



Afstudeeronderzoek RE441C

Onderzoeksrapport

'Schadevergoeding voor opdrachtgever bij zorgplicht schendende opdrachtnemer' -Jurisprudentieonderzoek-

HBO-Rechten

J.C. de Rooij
s1066360

eConnect International B.V.

dhr. J.D. Schaeffer BBA

Afstudeerbegeleider

mw. mr. D.J. Westerveld

Onderzoeksdocent

mw. mr. I.J.S. van Mierlo-Groot

Inleverdatum: 19-01-2017

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport 'Schadevergoeding voor opdrachtgever bij zorgplicht schendende opdrachtnemer'. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan dit rapport is uitgevoerd in opdracht van eConnect International B.V. Dit onderzoeksrapport geldt als de afsluiting van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden.

Met mijn afstudeerbegeleider, Dorien Westerveld, en mijn onderzoeksdocent, Ingrid van Mierlo-Groot, heb ik dit onderzoeksrapport geschreven. Na uitvoerig vooronderzoek hebben wij een onderzoeksvraag weten te formuleren en na jurisprudentieonderzoek heb ik deze weten te beantwoorden. Gedurende het proces hebben mw. Westerveld en mw. Van Mierlo-Groot mij begeleid en stonden zij klaar om mijn vragen te beantwoorden en mij te voorzien van constructieve feedback. Bij dezen wil ik mijn beide begeleiders dan ook hartelijk bedanken voor de fijne ondersteuning.

Ook wil ik mijn collega's bij eConnect International B.V. hartelijk bedanken voor hun hartelijke ontvangst en de hulp waar nodig. Vaak heb ik met hen op een efficiënte manier kunnen sparren over het te kiezen onderzoeksgebied. En bovendien wil ik het bedrijf bedanken voor de positie die zij mij inmiddels hebben aangeboden!

Ik wens u veel leesplezier.

Samenvatting

Opdrachtnemers werken op basis van een opdrachtovereenkomst in de zin van artikel 7:400 BW voor hun opdrachtgever. In deze overeenkomst wordt het onderwerp vastgelegd, de specifieke opdracht waar de opdrachtnemer zich aan verbindt. In artikel 7:401 BW is een zorgplicht opgenomen die de opdrachtnemer in acht dient te nemen bij de uitvoering van de opdrachtovereenkomst. De inhoud van deze zorgplicht is erg belangrijk bij de beoordeling van het functioneren van een opdrachtnemer. Verder is belangrijk om te weten welke schade te verhalen is wanneer een opdrachtnemer niet voldoet aan deze zorgplicht.

Het doel van dit praktijkgerichte juridisch onderzoek is om te achterhalen wat de zorgplicht van de opdrachtnemer inhoudt, wanneer hij schadeplichtig is wanneer hij deze schendt en welke schade in zo'n geval te verhalen is door de opdrachtgever. Teneinde hiertoe te komen, is de volgende centrale vraag opgesteld:

‘Wat kan eConnect worden geadviseerd over schade en aansprakelijkheid van opdrachtnemers bij schending van de zorgplicht (art. 7:401 BW) volgens jurisprudentieonderzoek?’

Zoals te lezen is in de centrale vraag, zal het doel bereikt worden door het verrichten van jurisprudentieonderzoek. De centrale vraag wordt in gedeelten behandeld door middel van het gebruik van deelvragen.

Uit het onderzoek blijkt dat de inhoud van de zorgplicht voor eConnect een heel aantal gedragingen inhoudt. Een greep uit deze gedragingen: eConnect dient de opdrachtgever periodiek te informeren over de werkzaamheden, de kosten en eventueel meerwerk. eConnect dient de wet- en regelgeving omtrent de opdracht te doorgronden en men dient te weten waar deze informatie te vinden is. De factoren ‘tijd’ en ‘geld’ werken nooit in het nadeel van de opdrachtgever van eConnect. Wel is het bijvoorbeeld zo dat eConnect door een hoge vergoeding een verzwaarde zorgplicht heeft. Ook is er een aantal gedragingen gedefinieerd dat speciaal van toepassing is op de IT-branche. In deze branche is eConnect actief en sluit het de opdrachtovereenkomsten. Verder blijkt uit het onderzoek dat in de gevallen waarin de opdrachtnemer zijn zorgplicht schendt, in principe alle gevorderde schade aan de opdrachtgever wordt toegewezen door de Nederlandse rechters en dat deze beslissing nooit wordt toegelicht.

Op basis van de resultaten van het verrichte onderzoek zijn aanbevelingen opgesteld en toegevoegd aan dit onderzoeksrapport.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Samenvatting.....	3
Hoofdstuk 1: Inleiding	6
1.1. Probleemanalyse	6
1.2 Doelstelling.....	9
1.3 Centrale vraag en deelvragen	9
1.4 Onderzoeksmethodiek	10
1.4.1 Betekenis overeenkomst.....	10
1.4.2. Inhoud zorgplicht opdrachtnemer	11
1.4.3. Mogelijke schadeplichtigheid opdrachtnemer.....	12
Hoofdstuk 2: Wat is een overeenkomst van opdracht en wat is een opdrachtnemer?	14
2.1. De overeenkomst van opdracht	14
2.2. De opdrachtnemer	16
Hoofdstuk 3: Wat houdt de zorgplicht van de opdrachtnemer in blijkens jurisprudentieonderzoek?	18
3.1. De zorgplicht in de wet.....	18
3.2. De zorgplicht in de jurisprudentie	18
3.2.1. Deskundigheid	19
3.2.2. Tijdsduur	21
3.2.3. Beloning	22
3.2.4. IT-dienstverlening en de zorgplicht van de opdrachtnemer	23
3.3. Tussenconclusie.....	24
Hoofdstuk 4: Schadeplichtigheid van de opdrachtnemer.....	26
4.1. Opdrachtnemer schadeplichtig	27
4.2. Opdrachtnemer niet schadeplichtig: overwegingen van de rechter	29
4.3. Tussenconclusie.....	29
Hoofdstuk 5: Conclusies	31
5.1. Zorgplicht.....	31
5.2. Opdrachtnemer schadeplichtig	32
5.3. Advies	32
Hoofdstuk 6: Verantwoording.....	34
Hoofdstuk 7: Aanbevelingen	36
7.1. Checklist bij opdrachtovereenkomst.....	37
7.2. Dekking aansprakelijkheidsverzekering	40

Bronnenlijst	41
Literatuur	41
Jurisprudentie.....	43
Kamerstukken.....	46
Officiële bekendmakingen.....	46
Digitale bronnen.....	46
Bijlage 1	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage 2 Tabel 1.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage 3 Tabel 2.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage 4 Tabel 3.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage 5 Voorbeeld checklist-document.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Probleemanalyse

Het werkgebied van dit onderzoek ligt binnen de dienstverlenende besloten vennootschap eConnect International B.V. (hierna eConnect). Dit bedrijf faciliteert e-facturatie voor haar klanten door middel van software (eVerbinding) die gekoppeld wordt met de door de klanten gebruikte boekhoudsoftware. De werkwijze van eConnect is *business to business*, het klantenbestand bestaat voornamelijk uit accountantskantoren en het MKB.

Bedrijven maken gebruik van tijdelijk personeel, zoals ZZP'ers. Hiervoor wordt de overeenkomst van opdracht uit Boek 7 BW (art. 7:400 BW e.v.) gebruikt. Het doel van deze overeenkomst is dat er tijdelijk personeel kan worden ingehuurd, zonder dat er met dit tijdelijk personeel een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) wordt gesloten.¹ Dit levert duidelijkheid op voor de opdrachtnemer en gemak bij de opdrachtgever, omdat er voor hem uit een overeenkomst van opdracht bijvoorbeeld geen verplichtingen voortvloeien op het gebied van werknemersverzekeringen en belastingen.² Een opdrachtgever hoeft dus geen werkgeverslasten af te dragen.³ Dit is één van de redenen voor ondernemers om te kiezen voor de overeenkomst van opdracht.⁴ Een ander belangrijk verschil is het ontbreken van een gezagsverhouding, zoals die wel bestaat bij een arbeidsovereenkomst.⁵ Dit is namelijk één van de vier wettelijke eisen die worden gesteld aan een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.⁶ De overige drie zijn: de verplichting tot het verrichten van arbeid, het ontvangen van loon en de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten.⁷

Bij een overeenkomst van opdracht verbindt de opdrachtnemer zich dus ten opzichte van de opdrachtgever om werkzaamheden te verrichten⁸, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst. Er kan in het kader van een overeenkomst van opdracht geen sprake zijn van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken, zoals is opgenomen in artikel 7:400 BW.

eConnect maakt gebruik van tijdelijk personeel. Bij het inhuren van een ZZP'er wordt gebruik gemaakt van een overeenkomst van opdracht. Recent is er bijvoorbeeld een consultant op basis van

¹ Van den Krommenacker 2013, p. 16

² Bevers 2012, p. 21

³ Nagelkerke, Plessen en Wilthagen 2008, p. 438

⁴ Bouma, Frouws 2011, p. 30

⁵ Hof Arnhem Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199.

⁶ Theunissen 2014, p. 14

⁷ Treep 2015, p. 58

⁸ Van Ardenne-Dick e.a. 2013, p. 147

een opdrachtovereenkomst ingehuurd voor een half jaar om de implementatie van de software voor een specifieke groep klanten te verzorgen. eConnect sluit ook opdrachtovereenkomsten met opdrachtgevers. In zo'n geval is eConnect dus de opdrachtnemer.

Een opdrachtnemer is dus de uitvoerende partij bij een opdrachtovereenkomst.

In de opdrachtovereenkomst, op grond van Afdeling 1, Titel 7 van Boek 7 BW, wordt de opdracht omschreven evenals de op deze opdracht van toepassing zijnde voorwaarden, zoals vergoeding, looptijd van de overeenkomst en de mogelijkheden tot beëindiging. Een van de bepalingen uit de overeenkomst gaat over de zorgplicht van de opdrachtnemer, overgenomen vanuit artikel 7:401 BW.

Wettekst artikel 7:401 BW:

“De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.”

Er mag van een opdrachtnemer worden verwacht dat hij zich gedraagt als een goed opdrachtnemer. In de wet wordt verdere invulling gegeven aan de zorgplicht van de opdrachtnemer in de volgende twee artikelen. In artikel 7:402 BW wordt gesteld dat de opdrachtnemer wordt gebonden aan de aanwijzingen van de opdrachtgever.⁹ Verder is in artikel 7:403 BW een informatieverplichting¹⁰ opgenomen die van toepassing is op deze zorgplicht.¹¹ In de rechtspraak is de zorgplicht uitgewerkt in de volgende algemene definitie: een opdrachtnemer dient ‘te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’.¹² Oftewel: een beroepsbeoefenaar moet zijn vak verstaan.

Het lijkt er dus op dat de omstandigheden van het geval¹³ en de bedoeling van partijen bij de overeenkomst¹⁴ een grote rol spelen bij het vaststellen van de inhoud van de zorgplicht voor opdrachtnemers, mede omdat de overeenkomst van opdracht gezien kan worden als een restcategorie.¹⁵ Als het gaat om het verrichten van arbeid, en de andere bijzondere overeenkomsten (arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en vervoersovereenkomst) zijn niet van toepassing, dan is de overeenkomst van opdracht van toepassing.¹⁶ Ook hangt de inhoud van de zorgplicht af van de

⁹ Bertrams 2015, p. 81

¹⁰ Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183.

¹¹ Hof den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347.

¹² HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159.

¹³ Rb. Arnhem 12 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7018.

¹⁴ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 ‘Haviltex’.

¹⁵ Kamerstukken II 2010/11, 29502, 61

¹⁶ Kamerstukken II 1991/92, 17779, 8

aard van de overeenkomst, bijvoorbeeld of er sprake is van een inspannings- of een resultaatsverbintenis.¹⁷

De consequenties voor een opdrachtnemer wanneer hij zijn zorgplicht schendt, zijn als volgt: indien de opdrachtnemer in zijn schending volhardt, moet er eerst gekeken worden naar wat er in de overeenkomst van opdracht is opgenomen omtrent ontbinding van het contract. In artikel 7:400 lid 2 BW is namelijk opgenomen dat de regeling omtrent de overeenkomst van opdracht bijna uitsluitend¹⁸ regelend recht bevat.¹⁹ De bepaling(en) in de overeenkomst omtrent ontbinding dan wel beëindiging van de overeenkomst zijn dus leidend. Indien hierin in de opdrachtovereenkomst niet is voorzien, worden bij een tekortkoming in de nakoming van de opdrachtovereenkomst de gebruikelijke stappen uit Boek 6 BW (ingebrekestelling, verzuim, ontbinding contract, verplichting tot schadevergoeding) gevolgd. Dit is bijvoorbeeld het geval in de zaak van Spaarne Beveiliging/Bouwcombinatie Egmond²⁰, waar de rechtbank uitspraak deed in een geschil omtrent de uitvoering van een opdrachtovereenkomst en een mogelijke tekortkoming in de nakoming hiervan. Dit is dan ook de rechtsgrond voor het instellen van een schadevordering: artikel 6:74 BW.

In artikel 7:408 BW is vastgelegd dat een opdrachtgever te allen tijde gerechtigd is de opdrachtovereenkomst op te zeggen. Uit de rechtspraak blijkt wel dat er sprake is van een redelijkheids- en billijkheidseis bij een opzegging op grond van dit artikel.²¹ Een opzegging per direct, zonder inachtneming van een opzegtermijn, zal in de praktijk onredelijk worden geacht en de opdrachtgever mogelijk schadeplichtig maken. Dit is onder meer door de rechter gesteld in de zaak Daviga Holding/WNO Bedrijven.²² Op dit leerstuk zal in dit onderzoek niet verder worden ingegaan, de focus ligt enkel op de mogelijke schadeplichtigheid van een opdrachtnemer.

De precieze inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer die genoemd wordt in artikel 7:401 BW lijkt afhankelijk van de omstandigheden van het geval. eConnect kan de opdrachtovereenkomst dus te allen tijde opzeggen, ook wanneer een opdrachtnemer zijn zorgplicht schendt. Maar kan eConnect dan ook schade verhalen? En zo ja, welke schade? Deze zaken zijn bij eConnect niet bekend en het Burgerlijk Wetboek geeft ook geen eenduidig antwoord. Een jurisprudentie-onderzoek is dus noodzakelijk. Het is in het belang van eConnect om te weten waar men staat ten opzichte van haar opdrachtnemer(s), wanneer deze niet voldoen aan de zorgplicht. Ook van belang is het om te weten welk risico gelopen wordt in de gevallen waarin eConnect zelf opdrachtnemer is.

¹⁷ Trap 2007, p.28

¹⁸ Trap 2007, p. 27

¹⁹ Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3

²⁰ Rb. Utrecht 20 januari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL0139.

²¹ Rb. Rotterdam 19 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5694.

²² Rb. Arnhem 25 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV3739.

1.2 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om eConnect te adviseren over schade en aansprakelijkheid van een opdrachtnemer die zijn zorgplicht schendt in de zin van artikel 7:401 BW door jurisprudentie- en literatuuronderzoek alsmede wetsanalyse.

1.3 Centrale vraag en deelvragen

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt:

‘Wat kan eConnect worden geadviseerd over schade en aansprakelijkheid van opdrachtnemers bij schending van de zorgplicht (art. 7:401 BW) blijktens jurisprudentieonderzoek?’

Aan de hand van deelvragen zal deze centrale vraag worden beantwoord. Op deze manier worden het onderzoeksgebied en het praktijkprobleem grondig onderzocht.

De volgende deelvragen zijn opgesteld:

1. Wat is een overeenkomst van opdracht en wat is een opdrachtnemer?
Dit is het juridisch kader van het onderzoek; de wettelijke bepalingen uit Boek 6 en 7 BW alsmede de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) en jurisprudentie zullen worden onderzocht. De geselecteerde jurisprudentie over de inhoud en betekenis van overeenkomsten zal worden geraadpleegd en gebruikt als rechtsbron. Ook zal vakliteratuur worden onderzocht.
2. Wat houdt de zorgplicht van de opdrachtnemer in blijktens jurisprudentieonderzoek?
De geselecteerde jurisprudentie omtrent de zorgplicht van de opdrachtnemer (22 zaken) zal hiervoor worden onderzocht.
3. Onder welke omstandigheden is een opdrachtnemer, volgens de rechtspraak, schadeplichtig jegens zijn opdrachtgever op grond van een schending van zijn zorgplicht en welke schade wordt toegewezen?
Ter beantwoording van deze vraag zal de geselecteerde jurisprudentie (10 zaken) worden onderzocht waar schadeplichtigheid van de opdrachtnemer is vastgesteld.
4. Welke motivering gebruikt de rechter om schade niet toe te wijzen aan een opdrachtgever?
Ter beantwoording van deze vraag zal geselecteerde jurisprudentie (6 zaken) worden onderzocht waar geen schadeplichtigheid van de opdrachtnemer is vastgesteld.

1.4 Onderzoeksmethodiek

Het onderzoek zal worden verricht met behulp van jurisprudentie. Er zijn in totaal 38 zaken geselecteerd om te worden onderzocht. Om de tweede deelvraag te beantwoorden, zijn 22 zaken over de inhoud van de zorgplicht van art. 7:401 BW onderzocht en voor de derde deelvraag zijn 16 zaken onderzocht waarin de rechter toekomt aan het vraagstuk of er schadeplichtigheid bestaat van de opdrachtnemer. Deze zaken zijn geselecteerd aan de hand van een aantal criteria, die hieronder per onderwerp worden genoemd. In de bijlagen, toegevoegd aan dit onderzoeksrapport, is de verantwoording voor de gekozen jurisprudentie opgenomen als Bijlage 1 en zijn de schematische weergaven van de analyses bijgevoegd.

Verder is er nog een aantal zaken gebruikt als rechtsbron, onder meer bij het uitleggen van de aard van de overeenkomst.

1.4.1 Betekenis overeenkomst

De jurisprudentie omtrent de betekenis van een opdrachtovereenkomst dan wel een arbeidsovereenkomst, wordt in dit onderzoeksrapport enkel aangehaald als rechtsbron. Deze zaken zijn niet geanalyseerd. De zaken uit 1981, 1997 en uit 2011 worden aangehaald vanwege de waarde die blijkt uit het feit dat er vaak aan wordt gerefereerd in literatuur en jurisprudentie. De overige zes zijn genoemd vanwege het feit dat het recente uitspraken betreft. Hieronder de geselecteerde zaken:

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158

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

HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9573

Hof Arnhem 27 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0717

Hof Arnhem 6 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2314

Hof Arnhem Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199

Rb. Gelderland 25 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7357

Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152

Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153

1.4.2. Inhoud zorgplicht opdrachtnemer

De jurisprudentie omtrent de inhoud van zorgplicht is wel gebruikt als onderzoeksmateriaal. Aan de hand van deze zaken is gezocht naar een meer specifieke definitie van de inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer op grond van artikel 7:401. Deze zaken zijn geselecteerd op basis van het feit dat de rechterlijke instantie specifiek ingaat op de vraag wat in casu de inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer inhoudt. In deze categorie zijn de zaken uit 1990, 1998, 2000 en 2006 geselecteerd vanwege hun waarde die blijkt uit het feit dat er vaak aan wordt gerefereerd in literatuur en jurisprudentie. De overige zaken zijn geselecteerd vanwege het feit dat de betrokken rechterlijke instantie relatief recent uitspraak heeft gedaan. Als bijlage (Bijlage 2) bij dit onderzoeksrapport is de schematische weergave van de analyse opgenomen. Hieronder de geselecteerde zaken:

HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103

HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2658

HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521

Rb. Zutphen 9 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD4277

Rb. Arnhem 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG4489

Rb. Arnhem 12 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7018

Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347

Rb. Amsterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7578

Rb. Leeuwarden 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5872

Rb. Amsterdam 20 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5436

Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX8636

Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2279

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4713

Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183

Rb. Overijssel 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4190

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2626

HR 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3040

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3398

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:500

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:676

Rb. Limburg 18 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1665

Hof Den Bosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:631

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2876

Rb. Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4111

[1.4.3. Mogelijke schadeplichtigheid opdrachtnemer](#)

Voor het beantwoorden van deelvraag 3 en 4 is gezocht naar zaken waar in casu sprake is van een aansprakelijkstelling op grond van art. 6:74 BW jo. art. 7:401 BW. Het tweede criterium was dat er sprake diende te zijn van een schadevordering en de inhoudelijke behandeling daarvan. Er zijn enkel zaken vanaf 2010 geselecteerd om een actueel beeld te krijgen. Tevens zijn drie oudere zaken meegenomen in het onderzoek vanwege de waarde die blijkt uit het feit dat er vaak aan wordt gerefereerd in literatuur en jurisprudentie. Deze jurisprudentie omtrent de mogelijke schadeplichtigheid van de opdrachtnemer en de vraag welke schade toegewezen wordt door de Nederlandse rechter, is onderzocht en geanalyseerd. Als bijlage bij dit onderzoeksrapport (Bijlage 3 en 4) is de schematische weergave van de analyse opgenomen. Hieronder de geselecteerde zaken:

Rb. Rotterdam 22 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AS9627

Rb. Arnhem 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4902

Rb. Zutphen 4 september 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD4277

Hof den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347

Rb. Amsterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7578

Rb. Leeuwarden 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5872

Rb. Amsterdam 20 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5436

Rb. Noord-Nederland 2 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7245

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4713

Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183

Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6619

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3398

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:500

Rb. Limburg 18 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1665

Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:631

Rb. Gelderland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1699

Hoofdstuk 2: Wat is een overeenkomst van opdracht en wat is een opdrachtnemer?

In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de betekenis van de overeenkomst van opdracht en bij de opdrachtnemer. Er zal eerst worden gekeken naar de verschillen tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst. Hierna zal de betekenis en de positie van een opdrachtnemer in de opdrachtovereenkomst aan bod komen.

2.1. De overeenkomst van opdracht

Bij een overeenkomst van opdracht verbindt de opdrachtnemer zich ten opzichte van de opdrachtgever om werkzaamheden te verrichten²³, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst.²⁴ Er kan in het kader van een overeenkomst van opdracht geen sprake zijn van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Dit is allemaal opgenomen in artikel 7:400 BW. Er kan, in het kader van de opdrachtovereenkomst, zowel sprake zijn van een inspanningsverbintenis als een resultaatsverbintenis.²⁵

Voor een aantal overeenkomsten tot dienstverlening zijn specifieke bepalingen opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze zijn te vinden in de Afdelingen 2 t/m 5 van titel 7.7 van het Burgerlijk Wetboek. Hier worden respectievelijk de lastgeving, de bemiddelingsovereenkomst, de agentuurovereenkomst en de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling behandeld.²⁶

De rest van de overeenkomsten tot dienstverlening is niet gespecificeerd en valt onder Afdeling 1, titel 7.7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze gang van zaken is beoogd door de Nederlandse wetgever, de algemene bepalingen omtrent de overeenkomst van opdracht gelden als een vangnet voor een grote verscheidenheid aan overeenkomsten tot dienstverlening.²⁷ Door de Nederlandse wetgever is met opzet gekozen voor een bijzondere (zwakke) vorm van regelend recht met betrekking tot de overeenkomst van opdracht.²⁸

Wanneer er specifiek naar het werkgebied van dit onderzoek gekeken wordt, is te zien dat eConnect in verschillende situaties, verschillende rollen heeft. In bepaalde contracten is eConnect opdrachtgever, in sommige opdrachtnemer. De inhoud van deze opdrachtovereenkomsten verschilt flink. eConnect gaat een opdrachtovereenkomst aan met een consultant, teneinde

²³ Van Ardenne-Dick e.a. 2013, p. 147

²⁴ Heerma van Voss, van Olffen 2008, p. 81

²⁵ Van der Beek e.a. 2015, p. 4136

²⁶ Trap 2007, p. 26

²⁷ Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3

²⁸ Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3

implementatiewerkzaamheden voor eConnect te verrichten. Ook gaat eConnect opdrachtovereenkomsten aan met bedrijven, om voor die bedrijven het financiële proces te stroomlijnen. In beide gevallen is er dus sprake van een opdrachtovereenkomst, maar de verhouding voor eConnect en de risico's zijn steeds verschillend. Dit is een praktijkvoorbeeld van de grote diversiteit van de opdrachtovereenkomsten. Het woord 'vangnet' is dus wel degelijk op zijn plaats.²⁹

De twee hierboven genoemde opdrachtovereenkomsten zullen worden gebruikt als voorbeeld in de conclusies van dit onderzoeksrapport, om de resultaten zo concreet mogelijk te maken.

Omdat de uiterlijke verschijningsvorm ruwweg overeenkomt, (het via een overeenkomst vastleggen van personeel) is het gebruikelijk bij het vaststellen van de inhoud van de opdrachtovereenkomst (art. 7:400 BW), de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) te betrekken als referentiekader bij deze inhoud.³⁰ In dit hoofdstuk zal dit ook gebeuren. Wel dient gezegd te worden dat de gelijkenis enkel ogenschijnlijk is. De rechtsgevolgen van beide overeenkomsten zijn zeer verschillend, zoals hieronder is beschreven.

Het doel van de opdrachtovereenkomst is het inhuren van tijdelijk personeel voor een specifieke opdracht. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.³¹ Bij een arbeidsovereenkomst verbindt de werknemer zich in dienst van de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Dit is opgenomen in artikel 7:610 BW.

Bij iedere overeenkomst is er sprake van wederzijdse verplichtingen, zoals is vastgelegd in Titel 5 van Boek 6 BW. Per overeenkomst is verschillend hoe bezwarend deze verplichtingen voor de contractpartijen zijn. In het geval van een arbeidsovereenkomst rusten er zware verplichtingen op de werkgever. Denk hierbij aan verplichtingen in het kader van verzekeringen, belastingen en het ontslagrecht.³² Een werkgever mag een werknemer niet zomaar ontslaan. Ook loondoorbetaling bij ziekte van een werknemer is zo'n verplichting.

De overeenkomst van opdracht wordt gebruikt voor het inhuren van tijdelijk personeel. Wanneer een ondernemer gebruik maakt van deze overeenkomst, hoeft hij dus geen werkgeverslasten af te dragen.³³ Dit is één van de redenen voor ondernemers om te kiezen voor de overeenkomst van opdracht, zo blijkt uit een onderzoek uit 2011.³⁴

²⁹ Kamp 2011, p. 2

³⁰ Trap 2007, p. 25

³¹ Van den Krommenacker 2013, p. 16

³² Bevers 2012, p. 21

³³ Nagelkerke, Plessen en Wilthagen 2008, p. 438

³⁴ Bouma, Frouws 2011, p. 30

Hét grote verschil tussen een opdrachtovereenkomst en een arbeidsovereenkomst, is het ontbreken van een gezagsverhouding.³⁵ Dit is namelijk één van de vier wettelijke eisen die worden gesteld aan een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.³⁶ De overige drie zijn: de verplichting tot het verrichten van arbeid, het ontvangen van loon en de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten.³⁷ De Hoge Raad gaf in het arrest Groen/Schoevers verdere uitleg aan de criteria met behulp waarvan vast te stellen is of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁸ Recent deed de rechtbank Amsterdam uitspraak in zaken die zijn aangespannen door zelfstandige pakketbezorgers tegen PostNL die van mening zijn dat in hun geval sprake is van een arbeidsovereenkomst.^{39,40} De rechtbank beoordeelde de ter discussie staande overeenkomsten als arbeidsovereenkomsten, vanwege de aanwezigheid van een gezagsverhouding tussen PostNL en de pakketbezorgers. Zo kunnen de postbezorgers de voordelen van een werknemer genieten, die hierboven zijn genoemd.

2.2. De opdrachtnemer

De inhoud van de opdrachtovereenkomst en het belang van een opdrachtgever bij het gebruik ervan, is hierboven geschetst. Er zal nu aandacht worden besteed aan de opdrachtnemer en zijn positie in de rechtsfiguur van de opdrachtovereenkomst.

Een opdrachtnemer is een natuurlijk persoon, handelend vanuit een beroep of bedrijf. Vaak is een opdrachtnemer een zelfstandige zonder personeel (hierna: ZZP'er).⁴¹ De opdrachtnemer geniet geen ontslagbescherming, die wél van toepassing is op de werknemer. Andere bepalingen die werknemers beschermen, zoals bepalingen omtrent loondoorbetaling bij ziekte en vakantierechten⁴², zijn ook niet van toepassing op de opdrachtnemer. Het komt vaak voor dat er in de opdrachtovereenkomst wel specifieke afspraken zijn gemaakt omtrent ontbinding dan wel opzegging van de overeenkomst.⁴³ De opdrachtnemer is echter wel zélf verantwoordelijk voor het inbrengen van zijn eigen voorwaarden, waar de werknemer van rechtswege bescherming geniet.

Een opdrachtnemer wordt dus in mindere mate beschermd ten opzichte van een werknemer in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Het is voor opdrachtnemers erg belangrijk om in de opdrachtovereenkomst elementaire bepalingen, zoals de opzegtermijnen, vast te leggen.

³⁵ Hof Arnhem Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199

³⁶ Theunissen 2014, p. 14

³⁷ Treep 2015, p. 58

³⁸ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997: ZC2495

³⁹ Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152

⁴⁰ Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153

⁴¹ Bouma, Frouws 2011, p. 41

⁴² Trap 2007, p. 30

⁴³ Bouma, Frouws 2011, p. 50

Voor opdrachtnemers is het belangrijk om voor de Belastingdienst aan te kunnen tonen wat hun arbeidsrelatie is ten opzichte van hun opdrachtgever(s). Als deze arbeidsrelatie niet helder is, kan een opdrachtnemer voor nare verrassingen komen te staan (bijvoorbeeld naheffingen voor de loonbelasting e.d.) wanneer blijkt dat de Belastingdienst deze relatie anders beoordeelt dan de opdrachtnemer en besluit dat er sprake is van loondienst in plaats van een opdrachtovereenkomst.⁴⁴

Ook biedt de Belastingdienst als extra service een controle van de gebruikte overeenkomsten aan. Op het moment dat de Belastingdienst de gebruikte opdrachtovereenkomst goedkeurt, kan deze door een opdrachtgever vaker worden gebruikt voor soortgelijk werk.⁴⁵

Omdat ZZP'ers een belangrijke bijdrage leveren aan de Nederlandse economie, is het voor de overheid belangrijk om ervoor te zorgen dat er een gunstig ondernemersklimaat heerst. Vanuit deze gedachte heeft men de heersende wetgeving die ziet op het gebruik van de overeenkomst van opdracht gewijzigd.⁴⁶ Deze wetgeving was gebaseerd op het aanvragen van een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR).

Op grond van een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) was een ZZP'er voorheen in staat om de arbeidsrelatie met zijn opdrachtgever aan te tonen. Vanaf 1 mei 2016 is deze regeling komen te vervallen en is in plaats van de VAR de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) in werking getreden. Het gebruik van de VAR is hiermee ten einde gekomen. Op basis van branchegerichte modelovereenkomsten wil de Nederlandse overheid de gang van zaken omtrent de opdrachtovereenkomst voor ZZP'ers vergemakkelijken en het handhaven van de wet beter mogelijk maken.⁴⁷

Met de oude VAR-regeling waren ZZP'ers vooral zélf verantwoordelijk voor het aantonen van de arbeidsrelatie⁴⁸, door de nieuwe regeling vanuit de DBA beoogt de Nederlandse wetgever meer zekerheid te creëren voor de ZZP'er en een betere balans te bewerkstelligen tussen de verantwoordelijkheden van opdrachtgever en opdrachtnemer.⁴⁹

⁴⁴ Belastingdienst, 2016

⁴⁵ Ondernemersplein, 2016

⁴⁶ Kamerstukken I 2015/16, 34036, K, p. 3

⁴⁷ Belastingdienst, 2016

⁴⁸ *Stb.* 2016, 45

⁴⁹ Kamerstukken I 2015/16, 34036, C

Hoofdstuk 3: Wat houdt de zorgplicht van de opdrachtnemer in blijkens jurisprudentieonderzoek?

Dit hoofdstuk behandelt de zorgplicht van de opdrachtnemer, zoals bedoeld in artikel 7:401 BW. Eerst zal de zorgplicht benaderd worden vanuit de wet. Hierna zal gekeken worden hoe er in de jurisprudentie invulling is gegeven aan de betekenis van de zorgplicht van de opdrachtnemer. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

3.1. De zorgplicht in de wet

In artikel 7:401 BW is de zorgplicht van de opdrachtnemer neergelegd:

“De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. “

Er mag van een opdrachtnemer worden verwacht dat hij zich gedraagt als een goed opdrachtnemer. In de wet wordt verdere invulling gegeven aan de zorgplicht van de opdrachtnemer in de volgende twee artikelen. In artikel 7:402 BW wordt gesteld dat de opdrachtnemer wordt gebonden aan de aanwijzingen van de opdrachtgever.⁵⁰ Verder is in artikel 7:403 BW een informatieverplichting⁵¹ opgenomen die van toepassing is op deze zorgplicht.⁵² Een verdere invulling wordt in de wet niet gegeven aan de zorgplicht. Uit dit feit komt voort dat er een behoefte is aan verduidelijking vanuit de rechtspraak, wat betekent deze zorgplicht nu inhoudelijk voor eConnect? Welke gedragingen dient eConnect uit te voeren teneinde te voldoen aan de zorgplicht voor de opdrachtnemer?

3.2. De zorgplicht in de jurisprudentie

Op basis van het bovenstaande, is er dus een duidelijke behoefte aan een nadere invulling van de zorgplicht. Op basis van de bovenstaande definitie is het voor eConnect niet mogelijk om te bepalen welke gedragingen zij dienen te verrichten om aan de zorgplicht te voldoen en welke juist niet. Om dit wél te kunnen bepalen, is het noodzakelijk in de jurisprudentie te kijken naar de invulling die door de rechter wordt gegeven aan de zorgplicht in zaken die vergelijkbaar zijn met de opdrachtovereenkomsten die eConnect sluit. Aan de hand van 22 uitspraken is een analyse opgesteld van de inhoud die door Nederlandse rechterlijke instanties in de loop der tijd is gegeven aan de zorgplicht voor de opdrachtnemer. In deze 22 zaken staan opdrachtovereenkomsten centraal die als doel hebben de totstandbrenging van een werk van intellectuele aard. Dit doel vloeit ook voort uit de

⁵⁰ Bertrams 2015, p. 81

⁵¹ Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183.

⁵² Hof den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347.

opdrachtovereenkomsten die eConnect sluit. Er is dus gekeken naar jurisprudentie die het beste aansluit bij de praktijk van eConnect.

De analyse is verricht aan de hand van 7 topics:

- Wat is de uitspraak van de rechterlijke instantie?
- Welke gedraging staat in kwestie centraal?
- Wat zegt de rechter over de deskundigheid van de opdrachtnemer?
- Wat zegt de rechter over de tijdsduur van de opdracht?
- Wat zegt de rechter over de beloning van de opdracht?
- Wanneer er sprake is van IT-dienstverlening, wat zegt de rechter hierover?
- Wordt de opdrachtnemer schadeplichtig geacht?

Deze analyse is schematisch weergegeven in Bijlage 2 bij dit onderzoeksrapport. De topics over deskundigheid, tijdsduur en beloning zijn een bron van informatie. Deze drie topics zijn dan ook leidend in dit hoofdstuk. Er zal dus beschreven worden welke gedragingen eConnect dient uit te voeren in het kader van deze drie aandachtsgebieden.

In de rechtspraak is de zorgplicht uitgewerkt in de volgende algemene definitie: een opdrachtnemer dient ‘te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’.⁵³ Oftewel: een beroepsbeoefenaar moet zijn vak verstaan. Deze definitie komt voort uit het arrest Speeckaert/Gradener uit 1990, waarin de Hoge Raad uitspraak doet in een zaak waar een medisch specialistische behandeling is beoordeeld aan de hand van een mogelijke schending van de zorgplicht.⁵⁴

3.2.1. Deskundigheid

Allereerst zal er gekeken worden naar de bepalingen over de deskundigheid van de opdrachtnemer die de rechter behandelt in de onderzochte jurisprudentie. Uit het onderzoek blijkt dat er een heel aantal gedragingen door de opdrachtnemer in acht moeten worden genomen.

De opdrachtnemer moet allereerst op de hoogte zijn van de voor de uitvoering van de opdracht relevante wet-en regelgeving. De opdrachtnemer is leidend in het onderzoek hiernaar en de opdrachtgever mag hem erop aanspreken als hij het vermoeden heeft dat zijn opdrachtnemer hiervan niet voldoende op de hoogte is.

In het kader van onderzoek verrichten, blijkt de deskundigheid van een opdrachtnemer uit het vermogen om de juiste bronnen te kennen en te vinden om informatie te checken. Als deze bron

⁵³ HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159.

⁵⁴ HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103.

algemeen aangenomen is als betrouwbaar, volstaat dit om te voldoen aan de onderzoeksplicht. Een opdrachtnemer dient veranderingen in de markt, die eventueel gevolgen kunnen hebben voor de situatie van de opdrachtgever, tijdig aan te geven bij de opdrachtgever. Wanneer deze veranderingen reeds aanstaande waren bij het sluiten van de opdrachtovereenkomst, dient de opdrachtnemer deze reeds vóór of óp dat moment mede te delen. Wanneer de opdrachtgever zelf ook redelijke kennis bezit over het onderwerp van de opdracht, ligt er bij hem ook een (lichtere) onderzoeksplicht. Wanneer een opdrachtnemer een gedeelte van de opdracht uitbesteedt, valt een deugdelijk uitgevoerd onderzoek naar de betrouwbaarheid van de ingezette derde partij onder zijn zorgplicht, ook als de opdrachtgever bekend is met de derde partij in kwestie. Wanneer er sprake is van negatieve signalen of een negatieve beoordeling van de uitvoering van de opdracht door een derde, dient de opdrachtnemer deze signalen serieus te nemen en mee te nemen in de overweging of voldaan is aan de eisen die worden gesteld aan de opdracht. Verder is de opdrachtnemer te allen tijde op de hoogte van de benodigdheden die nodig zijn teneinde te voldoen aan de opdrachtovereenkomst. Wanneer zijn opdrachtgever hem voorziet van deze benodigdheden mag opdrachtnemer er vanuit gaan dat deze volledig en juist zijn. De opdrachtnemer hoeft in zo'n geval de door een opdrachtgever verstrekte materialen niet te controleren op juistheid.

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de rechter de relatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer vaak omschrijft als die van een leek ten opzichte van een deskundige, als het gaat over het gebied waarop de opdrachtovereenkomst betrekking heeft. Een opdrachtgever beschikt niet over de middelen of de kennis om de opdracht zelf uit te voeren en besteedt deze dus uit via de opdrachtovereenkomst.

Volgens de rechter dient een opdrachtnemer zich, eventueel na overleg, bewust te zijn van de belangen van de opdrachtgever en hier naar te handelen. Een opdrachtnemer handelt vanuit het belang van zijn opdrachtgever en niet vanuit zijn eigen belang. Zijn deskundigheid blijkt dan ook uit het feit dat hij de specifieke wensen en verzoeken van de opdrachtgever (leek op het gebied van de opdracht) kan omzetten in specifieke handelingen ten behoeve van de uitvoering van de opdracht in kwestie. Wanneer een opdrachtgever aantoonbaar een totale leek is op het gebied van de opdrachtovereenkomst, mag hij volledig vertrouwen op de deskundigheid van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer mag tevens nooit de indruk wekken dat iets tot op de bodem is uitgezocht, wanneer dit niet het geval is. Zijn zorgplicht schrijft dit voor. Wanneer een opdrachtnemer zijn opdracht oplevert, laat hij vaak uitleg en ander toelichtingsmateriaal achter om ervoor te zorgen dat de opdrachtgever in de toekomst met het resultaat overweg kan. Deze documentatie die door de opdrachtnemer wordt bijgeleverd, moet van een zodanige kwaliteit zijn, dat de opdrachtgever en zijn medewerkers er zonder moeilijkheden mee kunnen werken.

De opdrachtnemer heeft als deskundige een kennisoverzicht en vanuit die positie heeft hij dus beter zicht op het kostenplaatje van de opdracht. Bij hem ligt dan ook de verantwoordelijkheid om in de gaten te houden dat de opdrachtgever geen buitenproportioneel grote financiële verplichtingen op zich neemt. De opdrachtnemer dient überhaupt er te allen tijde voor te zorgen dat de opdrachtgever niet te grote risico's neemt in het kader van de opdracht.

De opdrachtnemer is als deskundige ook verantwoordelijk voor de deskundigheid van zijn personeel. Onder deze deskundigheid valt ook het vermogen om het juiste personeel in te zetten voor de opdracht. Een goed opdrachtnemer doet geen ongefundeerde uitspraken in een vroegtijdig stadium van de opdracht die een verkeerde verwachting kunnen wekken bij de opdrachtgever. Een opdrachtnemer moet in staat zijn om gevraagde wijzigingen door te voeren, maar in beginsel ook zelf suggesties te doen wanneer de opdrachtnemer ontevreden is.

De rechter benadrukt in bijna iedere onderzochte zaak het belang van een goede communicatie tussen partijen. Op basis van de onderzochte jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat de informatieplicht van de opdrachtnemer een grote rol speelt in de naleving van zijn zorgplicht. Hij dient regelmatig inzage te geven in zijn handelingen met betrekking tot de opdracht. De opdrachtnemer dient de opdrachtgever dus van tijd tot tijd op de hoogte te houden van zijn werkzaamheden en eventueel in zijn ogen vereist meerwerk. Wanneer er sprake is van meerwerk, dient de opdrachtnemer eerst toestemming te krijgen van de opdrachtgever, voordat hij dit meerwerk daadwerkelijk gaat uitvoeren en dus in rekening gaat brengen. De informatieverplichting wordt in de jurisprudentie nog breder uitgelegd: deze strekt ook ter onderbouwing van de algemene verplichting tot een goede communicatie tussen partijen. In dit kader heeft de opdrachtnemer tevens de plicht om alle voor de opdracht relevante informatie actief te verstrekken aan de opdrachtgever. Als ingeschakelde deskundige is dit zijn verantwoordelijkheid, ook als deze informatie eenvoudig te verkrijgen is.

3.2.2. Tijdsduur

In het verrichte jurisprudentieonderzoek is tevens gekeken naar de overwegingen van de rechter op het gebied van de tijdsduur van de opdracht met betrekking tot de inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer en in hoeverre deze tijdsduur de inhoud van de zorgplicht beïnvloedt dan wel verandert.

Allereerst blijkt uit de jurisprudentie dat de factor 'tijd' van invloed kan zijn op de inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer. De aard van de opdrachtovereenkomst speelt hierbij een grote rol. Vooral bij een inspanningsverplichting is de tijdsduur belangrijk om vast te stellen of een

opdrachtnemer zijn zorgplicht schendt. Bij een resultaatsverplichting is de tijdsduur minder leidend, omdat het daar gaat om een specifiek bepaald einddoel.

Een afgesproken termijn is een harde termijn om op te leveren. Wanneer de afgesproken termijn niet gehaald wordt door de opdrachtnemer, ligt dit risico volledig aan zijn kant, ook als dit betekent dat hij meer capaciteit moet aantrekken in de vorm van meer personeel. Deze kosten blijven voor rekening van de opdrachtnemer.

Zodra een opdrachtnemer inziet dat hij een negatief resultaat gaat behalen, dient hij dit te melden bij de opdrachtgever, dit is onderdeel van zijn zorgplicht. Dit is dus een uitbreiding op de informatieplicht, die de opdrachtnemer verplicht om de opdrachtgever regelmatig op de hoogte te houden van de voortgang. Wanneer een opdracht lang loopt, is het raadzaam om per periode vaste rapportagemomenten vast te leggen, om niet voor verrassingen te komen te staan. Wanneer een opdrachtgever de opdrachtnemer uitdrukkelijk aangeeft de tijd te nemen, verzwaart dit feit de onderzoeks- en informatieplicht van de opdrachtnemer. Wanneer de opdracht langer loopt, dient de opdrachtnemer steeds beter in te kunnen schatten in hoeverre de opdrachtgever kan voldoen aan de uit de opdracht voortvloeiende kosten.

Tijdsdruk bij het vaststellen van de belangen is geen rechtvaardiging voor een slecht onderzoek hiernaar. De opdrachtnemer moet altijd zorgen dat hij een goed beeld heeft van de belangen van zijn opdrachtgever. Tijd, of het gebrek hieraan, kan ook geen argument zijn voor het achterwege blijven van het melden van relevante informatie voor de opdrachtgever.

3.2.3. Beloning

Ook is er in dit onderzoek gekeken naar de overwegingen van de rechter op het gebied van de beloning voor de opdrachtnemer en de manier waarop dit de inhoud van de zorgplicht voor de opdrachtnemer beïnvloedt.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het feit dat een opdrachtnemer een lage beloning ontvangt, hem niet ontslaat van zijn plicht om zorgvuldig te werk te gaan. Daarentegen vraagt een relatief hoge prijs ook om een hoge kwaliteit in de oplevering van de opdracht in kwestie. Wanneer het in de uitvoering van de opdracht gaat om grote bedragen, verzwaart dit feit de onderzoeksplicht van de opdrachtnemer. In het kader van de opdrachtovereenkomst is financiële afbakening essentieel om verwachtingen in te schatten. Dit kan goed geregeld worden in een verkennend gesprek voor het sluiten van de opdrachtovereenkomst.

Een opdrachtnemer dient ervoor te waken dat de kosten onnodig te hoog oplopen. Wanneer een opdrachtgever verkeert in een financieel zwakke situatie, verzwaart dit feit zijn zorgplicht. Hij moet in

zo'n situatie dus voorzichtiger omgaan met de middelen die hem ter beschikking zijn gesteld. Wanneer de beloning voor de opdracht voor de opdrachtgever dus slechts net aan te dragen is of bijna niet te dragen is, verzwaart dit de zorgplicht van de opdrachtnemer. Wanneer de opdrachtnemer een overzicht toont van het te verrichten meerwerk, moet dit overzicht een gedetailleerd totaal van de extra kosten bevatten. Deze kosten staan niet vast, maar hier mag door de opdrachtgever over worden gediscussieerd.

Het kan voorkomen dat een opdrachtgever en een opdrachtnemer een zogenaamde *fixed price* hebben afgesproken. Wanneer dit het geval is, staat deze vast. In het voorkomende geval dat de opdrachtnemer over dit bedrag heen gaat, hoeft opdrachtgever deze extra kosten niet automatisch te dekken. In beginsel ligt het risico van zo'n situatie bij de opdrachtnemer. Een prijsafspraken volstaat ook niet als rechtvaardiging voor hoge kosten. Op de opdrachtnemer rust de verantwoordelijkheid om gedurende de opdracht de opdrachtgever te informeren hierover, zoals hierboven is beschreven.

3.2.4. IT-dienstverlening en de zorgplicht van de opdrachtnemer

Ook is er in dit jurisprudentieonderzoek gekeken naar onderdelen van de rechtsoverwegingen van de rechter die heel specifiek gaan over de IT-dienstverlening. De opdrachtovereenkomsten op dit gebied lijken het meest op de opdrachtovereenkomsten die eConnect sluit. Uit de analyse blijkt dat er een aantal heel specifieke gedragingen naar voren komt als het gaat om het voldoen aan de zorgplicht van de opdrachtnemer in het geval van de IT-dienstverlening.

Hiervoor werd er gesproken over de grote kennisongelijkheid die kan bestaan tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer. In de IT is dit niet anders. Het kan voor een opdrachtgever erg moeilijk zijn om te controleren in hoeverre de opdrachtnemer zich houdt aan de afspraken die in het kader van de opdracht zijn gemaakt. Iedere software-oplossing heeft de mogelijkheid om bij te houden welke ontwikkel-stappen er zijn gemaakt, zogenaamde 'log-bestanden'. Het deugdelijk bijhouden van log-bestanden is een belangrijk ijkpunt om te zien in hoeverre de opdrachtnemer heeft voldaan aan de opdracht en valt dus onder zijn informatieplicht, die valt onder de zorgplicht.

Ook blijkt uit de jurisprudentie dat het belangrijk is om voor een implementatietraject de zwakheden en minpunten van de data-omgeving op papier te stellen en hierover te spreken. De opdrachtnemer heeft de verantwoordelijkheid hiervoor, vanuit zijn onderzoeksplicht. Wanneer deze zwakheden en minpunten bekend zijn, kan hier later geen discussie over ontstaan.

Het is vanzelfsprekend dat de software die opgeleverd moet worden in het kader van de opdrachtovereenkomst, helder omschreven dient te zijn. Uit de onderzochte rechtsoverwegingen blijkt dat de rechter aangeeft dat de functionele beschrijving van het softwareontwerp duidelijk en

concreet moet zijn. Ook moet de broncode van de opgeleverde software van een zodanige kwaliteit zijn, dat deze goed leesbaar en te reproduceren is.

3.3. Tussenconclusie

De zorgplicht van een opdrachtnemer heeft een zwaarwegend karakter, zo blijkt uit de onderzochte jurisprudentie. Er rust dus in het kader van artikel 7:401 BW een zware verantwoordelijkheid op eConnect. In veel situaties in het kader van de opdrachtovereenkomst is de opdrachtgever in grote mate afhankelijk van de opdrachtnemer. Dit komt vooral door het gebrek aan inhoudelijke kennis over de opdracht die de opdrachtnemer uitvoert. Dit gegeven is in veel gevallen juist de reden om een opdrachtnemer in te huren. Om deze afhankelijke positie wat te versterken, hebben de Nederlandse rechters verschillende handvatten gegeven aan opdrachtgevers om hun opdrachtnemers mee in de gaten te houden.

De opdrachtnemer heeft een onderzoeksplicht, die hem verplicht om voldoende kennis op te doen over het gebied waarop de opdrachtovereenkomst betrekking heeft. Deze onderzoeksplicht is er om de opdrachtgever het vertrouwen te geven dat de opdrachtnemer weet waar hij mee bezig is en dat hij geen onverantwoorde keuzes maakt.

Verder is er ten behoeve van de opdrachtgever een informatieplicht voor de opdrachtnemer. Hij moet regelmatig verslag uitbrengen van de werkzaamheden die hij uitvoert en de kosten die hij daarbij maakt.

Als er gekeken wordt naar de factoren 'tijd' en 'geld', valt op dat deze twee nimmer gebruikt kunnen worden in het nadeel van de opdrachtgever. De opdrachtnemer is de risicodragende partij hierin. Het is dus van essentieel belang dat de opdrachtnemer voor het aangaan van de opdrachtovereenkomst inschat of hij de opdracht binnen de tijd en met het genoemde budget kan voltooien. Sterker nog, als er wordt gekeken naar de beloning, is er een interessante conclusie te trekken: in het geval van een hoge beloning, verzwaart dit feit de verantwoordelijkheid die rust op de opdrachtnemer om een kwalitatief goed product af te leveren.

Door de uitgevoerde jurisprudentieanalyse is de inhoud van de zorgplicht van de opdrachtnemer verduidelijkt. De factoren die invloed hebben op de inhoud van deze zorgplicht zijn bekend geworden en er is een aantal gedragingen naar voren gekomen op basis waarvan eConnect kan concluderen hoe het zich dient te gedragen in het kader van een opdrachtovereenkomst.

Er kan nu worden gekeken naar de mogelijkheid tot het verhalen van schade. Het is niet voldoende om enkel op de hoogte te zijn van de inhoud van de zorgplicht van zijn opdrachtnemer. Indien de

opdrachtnemer de zorgplicht schendt, wil de opdrachtgever de ontstane schade verhalen. In het volgende hoofdstuk zal hierop verder worden ingegaan.

Hoofdstuk 4: Schadeplichtigheid van de opdrachtnemer

Met de voorgaande hoofdstukken als referentiekader, wordt er in dit hoofdstuk gekeken naar de schadeplichtigheid van een opdrachtnemer in het geval van een schending van zijn zorgplicht en de schade die door de rechter wordt toegewezen. Verder zal er in het tweede gedeelte van dit hoofdstuk kort worden stilgestaan bij de overwegingen van de rechter om schade niet toe te wijzen.

Er zijn voor deze deelvraag 16 zaken onderzocht en geanalyseerd. Deze 16 zaken zijn onderzocht op 8 kenmerken die van belang zijn voor het beantwoorden van de centrale vraag waar dit onderzoek om draait.

De kenmerken waarop de zaken zijn onderzocht:

- Is er sprake van een tekortkoming in de nakoming van de opdrachtovereenkomst op grond van een schending van de zorgplicht?
- Wat is de uitspraak van de rechter?
- Onder welke gedraging valt de tekortkoming?
- Wordt het criterium uit Speeckaert/Gradener⁵⁵ gehanteerd?
- Is er een schadevergoeding toegewezen?
- Welke schade is gevorderd?
- In welke categorie valt de gevorderde schade?
- Welke schade is toegewezen?
- Welke overweging ligt ten grondslag aan de toegewezen schade?

In Bijlage 3 bij dit onderzoeksrapport is de schematische weergave van de analyse van de onderzochte jurisprudentie te vinden. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een tussenconclusie.

⁵⁵ HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103.

4.1. Opdrachtnemer schadeplichtig

Bij een aansprakelijkstelling op grond van art. 7:401 BW, is de grondslag voor de gevorderde schadevergoeding bijna altijd primair een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Een andere grondslag voor een schadevergoeding is de onrechtmatige daad, vastgelegd in artikel 6:162 BW.⁵⁶ De tekortkoming in de nakoming (wanprestatie) is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek in art. 6:74 lid 1 BW:

“Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.”

De overwegingen van de betrokken rechterlijke instanties lopen flink uiteen als het gaat om de schadeplichtigheid van de opdrachtnemer op grond van een schending van zijn zorgplicht. Bij iedere zaak is de overweging van de rechterlijke instantie terug te voeren op de specifieke omstandigheden van het geval. Hierin komt de functie van de opdrachtovereenkomst als restcategorie dus duidelijk naar voren.

Er kan, op grond van het in dit kader verrichte onderzoek, worden geconcludeerd dat de opdrachtnemer die zijn zorgplicht schendt en hiermee zijn opdrachtovereenkomst niet nakomt, schadeplichtig wordt geacht jegens zijn opdrachtgever door de Nederlandse rechter. Voor deze conclusie is natuurlijk geen onderzoek nodig. Het is belangrijk voor een opdrachtgever om te weten welke geleden schade hij kan verhalen op zijn wanpresterende opdrachtnemer.

Er zal nu worden gekeken naar de schade die de rechter toewijst wanneer een opdrachtnemer zijn zorgplicht heeft geschonden. Eerst zal de definitie van schade worden besproken, en zal de indeling naar schadecategorieën worden toegelicht. Hierna zullen de bevindingen die voortvloeien uit het verrichte onderzoek, worden behandeld.

Wat is schade? Schade is het gevolg van een bepaalde gebeurtenis, zoals is neergelegd in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 98. Het nadeel (de omvang van de schade) wordt vastgesteld als het verschil tussen de waarde in de situatie waarin de bepaalde gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden en de waarde in de huidige situatie.

In bijlage 3 en 4 bij dit onderzoeksrapport zijn de schematische weergaven van de analyse van de hier besproken jurisprudentie opgenomen.

⁵⁶ In dit onderzoek wordt één zaak behandeld waar art. 6:162 BW ten grondslag wordt gelegd aan de vordering van de eiser: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:500.

Er is een aantal soorten schade te onderscheiden. In artikel 6:95 BW is opgenomen dat schade bestaat uit ‘vermogensschade en ander nadeel’. In het daaropvolgende artikel 6:96 lid1 BW, staat dat zowel geleden verlies als gederfde winst valt onder de reikwijdte van het begrip ‘vermogensschade’. In de analyse van de in het kader van dit onderzoek onderzochte jurisprudentie zal nog een extra onderscheid worden gemaakt. Hier is voor gekozen om de uitkomst zo praktisch en werkbaar mogelijk te maken, in het kader van de aanbevelingen die voor eConnect zullen worden gedaan naar aanleiding van het verrichte onderzoek. Het extra onderscheid vertaalt zich in de volgende categorieën: vertragingschade, gevolgschade en vervangingsschade. Er is voor deze drie categorieën gekozen omdat ze veel voorkomen in de onderzochte jurisprudentie.

Onder vertragingschade wordt verstaan: de schade die geleden wordt door de vertraging in de nakoming van de opdrachtovereenkomst. Onder gevolgschade wordt verstaan: de schade die geleden wordt als gevolg van de gebeurtenis waardoor de oorspronkelijke schade is ontstaan en onder vervangingsschade wordt verstaan de schade die veroorzaakt wordt door het moeten vervangen van de zaak waarop de schade betrekking heeft. De definities van de verschillende schadesoorten vinden hun oorsprong in de literatuur, zie bijvoorbeeld de Asser-serie Verbintenissenrecht.⁵⁷

In de analyse is bij de zaken waar de schadevergoeding is toegewezen, gekozen voor een tweeledige weergave van de gevorderde schade: de specifieke schadeposten en de categorie waarin deze posten vallen. Dit is gedaan om eConnect een duidelijk beeld te geven bij de schadeposten die in casu worden gevorderd.

Uit het verrichte onderzoek blijkt dat er in iedere zaak, waar de opdrachtnemer zijn zorgplicht heeft geschonden, een schadevergoeding komt voor de opdrachtgever. Het is nu interessant om te zien welke schade nu daadwerkelijk wordt toegewezen. In 6 van de 10 zaken waarin de rechterlijke instantie de schadevergoeding heeft toegewezen, wijst de rechter het volledige gevorderde bedrag toe aan de opdrachtgever. In 4 zaken wijst de rechterlijke instantie slechts een gedeelte van de schade toe of berekent deze de schade op een ander manier.

Wanneer er een werkbare conclusie getrokken moet worden, is het belangrijk om te kijken naar de inhoudelijke overweging van de rechter. Echter, in geen van de onderzochte zaken geeft de rechter een inhoudelijke toelichting voor de beslissing inzake het toewijzen van schade. Alleen in het geval wanneer de rechter een lagere schade toewijst dan geëist, geeft hij kort aan hoe dit komt. In de onderzochte zaken is de reden ofwel dat de schending van de zorgplicht niet op de gehele looptijd

⁵⁷ Hartkamp, Sieburgh 2016, p. 126

van de betrokken opdrachtovereenkomst betrekking heeft⁵⁸, ofwel dat de rechter het gevorderde schadebedrag anders heeft begroot. Er is geen inhoudelijke toelichting over de keuze voor het toewijzen voor specifieke schadeposten. In de zaken waarin de rechter alle schade toewijst, rept hij niet eens over een inhoudelijke overweging.

4.2. Opdrachtnemer niet schadeplichtig: overwegingen van de rechter

Er zal nu nog kort worden stilgestaan bij de overwegingen van de rechter om de opdrachtnemer als niet schadeplichtig te beschouwen.

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt namelijk dat het veel voorkomt dat de rechter terugvalt op de stelplicht van de opdrachtgever. Hiervoor is geconcludeerd dat de opdrachtnemer een zware verantwoordelijkheid heeft als het gaat om zijn zorgplicht. Na onderzoek van de zaken waarin de rechter uiteindelijk besluit dat de opdrachtnemer zijn zorgplicht niet heeft geschonden, blijkt dat de bewijsvoering van de opdrachtgever wel een grote rol speelt in het beoordelen van de mogelijke schending van zijn zorgplicht. De rechter vraagt van de opdrachtgever om inhoudelijk heel specifiek aan te tonen dat de opdrachtnemer niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht. De opdrachtnemer loopt dus op basis van zijn zorgplicht een groot risico op schade, in het geval dat hij niet voldoet aan de eisen van zijn opdrachtgever. Echter heeft deze opdrachtgever, zo komt uit de onderzochte jurisprudentie naar voren, een zware bewijslast om te bewijzen dat de opdrachtnemer is tekortgeschoten in zijn specifieke gedragingen ten behoeve van de opdracht. De rechter gebruikt het Speeckaert/Gradener- criterium in zo'n geval dus ook om de bewijsvoering van de opdrachtgever tegen het licht te houden. Hij dient te bewijzen dat de opdrachtnemer in kwestie zich niet heeft gedragen zoals het hem betaamde en hij dient aan te tonen dat een andere opdrachtnemer zich anders zou gedragen in dezelfde situatie.

4.3. Tussenconclusie

Het doel van dit hoofdstuk was het onderzoeken en analyseren van de schadeposten die de rechter heeft toegewezen aan de opdrachtgevers in de onderzochte zaken. Er is een indeling gemaakt van verschillende categorieën schadeposten, om de uitkomst van dit onderzoek zo praktisch mogelijk te maken en de resultaten zo goed mogelijk toe te kunnen passen op eConnect. Echter, de conclusie van dit gedeelte van het onderzoek is erg opvallend: de rechter licht de toegewezen schade eigenlijk niet inhoudelijk toe. Er wordt niet echt gesproken over de reden waarom de schade wordt toegewezen. Op basis van dit onderzoek kan er dus gesteld worden dat in het geval dat een opdrachtnemer schadeplichtig wordt geacht, in principe alle schade toegewezen wordt. Enkel in het geval dat de rechter het schadebedrag anders begroot of hij vindt dat de tekortkoming niet ziet op de

⁵⁸ Rb. Amsterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7578.

gehele overeenkomst, wordt niet alle schade toegewezen. Deze conclusie is wellicht enigszins teleurstellend, het zou prettiger zijn geweest als er een lijn te ontdekken zou zijn in de overwegingen van de rechter waarom bepaalde schade wordt toegewezen.

Meer lijn is er wel te ontdekken in de redenen waarom de rechter géén schade toewijst. De rechter valt namelijk veel terug op de stelplicht van de opdrachtgever in casu. Het is voor een opdrachtgever dus erg belangrijk om specifiek per gedraging aan te tonen dat de opdrachtnemer zich niet heeft gedragen zoals hem betaamde en dat een andere, redelijke handelende opdrachtnemer, zich anders zou hebben gedragen.

Hoofdstuk 5: Conclusies

Dit onderzoek is verricht teneinde te onderzoeken wat er aan eConnect kan worden geadviseerd omtrent schade en aansprakelijkheid van een opdrachtnemer die zijn zorgplicht schendt in de zin van artikel 7:401 BW. Het onderzoek is verricht door middel van jurisprudentie- en literatuuronderzoek.

In de hier voorgaande hoofdstukken zijn de resultaten van het verrichte onderzoek behandeld. In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de centrale vraag:

‘Wat kan eConnect worden geadviseerd over schade en aansprakelijkheid van opdrachtnemers bij schending van de zorgplicht (art. 7:401 BW) blijkens jurisprudentieonderzoek?’

Bij het beantwoorden van bovenstaande vraag werden twee elementen behandeld:

- Wat houdt de zorgplicht van de opdrachtnemer concreet in voor eConnect?
- Welke schade wijst de rechter toe in het geval van een schending en waarom?

5.1. Zorgplicht

De opdrachtnemer heeft een zorgplicht op grond van artikel 7:401 BW. Deze zorgplicht is in de rechtspraak verder uitgewerkt. De Hoge Raad formuleerde in 1990 de hierna veelgebruikte formule: een opdrachtnemer dient ‘te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’. Aan de hand van deze omschrijving wordt er in de onderzochte rechtspraak meer invulling gegeven aan de inhoud van de zorgplicht van een opdrachtnemer.

Er is in dit onderzoek gezocht naar concrete gedragingen die eConnect dient uit te voeren teneinde te voldoen aan de zorgplicht van de opdrachtnemer. Er is gekeken naar een specifieke betekenis van de zorgplicht van de opdrachtnemer voor eConnect. Dit heeft geresulteerd in een flink aantal gedragingen waaraan eConnect als opdrachtnemer dient te voldoen. Allereerst heeft eConnect een informatieplicht. Deze plicht houdt in dat eConnect periodiek moet rapporteren over de werkzaamheden in het kader van de opdracht. Niet alleen de werkzaamheden, maar ook de gemaakte kosten dienen inzichtelijk te worden gemaakt. Als de opdrachtgever in kwestie moeite heeft met het betalen van de afgesproken som, dient eConnect des te voorzigtiger te zijn met het maken van kosten. eConnect dient er tevens voor te waken dat de opdrachtgever geen risico's op zich neemt die hij niet kan dragen. eConnect dient onderzoek te verrichten naar de opdracht en de benodigdheden voor deze opdracht. Relevante wet- en regelgeving dient voor eConnect bekend te zijn. Tijd en geld kunnen nooit werken in het nadeel van de opdrachtgever. eConnect dient van te voren goed na te denken of het de opdracht binnen de gestelde tijd en het gestelde budget kan

opleveren. Deze inschatting is dus leidend. Wanneer eConnect er op een later moment achter komt dat het wellicht meerwerk moet uitvoeren, gaat dit in overleg met de opdrachtgever en deze heeft hierin de beslissende stem, ook over de kosten van het meerwerk.

eConnect levert diensten op IT-gebied. De zorgplicht die eConnect heeft als opdrachtnemer laat zich in deze branche vertalen in een aantal zaken. Het deugdelijk bijhouden van log-bestanden is een belangrijk ijkpunt om te zien in hoeverre eConnect heeft voldaan aan de opdracht en valt dus onder zijn informatieplicht, die valt onder de zorgplicht. Ook blijkt uit de jurisprudentie dat het belangrijk is om voor een implementatietraject de zwakheden en minpunten van de data-omgeving op papier te stellen en hierover te spreken. eConnect heeft dus de verantwoordelijkheid hiervoor, vanuit de onderzoeksplicht. Uit de onderzochte rechtsoverwegingen blijkt dat de rechter aangeeft dat de functionele beschrijving van het softwareontwerp duidelijk en concreet moet zijn. Ook moet de broncode van de opgeleverde software van een zodanige kwaliteit zijn, dat deze goed leesbaar en te reproduceren is.

5.2. Opdrachtnemer schadeplichtig

Het tweede onderdeel van de hoofdvraag is om te onderzoeken en analyseren welke schadeposten de rechter in de onderzochte zaken heeft toegewezen aan de opdrachtgevers, en waarom. Omdat het belangrijk is om een passend, praktisch advies te geven aan eConnect, is er een indeling gemaakt van verschillende categorieën schadeposten. De conclusie van de vraag over de schade is erg opvallend en minder werkbaar en praktisch dan gehoopt. De rechter licht de toegewezen schade eigenlijk nooit inhoudelijk toe. De rechter spreekt eigenlijk niet over de reden waarom de schade wordt toegewezen. Op basis van dit onderzoek kan er dus gesteld worden dat in het geval dat eConnect schadeplichtig wordt geacht, in principe alle gevorderde schade toegewezen wordt aan de eisende opdrachtgever. Enkel in het geval dat de rechter het schadebedrag anders begroot of hij vindt dat de tekortkoming niet ziet op de gehele overeenkomst, wordt niet alle schade toegewezen.

5.3. Advies

Op eConnect rust een flink risico als het gaat om de zorgplicht. Het is voor eConnect als opdrachtnemer dus van essentieel belang dat de geconcludeerde gedragingen worden nageleefd. Op deze manier kan eConnect het risico, dat de opdrachtgever in kwestie tot de conclusie komt dat de zorgplicht door eConnect wordt geschonden, tot een minimum beperken. Op die manier ontstaat er geen schadeverplichting richting de opdrachtgever. eConnect is op basis van dit onderzoek tevens verantwoordelijk voor het toewijzen van het juiste personeel aan de opdracht.⁵⁹ eConnect doet er goed aan om één van deze werknemers als hoofdverantwoordelijke aan te merken. Deze persoon is

⁵⁹ Zie par. 3.2.1.

dan degene die de uitvoering van de opdrachtovereenkomst nauwgezet in de gaten houdt. Op deze manier wordt de correcte nakoming van de opdrachtovereenkomst gewaarborgd. Deze werknemer van eConnect moet natuurlijk wel een document hebben waarmee hij of zij kan checken aan welke vereisten moet worden voldaan. Hierom is het raadzaam om een checklist op te stellen aan de hand van de gedragingen die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen, waardoor er scherp gelet kan worden op de uitvoering daarvan.

Uit het onderzoek blijkt ook dat in principe alle schade verhaald kan worden op eConnect, wanneer het bedrijf zijn zorgplicht schendt. Dit brengt dus met zich mee dat eConnect een flink risico op schade loopt. Reden te meer om bovengenoemd document goed en secuur na te leven.

Hoofdstuk 6: Verantwoording

Bij ieder praktijkgericht jurisprudentieonderzoek is het belangrijk om, alvorens het onderzoek daadwerkelijk uit te gaan voeren, duidelijke doelstellingen te formuleren die van belang zijn voor de organisatie ten behoeve van welke het onderzoek wordt uitgevoerd. Op deze manier is het mogelijk om de uitkomsten van het onderzoek zo goed mogelijk te kunnen laten aansluiten bij de organisatie.

De doelstelling die aan het begin van dit onderzoek werd gesteld, was om eConnect te adviseren over de zorgplicht van de opdrachtnemer en de te verhalen schade bij een schending hiervan. Het doel was dus een gedegen advies, aan de hand waarvan eConnect kan werken met de gesloten opdrachtovereenkomsten. De focus ligt in dit onderzoek vooral op de gevallen waarin eConnect opdrachtnemer is en werkt voor een opdrachtgever die gebruik maakt van de dienstverlening van eConnect. In de praktijk is dit namelijk de meest voorkomende situatie voor eConnect. Het advies zou hierbij logischerwijs moeten aansluiten.

Het doel is gedeeltelijk bereikt. De zorgplicht is namelijk uitgebreid toegelicht en eConnect is voorzien van een heel aantal specifieke gedragingen waaraan het bedrijf zich dient te houden. Er is zelfs een aantal branche-specifieke gedragingen uit het onderzoek naar voren gekomen, waar eConnect veel mee kan. Dit is precies waar eConnect naar op zoek was. Op deze manier kan eConnect de zorgplicht van de opdrachtnemer namelijk goed vertalen naar de specifieke situaties waarin ze zich bevindt als het gaat over de gesloten opdrachtovereenkomsten. Het gedeelte van het onderzoek waar gekeken is naar de specifieke inhoud van de zorgplicht en wat deze betekent voor eConnect, heeft dus een mooi resultaat opgeleverd.

Het tweede gedeelte van het onderzoek was om een overzicht van de aan de opdrachtgever toegewezen schade weer te geven, ingedeeld per schadecategorie. Dit doel is gesteld om eConnect een duidelijk beeld te geven van de schade die in het geval van een schending van de zorgplicht van de opdrachtnemer, vergoed dient te worden. Op deze manier worden de risico's goed zichtbaar. Helaas is dit doel niet gehaald, vanwege het feit dat de rechter geen inhoudelijke toelichting geeft op de schade die hij in de onderzochte zaken heeft toegewezen. Wel is naar voren gekomen dat de rechter eigenlijk altijd de volledige som aan gevorderde schade toewijst. Dit is in elk geval een heldere conclusie.

In het volgende hoofdstuk zal er verder worden ingegaan op de praktische implicaties van de uit het verrichte jurisprudentie-onderzoek voortgekomen resultaten voor eConnect. Op welke manier kunnen de resultaten worden geïmplementeerd in het bedrijf en hoe kunnen de resultaten bijdragen

aan een verbetering van het beleid op het gebied van de uitvoering van de opdrachtovereenkomsten die eConnect heeft gesloten met haar opdrachtgevers? Hieraan zal in het volgende hoofdstuk aandacht worden besteed.

Hoofdstuk 7: Aanbevelingen

Nu de resultaten van het verrichte jurisprudentie-onderzoek bekend zijn, kan de praktische kant van het onderzoek worden uitgediept. Dit onderzoek is verricht in opdracht van eConnect en de oplevering van een bruikbaar en uitvoerbaar beroepsproduct is voor het slagen van dit onderzoek essentieel. In dit hoofdstuk zal gekeken worden naar de betekenis van de door het verrichte onderzoek behaalde resultaten voor eConnect.

Het is de bedoeling dat de in het onderzoek opgedane kennis:

- zal worden ingezet in het belang van eConnect;
- zal worden overgedragen op de bij de opdrachtovereenkomsten betrokken werknemers van eConnect.

Op basis van de resultaten die in de hoofdstukken hiervoor zijn behandeld, is het mogelijk gebleken om een praktische stap te maken naar twee aanbevelingen. Als eerste is er een checklist gemaakt die medewerkers van eConnect in staat stelt om ervoor te zorgen dat eConnect zijn zorgplicht als opdrachtnemer niet schendt. In het advies aan eConnect is ook opgenomen dat het raadzaam zou zijn om zo'n checklist op te stellen, om het risico op schadeclaims voor eConnect tot een minimum te beperken. Als tweede aanbeveling wordt er geadviseerd om een onderzoek te doen naar de aansprakelijkheidsverzekering van eConnect.

7.1. Checklist bij opdrachtovereenkomst

Uit het verrichte onderzoek komt naar voren dat het voor eConnect erg belangrijk is om in het kader van opdrachtovereenkomsten bepaalde gedragingen uit te voeren om ervoor te zorgen dat men blijft voldoen aan de zorgplicht die eConnect als opdrachtnemer dient te eerbiedigen.

Er is in de analyse van de jurisprudentie gebruik gemaakt van drie aandachtsgebieden (topics): deskundigheid van de opdrachtnemer, beloning en tijdsduur van de opdracht. Deze focus leverde een flink aantal gedragsregels op die op eConnect van toepassing zijn als het gaat om het in acht nemen van de zorgplicht. Deze gedragsregels zijn te vinden in de hoofdstukken 3 en 5.

Om deze checklist zo praktisch en specifiek mogelijk te maken, is er bij de totstandkoming van dit document een aantal bestaande opdrachtovereenkomsten gebruikt dat eConnect heeft gesloten met opdrachtgevers. Op basis van deze overeenkomsten is eConnect als opdrachtnemer verantwoordelijk voor het mogelijk maken van elektronische facturatie voor een aantal grote bedrijven.

Het doel dat bereikt moet worden met de checklist is dat de bij de opdrachtovereenkomst betrokken medewerkers van eConnect duidelijk weten waar ze aan toe zijn als het gaat om de naleving van de zorgplicht. Het document moet dus de voor eConnect relevante gedragsregels in zich hebben, zodat de medewerkers het kunnen gebruiken als naslagwerk om na te gaan in hoeverre ze voldoen aan de zorgplicht.

De gedragsregels zullen hieronder worden opgenomen. Een voorbeeld van een checklist is bijgevoegd bij dit onderzoeksrapport als Bijlage 5. Belangrijk hierbij is dat het document bij ieder controlemoment geraadpleegd wordt, zodat het een standaard wordt bij de uitvoering van iedere opdrachtovereenkomst.

Op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek dient eConnect:

- op de hoogte te zijn van de voor de uitvoering van de opdracht relevante wet-en regelgeving;
- de juiste bronnen te kennen en weten te vinden om informatie te checken;
- veranderingen in de markt, die eventueel gevolgen kunnen hebben voor de situatie van de opdrachtgever, tijdig aan te geven bij de opdrachtgever;
- een deugdelijk uitgevoerd onderzoek te doen naar de betrouwbaarheid van eventueel ingezette derde partijen, ook als de opdrachtgever bekend is met de derde partij in kwestie;
- te allen tijde op de hoogte te zijn van de benodigdheden die nodig zijn teneinde te voldoen aan de opdrachtovereenkomst;
- vanuit het belang van zijn opdrachtgever te handelen en niet vanuit zijn eigen belang;

- uitleg en ander toelichtingsmateriaal achter te laten om ervoor te zorgen dat de opdrachtgever in de toekomst met het resultaat overweg kan;
- er te allen tijde voor te zorgen dat de opdrachtgever niet te grote risico's neemt in het kader van de opdracht;
- verantwoordelijk te zijn voor de deskundigheid van zijn personeel. Onder deze deskundigheid valt ook het vermogen om het juiste personeel in te zetten voor de opdracht;
- regelmatig inzage te geven in zijn handelingen met betrekking tot de opdracht;
- alle voor de opdracht relevante informatie actief te verstrekken aan de opdrachtgever;
- de afgesproken termijn te respecteren;
- per periode vaste rapportagemomenten vast te leggen, om niet voor verrassingen te komen te staan;
- in het geval van een lage beloning ontvangt, nog steeds zorgvuldig te werk te gaan;
- in het geval van een hoge beloning, een hoge kwaliteit in de oplevering van de opdracht in kwestie te realiseren;
- log-bestanden deugdelijk bij te houden;
- vóór een implementatietraject de zwakheden en minpunten van de data-omgeving op papier te stellen en hierover te spreken;
- de software die opgeleverd moet worden in het kader van de opdrachtovereenkomst, helder te omschrijven;
- de functionele beschrijving van het softwareontwerp duidelijk en concreet op te leveren;
- een leesbare en reproduceerbare broncode op te leveren.

Met bovengenoemde praktische handvatten als basis is het mogelijk om een checklist op te stellen, zodat de medewerkers van eConnect weten waar ze aan toe zijn met betrekking tot hun taken en verantwoordelijkheden als het gaat om de opdrachtovereenkomsten.

De checklist kan voor iedere opdrachtovereenkomst worden ingevuld, met de bovengenoemde gedragsregels als leidraad. Omdat de gesloten opdrachtovereenkomsten van eConnect uiteenlopend van aard kunnen zijn, is het mogelijk dat de ene gedragsregel bij een bepaalde opdrachtovereenkomst belangrijker of essentiëler is dan bij de andere opdrachtovereenkomst. Dit onderzoeksrapport zou eventueel ook nog als extra naslagwerk kunnen worden gebruikt, zodat de betrokken medewerkers nog wat meer achtergrondinformatie hebben.

De checklist dient in elk geval de volgende elementen te bevatten:

- Beide contractpartijen;
- Inhoud van de opdracht;

- Verantwoordelijke werknemer namens eConnect;
- Een specifieke beschrijving van de gedragingen die betrekking hebben op de zorgplicht van eConnect en die voortvloeien uit de overeenkomst;
- Controletermijnen.

7.2. Dekking aansprakelijkheidsverzekering

Natuurlijk moet de insteek bij eConnect zijn dat de gedragsregels worden nageleefd en dat de zorgplicht dus niet geschonden wordt. In het voorkomende geval dat er echter wél sprake is van een schending, moet eConnect daarvoor verzekerd te zijn. Vanwege de risico's die naar voren komen uit dit onderzoek, is het van groot belang dat eConnect een goede aansprakelijkheidsverzekering heeft die een eventuele schadevergoeding dekt. De aanbeveling is dan ook dat er een vervolgonderzoek dient te worden verricht om te kijken of de aansprakelijkheidsverzekering van eConnect de gewenste dekking biedt op basis van de resultaten van dit onderzoek. Uit dit onderzoek blijkt dat de rechter in de meeste gevallen alle gevorderde schade toewijst die verband heeft met de schending van de zorgplicht van de opdrachtnemer. De gewenste dekking houdt in dit geval dus in dekking tegen beroepsfouten van medewerkers van eConnect.

Bronnenlijst

Literatuur

Van Ardenne-Dick e.a., 2013

Van Ardenne-Dick e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013

Bevers, 2012

E. Bevers, 'ZP juridisch gezien', *Advocatenblad 2012*, p.21

Van der Beek e.a., 2015

H.L. van der Beek e.a., *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2015

Bertrams e.a., 2015

R. Bertrams, e.a., *Groene Serie: Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015

Bouma, Frouws, 2011

S. Bouma, B. Frouws, *Gebruik van de overeenkomst van opdracht: eindrapport*, Zoetermeer: 2011

Hartkamp, Sieburgh, 2016

A.S. Hartkamp, C. Sieburgh, *Asser 6 Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2016

Heerma van Voss, van Olffen, 2008

G. Heerma van Voss, M. van Olffen, *Mr. C. Assers handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Bijzondere overeenkomsten: Deel IV: Opdracht*, Deventer: Kluwer 2008

Kamp, 2011

H.G.J. Kamp, Kamerbrief onderzoek gebruik overeenkomst van opdracht, Den Haag, 2011

Nagelkerke, Plessen en Wilthagen, 2008

A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen en A.C.J.M. Wilthagen, 'Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?', *Sociaal maandblad arbeid*, afl. 63, p. 435-443

Van den Krommenacker, 2013

E. van den Krommenacker, 'De dunne grens tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst', *HR Rendement*, afl.12, p. 16-17

Theunissen, 2014

A.J.C. Theunissen, 'De overeenkomst van opdracht en het BBA', *ArbeidsRecht*, afl. 4, p. 14-18

Trap, 2007

J.J. Trap, *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Treep, 2015

M. Treep, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom 2015

Betekenis overeenkomst

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158

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

HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9573

Hof Arnhem 27 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0717

Hof Arnhem 6 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2314

Hof Arnhem Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199

Rb. Gelderland 25 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7357

Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152

Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153

Betekenis zorgplicht

HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103

HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2658

HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521

Rb. Zutphen 9 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD4277

Rb. Arnhem 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG4489

Rb. Arnhem 12 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7018

Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347

Rb. Amsterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7578

Rb. Leeuwarden 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5872

Rb. Amsterdam 20 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5436

Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX8636

Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2279

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4713

Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183

Rb. Overijssel 23 juli 2014, ECLI:NL:ROOVE:2014:4190

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2626

HR 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3040

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3398

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:500

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:676

Rb. Limburg 18 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1665

Hof Den Bosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:631

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2876

Rb. Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4111

Schadeplichtigheid opdrachtnemer

Rb. Rotterdam 22 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AS9627

Rb. Arnhem 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4902

Rb. Zutphen 4 september 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD4277

Hof den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3347

Rb. Amsterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7578

Rb. Leeuwarden 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5872

Rb. Amsterdam 20 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5436

Rb. Noord-Nederland 2 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7245

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4713

Rb. Noord-Nederland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4183

Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6619

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3398

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:500

Rb. Limburg 18 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1665

Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:631

Rb. Gelderland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1699

Kamerstukken

Memorie van Toelichting titels 7.7, 7.9, 7.14, 7.15 BW

Kamerstukken II 1982/83, 17779, nr. 3

Memorie van Antwoord titels 7.7 en 7.15 BW

Kamerstukken II 1991/92, 17779, nr. 8

Kamerstukken II 2010/11, 29502 nr. 61

Eindverslag titels 7.7 en 7.15 BW

Kamerstukken I 1992/93, 17779, nr. 95c

Memorie van Antwoord DBA

Kamerstukken I 2015/16, 34036, C

Verslag Schriftelijk Overleg DBA

Kamerstukken I 2015/16, 34036, K

Officiële bekendmakingen

Staatsblad 2016

Staatsblad 2016, 45

Digitale bronnen

Belastingdienst, 2016

Factsheet ZZP/Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (DBA), 19 februari 2016. Bekeken op 24 mei 2016 www.belastingdienst-in-beeld.nl (Home / Overzicht dossiers / ZZP / Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (DBA))

Ondernemersplein, 2016

Modelovereenkomst heeft Verklaring arbeidsrelatie (VAR) vervangen, 1 mei 2016. Bekeken op 6 juni 2016 www.ondernemersplein.nl (Home / Wetswijzigingen)