2.3.1 Open karakter artikel 7:610 BW

De in paragraaf 2.1 besproken vereisten van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW zijn niet nader gedefinieerd in de wet. Het zijn open normen die nader ingevuld worden door jurisprudentie.<sup>61</sup> Op die manier kunnen de begrippen meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en kan in concrete gevallen meer maatwerk worden geleverd.<sup>62</sup> De bijdragen die de HR heeft geleverd zijn dan ook van groot belang geweest voor het huidige juridische beoordelingskader.

### 2.3.2 Algemene jurisprudentie inzake artikel 7:610 BW

De HR heeft de afgelopen decennia diverse arresten gewezen waar het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst nader in is geconcretiseerd. Een belangrijke rechtsregel over de kwalificatievraag werd door de HR eind vorige eeuw uitgesproken in het arrest Groen/Schoevers. In dat arrest oordeelde de HR dat wat tussen partijen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen zij bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook door hoe zij feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven, waarbij mede rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen.<sup>63</sup> Alleen de partijbedoeling kan er dus niet voor zorgen dat wel of geen arbeidsovereenkomst tot stand komt. Het gaat ook om de feitelijke uitvoering. De kwalificatie komt daardoor neer op een beoordeling van alle feiten en omstandigheden. Bij deze kwalificatie is niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten alle rechtsgevolgen die partijen aan hun verhoudingen hebben verbonden in onderling verband worden gezien.<sup>64</sup> Deze 'holistische' benadering wordt standaard in de rechtspraak gehanteerd bij de beoordeling van kwalificatievraagstukken op basis van artikel 7:610 BW.

Na het arrest Groen/Schoevers heeft de HR diverse arresten gewezen waarin getracht werd te verduidelijken welk gewicht aan de partijbedoeling dient te worden toegekend, waaronder het arrest Diosynth. In die zaak oordeelde de rechtbank dat door de gemotiveerde betwisting van verweerster dat geen sprake was van een overeenkomst van opdracht, 'kennelijk geen eenduidige bedoeling bij partijen heeft bestaan ten aanzien van de vraag van welke aard de tussen hen gesloten overeenkomst was'.<sup>65</sup> De HR casseerde dit oordeel. De rechtbank had het bewijsaanbod van Diosynth, inhoudende dat beide partijen een overeenkomst van opdracht beoogden, niet mogen passeren. Indien dit bewijsaanbod zou zijn geaccepteerd en vast zou komen te staan dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst wél een overeenkomst van opdracht beoogden, dan zou die vaststelling van belang zijn voor de beantwoording van de kwalificatievraag, zij het niet zonder meer beslissend.<sup>66</sup>

---

<sup>56</sup> Art. 7:402 lid 1 BW.

<sup>57</sup> HR 18 december 1991, *BNB* 1992/78.

<sup>58</sup> Werger, *NTFRB* 2018/9, p. 1.

<sup>59</sup> HR 14 juni 1991, *NJ* 1992/173; Hof Leeuwarden 16 januari 2008, ECLI:NL:2008:BC2941, r.o. 6.

<sup>60</sup> Werger, *NTFRB* 2018/9, p. 1.

<sup>61</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 31 311, 246, p. 12.

<sup>62</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 31 311, 246, p. 12.

<sup>63</sup> HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149.

<sup>64</sup> HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

<sup>65</sup> HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, r.o. 3.3.

<sup>66</sup> HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, r.o. 3.5.

Door deze overweging lijkt de HR te willen zeggen dat de partijbedoeling wel van enig - doch niet beslissend - belang is bij de kwalificatie van de overeenkomst. Door zowel auteurs als lagere rechters werd dan ook herhaaldelijk aangenomen dat de partijbedoeling gewicht in de schaal legt bij de beantwoording van de kwalificatievraag.<sup>67</sup>

In het arrest X/Gemeente Amsterdam heeft de HR zijn leer uit het arrest Groen/Schoevers nader verduidelijkt, maar vooral de rol van de partijbedoeling. In dat arrest oordeelde de HR dat de kwalificatie of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst uiteenvalt in twee fasen.<sup>68</sup> In de eerste fase, de uitlegfase, dienen de rechten en verplichtingen op basis van de Haviltex-maatstaf te worden vastgesteld die partijen over en weer zijn overeengekomen. In deze fase speelt de partijbedoeling nog steeds een rol, hetgeen neerkomt op de vraag welke rechten en verplichtingen partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond. Door de verwijzing naar de Haviltex-maatstaf is ook de maatschappelijke positie van partijen in deze fase van belang, hetgeen betekent tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van deze partijen kan worden verwacht.<sup>69</sup>

In de tweede fase, de kwalificatiefase, dient de vraag te worden beantwoord of de rechtsverhouding tussen partijen voldoet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Deze kwalificatie is voorbehouden aan de rechter. De HR heeft benadrukt dat in de kwalificatiefase de bedoeling van partijen niet relevant is.<sup>70</sup> De reden voor deze overweging is dat het onwenselijk is dat gewicht wordt toegekend aan de wil van partijen bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW valt. Die beoordeling dient immers te geschieden op de overeengekomen rechten en verplichtingen. Volgens A-G De Bock dient dan ook de materiele werkelijkheid leidend te zijn en dient een gecreëerde schijnwerkelijkheid te worden voorkomen.<sup>71</sup>

Door het oordeel van de HR dat de bedoeling van partijen niet relevant is in de kwalificatiefase, is de beoordelingswijze in het civiele recht meer in lijn gebracht met de beoordelingswijze in het socialezekerheidsrecht. In het civiele recht stond de partijbedoeling namelijk meer op gelijke tred met de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. In het socialezekerheidsrecht speelt de partijbedoeling daarentegen een geringere rol, aangezien daar de overeengekomen rechten en verplichtingen en de feitelijke uitvoer van de overeenkomst leidend zijn.<sup>72</sup> Dat kan verklaard worden doordat in het socialezekerheidsrecht sprake is van een publiekrechtelijke regeling met een publiekrechtelijk belang. Indien in het socialezekerheidsrecht teveel gewicht wordt toegekend aan de partijbedoeling, kan dat het ongewenste effect teweegbrengen dat geen premies werknemersverzekeringen worden afgedragen, terwijl feitelijk sprake is van een dienstbetrekking.<sup>73</sup>

Recent heeft de HR in het Deliveroo-arrest belangrijke gezichtspunten aangedragen voor de beoordeling of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt.<sup>74</sup> Gezichtspunten zijn onder andere de aard en duur van de werkzaamheden, de manier waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald, de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van de werkverschaffer, de aan- of afwezigheid van een verplichting het werk persoonlijk te verrichten, de wijze waarop de contractuele regeling tussen partijen is ontstaan, de wijze waarop de beloning wordt bepaald en wordt uitgekeerd, de hoogte van de beloningen en de mate waarin de werkende commercieel risico loopt.<sup>75</sup>

---

<sup>67</sup> Verhulp, *SR* 2005/16, p. 5 - 6; Trap, *ArbeidsRecht* 2000/45, p. 5 - 8; Vegter 2005; Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, r.o. 10; Rb. Noord-Holland 9 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10859, r.o. 5.3; Rb. Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1674, r.o. 4.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 september 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN6421, *AR* 2010-0723; HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, r.o. 3.3.

<sup>68</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.3.

<sup>69</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.

<sup>70</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.2.

<sup>71</sup> Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.35.

<sup>72</sup> Said, *ArA* 2017/1.2, p. 81 - 82; Van den Berg, *ArA* 2007/3.2, p. 53; Hof Amsterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ0443, r.o. 4.7.

<sup>73</sup> De Jong, *TAP* 2010/6, p. 239.

<sup>74</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

<sup>75</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

Daarnaast kan van belang zijn of de werkende zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt, gelet op de werving van een reputatie, bij acquisitie, gezien de fiscale behandeling en het aantal opdrachtgevers dat hij heeft alsmede de duur van die opdrachten.<sup>76</sup> Het kabinet is inmiddels met elementen uit bovenstaande opsomming bezig om het gezagscriterium van artikel 7:610 BW te verduidelijken, door te kijken naar de mate van materieel gezag, de inbedding van het werk in een organisatorisch verband en de mate van zelfstandig ondernemerschap als contra-indicatie.<sup>77</sup>

### 2.3.3 Reële contractspartij

Voordat wordt toegekomen aan de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst conform artikel 7:610 BW, dient allereerst een belangrijke voorvraag te worden beantwoord. Het gaat dan om de vraag of de contracterende partijen ook de reële contractspartijen zijn, of anders gezegd of deze partijen zich tot elkaar hebben verbonden.<sup>78</sup> Bij de vraag of partijen zich tot elkaar hebben verbonden, is niet vereist dat zij zich uitdrukkelijk tot elkaar hebben verbonden. Het antwoord op die vraag "is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden."<sup>79</sup>

Zodra een management-bv een overeenkomst van opdracht is overeengekomen met een andere vennootschap, kan derhalve niet direct worden overgegaan tot de vraag of voldaan is aan de elementen van de arbeidsovereenkomst in de relatie tussen werkende en werkverschaffer. Eerst dient in dat geval te worden beoordeeld of de management-bv reële betekenis mist en de werkende als natuurlijk persoon de reële contractspartij is. Indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de management-bv wel de reële contractspartij is, dan kan geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst conform artikel 7:610 BW. Een arbeidsovereenkomst kan namelijk slechts worden aangegaan met een natuurlijk persoon en niet met een rechtspersoon.<sup>80</sup>

Een greep uit de jurisprudentie laat zien hoe de reële contractspartij moet worden gedeut. Indien een reeds jarenlang bestaande arbeidsovereenkomst wordt omgezet in een managementovereenkomst en de feitelijke werkwijze wijzigt niet, wijst dat in de richting van een arbeidsovereenkomst en dat de werkende de reële contractspartij is.<sup>81</sup> Een wezenlijke verandering van de situatie kan daarentegen wijzen op de management-bv als reële contractspartij. Daarbij kunnen diverse aspecten van belang zijn, zoals het verwerven van aandelen in de opdrachtgever, het delen in de winst en via een prioriteitsaandeel zeggenschap verkrijgen binnen het concern.<sup>82</sup> Het delen in de winst duidt namelijk op ondernemersrisico.<sup>83</sup> Het niet langer genieten van ontslagbescherming en het niet langer deelnemen in een pensioenregeling duiden eveneens op gewijzigde omstandigheden,<sup>84</sup> net zoals een aanzienlijk hogere vergoeding ontvangen dan dat werknemers maximaal aan salaris genieten.<sup>85</sup> Een afspraak in een vaststellingsovereenkomst die luidt dat bepaalde managementvergoedingen niet meer worden uitbetaald of verrekend door de liquiditeitspositie van de opdrachtgever, duidt daarnaast niet op een arbeidsovereenkomst.<sup>86</sup>

---

<sup>76</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

<sup>77</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 2.

<sup>78</sup> HR 27 november 1992, *NJ 1993/273*; HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, r.o. 3.4; Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.46.

<sup>79</sup> HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, r.o. 3.5.

<sup>80</sup> HR 9 juli 1990, *NJ 1991/215*.

<sup>81</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397, r.o. 4.9.

<sup>82</sup> Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637, r.o. 3.11; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.7.

<sup>83</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.7 - r.o. 5.14; Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10168, r.o. 4.16; Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, r.o. 3.9.5.

<sup>84</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.14.

<sup>85</sup> Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.12.1.

<sup>86</sup> Rb. Zeeland-West Brabant 22 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4595, r.o. 3.12.



Zodra de werkende zich beroept op een voortgezette arbeidsovereenkomst op het moment dat de opdrachtgever de managementovereenkomst opzegt en inmiddels geruime tijd is gewerkt via een managementovereenkomst, kan die omstandigheid de werkende worden tegengeworpen.<sup>87</sup> In dat geval zou het voor de hand liggen om eerder kenbaar te maken aan de opdrachtgever dat loonheffingen dienen te worden ingehouden.<sup>88</sup>

De wijze waarop fiscaal uitvoering is gegeven aan de overeenkomst is tevens een belangrijk aanknopingspunt voor de rechter bij de vraag wie de reële contractspartijen zijn. Zo ondersteunt het factureren van de managementvergoeding met btw de realiteit van de management-bv.<sup>89</sup> Dat de opdrachtgever deze facturen vanaf een bepaald moment opstelt is daarbij van ondergeschikt belang.<sup>90</sup> Indien de feiten en omstandigheden dusdanig wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst of een managementovereenkomst, hoeft het al dan niet factureren met btw en afdragen van btw niet tot een ander oordeel te leiden.<sup>91</sup> Een volgend gezichtspunt is of door de opdrachtgever loonheffingen zijn ingehouden over de uitbetaalde vergoeding.<sup>92</sup> Ook het al dan niet doen van belastingaangifte door de management-bv voor diverse belastingmiddelen, en de daarmee gepaarde wijze van presenteren van de activiteiten ten opzichte van de Belastingdienst, speelt een rol bij de kwalificatie van de overeenkomst, net zoals of met de Belastingdienst in overleg is getreden over zijn fiscale positie.<sup>93</sup> Het niet opstellen van loonstroken of het niet uitbetalen van vakantiegeld en ziekgeld is eveneens een gezichtspunt.<sup>94</sup> Trap betoogt dat indien de management-bv niet louter inhoudsloos is, maar gelet op de financiële en fiscale aspecten een wezenlijk functie vervult, de kans klein is dat de management-bv door de civiele rechter wordt genegeerd.<sup>95</sup>

#### 2.3.4 Management-bv

In deze paragraaf volgt een bespreking van de jurisprudentie inzake de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv. Aanleiding voor een geschil in het arbeidsrecht is veelal dat de werkverschaffer de overeenkomst met de management-bv opzegt, waarna de werkende betoogt dat achteraf gezien toch sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen hem en de werkverschaffer.<sup>96</sup> Het komt echter ook voor dat een derde partij, zoals een pensioenfonds, de kwalificatie van de overeenkomst tussen partijen betwist.<sup>97</sup>

---

<sup>87</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6.

<sup>88</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.18.

<sup>89</sup> Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637, r.o. 3.12; Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:454, r.o. 3.2; Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West Brabant 22 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4595, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4 - 4.5; Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.4; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.12.1; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, r.o. 3.9.5 - r.o. 3.9.6.

<sup>90</sup> Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.4.

<sup>91</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397, r.o. 4.9 - 4.10; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.7; Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10168, r.o. 4.13.

<sup>92</sup> Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4; Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.4; Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, r.o. 5.6; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.8; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6.

<sup>93</sup> Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:454, r.o. 3.2; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6.

<sup>94</sup> Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.4; Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, r.o. 5.6; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.8; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, r.o. 3.9.7.

<sup>95</sup> Trap, *ArbeidsRecht* 2016/41, p. 5.

<sup>96</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419.

<sup>97</sup> HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449.

Een belangrijk arrest in dit kader is het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM, aangezien dit de eerste civiele zaak was waarin de HR het oordeel van het hof in stand liet dat door de management-bv constructie heen moet worden gekeken.<sup>98</sup> Voorheen stuitte het bestaan van een arbeidsovereenkomst immers af op de zienswijze dat een vennootschap niet als werknemer kan worden aangemerkt, aangezien alleen een natuurlijk persoon werknemer kan zijn.<sup>99</sup> In het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM was een managementovereenkomst gesloten tussen de management-bv van de werkende en de werkverschaffer. Door een derde, pensioenfonds PGGM, werd het standpunt ingenomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werkende en de werkverschaffer. Het pensioenfonds vorderde om die reden pensioenpremies van de werkverschaffer.

Het hof stelde het pensioenfonds in het gelijk. Daartoe overwoog het hof dat als regel geldt dat geen omzetbelasting in rekening hoeft te worden gebracht indien sprake is van ondergeschiktheid. Nu tussen partijen de afspraak bestond dat geen omzetbelasting in rekening zou worden gebracht, wees dat in de richting van ondergeschiktheid van de werkende, aangezien alleen een natuurlijk persoon ondergeschikt kan zijn.<sup>100</sup> Het persoonlijke karakter van de arbeid volgde volgens het hof onder andere voort uit de statuten van de opdrachtgever, waarin stond dat de directeur een natuurlijk persoon is die in dienst is van de stichting. Daarnaast was in de managementovereenkomst opgenomen dat de overeenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werkende niet langer directeur van de management-bv is en indien de werkende verhinderd is door arbeidsongeschiktheid. Over vervanging was verder niets geregeld in de managementovereenkomst.<sup>101</sup> Een ander belangrijk feit voor de kwalificatie van de overeenkomst was dat geen facturen werden verzonden en de managementvergoeding via de loonadministratie van Stichting Thuiszorg Rotterdam werd uitbetaald. Ook voldeden de werkzaamheden van de managementovereenkomst niet aan de statutaire doelomschrijving van de management-bv. De betalingen werden dan ook als tegenprestatie voor de verrichte werkzaamheden van de werkende beschouwd.<sup>102</sup>

De HR liet het oordeel van het hof in stand door te benadrukken dat bij de beoordeling of tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, in onderling verband moeten worden bezien, met inachtneming van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval.<sup>103</sup> Uit de feitelijke beoordeling van het hof volgt aldus dat als aan de elementen van de arbeidsovereenkomst is voldaan, niet van belang is dat op papier een managementovereenkomst is overeengekomen. Het hof kende daarbij in zijn oordeel gewicht toe aan de fiscale uitvoering van de overeenkomst. Bij het werken via een management-bv is immers gebruikelijk dat facturen met btw worden uitgereikt en dat de werkende wordt verloned bij de management-bv. De omgekeerde situatie was hier het geval: er werden geen facturen uitgereikt en de werkende werd verloned bij de opdrachtgever.

Tot slot werd aan de partijbedoeling voor het arrest X/Gemeente Amsterdam in belangrijke mate waarde toegekend door de rechter.<sup>104</sup> De partijbedoeling kan blijken uit het feit dat is vastgelegd dat partijen zich er bewust van zijn dat door de aangegane overeenkomst geen arbeidsovereenkomst zal ontstaan,<sup>105</sup> maar ook uit gehanteerde termen zoals 'managementovereenkomst', 'opdrachtgever' en 'opdrachtnemer' en het aanduiden van de vergoeding als 'managementfee'.<sup>106</sup> De feitelijke uitvoering kan daarentegen de partijbedoeling doorkruisen.<sup>107</sup> In een zaak overwoog de rechter opvallenderwijs dat "vaststaat dat sprake is van een managementovereenkomst nu beide partijen hiervan uitgaan."<sup>108</sup>

---

<sup>98</sup> HR 13 juli 2007, NJ 2007/449; Boot, BB 2008/3, p. 3.

<sup>99</sup> HR 9 juli 1990, NJ 1991/215.

<sup>100</sup> Hof 's-Gravenhage 26 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3151, r.o. 3 - 4.

<sup>101</sup> Hof 's-Gravenhage 26 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3151, r.o. 7.

<sup>102</sup> Hof 's-Gravenhage 26 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3151, r.o. 8.

<sup>103</sup> HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, r.o. 3.5.

<sup>104</sup> Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637, r.o. 3.12; Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.3; Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4.

<sup>105</sup> Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.3; Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, r.o. 4.4.

<sup>106</sup> Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.10.4.

<sup>107</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397, r.o. 4.6 - r.o. 4.10.

<sup>108</sup> Rb. Zeeland-West Brabant 22 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4595, r.o. 3.13.

Dit oordeel lijkt op gespannen voet te staan met het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM, aangezien daar juist uit volgde dat ook een derde belanghebbende de kwalificatie van de overeenkomst met goed gevolg kan betwisten, ook al zijn partijen bij de overeenkomst het zelf over de kwalificatie eens.

## 2.4 Knelpunten

Uit de besproken rechtspraak in paragraaf 2.3.3 volgt dat lagere rechters bij de kwalificatie van een overeenkomst in belangrijke mate de fiscale uitvoering van de overeenkomst laten meewegen. Voor een werkende kan het dan ook lastiger worden om te betogen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst met de werkverschaffer, indien door de management-bv facturen met btw zijn uitgereikt en de werkende wordt verloond bij zijn management-bv. In dat geval had het voor de hand gelegen dat de werkende eerder de fiscale uitvoering van de overeenkomst ter discussie had gesteld.<sup>109</sup> Van een werkende die in een sterke maatschappelijke positie zit ten opzichte van de werkverschaffer, mag het overzien van de gevolgen van de fiscale uitvoering van de overeenkomst worden verwacht.<sup>110</sup> Een werkende die daarentegen in een afhankelijke en zwakkere maatschappelijke positie zit zonder onderhandelingsruimte, zal zich niet zo snel tegen de fiscale uitvoering ageren. Rechters dienen hier dan ook oog voor te houden en de fiscale uitvoering van de overeenkomst niet overwegend zwaar te laten meewegen, maar moeten dit in samenhang zien met de overige feiten en omstandigheden. Indien de feitelijke uitvoering van de overeenkomst namelijk dermate in de richting van een arbeidsovereenkomst wijst, dient aan de fiscale uitvoering een ondergeschikt belang te worden toegekend.<sup>111</sup>

Een volgend aandachtspunt doet zich voor als vast is komen te staan dat door de management-bv moet heen worden gekeken. Het is dan de vraag of een arbeidsovereenkomst tussen de werkende en de opdrachtgever tot stand komt náást de managementovereenkomst, of dat de managementovereenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst.<sup>112</sup> De wijze waarop door de arbeidsovereenkomst wordt heen gekeken is namelijk relevant om de inhoud van de arbeidsovereenkomst vast te stellen.<sup>113</sup> Indien de managementovereenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst, dan ligt het in de lijn der verwachting dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst wordt bepaald door de bepalingen in de managementovereenkomst. Dat ligt echter anders indien de arbeidsovereenkomst bestaat naast de managementovereenkomst. De managementovereenkomst kan de arbeidsovereenkomst dan enigszins inkleuren, maar er kan niet zonder meer vanuit worden gegaan dat de afspraken uit de managementovereenkomst één op één gelden in de arbeidsovereenkomst, zoals bij bepalingen waar een schriftelijkheidsvereiste geldt.<sup>114</sup> Partijen dienen zich derhalve enerzijds bewust te zijn van het feit dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst niet onomstotelijk vaststaat, maar anderzijds ook dat de managementovereenkomst formeel nog blijft bestaan.

Een laatste punt dat opvalt is dat bepaalde rechters na het arrest X/Gemeente Amsterdam alsnog gewicht toekennen aan de partijbedoeling bij de kwalificatie van een overeenkomst. Zo oordeelde een rechter dat allereerst van belang is dat in de managementovereenkomst is opgenomen dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is van partijen om een arbeidsovereenkomst aan te gaan.<sup>115</sup> In een andere zaak werd door de partijen gekozen holdingstructuur met werkmaatschappij door de rechter aangenomen dat de bestuurder optreedt op basis van een overeenkomst van opdracht in plaats van een arbeidsovereenkomst.<sup>116</sup> Het lijkt dan ook dat deze rechtsoverwegingen op gespannen voet staan met de uitkomst van het arrest X/Gemeente Amsterdam, waarvan de strekking was dat de werkelijke rechtsverhouding dient te worden beoordeeld, zonder betekenis toe te kennen aan een gecreëerde papieren werkelijkheid.<sup>117</sup>

---

<sup>109</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6; Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, r.o. 9.5.

<sup>110</sup> Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, r.o. 9.5.

<sup>111</sup> Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397, r.o. 4.9 - 4.10.

<sup>112</sup> Said 2021.

<sup>113</sup> Said 2021.

<sup>114</sup> Said 2021.

<sup>115</sup> Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, r.o. 4.4.

<sup>116</sup> Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, r.o. 5.7.

<sup>117</sup> Said 2021.

Het is daarom de vraag of lagere rechters in de toekomst, ondanks de rechtsregel uit het arrest X/Gemeente Amsterdam, toch niet indirect waarde blijven toekennen aan de partijbedoeling bij de kwalificatie van een overeenkomst.

## 2.5 Tussenconclusie

Partijen kunnen hun arbeidsrelatie op verschillende wijzen vormgeven. Bekende vormen zijn de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW en de overeenkomst van opdracht van artikel 7:400 BW. Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst dan dient te zijn voldaan aan de verplichting tot het persoonlijk verrichten van de arbeid, een loonbetalingsverplichting en een gezagsverhouding tussen werknemer en werkgever. Bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst geniet de werknemer diverse beschermende wettelijke bepalingen, zoals ontslagbescherming en doorbetaling bij ziekte. De overeenkomst van opdracht kent deze beschermende wettelijke bepalingen voor een opdrachtnemer niet. Deze overeenkomst kenmerkt zich vooral door de zelfstandigheid van de opdrachtnemer die niet ondergeschikt is aan de opdrachtgever. Desondanks kunnen ook bij een overeenkomst van opdracht aanwijzingen worden gegeven door de opdrachtgever, hetgeen beperkt blijft tot de uitvoering van de opdracht.<sup>118</sup> Bij de arbeidsovereenkomst wordt het gezag daarentegen in de regel uitgeoefend over de gehele contractuele periode.

In het arrest Groen/Schoevers werd geoordeeld dat bij de beoordeling of een overeenkomst een arbeidsovereenkomst is, zowel de partijbedoeling als de feitelijke uitvoering van belang is. Sinds het arrest X/Gemeente is duidelijk dat een dergelijke beoordeling uiteenvalt in een uitlegfase en een kwalificatiefase. Daarbij is van belang dat de partijbedoeling nog wel een rol speelt in de uitlegfase, maar niet meer in de kwalificatiefase. In het Deliveroo-arrest zijn tot slot belangrijke gezichtspunten geformuleerd bij de kwalificatievraag van artikel 7:610 BW.

In lagere rechtspraak valt op dat rechters veel gewicht toekennen aan de fiscale uitvoering van de overeenkomst, hetgeen het standpunt van de werkende dat sprake is van een arbeidsovereenkomst kan bemoeilijken. Zodra in een concreet geval wordt geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen werkende en opdrachtgever, is wel de vraag of deze arbeidsovereenkomst bestaat naast de overeengekomen managementovereenkomst, of dat de managementovereenkomst wordt geconverteerd in een arbeidsovereenkomst. Tot slot is het de vraag in hoeverre de partijbedoeling in de kwalificatiefase door lagere rechters zal worden losgelaten, ondanks hetgeen is bepaald in het arrest X/Gemeente Amsterdam.

---

<sup>118</sup> Art. 7:402 lid 1 BW.

### 3. Socialezekerheidsrecht

Het socialezekerheidsrecht bestaat uit een stelsel van wetten die zorgen voor een inkomen ten tijde van arbeidsongeschiktheid, ziekte, werkloosheid of pensioen. Dit onderzoek beperkt zich echter tot een deel van dit wettelijke stelsel, namelijk de premieheffing werknemersverzekeringen. De begrippen ‘werknemer’ en ‘privaatrechtelijke dienstbetrekking’ nemen in de werknemersverzekeringen een prominente plaats in. Ook kennen de werknemersverzekeringen fictieve dienstbetrekkingen, zodat de werkende bij wijze van fictie als werknemer voor de werknemersverzekeringen wordt gezien. De directeur-groootaandeelhouder kent een uitzonderingspositie in de werknemersverzekeringen, indien hij in beginsel als werknemer wordt aangemerkt. Voorgaande aspecten van de werknemersverzekeringen worden achtereenvolgend behandeld in dit hoofdstuk.

Vervolgens wordt algemene jurisprudentie besproken inzake de kwalificatie of al dan niet sprake is van een werknemer voor de werknemersverzekeringen, gevolgd door jurisprudentie van de belastingrechter en de CRvB die ziet op het werken via een management-bv. Tot slot worden de knelpunten besproken die in de jurisprudentie naar voren komen.

#### 3.1 Literatuuronderzoek

##### 3.1.1 Werknemersverzekeringen

De werknemersverzekeringen bestaan uit de WW, de ZW, de WIA en de WAO en worden ook wel aangeduid als de materiewetten. Het doel van de werknemersverzekeringen is om een vangnet te creëren indien werknemers te maken krijgen met inkomstenderving door werkloosheid, ziekte of arbeidsongeschiktheid.<sup>119</sup> In de materiewetten is de werknemer de verzekerde. Onder werknemer wordt verstaan de natuurlijk persoon die onder andere in privaatrechtelijke dienstbetrekking staat.<sup>120</sup> Voor de werknemersverzekeringen wordt voor het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking aangesloten bij de civielrechtelijke dienstbetrekking, te weten de arbeidsovereenkomst krachtens artikel 7:610 BW.<sup>121</sup>

Zodra een werkende ingevolge de materiewetten als verzekerd voor de werknemersverzekeringen wordt aangemerkt, bestaat voor de directeur-groootaandeelhouder onder bepaalde voorwaarden nog een uitzondering op het worden aangemerkt als verzekerde.<sup>122</sup> De staatssecretaris van Financiën heeft in de Regeling aanwijzing dga regels vastgesteld omtrent hetgeen onder directeur-groootaandeelhouder in de zin van de materiewetten moet worden verstaan.<sup>123</sup> Uitgangspunt van de Regeling aanwijzing dga is dat een gezagsverhouding ontbreekt indien de statutair bestuurder kan besluiten over zijn ontslag en zodoende niet tegen zijn wil ontslagen kan worden.<sup>124</sup>

##### 3.1.3 Fictieve dienstbetrekking

Indien geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, kan de werkende nog in een fictieve dienstbetrekking werkzaam zijn voor de werknemersverzekeringen.<sup>125</sup> Voor dit onderzoek zijn vooral de fictieve dienstbetrekkingen van artikel 5, sub d WW, ZW en WAO van belang, zodat de bespreking beperkt blijft tot deze fictieve dienstbetrekkingen.

---

<sup>119</sup> *Kamerstukken II 1947/48*, 704, nr. 3, p. 12; *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 51; *Kamerstukken II 2004/05*, 30 118, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II 2011/12*, 33 241, nr. 3, p. 8 - 10.

<sup>120</sup> Art. 3 lid 1 ZW; art. 3 lid 1 WW; art. 3 lid 1 WAO; art. 8 lid 1 WIA.

<sup>121</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2.

<sup>122</sup> Zie hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.5.1 - 5.5.5 waarin de inspecteur in bewijsnood kwam door de discussie te voeren over de uitkomst van de Regeling aanwijzing dga, zonder vast te stellen dat sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen werkende en werkverschaffer.

<sup>123</sup> Art. 6 lid 5 ZW; art. 6 lid 4 WW; art. 6 lid 5 WAO; art. 8 lid 1 WIA; Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, *Stcrt.* 2015, 19073.

<sup>124</sup> Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, *Stcrt.* 2015, 19073, p. 4.

<sup>125</sup> Art. 4 jo. 5 WW; art. 4 jo. 5 ZW; art. 4 jo. 5 WAO.

In voornoemd artikel staat dat bij AMvB regels kunnen worden gesteld ingevolge eveneens als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge de voorgaande bepalingen als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. Deze regels zijn nader vastgesteld in het zogeheten Rariteitenbesluit.<sup>126</sup>

Uit artikel 3, lid 1 Rariteitenbesluit volgt dat als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde door tussenkomst van een natuurlijk persoon tot wie of van het lichaam tot welk de arbeidsverhouding bestaat. Het artikel is indertijd ingevoerd om een vangnet in de werknemersverzekeringen te creëren voor personen die door tussenkomst van een uitzendbureau bij derden werkzaam zijn, aangezien de arbeidskrachten niet onder gezag stonden.<sup>127</sup>

In artikel 5, lid 1 Rariteitenbesluit staat daarnaast dat als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijk arbeid verricht op doorgaans ten minste twee dagen per week. Hier worden een aantal uitzonderingen op gemaakt.<sup>128</sup> Een belangrijke uitzondering is dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die uitsluitend arbeid verricht voor rekening en risico van de onderneming van de rechtspersoon waarvan hij directeur-groootaandeelhouder is.<sup>129</sup>

## 3.2 Jurisprudentieonderzoek

### 3.2.1 Privaatrechtelijke dienstbetrekking

In paragraaf 4.1.1 is beschreven dat voor het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking in het socialezekerheidsrecht wordt aangesloten bij het civielrechtelijke begrip arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Voor wat betreft het civiele recht is door de Civiele Kamer van de HR in het arrest Groen/Schoevers vastgesteld dat bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst alle feiten en omstandigheden holistisch moeten worden gewogen.<sup>130</sup> Voor het socialezekerheidsrecht is nadien in het Gouden Kooi-arrest door de Belastingkamer van de HR bepaald dat de uitgezette Groen/Schoevers-leer in het civiele recht ook geldt in het socialezekerheidsrecht.<sup>131</sup> Het voorgaande is nogmaals bevestigd in het B-notarissenarrest.<sup>132</sup>

### 3.2.2 Verhouding belastingrechter tot CRvB

De CRvB was tot 1 januari 2006 de hoogste instantie die een oordeel velde over geschillen omtrent het begrip werknemer voor de werknemersverzekeringen.<sup>133</sup> Vanaf dat moment is de heffing en inning van premies voor de werknemersverzekeringen overgeheveld van het UWV naar de Belastingdienst.<sup>134</sup> Dit heeft tot gevolg gehad dat ook de bezwaar- en beroepsprocedure is gewijzigd. Vanaf dat moment worden beroepszaken die zien op de heffing en inning van premies werknemersverzekeringen ingesteld bij de belastingrechter.<sup>135</sup> Indien een werknemer een aanvraag doet om een uitkering bij het UWV blijft de rechtsgang wel hetzelfde. Na beroep bij de rechtbank staat nog steeds hoger beroep open bij de CRvB.<sup>136</sup> Bij beide rechtsingangen is nu ook cassatie mogelijk ten aanzien van uitlegvragen omtrent het begrip werknemer voor de werknemersverzekeringen, zodat de HR per 1 januari 2006 het laatste woord heeft.<sup>137</sup>

---

<sup>126</sup> Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd van 24 december 1986, *Stb.* 1986, 655.

<sup>127</sup> *Kamerstukken II* 1963/64, 7687, nr. 3, p. 1.

<sup>128</sup> Art. 5 lid 2 sub a jo. sub b Rariteitenbesluit.

<sup>129</sup> Art. 8 lid 1 sub b Rariteitenbesluit.

<sup>130</sup> HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149.

<sup>131</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2.

<sup>132</sup> HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.1 - r.o. 3.3.3.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 37 - 38.

<sup>134</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 3.

<sup>135</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 37.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 38.

<sup>137</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 38.

### 3.2.3 Reële betekenis management-bv belastingrechter

Voordat wordt toegekomen aan de vraag of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen de werkende en de werkverschaffer, is ook in het socialezekerheidsrecht allereerst van belang vast te stellen wie de reële contractspartijen zijn.<sup>138</sup> De jurisprudentie laat hieromtrent diverse gezichtspunten zien waaruit kan worden afgeleid of de management-bv of de werkende de reële contractspartij is.

Indien de inspecteur stelt dat in wezen sprake is van een arbeidsovereenkomst met de werkende en de management-bv reële betekenis mist, rust op hem de bewijslast om dat aannemelijk te maken.<sup>139</sup> Daarbij geldt dat de enkele stelling van de inspecteur dat de management-bv reële betekenis mist niet kan volstaan.<sup>140</sup> Bij de beoordeling van de reële betekenis van de management-bv spelen de hoeveelheid opdrachtgevers van de management-bv een rol, alsmede een antwoord op de vraag of de management-bv enkel is opgericht voor de deelneming in de werkverschaffer.<sup>141</sup>

Indien de managementovereenkomst dermate veel arbeidsrechtelijke bepalingen bevat, kan dat reden zijn om te concluderen dat de werkende de reële contractspartij bij de overeenkomst is. Er moeten dan wel daadwerkelijk arbeidsrechtelijke aanknopingspunten in de managementovereenkomst te vinden zijn.<sup>142</sup> Voorbeelden van dergelijke arbeidsrechtelijke bepalingen zijn doorbetaling bij ziekte, afspraken over vakantiedagen, de koppeling van de vergoeding aan een voltijds werkweek en een streng non-concurrentiebeding.<sup>143</sup> Mertens heeft in dit kader ook wel betoogd dat een rechtspersoon niet ziek kan worden en geen vakantiedagen kan opnemen.<sup>144</sup>

In het verlengde van het voorgaande kan een voorafgaand dienstverband bij (een verwante onderneming met) de werkverschaffer bijdragen aan de conclusie dat de management-bv reële betekenis mist en de privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft voortbestaan, indien geen wezenlijke verandering is opgetreden in de feitelijke situatie.<sup>145</sup> Van belang is eveneens of de verrichte werkzaamheden dusdanig verknocht zijn met de werkende, dat daardoor de management-bv moet worden genegeerd.<sup>146</sup>

### 3.2.4 Privaatrechtelijke dienstbetrekking management-bv belastingrechter

Zodra vaststaat dat niet de management-bv de reële contractspartij is bij de overeenkomst maar de werkende, dient vervolgens te worden beoordeeld of de werkende in een privaatrechtelijke dienstbetrekking tot de werkverschaffer staat. Hierbij heeft de HR overwogen dat een holistische benadering zich niet verdraagt met een gescheiden beoordeling van de drie kenmerken van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.<sup>147</sup>

Bij het element persoonlijke arbeid wordt veelal gekeken of sprake is van een realistische vorm van vrije vervanging.<sup>148</sup> Daar past de nuance bij dat bij een overeenkomst van opdracht tevens niet ongebruikelijk is dat de arbeid persoonlijk wordt verricht, waarmee bedoeld wordt op dat een bepaald persoon met bepaalde kwaliteiten wordt aangewezen voor de opdracht.<sup>149</sup>

---

<sup>138</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:284, r.o. 5.2.10.

<sup>139</sup> Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715, r.o. 15; Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 13; Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.5.1 - 5.5.5; Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.10.

<sup>140</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.10; HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.10.

<sup>141</sup> Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, r.o. 16; Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715, r.o. 18.

<sup>142</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.4.

<sup>143</sup> Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115, r.o. 16 - r.o. 17.

<sup>144</sup> Mertens 2022.

<sup>145</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0855, r.o. 4.3; Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715, r.o. 18.

<sup>146</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.10.

<sup>147</sup> HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.5.2.

<sup>148</sup> Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115, r.o. 17.

<sup>149</sup> Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 16.

Bij het onderdeel gezag wordt met name gekeken naar in hoeverre de werkende als statutair bestuurder ondergeschikt is aan de AVA van de werkverschaffer. Indien de werkende in persoon is benoemd tot statutair bestuurder van de werkverschaffer, staat de gezagsverhouding tot de AVA namelijk vast.<sup>150</sup> Indien de management-bv de statutair bestuurder is van de werkverschaffer, kan voornoemde formele toets niet tot dezelfde conclusie leiden. In een aantal zaken werd opvallenderwijs door de belastingrechter een gezagsverhouding aangenomen door onder andere te concluderen dat de werkende onder het gezag van de AVA stond, terwijl de management-bv van de werkende de statutair bestuurder van de werkverschaffer was.<sup>151</sup> In een uitspraak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ontbrak daarbij de nuance dat een deel van de periode de werkende in persoon de statutair bestuurder van de werkverschaffer was en een deel van de periode de management-bv.<sup>152</sup> Opmerkelijk daarbij was dat de andere werkende in diezelfde zaak noch in persoon statutair bestuurder was, noch was zijn management-bv dat.<sup>153</sup>

In een recente zaak was eveneens in geschil of de werkende onder het gezag van de AVA van de werkverschaffer stond, wetende dat de management-bv de statutair bestuurder van de werkverschaffer was.<sup>154</sup> Het lijkt erop dat gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in die zaak zijn oordeel genoemd in de bovenstaande alinea heroverweegt, door te overwegen dat het gezag dat de AVA uitoefent over een vennootschap als statutair bestuurder, niet op één lijn kan worden gesteld met het uitoefenen van werkgeversgezag over de werkende bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden voor de werkverschaffer.<sup>155</sup>

Tegen de uitspraak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 september 2020 is cassatie ingesteld, waarna de HR op 18 februari 2022 de uitspraak van het gerechtshof casseerde. De HR oordeelde dat de motivering van het hof dat naar civiel recht sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werkende en de werkverschaffer, zonder nadere motivering op alle drie de kenmerken van de arbeidsovereenkomst onbegrijpelijk is.<sup>156</sup> Bij het element gezag merkte de HR op dat niet zonder meer valt in te zien waaraan de AVA de bevoegdheid zou ontleen om rechtstreeks gezag uit te oefenen ten aanzien van de werkzaamheden van de werkenden, nu niet meer is vastgesteld dan dat de werkverschaffer een contractuele relatie heeft met de management-bv's.<sup>157</sup> De HR wijst mijns inziens terecht op het feit dat niet zomaar over de contractuele relatie van twee rechtspersonen kan worden heengestapt, maar miskende dat één van de werkenden een periode statutair bestuurder was van de werkverschaffer, waardoor het gezag ten opzichte van de AVA vaststaat.<sup>158</sup> De HR verwees de zaak ter verdere behandeling.

De belastingrechter kijkt bij het onderdeel gezag eveneens naar de mate waarin de werkende aanwijzingen ontvangt, in hoeverre zijn werk wordt gecontroleerd en of hij verantwoording dient af te leggen.<sup>159</sup> Daarbij wordt de nuance gemaakt dat ook bij een overeenkomst van opdracht aanwijzingen kunnen worden gegeven.<sup>160</sup>

---

<sup>150</sup> Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715, r.o. 17.

<sup>151</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0855, r.o. 4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668, r.o. 4.4 - r.o. 4.7; Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115, r.o. 18; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, r.o. 16.

<sup>152</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, r.o. 2.5.

<sup>153</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, r.o. 2.2 - r.o. 2.5.

<sup>154</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822.

<sup>155</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.7.

<sup>156</sup> HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, r.o. 3.2.2.

<sup>157</sup> HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, r.o. 3.2.3.

<sup>158</sup> HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

<sup>159</sup> Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 17.

<sup>160</sup> Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 16.



### 3.2.4 Benadering gezagsverhouding CRvB bij statutair bestuurderschap

In paragraaf 3.2.3 is gebleken dat de belastingrechter in een aantal zaken een gezagsverhouding aanneemt tussen de werkende en de AVA van de werkverschaffer, in de situatie dat de management-bv de statutair bestuurder is van de werkverschaffer. De CRvB oordeelt, anders dan de belastingrechter in bepaalde zaken, dat in de situatie dat een aan de werkende gelieerde rechtspersoon de statutair bestuurder is van de werkverschaffer, geen formele gezagsrelatie tussen de werkende en de AVA van de werkverschaffer tot stand komt.<sup>161</sup> In dat geval moet beoordeeld worden of materieel sprake is van een gezagsverhouding tussen de werkende en de werkverschaffer,<sup>162</sup> hetgeen afhankelijk is van de mate waarin de werkverschaffer opdrachten en instructies kan geven en controle kan uitoefenen op het uitgevoerde werk.<sup>163</sup> De situatie is anders als de werkende als natuurlijk persoon de statutair bestuurder is van de werkverschaffer. Dan bestaat op grond van het arrest van de HR van 22 maart 2013 wel een formele gezagsverhouding tot de werkverschaffer.<sup>164</sup>

### 3.2.5 Fiscale herkwalficatie

In de zaak van gerechtshof Amsterdam van 1 maart 2016 introduceerde het hof de leer van het fiscaal herkwalficeren in verzekeringsplichtdiscussies bij de kwalificatie van een overeenkomst. Dat deed het hof nadat het had vastgesteld dat geen sprake was van een civielrechtelijke dienstbetrekking tussen werkende en werkverschaffer,<sup>165</sup> maar mogelijk wel een fiscaalrechtelijke dienstbetrekking.<sup>166</sup> Het hof overwoog, onder verwijzing naar een arrest van de HR uit 1999,<sup>167</sup> dat bij fiscale herkwalficatie het op de weg van de inspecteur ligt om aannemelijk te maken dat de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet.<sup>168</sup> Aan die bewijslast kon de inspecteur niet voldoen, maar het bleek volgens het hof eveneens niet uit de feiten. Bij het volgen van de civielrechtelijke structuur was namelijk niet enkel het gevolg dat de werkmaatschappij geen premies werknemersverzekeringen verschuldigd was, maar dat de werkenden ook geen recht hebben op een uitkering.<sup>169</sup>

In het betreffende arrest van de HR uit 1999 ging het om een samenstel aan civielrechtelijke handelingen die fiscaalrechtelijk anders werden gekwalificeerd. Het gaat bij fiscale herkwalficatie voornamelijk om een waardering van de feiten op andere wijze dan de belanghebbende voor ogen staat, met daaraan gekoppeld andere fiscale gevolgen.<sup>170</sup> Het gaat daarbij om het vaststellen van de objectieve feiten en het objectieve economische resultaat in het licht van doel, strekking en tekst van de belastingwet.<sup>171</sup> De civiele werkelijkheid behoeft aldus niet altijd leidend te zijn voor de fiscale werkelijkheid, aangezien beide rechtsgebieden ook een ander doel nastreven.<sup>172</sup> Het gevolg van fiscale herkwalficatie kan daarom zijn dat een bepaalde handeling fiscaal wordt genegeerd of wordt vervangen.<sup>173</sup> Op het moment dat de betreffende handeling uit economisch en juridisch oogpunt echter reële betekenis heeft, lijkt de mogelijkheid tot fiscale herkwalficatie uit beeld te raken.<sup>174</sup>

---

<sup>161</sup> CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882, r.o. 4.5 - 4.6; CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4294, r.o. 4.5 - 4.6.

<sup>162</sup> CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882, r.o. 4.6; CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4294, r.o. 4.6.

<sup>163</sup> CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882, r.o. 4.7.

<sup>164</sup> CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:884, r.o. 4.3 - 4.4; CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:227, r.o. 4.4 - 4.6.

<sup>165</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.3.8.

<sup>166</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.4.1. - 5.4.2.

<sup>167</sup> HR 15 december 1999, *BNB* 2000/126, r.o. 3.4.

<sup>168</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.4.3.

<sup>169</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.4.4.

<sup>170</sup> Concl. A-G J.W. van den Berge, ECLI:NL:PHR:1999:AA3862, r.o. 4.2, bij HR 15 december 1999, *BNB* 2000/126.

<sup>171</sup> Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2007:BA7189, r.o. 5.7, bij HR 15 juni 2007, *BNB* 2007/250, m.nt. B.G. van Zadelhoff.

<sup>172</sup> Van Dam, *TFO* 2013/125.1, p. 2.

<sup>173</sup> Rb. 's-Gravenhage 13 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3190, r.o. 2.22 - 2.24.

<sup>174</sup> Van Dam, *TFO* 2013/125.1, p. 2.

Eenzelfde oordeel omtrent de fiscale herkwalficatie volgde in een recente uitspraak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>175</sup> Het zijn van de geanalyseerde jurisprudentie de enige twee zaken waarin de rechter verwijst naar de leer van het fiscaal herkwalficeren en de inspecteur confronteert met zijn bewijslast hieromtrent. Diverse auteurs nemen dan ook sindsdien de leer van het fiscaal herkwalficeren als uitgangspunt aan, indien de inspecteur van mening is dat de overeengekomen overeenkomst van opdracht in wezen een arbeidsovereenkomst is tussen de werkende en de werkverschaffer.<sup>176</sup> De vraag is evenwel of de leer van het fiscaal herkwalficeren doorwerkt naar het socialezekerheidsrecht.

### 3.2.6 Fictieve dienstbetrekking en management-bv

Er is ook jurisprudentie voorhanden waarin aan de orde komt of de werkende in een fictieve dienstbetrekking tot de werkverschaffer staat, hetgeen in deze paragraaf wordt besproken.

Zo stelde de inspecteur in een zaak dat sprake was van een fictieve dienstbetrekking ingevolge artikel 5, sub d WW, ZW en WAO jo. artikel 3 Rariteitenbesluit.<sup>177</sup> Daarvoor had hij aannemelijk gemaakt dat de werkenden persoonlijk arbeid hebben verricht voor de werkverschaffer. De inspecteur ging er echter aan voorbij dat de werkenden hun werkzaamheden enkel in het kader van de rechtsbetrekking met de tussenhoudstermaatschappij en hun persoonlijke houdstermaatschappijen hebben verricht. De vraag in welke mate de werkzaamheden voor rekening en risico komen van de werkverschaffer of de persoonlijke houdstermaatschappijen wordt dan ook door die rechtsbetrekking beheerst. Van een arbeidsverhouding met de werkverschaffer was daarom geen sprake, zodat ook geen sprake was van een fictieve dienstbetrekking.<sup>178</sup>

In het B-notarissenarrest stelde de inspecteur dat sprake was van een fictieve dienstbetrekking ingevolge artikel 5 sub d WW, ZW en WAO jo. artikel 5, lid 1 Rariteitenbesluit.<sup>179</sup> Doordat artikel 5, lid 2 Rariteitenbesluit niet van toepassing was in die zaak, keek de HR naar de toepasbaarheid van de uitzondering van artikel 8, lid 1, sub b Rariteitenbesluit.<sup>180</sup> De HR overwoog dat de werkenden hun werkzaamheden niet hebben verricht voor rekening en risico van de werkverschaffer, maar voor de praktijkvennootschappen. De inspecteur kon geen feiten stellen die een ander oordeel rechtvaardigen, zodat de uitzondering van artikel 8, lid 1, sub b Rariteitenbesluit van toepassing was.<sup>181</sup> Dat zou anders liggen indien de praktijkvennootschappen geen reële betekenis hebben, maar ook dat kon de inspecteur niet onderbouwen.<sup>182</sup>

Het heeft er de schijn van dat de inspecteur bij het stellen van een fictieve dienstbetrekking ingevolge het Rariteitenbesluit veelal zijn standpunt onderbouwt met de makkelijker in te vullen voorwaarden, zoals het vereiste van persoonlijk arbeid, maar daarbij minder oog lijkt te hebben voor de lastiger in te vullen voorwaarden. Zaken als of sprake is van een arbeidsverhouding tussen de werkende en de werkverschaffer dan wel of de werkzaamheden al dan niet worden verricht voor rekening en risico van de management-bv blijven in het betoog van de inspecteur onderbelicht. De belastingrechter wijst de inspecteur daar dan ook terecht op.

## 3.3 Knelpunten

### 3.3.1 Rol fiscale herkwalficatie

Het eerste dat opvalt is dat in paragraaf 3.2.5 diverse hoven en annotators het leerstuk van het fiscaal herkwalficeren toepassen bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv in het socialezekerheidsrecht. In dergelijke discussies dient allereerst te worden vastgesteld of de management-bv de reële contractspartij is oftewel reële betekenis heeft.<sup>183</sup> Pas als daar geen sprake van is, wordt toegekomen aan de vraag of de werkende een werknemer is in de zin van artikel 3 van de materiewetten.

---

<sup>175</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.9 - r.o. 4.12.

<sup>176</sup> Van Ruiten, *V-N* 2022/11.0, p. 5; El Ouardi 2020; Krijger 2021; Aksoy 2022.

<sup>177</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.6.

<sup>178</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.8.2.

<sup>179</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.2 - r.o. 5.2.3.

<sup>180</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.6 - r.o. 5.2.7.

<sup>181</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.8 - r.o. 5.2.9.

<sup>182</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.9 - r.o. 5.2.10.

<sup>183</sup> HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283, r.o. 5.2.8 - r.o. 5.2.10.

De twee hoven die de leer van het fiscaal herkwalficeren hebben aangehaald deden dat *nadat* ze concludeerden dat geen sprake is van een civielrechtelijke dienstbetrekking tussen werkende en werkverschaffer.<sup>184</sup> Volgens de hoven bestaat dan nog de optie dat sprake is van een ‘fiscaalrechtelijke dienstbetrekking’. Het is niet helemaal helder voor welke situaties de term ‘fiscaalrechtelijke dienstbetrekking’ in combinatie met de leer van het fiscaal herkwalficeren moeten gelden volgens de hoven. Het begrip dienstbetrekking wordt immers in het socialezekerheidsrecht uitgelegd conform het civiele recht.<sup>185</sup> Ook de holistische benadering vanuit het civiele recht is bij dergelijke vraagstukken van toepassing.<sup>186</sup> Verder kennen we in het socialezekerheidsrecht dan nog fictieve dienstbetrekkingen, maar dat zijn bij wet gestelde ficties. Het lijkt dan te gaan om situaties waarin de civiele werkelijkheid gekunsteld is gecreëerd, met als doel bepaalde fiscale voordelen behalen. Dergelijke gekunstelde situaties kunnen mijns inziens echter worden ondervangen door de basistoets aan artikel 7:610 BW, waarin wezen voor de schijn gaat.

De introductie van de leer van het fiscaal herkwalficeren bij de kwalificatie van een overeenkomst zorgt mijns inziens voor verwarring. Diverse auteurs betogen immers bij deze leer dat het uitgangspunt is dat de civielrechtelijke werkelijkheid fiscaal wordt gevolgd.<sup>187</sup> De ‘civielrechtelijke werkelijkheid’ wordt daarbij opgevat als hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zodra de inspecteur deze werkelijkheid betwist, door een overeenkomst van opdracht als arbeidsovereenkomst aan te merken, dient hij volgens de auteurs te voldoen aan de voorwaarden van fiscaal herkwalficeren. Dat is mijns inziens een onjuiste benadering. De civielrechtelijke werkelijkheid wordt immers betwist, hetgeen door de rechter uiteindelijk moet worden vastgesteld. Pas dan staat de civielrechtelijke werkelijkheid vast. Indien het oordeel van de rechter in het voordeel van de inspecteur uitvalt, is geen sprake van fiscaal herkwalficeren. Het juridische etiket dat partijen aan hun rechtsverhouding hebben gegeven was dan van meet af aan onjuist, zodat de werkende van meet af aan een werknemer was. Dezelfde toets in het arbeidsrecht zou immers tot dezelfde conclusie moeten leiden.

Het zou ook niet logisch zijn dat bij een uniform beoordelingskader in het civiele recht en het socialezekerheidsrecht, namelijk artikel 7:610 BW, in het socialezekerheidsrecht aanvullende eisen gelden vanwege vermeend fiscaal herkwalficeren. Dat doet afbreuk aan het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW en het uitgangspunt van de socialezekerheidswetten: een collectieve verzekering creëren waar men zich niet aan kan onttrekken indien voldaan is aan het begrip werknemer, behoudens wettelijke uitzonderingen. De HR heeft in het recente arrest van 18 februari 2022 ook geen aanwijzing gegeven dat de leer van het fiscaal herkwalficeren een rol speelt in deze discussies.<sup>188</sup> De leer van het fiscaal herkwalficeren kan derhalve beter niet worden gemengd in discussies omtrent de kwalificatie van een overeenkomst.

### 3.3.2 Formeel gezag via de AVA

Het negeren van de management-bv is in de werknemersverzekeringen een bekend fenomeen. De inspecteur hanteert in veel zaken de zienswijze dat het arrest van de HR van 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, met zich meebrengt dat een gezagsverhouding conform artikel 7:610 BW aanwezig is tussen de werkende en de werkverschaffer indien de statutair bestuurder zijn ontslag in de AVA op het niveau van de werkverschaffer niet kan tegenhouden, ongeacht of de werkende of de management-bv de statutair bestuurder is.<sup>189</sup> Daarbij kijkt de inspecteur redelijk snel door de management-bv heen, zonder zich af te vragen of de management-bv reële betekenis mist.

Het is dan de rechter die dient te waken over het niet te snel negeren van de management-bv door de inspecteur, maar de belastingrechtspraak laat daaromtrent geen consistent beeld zien. In de meeste uitspraken wordt de voorvraag of de management-bv reële betekenis mist niet behandeld, maar volgt een directe toetsing aan de drie kenmerken van artikel 7:610 BW.

---

<sup>184</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.3.8; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.8 - 4.9.

<sup>185</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2; HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.1.

<sup>186</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2; HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.3.

<sup>187</sup> Van Ruiten, *V-N* 2022/11.0, p. 5; El Ouardi 2020; Krijger 2021; Aksoy 2022.

<sup>188</sup> HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282.

<sup>189</sup> Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 13; Rb. Gelderland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:918, r.o. 15; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668, r.o. 4.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.6.

Er wordt dan ten onrechte zomaar voorbijgegaan aan het gegeven dat de vennootschappen een contractuele relatie met elkaar hebben. In diverse zaken gaat de belastingrechter daarbij mee met de inspecteur in het aannemen van een gezagsverhouding van de werkende tot de AVA van de werkverschaffer, ook al is de management-bv de statutair bestuurder.<sup>190</sup> Een consistente lijn in de beoordeling van de gezagsverhouding in de situatie dat of werkende of management-bv de statutair bestuurder is van de werkverschaffer lijkt te ontbreken. Meer consistentie in de (opbouw van de) beoordeling zal dan ook ten gunste komen aan de rechtszekerheid voor belanghebbenden.

In een recente zaak is de belangrijke nuance gemaakt dat de gezagsverhouding van een vennootschap als statutair bestuurder tot de AVA niet op één lijn kan worden gesteld met werkgeversgezag in relatie tot de werkende.<sup>191</sup> Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat de werkende niet onder formeel gezag staat van de AVA van de werkverschaffer indien de management-bv de statutair bestuurder van de werkverschaffer is, hetgeen in lijn is met het arrest van de HR van 22 maart 2013. Het is de vraag of deze nuancering, mede gelet op de verwijzing in het arrest van de HR van 18 februari 2022,<sup>192</sup> in komende rechtspraak wordt voortgezet. Dat zou mijns inziens juist zijn en de uniformiteit in de (belasting)rechtspraak ten goede komen. Ook komt de wijze van beoordeling dan overeen met de consistentere insteek van de CRvB.<sup>193</sup> Hoewel de HR in zijn arrest van 18 februari 2022 mijns inziens terecht de uitspraak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft gecasseerd, vraag ik mij af of de HR niet meer had kunnen betekenen voor de rechtspraak. In paragraaf 6.3 benoem ik hetgeen de HR mijns inziens meer had kunnen verduidelijken.

### 3.4 Tussenconclusie

De werknemersverzekeringen bestaan uit de WW, ZW, WIA en WAO. Een verzekerde voor de werknemersverzekeringen is onder andere de werknemer die in privaatrechtelijke dienstbetrekking staat. De directeur-groootaandeelhouder in de zin van de Regeling aanwijzing dga wordt echter uitgezonderd van het begrip werknemer. De werknemersverzekeringen kennen daarnaast diverse fictieve dienstbetrekkingen, zodat bepaalde arbeidsverhoudingen alsnog onder de reikwijdte van de werknemersverzekeringen vallen.

De CRvB was tot 1 januari 2006 de hoogste instantie die een oordeel gaf over geschillen omtrent de werknemersverzekeringen. Vanaf die datum worden geschillen omtrent de heffing en inning van werknemersverzekeringen beslecht door de belastingrechter en aan de uitkeringskant door de CRvB, met de HR als mogelijk eindstation. Het beeld dat de belastingrechter daaromtrent laat zien is gemengd. Enerzijds zijn er zaken waarin de inspecteur wordt gewezen op zijn bewijslast vanwege fiscaal herkwalficeren, maar anderzijds komt het voor dat de belastingrechter ook volstaat met het enkel toetsen van de drie kenmerken van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Daar komt bij dat de belastingrechter, in tegenstelling tot de CRvB, soms een gezagsverhouding aanneemt tussen de werkende en de AVA van de werkverschaffer, terwijl de management-bv de statutair bestuurder van de werkverschaffer is. Het voorgaande laat daar pas in recente uitspraken een voorzichtige kentering in zien.

Bij de beoordeling van de fictieve dienstbetrekkingen is tot slot van belang of sprake is van een arbeidsverhouding tussen de werkende en de werkverschaffer, dan wel of de werkende de werkzaamheden al dan niet voor rekening en risico van de management-bv verricht.

---

<sup>190</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0855, r.o. 4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668, r.o. 4.4; Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115, r.o. 18; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, r.o. 16.

<sup>191</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.7.

<sup>192</sup> HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282.

<sup>193</sup> CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882, r.o. 4.5 - 4.6; CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4294, r.o. 4.5 - 4.6.

## 4. Rechtszekerheidsbeginsel

De bekende politiek filosoof Niccolò Machiavelli betoogde eeuwen geleden al dat wetgeving burgers een bepaalde mate van zekerheid moet bieden en dat uitkomsten van besluitvormingsprocedures een bepaalde vorm van kwaliteit vertegenwoordigen. Indien deze zekerheid niet meer aanwezig is, brokkelt het vertrouwen van burgers in wetgeving af en verdwijnt de trouw aan deze wetgeving.<sup>194</sup> Het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving dient er voor te zorgen dat de wetgever bij de totstandkoming van formele en materiële wetten voldoende rekening houdt met de rechtszekerheid.<sup>195</sup> Deze variant van het rechtszekerheidsbeginsel wordt in dit hoofdstuk nader besproken. Een andere variant van het rechtszekerheidsbeginsel, te weten als beginsel van behoorlijk bestuur, wordt niet betrokken in dit onderzoek.

### 4.1 Formele rechtszekerheid

Het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving kent zowel een formele als een materiële zijde. Bij het formele rechtszekerheidsbeginsel gaat het er om dat wettelijke regels duidelijk en ondubbelzinnig kenbaar zijn en niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt.<sup>196</sup> Het materiële rechtszekerheidsbeginsel ziet daarentegen op een verbod van terugwerkende kracht van regels ten nadele van de burger, hetgeen niet nader wordt besproken in dit onderzoek.

Het formele rechtszekerheidsbeginsel dient er voor te zorgen dat burgers zich kunnen oriënteren op de geldende regels en dat voorspelbare rechtsgevolgen volgen op hun handelingen.<sup>197</sup> Wettelijke regels dienen zo te zijn geformuleerd dat burgers relatief eenvoudig duidelijkheid hebben over hun rechtspositie. Ondoorzichtige of onduidelijke wetgeving belemmeren burgers in hun gedrag bij beoogde handelingen op basis van het recht.<sup>198</sup> Duidelijke en heldere wetgeving dragen dan ook bij aan de rechtszekerheid.

### 4.2 Open normen

Het recht is onderhevig aan de tijd waar men in leeft. Het dient ingespeeld te zijn op technische, maatschappelijke en economische ontwikkelingen, maar ook op gewijzigde opvattingen over normen en waarden.<sup>199</sup> Een instrument in wetgeving om deze ontwikkelingen te ondervangen is het gebruik van een open norm. Bij een open norm laat de wetgever de nadere invulling van een bepaald begrip over aan de rechter als plaatsvervangend wetgever. De rechter kan op die wijze rekening houden met maatschappelijke en bedrijfseconomische ontwikkelingen en opvattingen.<sup>200</sup>

Artikel 7:610 BW is het ankerpunt voor zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht bij de vraag of een overeenkomst kwalificeert als een arbeidsovereenkomst. De definitie 'arbeidsovereenkomst' is sinds de invoering begin vorige eeuw nagenoeg ongewijzigd gebleven.<sup>201</sup> Zoals eerder toegelicht zijn de elementen van artikel 7:610 BW niet nader gedefinieerd in de wet. Ze hebben nadien vorm gekregen in jurisprudentie. Ook de voorvraag wie de reële contractspartijen zijn bij het werken via een management-bv heeft casuïstisch vorm gekregen in jurisprudentie. Men kan zich afvragen of de praktijk tegenwoordig met het voorgaande voldoende uit de voeten kan, gelet op de besproken knelpunten in paragraaf 2.4 en 3.3. Meer wettelijke afbakening omtrent de invulling van de reële contractspartijen of over de invulling van het gezagscriterium kan zorgen voor meer rechtszekerheid. Een nadeel daarvan is dat concretere wetgeving vermoedelijk inlevert op flexibiliteit en maatwerk in specifieke gevallen.

---

<sup>194</sup> Gribnau 2013/3.13.

<sup>195</sup> Poelmann e.a., 2021/FBR.4.1.0.B.

<sup>196</sup> Poelmann e.a., 2021/FBR.4.1.1.B.

<sup>197</sup> Gribnau 2013/3.13.

<sup>198</sup> Gribnau 2006/5.4.

<sup>199</sup> Gribnau 2013/3.13.

<sup>200</sup> Gribnau 2006/5.4.2.

<sup>201</sup> *Kamerstukken II 1993/94*, 23 438, nr. 3; *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 12.

Een andere mogelijkheid om meer houvast te creëren bij een open norm is als de HR zou ingrijpen via een zogeheten gezichtspuntencatalogus. Een gezichtspuntencatalogus houdt in dat de HR een aantal van belang zijnde feiten en omstandigheden noemt, wanneer geconcludeerd wordt dat de uitkomst van een zaak afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.<sup>202</sup> Een gezichtspuntencatalogus heeft een normerend karakter en geeft een handreiking aan relevante feiten.<sup>203</sup> De rechtszekerheid wordt daarnaast bevorderd wanneer lagere rechters van dezelfde gezichtspuntencatalogus uitgaan.<sup>204</sup> Bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv wordt door de HR zowel in het arbeidsrecht als in het socialezekerheidsrecht gewezen op alle omstandigheden van het geval, maar ontbreekt tot dusverre een gezichtspuntencatalogus.<sup>205</sup> De invulling van alle omstandigheden van het geval rust derhalve hoofdzakelijk op de schouders van lagere feitenrechters.

### 4.3 Tussenconclusie

Het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving kan worden onderscheiden in een formele en een materiële kant. Het formele rechtszekerheidsbeginsel dient er voor te zorgen dat wettelijke regels duidelijk en ondubbelzinnig kenbaar zijn en niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt. Het komt er daarbij op neer dat burgers hun rechtspositie goed kunnen inschatten en dat voorspelbare rechtsgevolgen optreden bij hun handelingen.

Het recht dient ingespeeld te zijn op allerlei maatschappelijke ontwikkelingen. Een hulpmiddel in wetgeving kan daarbij zijn het gebruik van een open norm, waarbij de betekenis van een begrip nader wordt ingevuld door de rechter. Een dergelijke invulling heeft ook plaatsgevonden bij de invulling van het begrip arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW, aangezien de invulling afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Het is de vraag of de rechtspraak voldoende houvast heeft met het huidige open karakter van artikel 7:610 BW, mede gelet op de doorwerking in meerdere rechtsgebieden, of dat concretere wetgeving of een gezichtspuntencatalogus van de HR gewenst is.

---

<sup>202</sup> Loonstra & Quist, *ArA* 2008/3.1, p. 4.

<sup>203</sup> Loonstra & Quist, *ArA* 2008/3.1, p. 23.

<sup>204</sup> Loonstra & Quist, *ArA* 2008/3.1, p. 23.

<sup>205</sup> Loonstra & Quist, *ArA* 2008/3.1, p. 8 - 9; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, r.o. 3.5; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2; ECLI:NL:HR:2012:BU8926, r.o. 3.3.3.

## 5. Verschillen in de twee rechtsgebieden

In hoofdstuk 2 is jurisprudentie en zijn knelpunten besproken omtrent de problematiek bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv in het arbeidsrecht, waarna in hoofdstuk 3 hetzelfde is besproken voor het socialezekerheidsrecht. In dit hoofdstuk worden de verschillen in de omgang met het beoordelingskader tussen de twee rechtsgebieden nader belicht.

In het arbeidsrecht komt een geschil over de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv veelal pas voor de rechter als de werkverschaffer de overeenkomst opzegt.<sup>206</sup> De werkende neemt dan het standpunt in dat de overeenkomst van opdracht bij nader inzien een arbeidsovereenkomst is.<sup>207</sup> De civiele rechter toetst dan welke betekenis partijen aan de overeengekomen afspraken redelijkerwijs mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten in de zogeheten uitlegfase.<sup>208</sup> De fiscale uitvoering van de overeenkomst speelt bij deze beoordeling een belangrijke rol.<sup>209</sup> In het arbeidsrecht vindt de beoordeling van de gezagsverhouding hoofdzakelijk materieel plaats, hetgeen betekent in hoeverre sprake is van ondergeschiktheid gelet op de werkzaamheden die de werkende feitelijk uitvoert.

In het socialezekerheidsrecht wordt de discussie omtrent de gezagsverhouding daarentegen vaak beoordeeld in relatie tot de AVA van de werkverschaffer, hetgeen een formele toets is. Het vaak formele standpunt van de inspecteur is daar aanleiding voor,<sup>210</sup> maar dat neemt niet weg dat rechters ook materiele gezichtspunten in ogenschouw nemen.<sup>211</sup> De CRvB maakt daarentegen een duidelijk onderscheid tussen het beoordelen van formeel en materieel gezag.<sup>212</sup> Niet altijd wordt, voorafgaand aan de beoordeling van de gezagsverhouding, vastgesteld of de management-bv al dan niet reële betekenis mist.

In het socialezekerheidsrecht hebben twee gerechtshoven ook de leer van fiscale herkwalificatie geïntroduceerd,<sup>213</sup> in de situatie dat de inspecteur een overeenkomst van opdracht tussen twee vennootschappen alsnog kwalificeerde als een arbeidsovereenkomst met de werkende.<sup>214</sup> In het arbeidsrecht komt fiscaal herkwalificeren logischerwijs niet aan de orde, omdat het een rechtsgebied buiten de fiscaliteit is. Het is mijns inziens wel de vraag of het logisch is dat fiscaal herkwalificeren in het socialezekerheidsrecht aan bod komt, wetende dat in beide rechtsgebieden artikel 7:610 BW als uniform beoordelingskader wordt gehanteerd. Ik wijs in dat kader op het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM, waarin ook een derde partij, een pensioenfonds, in weerwil van de overeenkomst van opdracht die partijen civielrechtelijk waren overeengekomen, stelde dat feitelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de werkende en de werkverschaffer.<sup>215</sup>

---

<sup>206</sup> Zie o.a. Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449.

<sup>207</sup> Zie o.a. Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449.

<sup>208</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.

<sup>209</sup> Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637, r.o. 3.12; Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:454, r.o. 3.2; Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West Brabant 22 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4595, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4 - 4.5; Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.4; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183, r.o. 4.12.1; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, r.o. 3.9.5 - r.o. 3.9.6; Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725, r.o. 4.4; Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420, r.o. 4.4; Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, r.o. 5.6; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.8; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733, r.o. 6.6; Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:454, r.o. 3.2; Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214, r.o. 5.7.

<sup>210</sup> Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637, r.o. 13; Rb. Gelderland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:918, r.o. 15; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668, r.o. 4.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.6.

<sup>211</sup>

<sup>212</sup> CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882, r.o. 4.5 - 4.7; CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4294, r.o. 4.5 - 4.7.

<sup>213</sup> HR 15 december 1999, *BNB* 2000/126, r.o. 3.4.

<sup>214</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, r.o. 5.4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822, r.o. 4.9 - r.o. 4.12;

<sup>215</sup> HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449.

Het pensioenfonds werd uiteindelijk in het gelijk gesteld. Ware het nu niet het pensioenfonds, maar de inspecteur die in dezelfde casus zou concluderen tot verzekeringsplicht voor de werkende, dan zou de conclusie in het socialezekerheidsrecht hetzelfde moeten zijn. Het socialezekerheidsrecht wordt immers uitgelegd conform artikel 7:610 BW in het civiele recht.<sup>216</sup> Het is mijns inziens dan niet rechtens dat enkel de voorwaarden voor fiscaal herkwalficeren dezelfde conclusie tegenhouden. Dit verschil in beoordeling tussen de twee rechtsgebieden dient opgeheven te worden door de leer van het fiscaal herkwalficeren buiten beschouwing te laten in het socialezekerheidsrecht.

Geconcludeerd kan worden dat rechters in beide rechtsgebieden de accenten bij de kwalificatie van een overeenkomst via een management-bv op verschillende onderdelen leggen. In het arbeidsrecht wordt het accent met name gelegd op welke betekenis partijen aan de overeengekomen afspraken redelijkerwijs mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten in de zogeheten uitlegfase.<sup>217</sup> In het socialezekerheidsrecht worden beoordelingen in bepaalde mate een richting opgeduwd door het standpunt dat een derde partij, de inspecteur, inneemt omtrent de arbeidsverhouding. De rechter dient dan met name op het standpunt van de inspecteur in te gaan, aangezien hij de bewijslast heeft.

---

<sup>216</sup> HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, r.o. 3.3.2.

<sup>217</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.



## 6. Alternatieven

In paragraaf 2.4 en 3.3 zijn de knelpunten besproken bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv in het arbeidsrecht respectievelijk het socialezekerheidsrecht. Vervolgens zijn in hoofdstuk 5 de verschillen tussen beide rechtsgebieden benoemd in de omgang met het uniforme beoordelingskader. In dit hoofdstuk komen diverse alternatieven aan bod met als doel de voornoemde knelpunten te verminderen of weg te nemen.

### 6.1 Wettelijk vermoeden werknemerschap

Het kabinet is voornemens om, in navolging van het voorstel van de SER,<sup>218</sup> een wettelijk vermoeden van werknemerschap in te voeren, om zo schijnzelfstandigheid terug te dringen.<sup>219</sup> Volgens het kabinet draagt voornoemd rechtsvermoeden bij aan de positie van kwetsbare werkenden, gelet op de beperkte onderhandelingspositie.<sup>220</sup> Het rechtsvermoeden kan worden ingeroepen indien de werkende een lager uurtarief geniet dan de nader te bepalen tariefgrens.<sup>221</sup> De opdrachtgever heeft daarbij de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren dat de werkende geen werknemer is.<sup>222</sup>

Boot is positief gestemd over het voorgestelde rechtsvermoeden, aangezien hij verwacht dat veel zelfstandigen in sectoren zoals de thuiszorg, de kinderopvang en de schoonmaak onder het rechtsvermoeden gaan vallen.<sup>223</sup> Hij plaatst echter ook kritische kanttekeningen. Zo vraagt hij zich af in hoeverre het rechtsvermoeden effectief is, indien het beoordelingskader van artikel 7:610 BW gelijk blijft. Via de tegenbewijsregeling belanden we anders alsnog in de 'oude' discussie. Volgens hem is dus een duidelijker beoordelingskader gewenst, hetgeen hij vooral voor de socialezekerheidswetten van belang acht.<sup>224</sup>

Het voorstel van het kabinet om een wettelijke vermoeden van werknemerschap in te voeren is een goed begin om de problematiek omtrent schijnzelfstandigheid aan te pakken. Met Boot ben ik van mening dat het dan wel van belang is dat het beoordelingskader van artikel 7:610 BW duidelijker wordt. Indien het huidige beoordelingskader blijft bestaan, dan bestaat het risico dat we via de tegenbewijsregeling voor opdrachtgevers alsnog in de oude, lastige discussie verzanden omtrent de kwalificatie van de overeenkomst. Een nadeel van het hanteren van een tariefgrens is daarnaast dat het een alles of niets karakter heeft. Ligt het tarief in een zaak iets hoger dan de grens, dan geldt het rechtsvermoeden en de bijbehorende rechtsbescherming niet. Verder blijkt dat het rechtsvermoeden niet doorwerkt naar de fiscaliteit en de socialezekerheidswetgeving.<sup>225</sup> In die rechtsgebieden dient derhalve nog steeds te worden voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW.<sup>226</sup> Tot slot is de vraag in hoeverre de door Boot geschetste beroepsgroepen werken via een management-bv, of veelal rechtstreeks contracteren met een opdrachtgever. Indien het laatste het geval is, dan zal het rechtsvermoeden van werknemerschap slechts een geringe invloed hebben op de problematiek bij het werken via een management-bv.

Desondanks ben ik van mening dat een rechtsvermoeden van werknemerschap een afschrikkende werking zal hebben op de praktijk omtrent schijnzelfstandigheid. Ik verwacht niet dat iedere opdrachtgever die wordt geconfronteerd met een werkende die onder het rechtsvermoeden valt, gebruik gaat maken van de tegenbewijsregeling. Het zal immers geen gemakkelijke opgave worden om te voldoen aan de bewijslast dat de werkende géén werknemer is. Ook liggen (juridische) kosten bij een geschil op de loer.

---

<sup>218</sup> Sociaal-Economische Raad, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (2021)*, p. 25.

<sup>219</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 19 - 20.

<sup>220</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 19 - 20.

<sup>221</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 19 - 21.

<sup>222</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 19.

<sup>223</sup> Boot, *TRA 2021/77*, p. 2.

<sup>224</sup> Boot, *TRA 2021/77*, p. 3.

<sup>225</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 19 - 20.

<sup>226</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, 246, p. 20.

## 6.2 Loskoppelen arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht

Voor het oplossen van de algehele problematiek omtrent zelfstandigen zijn uit verschillende hoeken al oplossingen aangedragen. Eén daarvan is het invoeren van een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor alle zelfstandigen.<sup>227</sup> Met dit voorstel wordt niet zozeer de juridische afbakeningsproblematiek tussen werknemers en zelfstandigen aangepakt, maar meer het risico op onderverzekering van zelfstandigen en de financiële prikkel voor werkgevers om in zee te gaan met zelfstandigen, wegens het niet hoeven afdragen van premies voor arbeidsongeschiktheid.<sup>228</sup> Voorgaand voorstel gaat voor sommigen echter niet ver genoeg. Diverse partijen pleiten er dan ook voor om het socialezekerheidsrecht 'los te koppelen' van het arbeidsrecht door alle werkenden onder de bescherming van het socialezekerheidsrecht te laten vallen.<sup>229</sup> In dat geval is het voor het socialezekerheidsrecht niet meer van belang of een overeenkomst mogelijk een arbeidsovereenkomst is.<sup>230</sup>

Heithuis duidt het voorgaande ook wel aan als het fiscaliseren van de werknemersverzekeringen.<sup>231</sup> Hij pleit er voor om alle werknemersverzekeringen te fiscaliseren zoals dat ook met de volksverzekeringen is gedaan. De premies worden dan verwerkt in het box 1 tarief, zodat alle werkenden worden getroffen. Het maakt dan niet meer uit of iemand kwalificeert als IB-ondernemer, werknemer, resultaatgenieter of directeur-groootaandeelhouder. Op deze wijze ontstaat in het socialezekerheidsrecht een gelijk speelveld tussen werknemer en zelfstandige.<sup>232</sup>

Krijger is in dit kader echter een tegengestelde mening toegedaan en pleit er juist voor om iedere aanmerkelijkbelanghouder, oftewel iemand met een aandelenbelang van ten minste 5%, via de Regeling aanwijzing dga 2016 uit te zonderen van de werknemersverzekeringen.<sup>233</sup> Volgens hem zitten deze groep ondernemers niet op bescherming van de socialezekerheidswetten te wachten en zijn deze wetten juist bedoeld voor werknemers die in een afhankelijke positie zitten ten opzichte van hun werkgever. Van Schendel is in het verlengde van het voorgaande van mening dat de management-bv reële betekenis heeft indien de werkende een aandelenbelang van ten minste 5% in de werkverschaffer verkrijgt, waarbij de eerdere arbeidsovereenkomst wordt omgezet in een managementovereenkomst.<sup>234</sup> Deze wijziging heeft naar zijn mening tot gevolg dat niet meer gesproken kan worden van verzekerde werknemers.

Het voorstel omtrent het fiscaliseren van de werknemersverzekeringen geniet mijn voorkeur in het kader van de beantwoording van de onderzoeksvraag. De problematiek omtrent de verschillende omgang met het beoordelingskader of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht bij het werken via een management-bv wordt met dit voorstel niet zozeer opgelost, maar de 'angel' wordt uit het socialezekerheidsrecht gehaald door een gelijk speelveld te creëren. In dat geval treft procederen tegen de afdracht van werknemersverzekeringen geen doel meer, omdat iedere werkende van rechtswege verzekerd is. De complexe rechtspraak die daaruit volgt wordt daardoor ook een halt toegeroepen. Wel wordt met deze maatregel een beroep gedaan op de solidariteit tussen alle werkenden. Voor werkenden met een goede arbeidsmarktpositie en een goede gezondheid is het namelijk interessant om zich als ondernemer op de arbeidsmarkt te begeven, aangezien zij de kostenbesparingen van het werknemerschap in eigen zak steken.

---

<sup>227</sup> Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2020, 'Uitwerking pensioenakkoord', 2020-000086400, p. 16 - 17; Stichting van de Arbeid, *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid (2020)*.

<sup>228</sup> Stichting van de Arbeid, *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid (2020)*, par. 1.2; Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht (2020)*, par. 3.2; Heithuis, *NTFR 2020/800*, p. 2.

<sup>229</sup> Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht (2020)*, par. 3.3; Peters & Rozendaal, *TRA 2017/84*, p. 6; Heithuis, *NTFR 2020/800*, p. 2.

<sup>230</sup> Peters & Rozendaal, *TRA 2017/84*, p. 6.

<sup>231</sup> Heithuis, *NTFR 2020/800*, p. 2.

<sup>232</sup> Heithuis, *NTFR 2020/800*, p. 2.

<sup>233</sup> Krijger 2021.

<sup>234</sup> Van Schendel, *NTFRB 2019/20*, p. 10.

Krijger verwoordde het als een groep die niet zit te wachten op de bescherming van de socialezekerheidswetten.<sup>235</sup> En daar worden ze met het voorstel nu wel mee geconfronteerd. Het voorstel van Krijger om iedereen met een aandelenbelang van ten minste 5% uit te zonderen van de werknemersverzekeringen geniet dan ook niet mijn voorkeur. Hoewel hij stelt dat de socialezekerheidswetten zijn bedoeld voor werknemers die in een afhankelijke positie zitten, is het voor mij geen uitgemaakte zaak dat iemand met een 5% aandelenbelang per definitie niet in een afhankelijke positie zit. Mijns inziens is het goed denkbaar dat bepaalde werknemers een 5% aandelenbelang wordt aangeboden om ze financieel te binden aan de onderneming, maar dat dit niet betekent dat direct sprake is van gedeeld ondernemerschap en geen afhankelijke arbeidsrelatie. Dergelijke personen vallen dan ongewild buiten de bescherming van de socialezekerheidswetten.

Ook de visie van Van Schendel, om bij het omzetten van een arbeidsovereenkomst in een managementovereenkomst en het verkrijgen van een 5% aandelenbelang in de werkverschaffer de management-bv voldoende realiteit toe te eigenen, waardoor geen verzekeringsplichtige dienstbetrekking ontstaat, is mijns inziens te kort door de bocht. Met Mertens ben ik van mening dat het verkrijgen van een aandelenbelang in de werkverschaffer kan bijdragen aan de reële betekenis van de management-bv, maar dat de overige feiten en omstandigheden niet uit het oog mogen worden verloren.<sup>236</sup> Van Schendel noemt opvallenderwijs zelf nog, en mijns inziens terecht, dat de reële betekenis van een management-bv ook wordt ingekleurd door de mate van ondernemersrisico, de hoeveelheid opdrachtgevers en de duurzaamheid van de onderneming.<sup>237</sup> De reële betekenis van een management-bv dient derhalve een weging te zijn van al deze factoren.

### 6.3 Gezichtspuntencatalogus HR

Een manier om meer structuur te krijgen bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv, is als de HR zou ingrijpen via een gezichtspuntencatalogus. Hoewel de strekking van een gezichtspuntencatalogus veeleer wordt gezocht in het duiden van 'alle omstandigheden van het geval', kan het principe van een dergelijke catalogus mijns inziens ook breder worden getrokken tot aan het duiden van de reële betekenis van een management-bv.

Het idee bij het introduceren van een gezichtspuntencatalogus bij dit onderdeel heeft ten doel het onderstaande te bereiken:

- 1) benadrukken dat voordat wordt toegekomen aan de vraag of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen werkende en werkverschaffer, eerst vastgesteld dient te worden of de management-bv of de werkende de reële contractspartij is bij de overeenkomst met de werkverschaffer<sup>238</sup>;
- 2) een set gezichtspunten benoemen die van belang zijn voor de beoordeling of een management-bv reële betekenis heeft of mist, zodat lagere rechtspraak een uniform kader hanteert hetgeen de rechtszekerheid bevordert.

Gezichtspunten die de reële betekenis van de management-bv kunnen inkleuren zijn onder andere de mate van ondernemersrisico, de hoeveelheid opdrachtgevers en de duurzaamheid van de management-bv,<sup>239</sup> maar ook de mate van verknochtheid van de werkzaamheden met de werkende.<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup> Krijger 2021.

<sup>236</sup> Mertens 2022.

<sup>237</sup> Van Schendel, *NTRFB* 2019/20, p. 2.

<sup>238</sup> HR 27 november 1992, *NJ* 1993/273; HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, r.o. 3.4; Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.46.

<sup>239</sup> Van Schendel, *NTRFB* 2019/20, p. 2; Roozeboom, *WFR* 1993/63, p. 8; Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, r.o. 16; Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715, r.o. 18.

<sup>240</sup> Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, r.o. 5.10.

Daarnaast is het aan te bevelen dat de HR het gezagscriterium nader belicht bij het werken via een management-bv, om discrepanties in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht te voorkomen. In het socialezekerheidsrecht wordt namelijk met enige regelmaat geconcludeerd door de inspecteur of door de belastingrechter dat het werkgeversgezag van de werkende een gegeven is, in het geval dat de management-bv de statutair bestuurder is van de werkverschaffer.<sup>241</sup> De werkende zou dan onder het gezag van de AVA staan. Het arrest van de HR waar dan een beroep op wordt is echter geschreven voor de situatie waarin de natuurlijk persoon de statutair bestuurder is van de werkverschaffer.<sup>242</sup> Dat is mijns inziens een essentieel verschil. Door te benadrukken dat werkgeversgezag geen gegeven is indien de management-bv de statutair bestuurder is, wordt voorkomen dat werkgeversgezag wordt 'doorgetrokken' tot aan de werkende. Overigens is het ook goed mogelijk dat de wetgever een gezichtspuntencatalogus op voornoemde onderwerpen introduceert, bijvoorbeeld in de memorie van toelichting.

Een gezichtspuntencatalogus van de HR zou een goede oplossing voor de korte termijn zijn, aangezien het creëren van nieuwe wetgeving een tijdrovende aangelegenheid is. Het creëren van een gezichtspuntencatalogus omtrent de reële betekenis van een management-bv en de invulling van de gezagsverhouding draagt namelijk bij aan de rechtszekerheid, aangezien feitenrechters uitgaan van dezelfde relevante gezichtspunten om het geschil mee te beslechten.<sup>243</sup> En daar is nu juist behoefte aan bij de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv, aangezien artikel 7:610 BW door rechters in zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht wordt toegepast. Vergelijkbare gezichtspunten heeft de HR inmiddels benoemd in het arrest Deliveroo bij de kwalificatie van een overeenkomst, waar het ging om de contractuele relatie van een natuurlijk persoon met een opdrachtgever.<sup>244</sup> Voor het overige heeft de HR verwezen naar de wetgever.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0855, r.o. 4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668, r.o. 4.4; Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115, r.o. 18; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, r.o. 16.

<sup>242</sup> HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, r.o. 3.3.3; Redactie Vakstudie Nieuws 2022; Mertens 2022.

<sup>243</sup> Loonstra & Quist, *ArA* 2008/3.1, p. 23.

<sup>244</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5.

<sup>245</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.6.

## 7. Conclusie

Het BW kent meerdere vormen van overeenkomsten, waarvan de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht de meest voorkomende zijn. De definitie van de arbeidsovereenkomst staat geformuleerd in artikel 7:610 BW en wordt gekenmerkt door de elementen persoonlijke arbeid, gezag en loon. Of een overeenkomst bij het werken via een management-bv moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht is van wezenlijk belang. Bij een arbeidsovereenkomst geniet een werknemer namelijk bescherming vanuit het arbeidsrecht en dient de werkgever loonheffingen in te houden en af te dragen. Zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht hanteren artikel 7:610 BW als vertrekpunt bij de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst of werknemer. De omgang met het beoordelingskader verschilt echter.

In het arbeidsrecht staan veelal werkende en opdrachtgever tegenover elkaar bij een geschil over de kwalificatie van een overeenkomst. De rechter bekijkt dan in de uitlegfase welke betekenis partijen aan de overeengekomen afspraken redelijkerwijs mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Ook wordt in belangrijke mate gekeken naar de feitelijke en fiscale uitvoering van de overeenkomst. Zo wijst in de regel het uitreiken van facturen met btw en het verlonen bij de management-bv op het niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. De gezagsverhouding wordt veelal op zijn materiele merites beoordeeld.

In het socialezekerheidsrecht staat vaak, door het standpunt van de inspecteur, de discussie centraal of de werkende formeel onder het gezag van de AVA van de werkverschaffer staat. Niet altijd wordt voorafgaand beoordeeld of de management-bv reële betekenis mist. Ook wordt niet altijd in deze discussies scherp het onderscheid gemaakt tussen een natuurlijk persoon of een management-bv die als statutair bestuurder fungeert. Indien een management-bv de statutair bestuurder is van de werkverschaffer, kan niet de conclusie worden getrokken dat de werkende formeel onder gezag staat van de AVA. Een bijkomend vraagstuk is of de leer van fiscaal herkwalficeren speelt in discussies omtrent de kwalificatie van een overeenkomst bij het werken via een management-bv. Gelet op het gemeenschappelijke vertrekpunt van artikel 7:610 BW in beide rechtsgebieden is voornoemd leerstuk hier niet aan de orde. De civielrechtelijke werkelijkheid wordt immers ten tijde van een gerechtelijke procedure pas op dat moment vastgesteld, zodat van herkwalficatie geen sprake is.

Het belang van harmonisatie van de omgang met het geschetste juridische beoordelingskader bij het werken via een management-bv in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, ligt gelegen in het formele rechtzekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving. Wettelijke regels dienen zo te zijn geformuleerd dat burgers relatief eenvoudig duidelijkheid hebben over hun rechtspositie. Ondoorzichtige of onduidelijke wetgeving belemmeren burgers juist bij beoogde handelingen op basis van het recht. Doordat de nadere invulling van artikel 7:610 BW wordt overgelaten aan lagere rechtspraak in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht en beide rechtsgebieden accenten leggen op andere onderdelen, ligt rechtsonzekerheid op de loer bij burgers.

Om de verschillen in de omgang met het beoordelingskader in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht te verminderen kan worden gedacht aan een wettelijk vermoeden van werknemerschap, aan het loskoppelen van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht door de werknemersverzekeringen te fiscaliseren en aan een gezichtspuntencatalogus van de HR. Het fiscaliseren van de werknemersverzekeringen geniet daarin de voorkeur, doordat de discussie over de kwalificatie van een overeenkomst in het socialezekerheidsrecht irrelevant wordt, aangezien iedere werkende van rechtswege is verzekerd. Een gezichtspuntencatalogus van de HR kan daarnaast voor meer rechtzekerheid zorgen door de begrippen 'reële betekenis van een management-bv' en 'formele gezagsverhouding via de AVA' te verduidelijken.

## Literatuurlijst

### **Aksoy 2022**

F. Aksoy, annotatie bij hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, *NLF* 2022/0780.

### **Boot 2008**

G.C. Boot, 'Arbeidsovereenkomst ondanks management BV', *BB* 2008/3, afl. 1, p. 1 - 4.

### **Boot 2021**

G.C. Boot, 'SER-advies 21/08 'Zekerheid voor mensen' en het verrichten van zelfstandige arbeid', *TRA* 2021/77, afl. 9/10, p. 1 - 6.

### **De Jonge 2010**

E.S. de Jong, 'Gezagsverhouding: partijbedoeling en feitelijke uitvoering bij de HR en de Centrale Raad van Beroep; tijd voor harmonisatie?', *TAP* 2010/6, afl. 6, p. 234 - 240.

### **El Ouardi 2020**

T. el Ouardi, annotatie bij hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357, *NLF* 2020/2086.

### **Flink 2008**

C.I. Flink, 'De management-BV: daar kijk je doorheen?', *V&O* 2008/3.5, afl. 3, p. 60 - 63.

### **Gladpootjes & Rodrigues Pereira 1987**

T.A. Gladpootjes & T.A. Rodrigues Pereira, 'De management-bv, acceptabel ja of nee?', *WFR* 1987/332, afl. 5766, p. 1 - 2.

### **Gribnau 2006**

J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', in: A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 27 - 66.

### **Gribnau 2013**

J.L.M. Gribnau, *Belastingen als moreel fenomeen*, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2013.

### **Heithuis 2020**

E.J.W. Heithuis, 'Rapport Commissie-Borstlap – zpp'er of werknemer, het blijft worstelen', *NTFR* 2020/800, afl. 13, p. 1 - 6.

### **Keus 2011**

L.A.D. Keus, 'Het rechtszekerheidsbeginsel', *WPNR* 2011/6901, afl. 6901, p. 1.

### **Krijger 2021**

M.W. Krijger, annotatie bij rechtbank Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101, *NTFR* 2021/920.

### **Loonstra & Quist 2008**

C.J. Loonstra & J.P. Quist, 'Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd', *ArA* 2008/3.1, afl. 3, p. 4 - 30.

### **Mertens 2022**

A.L. Mertens, annotatie bij HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, *BNB* 2022/65.

### **Peters & Rozendaal 2017**

S.S.M. Peters & W.L. Rozendaal, 'Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21<sup>e</sup> eeuw', *TRA* 2017/84, afl. 10, p. 1 - 9.

**Poelmann e.a. 2021**

E. Poelmann e.a., *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Redactie Vakstudie Nieuws**

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij Hoge Raad 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, V-N 2022/11.5.

**Roozeboom 1993**

F. Roozeboom, 'Enkele kanttekeningen bij recente jurisprudentie inzake de management-bv', *WFR* 1993/63, afl. 6040, p. 1 - 7.

**Said 2017**

S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden! - De kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht', *ArA* 2017/1.2, afl. 1, p. 55 - 89.

**Said 2021**

S. Said, annotatie bij rechtbank Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964, AR 2021-0081.

**Trap 2000**

J.J. Trap, 'De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer', *ArbeidsRecht* 2000/45, afl. 8/9, p. 1 - 8.

**Trap 2016**

J.J. Trap, 'De Managementovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2016/41, afl. 11, p. 1 - 10.

**Van Dam 2013**

J.J. van Dam, 'Schijnhandeling, fiscale herkwalficatie en fraus legis in de directe belastingen', *TFO* 2013/125.1, afl. 125, p. 1 - 9.

**Van den Berg 2007**

L. van den Berg, 'De managementovereenkomst volgens de HR en de Centrale Raad van Beroep', *ArA* 2007/3.2, afl. 3, p. 36 - 60.

**Van der Pijl 2019**

J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Van Genderen e.a. 2020**

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu 2020.

**Van Ruiten 2022**

H. van Ruiten, 'Uitvergroot: Door de vennootschap heen kijken?', V-N 2022/11.0, afl. 11, p. 5.

**Van Schendel 2019**

Th.J.M. van Schendel, 'De loonheffingen in vennootschapsrechtelijke structuren', *NTRFB* 2019/20, afl. 6, p. 1 - 13.

**Vegter 2005**

M.S.A. Vegter, annotatie bij HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, SR 2005/19.

**Verhulp 2005**

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', SR 2005/16, afl. 3, p. 1 - 12.

**Werger 2018**

F.M. Werger, 'De polonaise rond het DBA-dossier gaat nog wel even door', *NTRFB* 2018/9, afl. 3, p. 1 - 7.

## **Jurisprudentieregister**

### Hof van Justitie

HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437

### HR

HR 11 november 1949, *NJ* 1950/140.  
HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242.  
HR 13 december 1957, *NJ* 1958/35.  
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.  
HR 3 juni 1981, *BNB* 1981/241.  
HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/230.  
HR 25 mei 1983, *NJ* 1983/739.  
HR 18 december 1991, *BNB* 1992/78.  
HR 17 juni 1994, *NJ* 1994/757.  
HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149.  
HR 15 april 1998, *BNB* 1998/185.  
HR 8 mei 1998, *NJ* 2000/81.  
HR 15 december 1999, *BNB* 2000/126.  
HR 7 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9845.  
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1254.  
HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651.  
HR 15 juni 2007, *BNB* 2007/250.  
HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231.  
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.  
HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.  
HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888.  
HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.  
HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283.  
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.  
HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

### CRvB

CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:884.  
CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:227.  
CRvB 23 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2882.  
CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4294.

### Gerechtshoven

Hof Amsterdam 25 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:AX7597.  
Hof 's-Gravenhage 26 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3151.  
Hof Leeuwarden 16 januari 2008, ECLI:NL:2008:BC2941.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 september 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN6421, *AR* 2010-0723.  
Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0855.  
Hof Amsterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ0443.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5019.  
Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183.  
Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7668.  
Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637.  
Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98.  
Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:454.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9733.  
Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.  
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7822.  
Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449.  
Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419



### Rechtbanken

Rb. Groningen 19 januari 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AG2834, *JAR* 2001/55.  
Rb. Rotterdam 21 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0725.  
Rb. 's-Gravenhage 13 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3190.  
Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7265.  
Rb. Midden-Nederland 29 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9397.  
Rb. Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1674.  
Rb. Zeeland-West Brabant 22 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4595.  
Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.  
Rb. Gelderland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:918.  
Rb. Gelderland 15 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1115.  
Rb. Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420.  
Rb. Gelderland 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3715.  
Rb. Gelderland 23 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4363.  
Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:637.  
Rb. Gelderland 17 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6101.  
Rb. Noord-Holland 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964.  
Rb. Noord-Holland 9 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10859.  
Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1340.  
Rb. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214.  
Rb. Amsterdam 14 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:545.  
Rb. Den Haag 14 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4119.  
Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10168.  
Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514.

### **Parlementaire stukken**

*Kamerstukken II* 1947/48, 704, 3.  
*Kamerstukken II* 1963/64, 7687, 3.  
*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, 3.  
*Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, 3.  
*Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, 3.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, 3.  
*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3.  
*Kamerstukken II* 2022/23, 31 311, 246.

Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2020, 'Uitwerking pensioenakkoord', 2020-0000086400.

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, *Stcrt.* 2015, 19073.

### **Overige bronnen**

Centraal Bureau voor de Statistiek, *De arbeidsmarkt in cijfers 2022*.

Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken?*

Sociaal-Economische Raad, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*.

Stichting van de Arbeid, *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid*.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*.