

ANNOTATIE

Is Uber een game-changer?

J.P.M. van Zijl

Annotatie bij Hoge Raad, 21-02-2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (AR-2025-0221)

De Hoge Raad heeft uitspraak gedaan op prejudiciële vragen die het gerechtshof Amsterdam aan de Hoge Raad had gesteld in een zaak waarbij het hof moest beoordelen of de taxichauffeurs van Uber zelfstandige ondernemers of werknemers zijn.[1] De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad heeft belangrijke gevolgen voor de vraag of de arbeidsverhouding met een zzp'er al dan niet als een arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd.

De casus

Het FNV had Uber gedagvaard en gevorderd dat Uber in periodes waarin deze cao algemeen verbindend was, de Cao Taxichauffeur zou toepassen op de taxichauffeurs die via de app van Uber taxiritten uitvoeren. Uber had dat geweigerd stellend dat zij een technologiebedrijf is dat een app heeft ontwikkeld waarmee een platform wordt geboden waarop vraag en aanbod naar taxiritten bij elkaar gebracht worden. De taxichauffeurs zouden geen werknemers zijn. Bovendien zouden zij niet allemaal over één kam kunnen worden geschoren.

Kantonrechter

De kantonrechter Amsterdam[2] had een verklaring voor recht toegewezen dat de cao van toepassing was op de chauffeurs in de periodes waarin de cao algemeen verbindend verklaard was.[3] Op basis van de algemene kenmerken van de rechtsverhouding tussen de chauffeurs en Uber had de kantonrechter geoordeeld dat het verweer van Uber dat zij een technologiebedrijf was niet opging omdat het verdienmodel van Uber bestaat uit het laten verrijden van zo veel mogelijk taxiritten.

Dat de chauffeurs (persoonlijk) arbeid verrichten en dat zij daarvoor een vergoeding krijgen die als loon kan worden betiteld, was gelet op de feiten en omstandigheden van het geval vrij voor de hand liggend. De kantonrechter had geoordeeld dat sprake was van een 'moderne gezagsverhouding' waarbij het gezag met name werd uitgeoefend doordat het algoritme van de app in de verhouding tot de chauffeurs zorgde voor een financiële stimulans en een disciplinerende en instruerende werking.

De voorwaarden waaronder de chauffeurs voor Uber werkten, werden eenzijdig door Uber bepaald en gewijzigd. De bedoeling van partijen, inhoudend dat de chauffeurs als zelfstandig ondernemer werkzaam zouden zijn, moest daarom volgens de kantonrechter vergaand worden gerelativeerd. Daarbij ging het wezen volgens de kantonrechter voor de schijn en moest, vanwege het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht en ter bescherming van de zwakkere positie van de chauffeurs ‘door de bewoordingen van het contract heen worden gekeken’.

Deliveroo-arrest van de Hoge Raad

Voordat het gerechtshof in hoger beroep over de zaak moest oordelen had de Hoge Raad inmiddels in het *Deliveroo*-arrest[4] geoordeeld over de vraag op welke wijze beoordeeld moest worden of een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet is.

De Hoge Raad had in dat arrest allereerst herhaald wat hij al in het *Participatieplaats*-arrest[5] had overwogen, namelijk:

(1) Allereerst moet aan de hand van de Haviltexmaatstaf worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen.

(2) Vervolgens moet beoordeeld worden of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst (kwalificatie). Daarbij is niet van belang of partijen de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen.

Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, afhangt van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien. Daarbij noemt de Hoge Raad negen omstandigheden die (onder meer) van belang kunnen zijn, te weten:

(1) de aard en duur van de werkzaamheden;

(2) de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;

(3) de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht;

(4) het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;

(5) de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen;

(6) de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;

(7) de hoogte van deze beloningen;

(8) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt;

(9) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.

Vermeldenswaard daarbij is dat de eerste acht omstandigheden (die in de vakliteratuur ook wel worden aangeduid als ‘gezichtspunten’) deel uitmaken van een opsomming door de Hoge Raad en dat het negende gezichtspunt in het arrest aan de opsomming wordt toegevoegd met de woorden ‘Ook kan van belang zijn’.

De Hoge Raad sloot af met de overweging dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, mede afhangt van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht. Dat sluit aan bij de zogenoemde ‘holistische weging’ van de feiten en omstandigheden die de Hoge Raad voorstaat, inhoudend dat alle feiten en omstandigheden niet een voor een op zichzelf, maar in onderling verband moeten worden gezien. Deze holistische weging maakt het ook mogelijk dat in het ene geval aan een bepaalde omstandigheid meer gewicht wordt toegekend dan in een ander geval.

Gerechtshof

In hoger beroep hebben zich een aantal chauffeurs in de procedure gevoegd, die claimen zelfstandige te zijn. Ongetwijfeld is dat gebeurd op initiatief van Uber en het laat zich raden dat het daarbij gaat om chauffeurs met de sterkste aanwijzingen voor zelfstandig ondernemerschap. De aanwijzingen waren in elk geval zo sterk dat FNV in de procedure niet heeft betwist dat het om zelfstandige ondernemers gaat. FNV is echter van mening dat de chauffeurs desondanks werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.

Het zelfstandig ondernemerschap van de chauffeurs stelt het hof voor problemen. Het hof loopt de criteria van het *Deliveroo*-arrest langs en concludeert dat de elementen in de arbeidsverhouding die wijzen op een kwalificatie als arbeidsovereenkomst zwaarder wegen dan de elementen die daar niet op wijzen. Van omstandigheden die onverenigbaar zijn met de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst is volgens het hof ook niet gebleken. Maar het hof geeft ook aan dat het ondernemerschap van de chauffeurs die zich in de procedure gevoegd hebben de balans naar de andere kant kan laten omslaan. Weliswaar is voor het hof nog niet duidelijk of alle andere chauffeurs ook als zelfstandige ondernemers moeten worden gezien, maar het hof acht een conclusie waarbij chauffeurs die dezelfde werkzaamheden ten behoeve van Uber verrichten in het ene geval wel en in het andere geval niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, afhankelijk van een beoordeling van het zelfstandig ondernemerschap, zeer onwenselijk. Het hof geeft aan dat aan die conclusie kan worden ontkomen door alleen aspecten van het ondernemerschap in aanmerking te nemen die zich manifesteren in de arbeidsverhouding met Uber (‘intern ondernemerschap’). Tegelijkertijd geeft het hof aan zich ervan bewust te zijn dat in het

Deliveroo-arrest het aantal opdrachtgevers (duidend op ‘extern ondernemerschap’) expliciet is genoemd.

Dit dilemma is voor het hof aanleiding om vier prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.[6] Het gerechtshof wil van de Hoge Raad weten:

- (1) of het ondernemerschap het verschil kan maken tussen het wel of niet kwalificeren van de arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst;
- (2) zo ja, of dat dan betekent dat twee arbeidsverhoudingen met precies hetzelfde werk ten behoeve van dezelfde opdrachtgever/werkgever verschillend worden beoordeeld afhankelijk van het ondernemerschap;
- (3) of het daarbij gaat om intern ondernemerschap dan wel om extern ondernemerschap;
- (4) of een algemeen oordeel over de kwalificatie van een groep personen die voor dezelfde opdrachtgever/werkgever werken kan plaatsvinden in een procedure waarin nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao wordt gevorderd of dat een dergelijk oordeel alleen kan worden gegeven in een procedure waarbij een collectieve actie[7] wordt ingesteld, omdat die procedure voor personen die niet willen dat de uitspraak van de rechter tegen hen werkt, in de mogelijkheid voorziet om zich aan de werkingssfeer van die uitspraak te onttrekken.[8]

Advocaat-generaal

Op 30 september 2024 had de advocaat-generaal bij de Hoge Raad haar Conclusie uitgebracht.[9] In deze conclusie bepleit de advocaat-generaal dat het negende gezichtspunt in het *Deliveroo*-arrest van de Hoge Raad een bijzondere plaats inneemt ten opzichte van de andere gezichtspunten omdat het het enige gezichtspunt is dat losstaat van de te kwalificeren arbeidsverhouding. Het gaat daarbij immers over gedragingen in het economisch verkeer.

De advocaat-generaal is van mening dat het negende gezichtspunt door de Hoge Raad in een afzonderlijke slotzin is toegevoegd omdat aan dit gezichtspunt alleen wordt toegekomen als een toetsing aan de acht andere gezichtspunten geen uitsluitel geeft over de vraag of de arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet is of niet. Bij die andere gezichtspunten (met name bij gezichtspunt 8: de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt) komt dat ondernemerschap al aan de orde.

Hoge Raad

De Hoge Raad[10] geeft in zijn prejudiciële beslissing aan dat ten aanzien van de negen omstandigheden die zijn genoemd in het *Deliveroo*-arrest geen rangorde geldt. Gelet op het feit dat wetgeving in voorbereiding is,[11] wil de Hoge Raad ook geen rangorde aanbrengen. Het negende gezichtspunt is volgens de Hoge Raad niet van een ander gewicht dan de andere acht gezichtspunten. Het antwoord op de eerste twee prejudiciële vragen is daarmee gegeven:

- (1) ondernemerschap kan het verschil maken tussen het wel of niet kwalificeren van de arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst; en

(2) dat betekent dat twee arbeidsverhoudingen met precies hetzelfde werk ten behoeve van dezelfde opdrachtgever/werkgever verschillend kunnen worden beoordeeld afhankelijk van het ondernemerschap.

De Hoge Raad geeft verder aan dat in de omschrijving van het negende gezichtspunt in het *Deliveroo*-arrest geen beperking is opgenomen tot omstandigheden die zich voordoen in de te beoordelen arbeidsverhouding tussen degene die werkzaamheden verricht en de opdrachtgever/werkgever. Volgens de Hoge Raad verdraagt zich dat ook niet met het feit dat in het *Deliveroo*-arrest omstandigheden zijn genoemd die zich voordoen in de verhouding tussen degene die de werkzaamheden verricht en de opdrachtgever/werkgever en die al dan niet aanwijzingen kunnen vormen dat degene die de werkzaamheden verricht dat als ondernemer doet. De Hoge Raad wijst daarbij op het achtste gezichtspunt: de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt. Het antwoord op de derde prejudiciële vraag is dus dat:

(3) het negende gezichtspunt het externe ondernemerschap betreft en dat het dus ook ziet op omstandigheden die zich voordoen buiten de te beoordelen arbeidsverhouding.

Ten aanzien van de vraag of een algemeen oordeel over de kwalificatie van een groep personen die voor dezelfde opdrachtgever/werkgever werken, kan plaatsvinden in een procedure waarin nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao wordt gevraagd, overweegt de Hoge Raad het volgende:

(a) Op grond van de wet is een bepaling in een arbeidsovereenkomst die in strijd is met een algemeen verbindend verklaarde cao nietig. In plaats van die nietige bepaling geldt de algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling.[12]

(b) Vakbonden met leden die partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling van toepassing is, kunnen de nietigheid inroepen van bepalingen in de arbeidsovereenkomst die strijdig zijn met een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling.[13] Daarin ligt het recht besloten om nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling te vorderen.[14]

(c) Een redelijke uitleg van de wet[15] brengt met zich mee dat een vakbond ook de nietigheid kan inroepen van een bepaling in een overeenkomst die partijen ten onrechte niet als een arbeidsovereenkomst beschouwen en dat een vakbond nakoming kan vorderen van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling die op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Dit is ook in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever om civielrechtelijke handhaving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen mogelijk te maken.[16]

(d) Het kan daardoor zijn dat de rechter moet beoordelen of een overeenkomst tussen een werkende en een opdrachtgever/werkgever een arbeidsovereenkomst is waarop een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling van toepassing is.

(e) Een algemeen oordeel over de kwalificatie van de overeenkomst tussen werkenden en hun

opdrachtgevers/werkgevers is daarbij alleen mogelijk als de individuele omstandigheden van de (groepen) werkenden niet te veel uiteenlopen.

(f) Voor zover een algemeen oordeel over de kwalificatie van de overeenkomst tussen werkenden en hun opdrachtgevers/werkgevers mogelijk is, kan de rechter dat oordeel in het dictum van de uitspraak opnemen, bijvoorbeeld door het gebod tot nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling te beperken tot een specifieke groep werkenden die als werknemer worden beschouwd.

De Hoge Raad wijdt daarbij ook nog enkele overwegingen aan het verschil tussen een vordering in een collectieve actie en een vordering tot nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling:

(a) Dat de werkende geen partij in de procedure is en dat de 'opt-out' die bij een collectieve actie mogelijk is dan niet geldt, betekent niet dat de rechter niet kan beoordelen of een overeenkomst tussen een werkende en een opdrachtgever/werkgever een arbeidsovereenkomst is waarop een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling van toepassing is.

(b) Anders dan bij een collectieve actie hoeft de vakbond niet aan te tonen dat voldoende werkenden de vordering steunen.

(c) Omdat de werkende geen partij is bij de procedure komt aan het oordeel van de rechter over de kwalificatie van de arbeidsverhouding, anders dan bij een collectieve actie, geen gezag van gewijsde toe in een latere procedure tussen de werkende en de opdrachtgever/werkgever.

Het antwoord van de Hoge Raad op de vierde prejudiciële vraag van het gerechtshof is uiteindelijk:

(d) dat de rechter ook bij een vordering tot nakoming van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling een algemeen oordeel kan geven over de kwalificatie van de overeenkomst tussen een werkende en een opdrachtgever/werkgever.

Commentaar

Hoewel door sommige arbeidsrechtjuristen vurig gepleit is voor het alleen laten meewegen van intern ondernemerschap bij de kwalificatievraag, is er veel te zeggen voor de beslissing van de Hoge Raad dat het externe ondernemerschap moet worden meegewogen bij de vraag of een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet is of niet. Een zzp'er die veel andere opdrachtgevers heeft, is voor zijn inkomen maar beperkt afhankelijk van zijn opdrachtgever. De ondergeschiktheid die eigen is aan de arbeidsovereenkomst ligt dan minder snel voor de hand. De holistische weging van alle omstandigheden van het geval maakt het mogelijk om maatwerk te leveren als het gaat om het aantal andere opdrachtgevers en om de mate van ondergeschiktheid waartoe het bestaan van andere opdrachtgevers al dan niet aanleiding geeft.

Een beslissing van de Hoge Raad dat uitsluitend het interne ondernemerschap relevant is voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, zou daarentegen in de praktijk hebben kunnen betekenen dat de zzp'er voor zijn activiteiten als geheel als ondernemer wordt beschouwd, maar in elke individuele arbeidsverhouding afzonderlijk als werknemer wordt gezien. Deze frustrerende conclusie kan de zzp'er bespaard blijven nu duidelijk is dat het externe ondernemerschap meeweegt bij de holistische weging van alle omstandigheden.

Gevolgen voor de procedure tussen FNV en Uber

Na de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad is het aan het gerechtshof om een beslissing te nemen op de vordering van FNV tot naleving van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Cao Taxivervoer. Die vordering kan het gerechtshof eventueel toewijzen ten aanzien van (groepen) chauffeurs waarbij de individuele omstandigheden niet te veel uiteenlopen. Het hof zal mogelijk dus onderscheid moeten maken tussen situaties waarbij het externe ondernemerschap een kwalificatie als arbeidsovereenkomst verhindert en andere situaties waarbij dat niet aan de orde is, ook al gaat het in beide gevallen om hetzelfde werk ten behoeve van dezelfde opdrachtgever.

Eerder had het gerechtshof al aangegeven van oordeel te zijn dat de weging van de eerste acht gezichtspunten uit het *Deliveroo*-arrest van de Hoge Raad zou leiden tot de kwalificatie van de arbeidsverhoudingen met de chauffeurs als een arbeidsovereenkomst, maar dat het negende gezichtspunt, het ondernemerschap van de chauffeurs, de balans wellicht naar de andere kant zou kunnen doen omslaan.

FNV heeft van het gerechtshof nakoming van de cao gevorderd ook als de chauffeurs zelfstandige ondernemers zouden zijn. Strikt genomen laat de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad daar ruimte voor. De Hoge Raad heeft slechts gezegd dat het externe ondernemerschap moet worden meegewogen bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding. De Hoge Raad geeft verder aan dat het externe ondernemerschap slechts één van de negen gezichtspunten is en dat tussen de verschillende gezichtspunten geen rangorde bestaat. De Hoge Raad heeft dus niet gezegd dat extern ondernemerschap een arbeidsovereenkomst uitsluit.

De vraag is wel hoeveel ruimte het gerechtshof nog heeft om te besluiten dat ondanks het externe ondernemerschap van (een aantal) chauffeurs toch sprake is van een arbeidsovereenkomst, nadat het hof al heeft aangegeven dat de arbeidsverhoudingen met de chauffeurs arbeidsovereenkomsten zijn, maar dat het ondernemerschap van de chauffeurs de balans wellicht naar de andere kant zou kunnen doen omslaan. Zou het hof bijvoorbeeld in de omstandigheid dat het ondernemerschap van de chauffeurs (ondanks dat dit ondernemerschap in het economisch verkeer beoordeeld moet worden en dat dit ondernemerschap als zodanig erkend wordt) in de arbeidsverhouding met Uber maar beperkt (of niet) tot uitdrukking komt, aanleiding kunnen vinden om aan dat (op zichzelf te erkennen) ondernemerschap dan toch niet die doorslaggevende rol toe te kennen die het hof

daar eerder ‘wellicht’ aan dacht toe te kennen? Het relatieve belang dat de Hoge Raad toekent aan de gezichtspunten die genoemd zijn in het *Deliveroo*-arrest (geen uitputtende opsomming en geen onderlinge rangorde) en de holistische weging van de verschillende omstandigheden lijkt daar ruimte voor te laten, maar de figuur van een zelfstandige die (mede) in dienstbetrekking werkzaam is, heeft daarvoor waarschijnlijk toch iets te veel weg van een *contradictio in terminis*.

Het hof zou natuurlijk kunnen beslissen dat het ondernemerschap van alle chauffeurs in de weg staat aan het kwalificeren van de arbeidsverhouding als een arbeidsovereenkomst. Gelet op het feit dat het hof al geconcludeerd heeft dat de eerste acht gezichtspunten tot de conclusie zouden leiden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, lijkt dat niet erg voor de hand liggend. Met name het feit dat Uber eenzijdig de voorwaarden bepaalt en wijzigt waaronder de chauffeurs werken, staat op gespannen voet met de conclusie dat alle chauffeurs zelfstandige ondernemers zijn en dat zij daarom geen van allen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Juist die omstandigheid wijst immers op de ondergeschiktheid die de kern is van een arbeidsovereenkomst en die de reden is van de toepasselijkheid van het arbeidsrecht.

Het gerechtshof zal er daarom waarschijnlijk niet aan ontkomen om groepen chauffeurs aan te wijzen, waarbij de ene groep wel en de andere groep niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Het onderscheid tussen de beide groepen zou dan naar mijn mening gevonden moeten worden in de mate waarin een chauffeur naast zijn werkzaamheid voor Uber nog andere opdrachtgevers heeft. Immers: als een chauffeur veel andere opdrachtgevers heeft en dus maar voor een beperkt deel met het werk voor Uber in zijn inkomen voorziet, weegt de afhankelijkheid van Uber voor de voorwaarden waaronder gewerkt wordt, ook minder zwaar. Een chauffeur die deze voorwaarden niet goed genoeg vindt, heeft dan immers de feitelijke mogelijkheid om de keuze te maken om minder voor Uber en meer voor een andere opdrachtgever te werken. Met slechte voorwaarden prijst Uber zich dan bovendien vanzelf uit de markt, zeker met het oog op het structurele tekort aan arbeidskrachten.

Als een chauffeur die voor Uber werkt alleen dan niet geacht wordt op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn als hij naast Uber in een bepaalde mate nog andere opdrachtgevers en andere omzet heeft, zal dat vermoedelijk ook gevolgen hebben voor de wijze waarop het algoritme in de app van Uber de ritten verdeelt. Nu stimuleert dat algoritme dat chauffeurs zo vaak en zo veel mogelijk beschikbaar zijn voor het uitvoeren van taxiritten. Maar het verdienmodel van Uber gaat uit van chauffeurs die als zelfstandig ondernemer werken, waarschijnlijk omdat chauffeurs die op basis van een arbeidsovereenkomst werken te duur worden bevonden. Als chauffeurs die te veel werken geacht worden werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, zal het algoritme van de app die chauffeurs ook ongetwijfeld anders gaan aansturen.

Het bepalen van een percentage van de omzet dat bij andere opdrachtgevers moet worden behaald, welk percentage dan geldt als grens voor het al dan niet werken op basis van een arbeidsovereenkomst, is daarbij natuurlijk wel erg arbitrair. Het zou eigenlijk veel meer op de

weg van de wetgever liggen om dat te doen, dan op die van de rechter. Maar de prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad zou er gemakkelijk toe kunnen leiden dat het gerechtshof zich nu voor die taak geplaatst ziet.

Gevolgen voor de kwalificatievraag

Het feit dat nu duidelijk is dat het externe ondernemerschap van de werkende een rol kan spelen bij de beoordeling van de arbeidsverhouding heeft uiteraard gevolgen voor de vraag of een arbeidsverhouding met een zzp'er al dan niet als een arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd.

Een zzp'er die naast de arbeidsverhouding waarvan beoordeeld moet worden of het een arbeidsovereenkomst is, nog verschillende andere opdrachtgevers heeft waarvoor hij een substantieel deel van zijn tijd werkt, kan wijzen op die andere opdrachten, maar het maakt nog niet dat buiten twijfel is dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het blijft afhankelijk van een holistische weging van alle omstandigheden van het geval of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad betekent ook dat de Belastingdienst onderzoek zal moeten doen naar het externe ondernemerschap van een zzp'er voordat de conclusie kan worden getrokken dat een overeenkomst met een zzp'er eigenlijk een arbeidsovereenkomst met een werknemer is, waarover loonbelasting en premies werknemersverzekeringen verschuldigd zijn. Ondernemend Nederland mag de prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad dan ook met vreugde begroeten.

Gevolgen voor het wetsvoorstel voor de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (Vbar)

Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (Vbar)

De regering heeft een wetsvoorstel in voorbereiding dat moeten zorgen voor meer duidelijkheid over de vraag wanneer een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet is (het wetsvoorstel voor de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, in de praktijk afgekort tot 'Vbar'). Het was eigenlijk de bedoeling dat dat wetsvoorstel op 1 januari 2025 in werking zou treden, tegelijk met de opheffing van het handhavingsmoratorium.^[17] Maar terwijl de afschaffing van het handhavingsmoratorium per 1 januari 2025 is doorgegaan is het met het wetsvoorstel nog niet verder gekomen dan publicatie in het kader van internetconsultatie en een advies van de Raad van State over een aangepast wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel zoals dat aan de Raad van State is voorgelegd voor advies^[18] behelst kort samengevat (en voor zover hier van belang^[19]) het volgende.

In de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst^[20] wordt een gewijzigde uitleg opgenomen van het begrip 'werken in dienst van' (de gezagsverhouding).

‘2. Van arbeid verrichten in dienst van een werkgever als bedoeld in het eerste lid is sprake indien:

a. de arbeid wordt verricht onder werkinhoudelijke of organisatorische sturing door de werkgever, en;

b. de werknemer de arbeid niet voor eigen rekening en risico verricht, of de arbeid in mindere mate voor eigen rekening en risico verricht dan dat sprake is van sturing als bedoeld in onderdeel a.

3. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over:

a. wanneer sprake is van sturing door de werkgever, dan wel het voor eigen rekening en risico verrichten van de arbeid, bedoeld in lid 2, en;

b. de wijze waarop een arbeidsrelatie beoordeeld wordt ingeval in vergelijkbare mate sprake is van zowel sturing door de werkgever, als van het voor eigen rekening en risico verrichten van de arbeid.’

Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de wetgever beoogt dat daarmee een toetsing moet plaatsvinden aan de hand van twee hoofdelementen:

(1) W: werkinhoudelijke of organisatorische aansturing;

(2) Z: eigen rekening en risico.

Het eerste hoofdelement behelst kenmerken die wijzen op werken in dienst van een ander, te weten ‘werkinhoudelijke en organisatorische sturing’. Het tweede hoofdelement ziet op kenmerken die er juist op wijzen dat niet in dienst van een ander wordt gewerkt, maar ‘voor eigen rekening en risico’. Voor de beoordeling van de arbeidsrelatie wordt op basis van de onderliggende indicaties beoordeeld bij welk hoofdelement in de arbeidsrelatie het zwaartepunt ligt.

Indicaties die wijzen op *werkinhoudelijke of organisatorische aansturing* zijn daarbij:[21]

W1: De werkgevende is bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende moet deze ook opvolgen.

W2: De werkgevende controleert de werkzaamheden van de werkende en is bevoegd om op basis daarvan in te grijpen.

W3: De werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende.

W4: De werkzaamheden hebben een structureel karakter binnen de organisatie.

W5: Werkzaamheden worden zij-aan-zij verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten.

Indicaties die wijzen op *werken voor eigen rekening en risico* zijn daarbij:[22]

Z1: De financiële risico's en resultaten van de werkzaamheden liggen bij de werkende.

Z2: Bij het verrichten van de werkzaamheden is de werkende zelf verantwoordelijk voor gereedschap, hulpmiddelen en materialen.

Z3: De werkende is in het bezit van een specifieke opleiding, werkervaring, kennis of vaardigheden, die in de organisatie van de werkgevende niet structureel aanwezig is.

Z4: De werkende treedt tijdens de werkzaamheden zelfstandig naar buiten.

Z5: Er is sprake van een korte duur van de opdracht en/of een beperkt aantal uren per week.

De toetsing houdt dan het volgende in:[23]

(a) Als hoofdelement W (werkinhoudelijke of organisatorische aansturing) in enige mate aanwezig is, kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

(b) Als hoofdelement W (werkinhoudelijke of organisatorische aansturing) niet aanwezig is, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

(c) Indien er wel in enige mate sprake is van indicaties die wijzen op de aanwezigheid van hoofdelement W (werkinhoudelijke dan wel organisatorische sturing) dan worden deze indicaties in samenhang gezien en afgewogen tegen de contra-indicaties voor hoofdelement Z (werken voor eigen rekening en risico). Er moet vervolgens worden gekeken waar het zwaartepunt in een arbeidsrelatie ligt, ofwel op werkinhoudelijke en organisatorische sturing, dan wel op werken voor eigen rekening en risico. Hoofdelement W wordt dus tegenover hoofdelement Z geplaatst en gewogen wordt waar het zwaartepunt ligt. Beide hoofdelementen kunnen in potentie evenveel gewicht in de schaal leggen.

Alleen als de indicaties voor werkinhoudelijke en organisatorische aansturing (W) in evenwicht zijn met de contra-indicaties voor werken voor eigen rekening en risico (Z) komt in het wetsvoorstel belang toe aan een derde element:[24]

OP: ondernemerschap persoon (buiten de arbeidsrelatie, in het economisch verkeer).

Als indicaties voor het ondernemerschap in het economisch verkeer (OP) worden daarbij in de memorie van toelichting genoemd:

(a) meerdere opdrachtgevers per jaar;

(b) verwerven van reputatie en acquisitie;

(c) bedrijfsinvesteringen;

(d) administratief: (1) inschrijving handelsregister; (2) btw-ondernemer; en (3) ondernemersfaciliteiten inkomstenbelasting

Vergelijking met jurisprudentie van de Hoge Raad

De verschillen tussen het toetsingskader dat volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en

het toetsingskader van het wetsvoorstel vallen direct op:

(a) Het toetsingskader van de Hoge Raad gaat uit van het wegen van alle omstandigheden van het geval, waarvan er negen bij wijze van voorbeeld worden genoemd, terwijl het toetsingskader van het wetsvoorstel afgebakende indicaties kent die in beginsel uitputtend in een algemene maatregel van bestuur worden opgesomd.

(b) Het toetsingskader van de Hoge Raad gaat uit van een weging van alle omstandigheden van het geval, terwijl het toetsingskader van het wetsvoorstel indicaties voor en tegen ‘werken in dienst van een ander’ tegen elkaar afweegt.

(c) Het toetsingskader van de Hoge Raad gaat uit van een holistische weging van de omstandigheden, waarbij alle omstandigheden in onderling verband moeten worden gezien en waarbij het gewicht dat aan een bepaalde omstandigheid toekomt per geval kan verschillen, terwijl het toetsingskader van het wetsvoorstel dat niet doet.

(d) Het toetsingskader van de Hoge Raad weegt als een van de omstandigheden het ondernemerschap in het economisch verkeer mee, terwijl het toetsingskader van het wetsvoorstel in eerste instantie alleen aspecten van ondernemerschap meeweegt die zich uiten in de arbeidsverhouding die moet worden beoordeeld, waarna het ondernemerschap in het economisch verkeer alleen een rol speelt als de indicaties voor werkinhoudelijke en organisatorische aansturing (W) in evenwicht zijn met de contra-indicaties voor werken voor eigen rekening en risico (Z).

De verschillen tussen het toetsingskader van het wetsvoorstel en het toetsingskader van de Hoge Raad worden op diverse plaatsen in de memorie van toelichting benadrukt:

‘Door – in plaats van een uitermate casuïstische benadering (holistische toetsing) – een wettelijk toetsingskader aan te reiken, wordt meer houvast geboden op dit punt.’[25]

‘Met dit wetsvoorstel wordt de holistische toets vervangen door een wettelijk toetsingskader.’[26]

‘Zoals reeds in paragraaf 3.5 is toegelicht, heeft het kabinet er bewust voor gekozen om het gezagscriterium wettelijk te verduidelijken, omdat de holistische benadering van de beoordeling van de arbeidsovereenkomst een te grote mate van openheid en relatieve onvoorspelbaarheid blijft houden.’[27]

Tegelijkertijd wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel gesteld dat slechts sprake is van een codificatie van bestaande jurisprudentie:

‘Daarbij is ervoor gekozen om geen nieuwe criteria te introduceren; het wetsvoorstel is een codificatie van bestaande jurisprudentie.’[28]

‘Dit wetsvoorstel wil juist de bestaande jurisprudentie codificeren.’[29]

Ook de Raad van State stelt in zijn advies naar aanleiding van het wetsvoorstel[30] dat het wetsvoorstel vooral geldend recht codificeert:

‘De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het wetsvoorstel een beperkte bijdrage zal leveren aan de aanpak van verschillende knelpunten die in de toelichting terecht worden gesignaleerd. De reden hiervoor is dat het voorstel vooral het geldende recht codificeert, al kan hierdoor het besef van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen wel worden vergroot.’

De vraag of het wetsvoorstel alleen (of vooral) bestaande jurisprudentie codificeert dan wel een toetsingskader biedt dat op belangrijke punten anders is, is voor de regering van belang voor de vraag of het wetsvoorstel overgangsrecht behoeft. De regering schrijft daarover in de memorie van toelichting:[31]

‘Enkele organisaties hebben aangegeven dat overgangsrecht noodzakelijk is. Hoewel de wet een verduidelijking van de reeds bestaande wet- en regelgeving beoogt, zou niet uitgesloten zijn dat deze van invloed is op al bestaande overeenkomsten tussen werkenden en werkgevers. Ook in dit verband wordt door het kabinet benadrukt dat de bedoeling van dit wetsvoorstel niet is om een verandering in de juridische kaders te bewerkstelligen. Uiteraard zal het wetsvoorstel voor de nodige werkenden en werkgevers aanleiding zijn om hun arbeidsrelatie tegen het licht te houden. Het is daarbij niet denkbeeldig dat men tot de conclusie komt dat zij deze tot dan toe onjuist hebben gekwalificeerd. Als een arbeidsrelatie op grond van het wetsvoorstel als arbeidsovereenkomst kwalificeert, is dat onder de huidige regels ook al het geval.’

Het belang van het erkennen van het verschillende toetsingskader

De prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad benadrukt nog eens dat er belangrijke verschillen zijn tussen het toetsingskader van de Hoge Raad en het toetsingskader van het wetsvoorstel. Het is voor de praktijk van groot belang dat de regering ondubbelzinnig erkent dat met het wetsvoorstel een nieuw toetsingskader wordt geïntroduceerd voor de beoordeling van arbeidsverhoudingen (arbeidsovereenkomst of niet?).

Een ondernemer die, daartoe aangespoord door de opheffing van het handhavingsmoratorium, een overeenkomst van opdracht met een zzp’er in overleg met zijn wederpartij wijzigt in een arbeidsovereenkomst, laadt daarmee gemakkelijk de verdenking op zich dat de overeenkomst ook voor die wijziging al een arbeidsovereenkomst was. Dat kan voor die ondernemer grote gevolgen hebben,[32] bijvoorbeeld:

(a) Een loonvordering van de werknemer op basis van wettelijk minimumloon of cao-loon, inclusief (voor zover van toepassing) overwerkvergoeding, onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag, doorbetaling van loon tijdens vakantie en ziekte, transitievergoeding,[33] een en ander met vijf jaar terugwerkende kracht.[34]

(b) Een vordering van de werknemer tot betaling van loon tijdens ziekte, loon tijdens vakantie, vakantietoeslag, overwerkvergoeding, onregelmatigheidstoeslag, transitievergoeding, waarbij de betaalde ‘all-in’ vergoeding als zzp’er vanwege de dwingendrechtelijke beschermende werking van het arbeidsrecht als loon kan worden aangemerkt, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[35]

(c) Een naheffingsaanslag van de Belastingdienst tot betaling van loonbelasting, premies werknemersverzekeringen[36] en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet verschuldigd, met vijf jaar terugwerkende kracht maar met maximale terugwerkende kracht tot 1 januari 2025.

Bovendien kan met de werknemer een geschil ontstaan over:

(a) de duur van de arbeidsovereenkomst (arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd?);

(b) de anciënniteit (van belang voor het afspiegelingsbeginsel, de opzegtermijn en de hoogte van de transitievergoeding).

Deze gevolgen kunnen optreden als een overeenkomst van opdracht na 1 januari 2025 wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst. In dat geval is van een wijziging van het geldende toetsingskader natuurlijk geen sprake. Diezelfde gevolgen kunnen echter ook optreden als een overeenkomst van opdracht na de inwerkingtreding van de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst. Het moet dan, gelet op de bovengenoemde mogelijke gevolgen van de herkwalificatie van de overeenkomst, duidelijk zijn dat vóór de inwerkingtreding van de wet een ander toetsingskader gold dan vanaf de inwerkingtreding van de wet, zodat het bestaan van een arbeidsovereenkomst na de inwerkingtreding van de wet niet automatisch ook betekent dat voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet ook al een arbeidsovereenkomst bestond.

Overgangsrecht

De stelling van de regering in de memorie van toelichting dat overgangsrecht niet noodzakelijk is omdat een arbeidsrelatie die op grond van het wetsvoorstel als arbeidsovereenkomst kwalificeert, dat ook onder de huidige regels al doet, is niet meer houdbaar. Als al niet wordt besloten tot eerbiedigende werking voor overeenkomsten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van de wet, dan moet de regering dat in elk geval veel beter motiveren.

En als de regering echt wil bevorderen dat overeenkomsten van opdracht met zzp'ers worden omgezet in arbeidsovereenkomsten met werknemers, dan treft de regering ook een regeling voor gevolgen die ondernemers zouden kunnen ondervinden als geclaimd wordt dat ook vóór inwerkingtreding van de wet of vóór de opheffing van het handhavingsmoratorium al sprake was van een arbeidsovereenkomst. De rechtvaardiging daarvoor zou kunnen worden gevonden in het feit dat de regering, door van 1 mei 2016 tot 1 januari 2025 niet te handhaven op schijnzelfstandigheid, zelf de situatie heeft laten staan waarbij op veel te grote schaal overeenkomsten met zzp'ers werden gesloten in plaats van arbeidsovereenkomsten met werknemers. De geest kwam daardoor uit de fles. De regering zou ondernemers best mogen helpen om die er nu weer terug in te krijgen.

Gamechanger?

Is de prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad in de Uber-zaak een gamechanger? De strijdende partijen zullen er in elk geval bij de voortzetting van de procedure bij het gerechtshof hun processtrategie op moeten aanpassen. Ook de Belastingdienst zal haar handhavingsbeleid moeten aanpassen. Maar bovenal zou de wetgever over moeten gaan tot aanpassing van (ten minste de memorie van toelichting bij) het wetsvoorstel Vbar, in zoverre als daar enerzijds een nieuw toetsingskader wordt geïntroduceerd waarbij de holistische toetsing verdwijnt en anderzijds wordt beweerd dat door het wetsvoorstel de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst niet wijzigt. De prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad maakt de verschillen tussen het toetsingskader van de Hoge Raad en het toetsingskader van het wetsvoorstel nog groter. De verschillen tussen de toetsingskaders rechtvaardigen het treffen van overgangsrecht.

J.P.M. van Zijl

[1] HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319.

[2] De kantonrechter spreekt normaal alleen recht, maar de enkelvoudig rechtsprekende kantonrechter had de zaak in deze zaak verwezen naar een meervoudige kamer van de kantonrechter, zodat het oordeel in feite werd gegeven door drie kantonrechters. De Hoge Raad heeft later geoordeeld dat de wet niet de mogelijkheid van meervoudige kantonrechtspraak kent (HR 22 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1724). In deze zaak speelde dat echter geen rol.

[3] Ktr. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.

[4] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

[5] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/gemeente Amsterdam; participatieplaats*).

[6] Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 en Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:601.

[7] Art. 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) jo. art. 1018b e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

[8] Art. 1018f Rv.

[9] A-G bij de HR 30 september 2024, ECLI:NL:PHR:2024:996. Deze advocaat-generaal (mr. R.H. de Bock) was dezelfde als die welke in haar conclusie bij het *Deliveroo*-arrest tevergeefs had bepleit dat de Hoge Raad als criterium voor het aannemen van een gezagsverhouding uitsluitend nog de organisatorische inbedding van het werk hanteert.

[10] HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319.

[11] Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7 BW in verband met het verduidelijken van wanneer sprake is van werken in dienst van een ander in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het

Burgerlijk Wetboek en het invoeren van een rechtsvermoeden (VBAR) en Richtlijn (EU) 2024/2831 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2024 betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, PbEU 2024, L 2831.

[12] Art. 3 lid 1 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

[13] Art. 3 lid 2 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

[14] HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, r.o. 3.3.2.

[15] Art. 3 lid 2 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

[16] *Kamerstukken II* 1936/37, 274, nr. 3, p. 5.

[17] Hiermee is bedoeld dat de Belastingdienst weer controleert of overeenkomsten van opdracht met zelfstandige ondernemers (zzp'ers) niet in feite arbeidsovereenkomsten met werknemers zijn en naheffingsaanslagen loonheffing oplegt als dat het geval is. Na de afschaffing van de verklaring arbeidsrelatie (VAR) bij de Wet deregulering arbeidsrelaties per 1 mei 2016 zouden een jaar lang geen naheffingsaanslagen worden opgelegd. Door kritiek op deze wet en door het uitblijven van andere instrumenten om schijnzelfstandigheid te bestrijden is tot 1 januari 2025 (behoudens hoge uitzonderingsgevallen) afgezien van het opleggen van naheffingsaanslagen.

[18] Zie:

<https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGKo14517/documenten/Raad%20van%20State/Adviesaanvraag%20aanhangig%20bij%20Raad%20van%20State/1>.

[19] Het in het wetsvoorstel opgenomen rechtsvermoeden blijft hier onbesproken.

[20] Art. 7:610 BW.

[21] Paragraaf 3.3.4.1 MvT.

[22] Paragraaf 3.3.4.2 MvT.

[23] Paragraaf 3.3.5 MvT.

[24] Paragraaf 3.3.5.1 MvT.

[25] Paragraaf 1.4.1 MvT.

[26] Paragraaf 3.3.3.2 MvT.

[27] MvT onder 'Reactie organisaties zelfstandigen'.

[28] MvT onder 'Reactie organisaties zelfstandigen'.

[29] Paragraaf 3.3.4.1 MvT.

[30] Advies Raad van State 6 november 2024 wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

[31] MvT onder 'Overgangsrecht'.

[32] Zie: G. Boot, 'De gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst', *NJB* 15 september 2023, afl. 28 en E. Verhulp, 'Werknemer met terugwerkende kracht? Over de vorderingen van de geherkwalificeerde zzp'er', *TRA* 2023/51.

[33] Mits de vervaltermijn van art. 7:686 lid 4 onder b BW in acht is genomen.

[34] De verjaringstermijn van art. 3:307 BW.

[35] Art. 6:248 BW.

[36] Art. 20 Wet financiering sociale verzekeringen verbiedt het verhaal van premies werknemersverzekering op de werknemer.