

1 APRIL 2022



EEN BOM ONDER DE WERKVLOER?

DE SCHIJNZELFSTANDIGHEID VAN DE ZZP'ER

DAPHNE DERKS

REEF

Beemdstraat 34 te Eindhoven

Stagebegeleidster: M. (Marlou) Savelkoul

Eerste examiner: P.(Pamela) Van Gelderen

Tweede examiner: E.B.M. (Eline) Leunissen

Stageperiode 1, 2 en 3 van leerjaar 4: 4 oktober 2021 – 22 april 2022

Inhoudsopgave

Voorwoord	4
Samenvatting	5
Inleiding.....	6
Aanleiding en context	6
Begrippen en definities	7
Doelstelling	7
Centrale vraag	7
Vooruitblik.....	7
Verantwoording	8
Juridische onderbouwing	10
Deelvraag 1.	10
Subdeelvraag 1.1. De arbeidsovereenkomst	10
Het wettelijk kader.....	10
Het Haviltex - arrest	12
Het Groen-Schroevens arrest	13
Subdeelvraag 1.2. De overeenkomst van opdracht.....	16
Subdeelvraag 1.3. Jurisprudentieonderzoek voor 6 november 2020.....	17
Verplicht tot het verrichten van arbeid	18
Persoonlijke arbeid	19
Loon.....	19
Gezagsverhouding.....	20
Bedoeling van partijen	21
De wijze van naar buiten treden door de zzp'er.....	22
Tussenconclusie	22
Deelvraag 2.	24
Subdeelvraag 2.1 Hoge Raad 6 november 2020	24
Conclusie Advocaat-Generaal	26
Subdeelvraag 2.2 Jurisprudentieonderzoek na 6 november 2020	30
Verplicht tot het verrichten van arbeid	31
Persoonlijke arbeid	31
Loon.....	32
Gezagsverhouding.....	32
Bedoeling van partijen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst	33
De wijze van naar buiten treden door de zzp'er.....	34
Tussenconclusie	34

Conclusie	36
Literatuur- en bronnenlijst.....	38
BIJLAGE I - Jurisprudentieonderzoek elementen voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad 6 november 2020	41
BIJLAGE II - Jurisprudentieonderzoek elementen na de uitspraak van de Hoge Raad 6 november 2020	46

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport 'Een bom onder de werkvloer'. Het onderzoek is uitgevoerd naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad waarin het Groen/Schoevers arrest wordt herzien. De focus wordt gelegd op de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst dan wel de overeenkomst van opdracht voor een zzp'er. Dit onderzoeksrapport is geschreven in opdracht van REEF in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Zuyd. In de periode van september 2021 tot april 2022 is dit onderzoek ontwikkeld.

Aanleiding hiervoor vind zich in een LinkedIn post van RTL Nieuws, hier ging het over een mogelijke bom op de werkvloer. Met het idee dat dit een leuk afstudeeronderwerp zou zijn, heb ik de bijdrage ruim één jaar geleden al opgeslagen. Nu ruim één jaar later, is deze post de aanleiding geweest voor dit onderzoek wat u op het punt staat te lezen. Hopelijk geeft dit onderzoek u inzicht in de herziene kwalificatie van overeenkomsten voor zzp'ers.

Tijdens dit onderzoek heb ik ondersteuning gehad van Mevrouw van Gelderen en Mevrouw Savelkoul. Ik wil mevrouw van Gelderen bedanken voor de ondersteuning en begeleiding gedurende deze stageperiode. Mevrouw Savelkoul wil ik bedanken voor de fijne en leuke samenwerking, begeleiding en mogelijkheden die ik heb gekregen tijdens mijn stage.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Daphne Derks

Budel, 1 april 2022

Samenvatting

Al jaren bestaat er discussie en onduidelijk over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht voor zzp'ers. Zzp'ers worden namelijk in sommige gevallen onterecht onder een overeenkomst van opdracht geplaatst terwijl er in de praktijk sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst met alle bijbehorende rechten en plichten. Ook de overheid heeft meerdere pogingen gedaan verduidelijking over deze schijnzelfstandigheid te scheppen, helaas zonder succes.

Toen op 13 augustus 2020 RTL Nieuws met de mededeling van een mogelijke bom onder de werkvloer kwam, gaf dit mij aanleiding tot het schrijven van dit onderzoek. Deze metaforische bom waarover gesproken werd, betreft een uitspraak van de Hoge Raad over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst dient te geschieden door toetsing van de wettelijke elementen, namelijk (1) arbeid (2) tegen loon (3) gedurende een zekere tijd (4) in dienst. Hiernaast is het Haviltex arrest ook van belang. Dit arrest stelt dat bij de uitleg van een overeenkomst niet slechts gekeken moet worden naar de letterlijk of taalkundige betekenis van de tekst, maar ook naar de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden en op basis van hetgeen zij over en weer van elkaar mochten verwachten aan die tekst mochten toekennen.

Ook was het Groen/Schoevers arrest van belang. Dit arrest stelt dat de bedoeling van partijen meegewogen moet worden in de kwalificatie. In de praktijk geeft dit werkgevers de mogelijkheid om door middel van strategische contractbepalingen een schijnwerkelijkheid te creëren. In het nieuwe arrest van de Hoge Raad op 6 november 2020 wordt dan ook de bedoeling van partijen afgestapt. De Hoge Raad stelt dat indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan de elementen van de arbeidsovereenkomst, deze overeenkomst ook zo moet worden aangemerkt. Hierbij is het niet van belang of de partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Deze kwalificatie moet worden onderscheiden van de, daaraan voorafgaande, vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het Haviltex-arrest.

In de praktijk blijkt dat alle lagere rechters deze nieuwe kwalificatie van de arbeidsovereenkomst ook opvolgen en in sommige gevallen zelfs expliciet benoemen. De invulling van de elementen blijft in grote lijnen hetzelfde als voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad. Zo wordt de verplichting tot 'het verrichten tot arbeid' onder andere gekwalificeerd door de vraag of zzp'ers arbeid mogen weigeren en komt het element 'loon' tot uiting in de wijze waarop deze wordt uitbetaald, gefactureerd en of er bijvoorbeeld loonheffing en sociale premies ingehouden. Het belangrijkste element de 'gezagsverhouding' wordt gekwalificeerd door de mate van vrijheid welke de zzp'er heeft in de uitvoering van de werkzaamheden. Een instructiebevoegdheid staat hier niet aan in de weg, nu deze ook kan bestaan bij een overeenkomst van opdracht.

Naast deze uitspraak van de Hoge Raad schemert ook de, voorafgaand aan de uitspraak gegeven, conclusie van de Advocaat-Generaal door in de uitspraken van de lagere rechters. Zo wordt al in enkele uitspraken de inbedding van de zzp'er meegewogen en de mate van ondernemerschap van de zzp'er.

Mijn inziens is de metaforische bom op de werkvloer niet ontploft, maar heeft het met zich meegebracht dat werkgevers die zzp'ers in dienst hebben een kritische blik moeten werpen op de overeenkomsten welke zij hebben gesloten. Belangrijk hierbij is dat er geen schijnbepalingen zijn opgenomen waardoor er sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht terwijl in de praktijk er sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat er voldaan is aan alle elementen van de arbeidsovereenkomst.

Inleiding

Aanleiding en context

In Nederland stimuleert en faciliteert de overheid het zelfstandig ondernemerschap, door het financieel aantrekkelijk te maken. Volgens de Kamer van Koophandel waren er in 2020 1,1 miljoen voltijd zzp'ers en 300.000 deeltijd zzp'ers werkzaam in Nederland.¹ Al deze zzp'ers kiezen bewust voor de vrijheid en onafhankelijkheid van het ondernemerschap. Tegenover deze voordelen staan echter grote risico's zoals werkeloosheid, arbeidsongeschiktheid, zijn zij slechter af bij scholing en cursussen en hebben zij geen vangnet in het geval van ziekte of bij re-integratie na ziekte.² Voor de werkgever daarentegen zijn er op financieel vlak bijna alleen maar voordelen aan verbonden. Zo hoeft werkgever geen loonbelasting, geen premies werknemersverzekeringen, geen bijdrage Zorgverzekeringswet, geen pensioenpremies en geen vakantiegeld te betalen. Dit maakt het voor werkgevers aantrekkelijker om een zzp'er aan te nemen, in plaats van een werknemer met een arbeidsovereenkomst. Als de risico's van de zzp'er na afloop van een overeenkomst zichtbaar worden, beroepen zij zich met regelmaat op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Zo ook in deze casus. Op 13 augustus 2020 brengt RTL nieuws naar buiten dat er een potentiële bom onder het Nederlandse personeelsbeleid ligt.³ Deze bom zou een hoofdpijndossier zijn voor veel werkgevers en grote consequenties hebben voor op de werkvloer, in het bijzonder voor zzp'ers. Wat houdt deze bom precies in? De bom ontstaat doordat er een vrouw naar de rechter is gestapt, ze was werkzaam op een participatieplaats binnen de gemeente. Door deze participatieplaats mag ze haar uitkering behouden. Bij de rechter geeft zij aan dezelfde werkzaamheden te verrichten als collega's en dus, vind zij, ook recht te hebben op loon omdat er sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter en het gerechtshof wezen dit beiden af. Er zou geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst mede omdat dit niet door partijen werd beoogd.

Inmiddels heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de zaak en blijkt deze bom inderdaad gevolgen te hebben voor de werkvloer en met name voor zzp'ers. De Hoge Raad wijkt namelijk af van het standaardarrest Groen/Schoevers. Zij beoordelen dat 'wat partijen hebben beoogd' niet meer meegewogen dient te worden in de kwalificatie van een overeenkomst. Dit zou voor zzp'ers die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht, kunnen betekenen dat zij in de praktijk een arbeidsovereenkomst hebben. Voor werkgevers kan dit ook grote gevolgen hebben als de rechter oordeelt dat een zzp'er eigenlijk werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Zo kan een werkgever gebonden worden aan bijvoorbeeld loonheffingen en de ziekteverzekering. Al met al heeft de uitspraak van de Hoge Raad veel onzekerheid gebracht op de werkvloer. De vraag is nu, hoe gaan we hiermee om?

Zowel REEF als FORTEC gaan overeenkomsten van opdracht aan met zzp'ers en stellen deze ter beschikking aan hun opdrachtgevers. Nu rijst de vraag of REEF en FORTEC naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad, wijzigingen moeten aanbrengen op de werkvloer om zo te waarborgen dat er in de praktijk geen sprake is van een arbeidsovereenkomst met de zzp'ers.

Doordat de gevolgen van de uitspraak niet direct duidelijk zijn, zal hier een onderzoek naar worden ingesteld om verheldering te brengen aan de projectmanagers binnen de organisaties. Binnen REEF staan de zzp'ers namelijk onder het leiding en toezicht van deze projectmanagers. De projectmanagers nemen de zzp'ers aan voor een bepaalde klus en bieden hen een overeenkomst aan. Om te voorkomen dat er onterecht overeenkomsten van opdracht worden gesloten, zal er

¹ 'Dossier ZZP', cbs.nl.

² In wat voor land willen wij werken? 2020, p. 23 en 31-34.

³ 'Deze bom ligt onder het Nederlandse personeelsbeleid', rtlnieuws.nl 2020.

preventief een interne animatievideo voor projectmanagers worden ontwikkeld waarin de nieuwe kwalificatie van de arbeidsovereenkomst wordt uitgelegd zodat zij dit op een juiste manier kunnen toepassen wanneer zij een overeenkomst sluiten met hun zzp'ers.

Begrippen en definities

In dit onderzoek praten we veel over de zzp'er. Deze afkorting staat voor een zelfstandige zonder personeel, ook wel een ondernemer. Verder wordt ingegaan op verschillende rechterlijke uitspraken over deze zzp'ers met betrekking tot de verschillende overeenkomsten welke zij aangaan. Het proces van deze rechterlijke uitspraken begint bij de kantonrechter, ben je het niet eens met deze uitspraak? Dan ga je in hoger beroep en beland je bij het gerechtshof. Allebei deze rechters beoordelen de zaak inhoudelijk. Vind je deze uitspraak ook niet rechtvaardig? Dan kun je in cassatie gaan bij de Hoge Raad. Zij gaan niet in op de inhoud van de zaak, maar bekijken of de lagere rechters het recht juist hebben toegepast en of de procesregels goed zijn gevolgd. De Hoge Raad doet dit niet alleen, zij hebben een advocaat-generaal (hierna: AG) welke hen voorziet van een advies in de vorm van een conclusie. Deze conclusie is niet bindend, de Hoge Raad mag hier dus vanaf wijken.

Doelstelling

Het juridisch kennisdoel van dit onderzoek is een oordeel vellen over in hoeverre het herziene Groen/Schoevers arrest en de conclusie van de AG gevolgen hebben voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst dan wel de overeenkomst van opdracht voor zzp'ers.

Centrale vraag

In hoeverre heeft de herziening van het Groen/Schoevers arrest een wijziging in de beoordeling van rechters over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht bij een zzp'er tot gevolg gehad?

Vooruitblik

Dit onderzoek begint logischerwijs met zijn aanleiding, wat is het juridische vraagstuk? Aan de hand van dit vraagstuk is er een doelstelling en centrale vraag opgesteld. Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen zullen we eerst verschillende deelvragen doorlopen, te weten:

1. Hoe kwalificeren rechters de arbeidsovereenkomst bij een zzp'er voorafgaand aan de herziening van het Groen/Schoevers arrest?
 - 1.1. Hoe wordt de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd
 - 1.2. Hoe wordt de overeenkomst van opdracht gekwalificeerd?
 - 1.3. Onder welke voorwaarden slaagt een beroep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst door een zzp'er voor 6 november 2020?
2. Hoe kwalificeren rechters de arbeidsovereenkomst bij een zzp'er na de herziening van het Groen/Schoevers arrest?
 - 2.1. Hoe wordt de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst beoordeeld in het herziene arrest van 6 november 2020?
 - 2.2. Onder welke voorwaarden slaagt een beroep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst door een zzp'er na 6 november 2020?

Om een helder beeld te geven zijn uiteraard ook de begrippen en definities uitgelegd en zal er verantwoording worden afgelegd voor het brongebruik bij de deelvragen. Uiteindelijk zal een antwoord op de centrale vraag worden gegeven in de conclusie. Het beroepsproduct, de interne animatievideo, zal als een apart onderdeel van dit onderzoek worden aangeleverd.

Verantwoording

Dit onderzoek betreft een onderzoek van het recht, namelijk een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Het gaat hierbij om een 'mag dat' vraagstelling waarbij wordt gekeken naar het juridische toetsingskader van het onderzoek. Daarnaast betreft het een kwalitatief onderzoek nu wordt ingegaan op de betekenis van de informatie uit de bronnen. Het volledige onderzoek is controleerbaar door de duidelijke bronvermelding.

Onderstaand zal per deelvraag worden verantwoord welke methode en welke bronnen zijn gebruikt.

Deelvraag 1:

Subdeelvraag 1.1:

Voor de beantwoording van subdeelvraag 1.1 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van het recht en de literatuur is geanalyseerd om een adequate tussenconclusie te kunnen geven op de eerste deelvraag. Centraal staat hierbij de artikelen uit het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de arbeidsovereenkomst. De inhoud van deze artikelen zijn geanalyseerd met behulp van de bron Tekst & Commentaar via de website van Kluwer Navigator om een zo volledige en valide uitleg te geven. In aanvulling hierop zijn verschillende handboeken geraadpleegd om zo de volledigheid, nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van de informatie te garanderen. De handboeken welke zijn gebruikt zijn actueel vanwege de recente uitgeefdata en zijn zij betrouwbaar vanwege de erkende juridische uitgevers zoals Wolters Kluwer en Sdu. Ter volledigheid zijn er enkele uitspraken als rechtsbronnen toegevoegd nu hier rechtsregels uit voortvloeien.

Subdeelvraag 1.2:

Voor de beantwoording van subdeelvraag 1.2 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van het recht en de literatuur is geanalyseerd om een adequate tussenconclusie te kunnen geven op de eerste deelvraag. Centraal staat hierbij de artikelen uit het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de overeenkomst van opdracht. De inhoud van deze artikelen is geanalyseerd met behulp van de bron Tekst & Commentaar via de website van Kluwer Navigator om een zo volledig en valide uitleg te geven. Voor een beeld van de actualiteit is de Wet DBA betrokken afkomstig van de site van de rijksoverheid. Deze website is vakkundig, objectief en betrouwbaar nu het afkomstig is van een overheidsorgaan.

Subdeelvraag 1.3:

Voor de beantwoording van subdeelvraag 1.3 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van de jurisprudentie en de literatuur is geanalyseerd om een adequate tussenconclusie te kunnen geven op de eerste deelvraag. Centraal staat hier het standaard arrest welke volledig wordt geanalyseerd. Dit arrest is oorspronkelijk en betrouwbaar. Ook is het arrest valide nu dit ook in samenhang met een juridisch tijdschrift is geanalyseerd.

Subdeelvraag 1.4:

Voor de beantwoording van subdeelvraag 1.4 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van de jurisprudentie is geanalyseerd om tot een adequate tussenconclusie te komen voor de eerste deelvraag. De jurisprudentie is geselecteerd via Rechtspraak.nl, er is gezocht op het rechtsgebied Civiel recht, met een datum tussen 1 januari 2018 en 6 november 2020 en met de zoektermen: 'arbeidsovereenkomst' in combinatie met 'zzp'er'. Hier kwamen 129 zoekresultaten uit. Hierna is gekeken naar de inhoudsindicatie, zodat gezocht kon worden naar zaken waar het ging om de

kwalificatie van de overeenkomst van de zzp'er. Hieruit kwamen 14 resultaten naar voren waarbij het ging om de kwalificatie van een overeenkomst bij een zzp'er.

Vanwege de zoektermen en de selectie van zoekresultaten is de gebruikte jurisprudentie logisch en kan er aan de hand van deze uitspraken een valide lijn in de rechtspraak worden geconstateerd. De uitspraken zijn controleerbaar door de verwijzing naar Bijlage I en betrouwbaar vanwege de uitwerking van de uitspraken in deze bijlage.

Deelvraag 2:

Aan het begin van deze deelvraag is kort de actualiteit besproken. Deze actualiteit is afkomstig uit een zeer actuele en vakkundige bron vanwege de uitgeefdatum 2021 en uitgever Wolters Kluwer.

Subdeelvraag 2.1.

Voor de beantwoording van subdeelvraag 2.2 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van jurisprudentie en literatuur is geanalyseerd om tot een tussenconclusie te komen voor de tweede deelvraag. Centraal staat hier het herziene arrest en bijbehorende conclusie van de AG. Om een volledig en nauwkeurig beeld te krijgen van de situatie zijn onderliggende rapporten, verschillende meningen en tijdschriften geraadpleegd. De rapporten zijn vakkundig, betrouwbaar en afkomstig van de oorspronkelijke wetgevers. De meningen zijn ter illustratie van de heersende discussie en zijn afkomstig van erkende vakkundige autoritaire personen. De tijdschriften dienen ter aanvulling en verduidelijking van het arrest.

Subdeelvraag 2.2:

Voor de beantwoording van subdeelvraag 2.2 is gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. De inhoud van de jurisprudentie is geanalyseerd om tot een tussenconclusie te komen voor de tweede deelvraag. De jurisprudentie is geselecteerd via Rechtspraak.nl en er is gezocht op het rechtsgebied Civiel recht, met een datum tussen 6 november 2020 en 20 december 2021 en met de zoektermen: 'arbeidsovereenkomst' in combinatie met 'zzp'er'. Hier kwamen 66 zoekresultaten uit. Hierbij is gekeken naar de inhoudsindicatie, zodat gezocht kon worden naar zaken waar het ging om de kwalificatie van de overeenkomst van de zzp'er. Hieruit kwamen 10 resultaten waarbij het ging om de kwalificatie van een overeenkomst bij een zzp'er.

Vanwege de zoektermen en de selectie van zoekresultaten is de gebruikte jurisprudentie logisch en kan er aan de hand van deze uitspraken een valide lijn in de rechtspraak worden geconstateerd. De uitspraken zijn controleerbaar door de verwijzing naar Bijlage II en betrouwbaar vanwege de uitwerking van de uitspraken in deze bijlage.

Juridische onderbouwing

Deelvraag 1.

'Hoe kwalificeren rechters de arbeidsovereenkomst bij een zzp'er voorafgaand aan de herziening van het Groen/Schoevers arrest?'

Voor een zzp'er is er de keuze uit drie verschillende overeenkomsten volgens de wet. Namelijk de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en aanneming van werk. Als niet kan worden aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, geldt dat de werkzaamheden, in elk geval als zelfstandige, zijn verricht onder één van de twee overige juridische vormen. Namelijk de overeenkomst van opdracht of de overeenkomst tot aanneming van werk.⁴ Omdat in de praktijk bij een zzp'er meestal sprake is van een arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, zal hier nader op worden ingegaan. Bij de bespreking hiervan is het van belang om de beginselen van het arbeidsrecht voor ogen te houden. Deze beginselen worden omschreven als: verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit, non-discriminatie en participatie.⁵ Het beginsel 'bescherming' is het belangrijkste. Het gehele arbeidsrecht is geschreven met in achtneming van deze beginselen.

Subdeelvraag 1.1. De arbeidsovereenkomst

'Hoe wordt de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd?'

Het wettelijk kader

In 1907, werd de arbeidsovereenkomst voor het eerst gedefinieerd en geregeld in de Wet op de arbeidsovereenkomst. Tegenwoordig is deze definitie te vinden in titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en wordt gedefinieerd als: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'⁶ Uit deze definitie valt op te maken dat de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst bestaat uit vier elementen, namelijk: (1) arbeid (2) tegen loon (3) gedurende een zekere tijd (4) in dienst.⁷ Met deze definitie kan een onderscheid worden gemaakt tussen de arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten waarbij arbeid wordt verricht, zoals de overeenkomst van opdracht. Dit onderscheid is van groot belang.⁸

Uit de definitie blijkt dat de overeenkomst moet zijn gesloten tussen de werkgever en de werknemer. Een werkgever kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon (NV, BV, stichting ect.) zijn. Bij detachering kan de vraag ontstaan wie de werkgever is, omdat de werkgever waarmee het contract is gesloten (vaak) niet dezelfde werkgever is als waarvoor de werknemer werkzaamheden verricht. Voor deze vraag brengt artikel 7:655 BW in de meeste gevallen een antwoord. Hierin is opgenomen dat de werkgever verplicht is om informatie aan te leveren zoals de naam en woonplaats, de plaats waar de arbeid wordt verricht en de functie en dergelijke. Deze informatie wordt opgenomen in de arbeidsovereenkomst, zo kan dan worden afgeleid wie de werkgever is.⁹

We beginnen met het element 'arbeid'. Arbeid kan zowel van geestelijke als lichamelijke aard zijn, en kan vrijwel elke willekeurige bezigheid zijn. Uit rechtspraak blijkt dat dit zeer breed dient te

⁴ Bungener 2021/9.2.1.

⁵ Van der Heijden & Noordam, 2001, p. 74.

⁶ Artikel 7:610 BW.

⁷ Jacobs 2009/4.

⁸ Bakels 2021/3.1.2.

⁹ Verhulp, T&C 2020.

worden opgevat, zo valt zelfs 'slapen' onder arbeid.¹⁰ Ook het enkel beschikbaar zijn van de werknemer kan voldoende zijn om invulling te geven aan het element arbeid. Echter als partijen bij het sluiten van de overeenkomst nooit de bedoeling hebben gehad om arbeid te verrichten, kan er geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.¹¹

Daarnaast dient er sprake te zijn van 'loon'. Loon is datgene wat als bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn.¹² Het betreft dus enkel de tegenprestatie van de werkgever tegenover de door de werknemer verrichte arbeid, fooien of pensioen vallen dus niet onder het loonbegrip.¹³

Ten derde dient er sprake te zijn van 'gedurende een zekere tijd'. De wet geeft geen tijdspan voor dit element. Een arbeidsovereenkomst kan tot stand komen voor enkele uren of bijvoorbeeld één dag. Dit element heeft in de praktijk maar een geringe betekenis, dit leidt tot de heersende opvatting dat het geen zelfstandig element is voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. In de rechtspraak wordt dit element maar in enkele gevallen getoetst.¹⁴

Ten vierde, het misschien wel meest doorslaggevende, element 'in dienst'. Ondergeschiktheid, het bestaan van een gezagsverhouding, het verrichten van arbeid in dienst van de werkgever en het hebben te voldoen aan instructies van de werkgever, dit zijn allen aanduidingen van het vereiste dat de werknemer zich heeft verbonden om onder de zeggenschap van de werkgever arbeid te verrichten.¹⁵ Voor het bestaan van deze gezagsverhouding is het niet vereist dat daadwerkelijk aanwijzingen en instructies over de werkinhoud worden gegeven, voldoende is dat dergelijke aanwijzingen kunnen worden gegeven. Voor bepaalde aspecten van de arbeid kan vrijheid en eigen verantwoordelijkheid bestaan of verwacht worden. Dit doet niet af van het bestaan van een gezagsverhouding.¹⁶ Om het zeggenschap van de werkgever flexibel te houden, laat de arbeidsovereenkomst per definitie ruimte voor precisering van taken en instructies van de werkgever. De verplichtingen van de werknemer kunnen dus door een eenzijdige instructie van de werkgever nader worden geconcretiseerd. De reikwijdte van de instructiebevoegdheid kan verschillend uitpakken. Zo zal een bestuur van een ziekenhuis, weinig kunnen zeggen tegen de werknemer over haar zorgwerkzaamheden. Maar binnen een fabriek zal de gezagsverhouding duidelijk voelbaar zijn.¹⁷

Doordat de definitie van de gezagsverhouding niet volledig duidelijk was, is er een uitgebreide toelichting opgenomen in het Handboek Loonheffingen.¹⁸ Hierin wordt aangegeven dat de volgende elementen kunnen duiden op het bestaan van een gezagsverhouding¹⁹:

- De mate van leiding en toezicht, oftewel de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen en instructies;
- Het uitvoeren van vergelijkbare werkzaamheden als het personeel in loondienst;

¹⁰ Jacobs 2009/4.

¹¹ HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444.

¹² HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219.

¹³ Verhulp, T&C 2020.

¹⁴ Van der Grinten 2020/1.3.

¹⁵ Artikel 7:660 BW.

¹⁶ Verhulp, T&C 2020.

¹⁷ Bakels 2021/3.1.2.

¹⁸ Handboek Loonheffingen 2021, p. 440

¹⁹ Bos 2021.

- De mate van vrijheid ten aanzien van de uitvoering de werkzaamheden wat betreft werktijden, locatie, materialen, hulpmiddelen en gereedschappen. Dit houdt in dat de werkende niet vrij is om bijvoorbeeld de locatie en de werktijden te bepalen;
- De wijze waarop de werkende naar buiten treedt. Hierbij dient te worden gekeken in hoeverre de werkende deel uitmaakt van de organisatie, door bijvoorbeeld de verplichte werkkleding;
- Overige aspecten zoals het debiteurenrisico en de invloed van een eventueel concurrentiebeding.

Tot slot dient de arbeid in beginsel door de werknemer 'persoonlijk' te worden verricht.²⁰ Als iemand zich voor 'alle' werkzaamheden kan laten vervangen, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Een discussiepunt binnen de literatuur is dat de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten niet behoort tot de elementen van de arbeidsovereenkomst, maar als een zelfstandige verplichting van de werknemer. Dit zou betekenen dat pas als er sprake is van een arbeidsovereenkomst, de werknemer de arbeid persoonlijk moet verrichten.²¹ Als een werknemer zich kan laten vervangen door iemand uit een bij de werkgever bekende 'pool', dan verzet dit zich niet tegen het bestaan van een arbeidsovereenkomst.²²

Naast onduidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie, kan er ook onduidelijkheid zijn over de omvang van de arbeidsduur. Deze omvang wordt, wanneer een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, vermoed gelijk te zijn aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.²³ Een arbeidsovereenkomst wordt verondersteld wanneer iemand voor een ander tegen een beloning door die ander, gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht.²⁴ Dit artikel probeert een onduidelijke en variabele invulling van arbeidsrelaties te voorkomen, omdat dit anders ten koste gaat van de werknemer.

Het Haviltex - arrest

Uit de rechtspraak blijkt dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst moet worden bepaald welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Hierbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang, zo blijkt uit het Haviltex arrest.²⁵ De Hoge Raad heeft in dit arrest het volgende criterium verwoord:

*"2. De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht."*²⁶

²⁰ Artikel 7:659 BW.

²¹ Vegter, T&C 2020.

²² Rb Groningen 19 januari 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AG2834.

²³ Artikel 7:610b BW en Verhulp, T&C 2020.

²⁴ Artikel 7:610a BW.

²⁵ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

²⁶ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

Het Haviltex-criterium komt erop neer dat bij de uitleg van een overeenkomst niet slechts gekeken moet worden naar de letterlijke of taalkundige betekenis van de tekst, maar ook naar de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden en op basis van hetgeen zij over en weer van elkaar mochten verwachten, aan die tekst mochten toekennen.

Het Groen-Schroevens arrest

In 1997 is het Groen/Schroevens arrest uitgesproken en het functioneert sindsdien als een 'standaardarrest' voor de beoordeling van overeenkomsten. Het arrest wordt dan ook opgevolgd door de lagere rechters.

Het arrest van de Hoge Raad uit 1997²⁷ laat zien hoelang de discussie van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht, terug gaat in de tijd. Het ging hier om de volgende casus: Dhr. Groen is een zelfstandige belastingadviseur, hij drijft zijn onderneming in de vorm van een commanditaire vennootschap (hierna: C.V.). In 1991 is hij met Schroevens in zee gegaan onder het mom van een mondelinge overeenkomst om onderwijswerkzaamheden voor en bij Schroevens te gaan verrichten. Schroevens had een opleidingsinstituut. Maandelijks verzond Groen facturen (inclusief Btw) aan Schroevens. Schroevens betaalde enkel de factuur, dus geen loonbelasting, premies voor sociale verzekeringen of AOW, vakantiegeld of een eindejaarsuitkering. Groen betaalde dan ook geen bijdrage in de ziektekostenverzekering en pensioenregeling. Allebei de partijen waren volledig op de hoogte van bovenstaande voorwaarden.

Eind november 1993 heeft Schroevens de overeenkomst opgezegd. Naar aanleiding hiervan stelt Groen een vordering in, zijnde dat de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst en betwist hiermee de rechtsgeldigheid van de opzegging.

De zaak is eerst voor de kantonrechter gebracht, deze heeft geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Ten grondslag hieraan ligt de toetsing van de elementen van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat de verschuldigde tegenprestatie niet gezien kon worden als loon. Wat partijen onderling hadden geregeld week dermate af van hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is volgens de rechter. Ook heeft de kantonrechter ontkennend geoordeeld over de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding. Enkel het feit dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig diende te zijn en richtlijnen van het instituut diende te respecteren is onvoldoende voor een gezagsverhouding. Hierbij is mede overwogen dat bij een overeenkomst van opdracht, de opdrachtgever ook bevoegd is om de opdrachtnemer aanwijzingen te geven. Dit tezamen vormde voor de kantonrechter de aanleiding voor het oordeel dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.²⁸

Groen liet het hier echter niet bij zitten en heeft tegen de uitspraak hoger beroep ingediend. Volgens Groen was er sprake van een arbeidsovereenkomst omdat er wel sprake was van een gezagsverhouding en zijn C.V. als tegenprestatie loon ontving. Het zou geen verschil moeten maken of het loon naar de C.V. ging of Groen zelf, aangezien Groen de vennoot was. De kantonrechter had volgens hem in geval van onduidelijk, de uitleg ten gunste van de arbeidsovereenkomst moeten lezen.

Schroevens verweert zich hiertegen door te stellen dat de C.V. van Groen de contractpartij is geweest en niet Groen zelf. Er zou volgens Schroevens sprake zijn van een overeenkomst van opdracht. Schroevens maakte enkel gebruik van haar instructiebevoegdheid en betaalde geen loon aan Groen, maar aan de C.V. Daarnaast heeft Groen nooit aanspraak gemaakt op alle

²⁷ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

²⁸ Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

bijkomstigheden van een arbeidsovereenkomst zoals de vakantiebijslag of de eindejaarsuitkering. Dit alles duidt volgens Schroevers op het feit dat allebei de partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd.

Centraal in deze zaak staat natuurlijk de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Het gerechtshof heeft het volgende overwogen. Vast staat dat er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen partijen is. Of er toch sprake was van een arbeidsovereenkomst, zal moeten worden getoetst aan de wet door middel van de feiten en omstandigheden. Het gerechtshof geeft daarbij doorslaggevende betekenis aan de vraag of partijen de totstandkoming hebben beoogd. Als eerste beoordeelt het gerechtshof dat er geen sprake is van loon, nu er geen loonheffingen werden toegepast en de arbeidsvoorwaarden zoals een eindejaarsuitkering ook niet voor Groen gelden. Het gerechtshof is van mening dat uit het handelen van de partijen blijkt dat zij een dergelijke beloning op grond van een arbeidsovereenkomst ook niet hebben beoogd. Ondanks dat Groen stelde dat hij wel de bedoeling heeft gehad om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, brengt Schroevers daar (terecht) tegen in dat hij op grond van de omstandigheden van het geval, op de gedragingen van Groen mocht afgaan. Zo had Groen voorgesteld om deze wijze van betaling door te voeren.²⁹

Naar oordeel van het gerechtshof kan het bestaan van de arbeidsovereenkomst ook niet worden afgeleid uit een gezagsverhouding. Het enkele feit dat Groen op vaste tijden aanwezig moest zijn en de richtlijnen van Schroevers diende te respecteren, schept volgens het gerechtshof onvoldoende basis voor een gezagsverhouding. Zo heeft Groen de mogelijkheid gehad om in het begin de gewenste lesdagen op te geven, kon hij zijn lessen verschuiven en was vervanging niet uitgesloten. Tot slot zou Groen, naast de twee dagen voor Schroevers, op de overige dagen voor derden diensten verrichten.

Naar aanleiding van bovenstaande is het gerechtshof van oordeel dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen tussen de partijen. Ook hier was Groen het niet mee eens en heeft hij een cassatiemiddel ingesteld waardoor de partijen bij de Hoge Raad belandden.

De Hoge Raad begint bij het feit dat de kantonrechter bij haar beoordeling een doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de vraag of partijen de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst hebben beoogd. De kantonrechter heeft volgens de Hoge Raad hierbij een te beperkte, eenzijdige invalshoek ingenomen. De Hoge Raad stelt dat de bedoeling van partijen in dit opzicht minder relevant is en slechts bij één onderdeel in aanmerking genomen dient te worden. Het is niet de bedoeling dat als partijen beoogd hebben een bepaald contract aan te gaan, terwijl de kenmerken van dit contract iets anders meebrengen, de bedoeling van partijen doorslaggevend is waardoor het contract zo wordt gekwalificeerd zoals de partijen hebben beoogd.

Ook stelt de Hoge Raad dat de kantonrechter bij de beoordeling onvoldoende feiten en omstandigheden meegenomen heeft in de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bijvoorbeeld het feit dat Groen arbeid heeft verricht voor Schroevers, de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de overeenkomst, de mate van instructies en de bijzonderheden³⁰.

De Hoge Raad begint hierna met de toetsing van de elementen van de arbeidsovereenkomst. Naar haar mening is de kantonrechter ten onrechte tot het oordeel gekomen dat er geen sprake was van loon. Uit de stellingname van Schroevers zou te begrijpen zijn dat ook hij de betalingen als een

²⁹ Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

³⁰ Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

tegenprestatie voor de werkzaamheden heeft beschouwd. Dat het loon niet direct aan Groen werd betaald zou hieraan niet in de weg moeten staan. Een werknemer kan immers verzoeken het hem toekomende loon, aan een ander uit te laten betalen. Dat de rechtbank bij de beoordeling mee heeft gewogen dat de betalingen op initiatief van Groen zo tot stand waren gekomen, is volgens de Hoge Raad niet van belang voor het antwoord op de vraag of er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Vervolgens komt de Hoge Raad aan bij de beoordeling van de gezagsverhouding. Hierbij is zij van oordeel dat de kantonrechter niet geïsoleerd had mogen oordelen dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst bij het enkel ontbreken van een gezagsverhouding. Uiteindelijk zouden alle omstandigheden mee moeten worden gewogen in dit oordeel. Groen heeft gesteld dat hij verplicht was om op ingeroosterde dagen en tijdstippen aanwezig te zijn, hij had niet de mogelijkheid om te komen en te gaan. Ook waren er vaste vakantieperioden, werden examenroosters door Schroevers opgelegd, gaf Schroevers aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van de werkzaamheden zoals het gebruik van leermiddelen en een lesprogramma. Tot slot moest Groen zijn onderwijs afstemmen op de doelstellingen van Schroevers en viel Groen onder een leidinggevende welke controleerde op kwaliteit en de voortgang van de lessen. Volgens de Hoge Raad is met in achtneming van deze elementen, in beginsel, een gezagsverhouding gegeven.³¹

De kantonrechter heeft ten onrechte de elementen zoals het opgeven van lesdagen, in geval van vakantie, het verschuiven van lessen en de mogelijkheid tot vervangen, opgevat als het feit dat er geen gezagsverhouding bestaat. Zo zou de mogelijkheid tot vervanging met toestemming van Schroevers, een gezagsverhouding juist eerder wel dan niet impliceren. Ook voor een overeenkomst van opdracht mag de "arbeider" zich met toestemming laten vervangen. De kantonrechter heeft rechtsregels op een onjuiste wijze geïnterpreteerd. Daarnaast heeft de kantonrechter het enkele feit van het verschuiven van lessen in geval van vakantie, verkeerd geïnterpreteerd van een eerdere beschikking. Tot slot had de kantonrechter aan het feit dat Groen ook voor anderen werkt, geen betekenis mogen geven. Het gaat hier enkel om wat Groen op deze twee dagen doet. De Hoge Raad is van mening dat de kantonrechter met in achtneming van bovenstaande ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat er geen sprake is van een gezagsverhouding, en daarmee een arbeidsovereenkomst.

Tot slot gaat de Hoge Raad in op de verdere omstandigheden van het geval welke de rechtbanken bij haar oordeel had moeten betrekken. Deze omstandigheden zijn:

- Het feit dat Groen persoonlijk vermeld is op de lijst met vaste medewerkers;
- Groen persoonlijk vermeld stond op de afvloeiingslijst voor voltijd docenten;
- Dat de opzegging naar Groen persoonlijk is gericht en niet de C.V.;
- Dat Groen voor een lange tijd bij Schroevers heeft gewerkt;
- Dat de C.V. had geen uitleenvergunning voor het uitlenen van het personeel had.

Deze omstandigheden hadden bij de beoordeling van de rechtbanken bij kunnen dragen aan de vraag of de partijen een arbeidsovereenkomst hadden beoogd. De rechtbanken hadden volgens de Hoge Raad niet aan deze punten voorbij mogen gaan bij het vormen van een oordeel.³²

Uiteindelijk komt de Hoge Raad tot de volgende beoordeling. *'De rechtbank heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die zich strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat*

³¹ Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

³² Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

*tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.*³³

Alles overwegende komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de rechtbanken juist hebben geoordeeld, ondanks enkele klachten zoals het in acht nemen van de overige omstandigheden. Deze omstandigheden zouden enkel tot de conclusie kunnen komen dat alleen Schroevers de rechtsverhouding als een arbeidsovereenkomst beschouwde. De rechtbank heeft een juiste conclusie getrokken dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, waardoor deze omstandigheden haar niet tot een ander oordeel hadden gebracht. De Hoge Raad verwierpt hiermee het cassatieberoep en bekrachtigt het arrest.

Uiteindelijk kan de volgende rechtsregel worden afgeleid uit het arrest: bij de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of partijen totstandkoming van de arbeidsovereenkomst hebben beoogd, als ook de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Hierbij is niet één kenmerk beslissend, alle kenmerken moeten in een onderling verband worden gezien.

Subdeelvraag 1.2. De overeenkomst van opdracht

‘Hoe wordt de overeenkomst van opdracht gekwalificeerd?’

Tegenover de arbeidsovereenkomst staat de overeenkomst van opdracht. De overeenkomst van opdracht is een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die uit iets anders bestaan dan 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.³⁴ Ook uit deze definitie kunnen we verschillende elementen opmaken, deze zijn echter niet zo specifiek als bij de arbeidsovereenkomst.³⁵

Het eerste element is het verrichten van diensten. Kenmerkend is dat de ene partij bepaalde verrichtingen aan de andere partij opdraagt. Denk hierbij aan een overeenkomst met een advocaat, notaris, deurwaarder, accountant, incassobureau, architect, makelaar, dierenarts ect.

Het tweede element is dat de overeenkomst van opdracht anders is dan de arbeidsovereenkomst. De rechten en verplichtingen mogen dus niet voldoen aan de wettelijke elementen van de arbeidsovereenkomst. Wel kan er voor de overeenkomst van opdracht ook voldaan worden aan enkele elementen van de arbeidsovereenkomst. Zo kan er sprake zijn van zelfstandige arbeid, loon of dient de opdrachtnemer gevolg te geven aan een tijdig verleende en verantwoorde aanwijzing omtrent de uitvoering van de opdracht.³⁶

Ook bevat de definitie een negatief element, namelijk dat er geen sprake mag zijn van aanneming van werk³⁷, de bewaarneming³⁸, de uitgifteovereenkomst of de vervoersovereenkomst³⁹.

³³ Fokkens & Vlas, RdvW 1997/231.

³⁴ Artikel 7:400 lid 1 BW.

³⁵ Castermans & Krans, T&C 2020.

³⁶ Artikel 7:402 BW.

³⁷ Artikel 7:750 BW.

³⁸ Artikel 7:600 BW.

³⁹ Boek 8 Burgerlijk Wetboek.

Uit de definitie blijkt niet dat er direct sprake moet zijn van een tegenprestatie. De overeenkomst van opdracht kan dus om niet worden aangegaan. Echter staat in artikel 7:405 BW dat indien de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, de opdrachtgever hem loon is verschuldigd.

Het verschil in de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht ligt dus vooral in deze elementen, maar hier is een groot grijsgebied. Doordat de schijn van een arbeidsovereenkomst al een langere tijd een rol speelt, willen opdrachtgevers en opdrachtnemers (zzp'ers) graag zekerheid over de arbeidsrelatie die ze met elkaar aangaan. Op 1 mei 2016 is daarom de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) vervangen voor de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelatie (Wet DBA). Het uitgangspunt hierbij is dat opdrachtgevers en zzp'ers samen verantwoordelijk zijn voor de arbeidsrelatie die zij met elkaar aangaan. Zij dienen hier duidelijkheid in te scheppen.⁴⁰

Om de praktijk een handje te helpen heeft de Belastingdienst, onder het mom van de Wet DBA, modelovereenkomsten gepubliceerd die door opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen worden gebruikt bij de uitoefening van de werkzaamheden. Als een modelovereenkomst wordt gebruikt dan geeft dit aan de opdrachtgever en opdrachtnemer het vertrouwen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De zekerheid die de modelovereenkomst zou moeten bieden is echter voorwaardelijk. Als achteraf blijkt dat de werkzaamheden niet worden overeengekomen als genoemd in de modelovereenkomst, kan het toch zijn dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Deze voorwaardelijke zekerheid wordt geboden door bepaalde voorwaarden, ofwel zinnen welke opgenomen dienen te worden in de modelovereenkomsten. Deze voorwaarden zijn:

- De benoeming van het nummer van de modelovereenkomst van de Belastingdienst;
- Dat de modelovereenkomst dient geldig te zijn. Alle modelovereenkomsten hebben namelijk een geldigheidsduur gekregen van vijf jaar;
- Dat de Belastingdienst niet aansprakelijk is voor de gevolgen (schade) van het gebruik van het model. Om dit te waarborgen mogen geen aanpassingen worden gedaan in de standaard tekst van de modelovereenkomst;

Als niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kan vooraf geen voorwaardelijke zekerheid worden geven⁴¹.

Ondanks dat de Wet DBA niet de duidelijkheid heeft gebracht welke hij moest brengen, is er in de loop van het jaar 2020 aangekondigd dat er geen vervangende wetgeving komt voor de Wet DBA.⁴² Nu de Wet DBA dus nog niet formeel is vervangen, blijft deze relevant.

Subdeelvraag 1.3. Jurisprudentieonderzoek voor 6 november 2020

“Onder welke voorwaarden slaagt een beroep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst door een zzp'er voor 6 november 2020?”

Zoals in de vorige deelvragen is uitgelegd, is de afbakening tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst is nog altijd niet duidelijk. In gevallen waarbij onzekerheid bestaat over de kwalificatie van de overeenkomst, zoekt de Hoge Raad zijn toevlucht tot aanvullende gezichtspunten, die een aanwijzing kunnen vormen om wel, of juist niet, het bestaan van een

⁴⁰ 'Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelatie)' www.rijksoverheid.nl.

⁴¹ Bos 2021.

⁴² *Vooruitgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' 2020*, 31311, nr. 236.

arbeidsovereenkomst aan te nemen.⁴³ Door middel van deze deelvraag wordt bekeken onder welke omstandigheden de Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor 6 november 2020.

Er worden veertien (14) uitspraken geanalyseerd aan de hand van elementen. Deze elementen komen voort uit de omstandigheden waar de rechters in het geval van een kwalificatie van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht bij een zzp'er, zoal rekening mee houden. De uitspraken en de bijbehorende analyse kunt u vinden in bijlage I.

Verplicht tot het verrichten van arbeid

Dit element betreft de verplichting tot het verrichten van arbeid zoals opgenomen in de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst. Dit element is van belang doordat hiermee een splitsing kan worden aangegeven. Een werknemer in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst mag namelijk geen arbeid weigeren. Een zzp'er daarentegen mag dit wel en heeft meer vrijheid in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

In uitspraak 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9 en 14 oordeelt de rechter dat er sprake is van het verplicht verrichten van arbeid. De rechter weegt hierbij af of de werkzaamheden overeenkomen met de werkzaamheden van de werknemers in loondienst. Dit was het geval in uitspraak 8, 9 en 14, in deze uitspraken was er sprake van een onderneming met werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst en een zzp'er. Deze zzp'er verrichtte dezelfde werkzaamheden als de werknemers in loondienst en verrichtten de werkzaamheden zoals gebruikelijk is in deze onderneming.

Naast bovenstaande weegt de rechter de mogelijkheid tot het weigeren van de arbeid mee. Dit komt met name naar voren in uitspraak 7, hier oordeelt de rechter dat ondanks dat de verplichting tot het verrichten van arbeid pas ontstaat op het moment dat de bestelling door de bezorger wordt geaccepteerd en door Deliveroo wordt toegewezen, het weigeren van een bezorging tot het gevolg kan hebben dat de bezorgder zijn voorrang verliest. Door deze wijze van voorrang van het systeem van Deliveroo, acht de kantonrechter de vrijheid om een opdracht te weigeren minder groot waardoor er sprake is van een verplichting tot het verrichten van arbeid.

Uiteindelijk is in de uitspraken 1, 2, 3, 7, 8 en 9 geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en in uitspraak 5 en 14 dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 4, 6 en 13 is er juist geen sprake tot het verplicht verrichten van de arbeid nu in sommige gevallen de zzp'er de mogelijkheid had om de arbeid te weigeren en hiermee bekend was. Zo overweegt de rechter in uitspraak 4 dat *“Uit de overgelegde WhatsApp-gesprekken tussen [verzoekster] en [verweerster] blijkt ook dat er sprake was van een grote mate van vrijblijvendheid ten aanzien van de momenten waarop [verzoekster] werkzaamheden verrichtte. Zij kon zelf bepalen wanneer zij wel of niet werkte. In de betrekkelijk korte duur (vijf weken) van de rechtsverhouding tussen partijen heeft [verzoekster] bijvoorbeeld diverse malen haar beschikbaarheid aangepast.”* De rechter oordeelt hier dat zij niet verplicht was tot het verrichten van arbeid omdat ze zelf kon bepalen wanneer zij wel of niet werkte en haar beschikbaarheid kon aanpassen. In deze drie uitspraken is geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 10, 11 en 12 is de verplichting tot het verrichten van arbeid niet besproken. Rechters bespreken dit element dus niet altijd expliciet of de verplichting tot het verrichten van arbeid wordt in enkele gevallen aangenomen doordat het niet betwist wordt. De verplichting tot het

⁴³ Bakels 2021/3.1.2.

verrichten tot arbeid is dus geen doorslaggevend element voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Persoonlijke arbeid

Zoals in deelvraag 1 besproken dienen de werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst persoonlijk verricht te worden. Dit is geen element voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar een verplichting in het geval dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. In de rechtspraak wordt dit vaak beoordeeld door de mogelijkheid tot het zonder toestemming van de opdrachtgever, zichzelf te laten vervangen door een derden, te toetsen.

In de uitspraken 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 blijkt dat de zzp'er de arbeid persoonlijk moet verrichten en er dus geen mogelijkheid is voor de zzp'er om zichzelf te laten vervangen zonder voorafgaand toestemming te vragen. Zo overweegt de rechter in uitspraak 7 onder r.o. 38 dat: *"[...] In het contract is opgenomen (artikel 4) dat vervanging mogelijk is zonder voorafgaande toestemming van Deliveroo, met dien verstande dat de vervanger aan Deliveroo voor aanvang van de werkzaamheden een geldig legitimatiebewijs en een bewijs van het recht om in Nederland te werken toont. Indien echter uitgegaan wordt van het contract, zoals dat door Deliveroo is opgesteld, is deze mogelijkheid tot vervanging vrijwel inhoudsloos. Immers indien pas op het moment van acceptatie en toewijzing van de concrete bestelling een concrete opdracht ontstaat, zal gezien het korte tijdbestek waarbinnen de maaltijd moet worden afgeleverd geen behoefte en ruimte bestaan om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Indien het gaat om een nieuwe vervanger is dit bovendien feitelijk onmogelijk."* De rechter heeft hierbij overwogen of het relatief gezien mogelijk is voor de zzp'er om zich te laten vervangen door een derden, dit is in deze uitspraak niet het geval.

Uit uitspraak 5 blijkt dat de beoordeling of de arbeid persoonlijk verricht dient te worden, niet doorslaggevend is nu het ook kan worden aangenomen. *"Evenmin leidt de omstandigheid dat gedurende de werkrelatie niet de vraag aan de orde is geweest of [verzoeker] zich mocht laten vervangen voor zijn werkzaamheden tot de conclusie dat [verzoeker] de werkzaamheden persoonlijk moest verrichten zodat op die grond sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW."*

In de uitspraken 1, 2, 3, 7, 8, 9 en 11 is uiteindelijk geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Enkel in uitspraak 4 en 12 was de zzp'er gerechtigd tot vervanging door derden in het geval van verhindering. Dit heeft ook mede geleid tot het oordeel dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 6, 13 en 14 is de persoonlijke arbeid niet besproken. We kunnen hieruit concluderen dat het persoonlijk verrichten van arbeid, ondanks dat het geen element is van de arbeidsovereenkomst, door rechters wordt getoetst en meegewogen in het uiteindelijke oordeel.

Loon

Loon in de zin van de arbeidsovereenkomst dient te worden gezien als een tegenprestatie, vaak wordt hierover loonheffing en premies geheven. Loon in de zin van de overeenkomst van opdracht wordt daarentegen meer gezien als een factuur vanuit de zzp'er waarover Btw wordt geheven. De rechtspraak geeft verdere invulling van deze begrippen.

In uitspraken 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 en 13 was sprake van loon in de zin van de arbeidsovereenkomst. Bij de beoordeling is gekeken naar de hoe het loon wordt uitbetaald (persoonlijk of naar de

onderneming), de afwijking van het uurloon van de werknemers in loondienst en de doorbetaling bij ziekte en/of vakantiedagen.

In uitspraak 7 overweegt de rechter het volgende: *“De kantonrechter stelt voorop dat de naam die partijen aan een vergoeding geven niet bepalend is voor het karakter daarvan.”* En daarop volgend dat: *“De wijzigingen in de vergoeding rechtvaardigen naar het oordeel van de kantonrechter niet de conclusie dat geen sprake (meer) is van loon in de zin van artikel 7:610 BW, te weten een vergoeding verschuldigd terzake van de bedongen arbeid, ook al is er sprake van een wisselend loon per concrete prestatie. Hoewel de hoogte van die vergoeding bruto per uur hoger zal zijn dan het wettelijk minimum(jeugd)loon, acht de kantonrechter de vergoeding niet zodanig hoog (gemiddeld maximaal € 18,00 bruto) dat in de hoogte van de vergoeding een relevante aanwijzing ligt voor het tegendeel. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de vrijheid een bestelling te weigeren, geldt hetzelfde voor de door Deliveroo gestelde marktwerking van dit samengestelde tarief. In de systematiek zit weinig tot geen ruimte voor een onderhandeling over het tarief. Dat over de prijzen feitelijk wordt onderhandeld is ook niet gesteld.”*. De rechter overweegt hierbij dus de hoogte van het loon in vergelijking met het loon ten tijde van de arbeidsovereenkomst, alsmede de mogelijkheid tot onderhandeling over het loon.

In uitspraken 1, 2, 3, 7, 8, 9 en 11 is geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. In uitspraak 13 is geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 5, 6, 10, 12 en 14 oordeelde de rechter dat er geen sprake was van loon in de zin van de arbeidsovereenkomst. Ook hier werd gekeken naar de hoogte van het loon van de zzp'er in vergelijking met het loon van een werknemer in de zin van de arbeidsovereenkomst. Terugkerend in deze uitspraken is dat de zzp'er facturen stuurt naar de opdrachtgever, er Btw werd geheven over deze facturen en dat er geen loonheffing of premies werden betaald door de opdrachtgever. In al deze uitspraken heeft de rechter ook geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Alleen in uitspraak 4 is het element loon niet besproken. Hieruit valt af te leiden dat de vorm waarin het loon wordt betaald een belangrijk element is in de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Gezagsverhouding

Bij een arbeidsovereenkomst dient er sprake te zijn van een gezagsverhouding. Bij een overeenkomst van opdracht is er geen gezagsverhouding maar heeft de opdrachtgever wel een instructiebevoegdheid. Doordat dit element het meest doorslaggevend wordt geacht, is ook in alle uitspraken hieraan aandacht besteed.

In de uitspraken 1, 2, 3, 7, 8, 9 en 11 oordeelde de rechtbank dat er sprake is van een gezagsverhouding en ook van een arbeidsovereenkomst. Hierin werd meegewogen dat de zzp'ers verplichtingen hadden zoals de tijd van de bezorging, de route, de omgang en het zorgvuldigheidsvereiste. In de uitspraken komt naar voren dat het dient te gaan om bindende aanwijzingen en instructies waardoor de ondergeschiktheid van de zzp'er tot de opdrachtgever blijkt.

Zo heeft de rechter in uitspraak 1 overwogen dat: *“Met betrekking tot het element gezagsverhouding stelt de rechtbank voorop dat voor de aanwezigheid daarvan reeds voldoende is dat de werkgever bevoegd is de werknemer bindende aanwijzingen te geven omtrent het te verrichten werk. Niet noodzakelijk is dat de werkgever in feite van deze bevoegdheid gebruik maakte.”* Deze lijn wordt bevestigd in uitspraak 3: *“Voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding is reeds voldoende dat de werkgever bevoegd is de werknemer bindende aanwijzingen te geven*

omtrent het te verrichten werk. Niet noodzakelijk is dat de werkgever in feite van deze bevoegdheid gebruikmaakt.”

In uitspraak 2 wordt de gezagsverhouding vastgesteld door de mate van vrijheid voor het kiezen van werktijden, vakanties, pauzes en de wijze waarop de arbeid verricht moet worden: *“Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding komt het erop aan of de ene partij (de werkgever) de bevoegdheid heeft om de andere partij (de werknemer) bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. Naar het oordeel van de kantonrechter is in het onderhavige geval ook aan deze (tweede) voorwaarde voldaan. Een vermoeden dat dit het geval is, moet reeds worden aangenomen op grond van het wettelijke vermoeden van artikel 7:610a BW. Daar komt bij dat [verweerster] zich er zelf in de gedingstukken op heeft beroepen dat zij aan [verzoekster] bepaalde aanwijzingen kon geven ten aanzien van haar werktijden, vakanties, pauzes, alsmede over de wijze waarop de werkzaamheden uitgevoerd dienden te worden. Ook uit het feit dat [verweerster] [verzoekster] tot twee keer toe op staande voet heeft ontslagen vormt een aanwijzing dat ook [verweerster] meende dat zij gezag had over [verzoekster]. Deze de feiten en omstandigheden duiden zonder meer op de aanwezigheid van een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW.”*

In de uitspraken 4, 5, 6, 10, 12, 13 en 14 oordeelde de rechter dat er geen sprake is van een gezagsverhouding en dus ook niet van een arbeidsovereenkomst. Hierbij kijkt de rechter naar de mate van vrijheid welke de zzp'er heeft in de uitvoering van zijn werkzaamheden.

Ook blijkt dat het enkel geven van instructies onvoldoende is om te spreken van een gezagsverhouding zo blijkt uit uitspraak 14: *“[...] Hieraan doet naar het oordeel van de kantonrechter niet af dat MAE [eiseres] instructies gaf ten aanzien van de werkzaamheden, nu een opdrachtnemer ook in het geval van een overeenkomst van opdracht gehouden is of kan zijn om aanwijzingen van de opdrachtgever op te volgen omtrent de uitvoering van de opdracht.”*

Ook dit is in lijn met uitspraak 5: *“Vast staat immers dat [verzoeker] zijn eigen tijd mocht indelen, dat vakantie en ziekte niet werden geregistreerd, en dat [verzoeker] zelf invulling mocht geven aan zijn werkzaamheden. De omstandigheid dat [verzoeker] zich diende te houden aan het beleid en de instructies van De Voedselbank en dat hij (bijvoorbeeld ten aanzien van de voedselveiligheid) verantwoording over zijn werkzaamheden moest afleggen aan De Voedselbank, maakt niet dat er sprake was van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW.”*

Uit bovenstaande valt te concluderen dat de gezagsverhouding direct gekoppeld is aan de beoordeling of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Bedoeling van partijen

Dit element komt voort uit het Groen/Schoevers arrest. Er zal bekeken worden in hoeverre rechters de bedoeling van partijen meewegen in hun uiteindelijke oordeel.

In de uitspraken 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12 en 14 hebben partijen niet beoogd een arbeidsovereenkomst tot stand te brengen. Uiteindelijk heeft de rechter beoordeeld dat in uitspraak 2, 3 en 11 toch sprake is van een arbeidsovereenkomst, in deze uitspraak heeft de rechter meer waarde gehecht aan de elementen van de arbeidsovereenkomst dan de bedoeling van partijen en komt daardoor tot de conclusie dat er toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Zo blijkt uit uitspraak 3: *“Het betoog van eiseres dat partijen uitdrukkelijk niet de bedoeling hebben gehad privaatrechtelijke dienstbetrekkingen aan te gaan en dat doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen, ziet eraan voorbij dat de wil van partijen slechts gericht kan zijn op het aangaan van een overeenkomst als zodanig, niet op de juridische kwalificatie daarvan. De rechtbank is gehouden*

zelfstandig te beoordelen of de Overeenkomst - gelet op de door de rechtbank vast te stellen inhoud daarvan - voldoet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.”

Hieruit valt te concluderen dat indien partijen iets beoogd hebben dit in het merendeel van de uitspraken wordt meegewogen in het oordeel van de rechter, maar de meeste rechters er wel reeds van bewust zijn dat de elementen voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, doorslaggevend zijn.

In de uitspraken 1, 7, 8, 9 en 13 is de bedoeling van partijen niet ter sprake gekomen. In uitspraak 7 doet de rechter wel een uitspraak over de bedoeling van partijen, namelijk: *“Of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij is niet zozeer doorslaggevend hoe partijen de overeenkomst noemen of kwalificeren, maar welke rechten en verplichtingen zij daarbij over en weer beoogd hebben en in hoeverre daaraan feitelijk uitvoering is gegeven. Naarmate er over een contract meer is onderhandeld, kan aan de schriftelijke vastlegging van die partijbedoeling meer waarde worden gehecht. [...] In de onderhavige situatie is echter sprake van een standaardcontract, dat volledig en eenzijdig door Deliveroo is opgesteld en niet onderhandelbaar is. In zo’n situatie kan voor de bedoeling van partijen aan de weergave in het schriftelijk contract geen doorslaggevende betekenis worden gehecht, zeker niet voor de bedoeling van de bezorger. Hoogstens kan aangenomen worden dat deze voor het voortzetten of verkrijgen van dit werk bereid is aan de voorwaarden van Deliveroo (zoals inschrijving als zelfstandige in de Kamer van Koophandel, met de daaraan verbonden facilitaire verplichtingen, en het aanschaffen van een maaltijdbox) te voldoen.”* De rechter neemt bewust de bedoeling van partijen niet mee in de beoordeling doordat de bezorger geen inspraak heeft gehad in de totstandkoming van het contract.

De wijze van naar buiten treden door de zzp’er

Dit element blijkt niet uit de wet, maar de rechtspraak kan hier wel een bepaalde waarde aan toekennen. Zo wordt beoordeeld of de zzp’er gebruik maakt van de kleding en materialen van de opdrachtgever of zijn eigen kleding en materialen mag gebruiken.

In uitspraken 7, 8, 9 en 14 treden de zzp’ers naar buiten als werknemers van het bedrijf door het gebruik van materialen. In de uitspraken 7, 8 en 9 is dan ook geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. In uitspraak 14 is geoordeeld dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht. De rechter oordeelt hier dat hetgeen eiseres naar buiten treedt als werknemer niet af doet aan het feit dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, verdere uitleg wordt hier niet gegeven.

In de uitspraken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12 en 13 is dit element niet aan bod gekomen. Hieruit kunnen we dus concluderen dat het element van toegevoegde waarde kan zijn, maar zeker niet doorslaggevend is voor de beoordeling van de rechters. Hierbij geldt het principe “wezen gaat voor schijn”.

Tussenconclusie

We kunnen dus concluderen dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan het arrest van 6 november 2020, rekening werd gehouden met de wettelijke elementen en de relevantie jurisprudentie. Deze wettelijke elementen bestaan uit (1) arbeid, (2) tegen loon, (3) gedurende een zekere tijd, (4) in dienst van.

Bij de kwalificatie dient ook gekeken te worden naar het Haviltex arrest en het Groen/Schoevers arrest. Het Haviltex-criterium houdt in dat bij de uitleg van een overeenkomst niet slechts gekeken moet worden naar de letterlijk of taalkundige betekenis van de tekst, maar ook naar de betekenis

die partijen in de gegeven omstandigheden en op basis van hetgeen zij over en weer van elkaar mochten verwachten aan die tekst mochten toekennen.

In het Groen/Schoevers arrest is bepaald dat de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of partijen totstandkoming van de arbeidsovereenkomst hebben beoogd, als ook de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Hierbij is niet één kenmerk beslissend, alle kenmerken moeten in een onderling verband worden gezien.

Het jurisprudentieonderzoek laat zien welke elementen rechter meewegen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en hoe zij de elementen invullen. Zo wordt het verplicht verrichten van arbeid ingevuld door de mogelijkheid om arbeid te weigeren, de mate van vrijheid die de werknemer heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden en of de werkzaamheden overeenkomen met de werkzaamheden van de werknemers in loondienst.

In enkele gevallen werd ook de persoonlijke arbeid meegewogen, ook al is dit geen wettelijk element van de arbeidsovereenkomst. Hier werd invulling aan gegeven door de mogelijkheid tot vervanging zonder toestemming van de werkgever. Aan het element loon wordt invulling gegeven door de wijze van betaling te bekijken, denk hierbij aan wel of geen Btw en het wel of niet betalen van loonheffing en sociale premies. Ook wordt gekeken naar hoe het loon wordt uitbetaald (persoonlijk of via een onderneming), in hoeverre het uurloon afwijkt van dat van werknemers in loondienst en of er wordt doorbetaald bij ziekte- en/of vakantiedagen.

De gezagsverhouding wordt ingevuld door de verplichtingen van de zzp'ers met betrekking tot werk gerelateerde omstandigheden en de mate van vrijheid in het kiezen van werktijden, vakanties, pauzes en de wijze waarop de arbeid verricht moet worden. Het enkel geven van instructies is onvoldoende om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst nu er ook een instructiebevoegdheid is bij de overeenkomst van opdracht.

Ook blijkt dat in enkele uitspraken de wijze van naar buiten treden door de zzp'er wordt meegewogen, in deze gevallen wordt bekeken of de zzp'er de materialen of middelen van de werkgever gebruikte. Hierdoor zou het voor de buitenwereld lijken alsof de zzp'er in dienst is van de werkgever.

Tot slot valt uit het jurisprudentieonderzoek te concluderen dat in het merendeel van de uitspraken de bedoeling van partijen wordt meegewogen, maar dat de meeste rechters de wettelijke elementen van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als doorslaggevend beschouwen. Zo is in een uitspraak naar voren gekomen dat: *“Of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien. Daarbij is niet zozeer doorslaggevend hoe partijen de overeenkomst noemen of kwalificeren, maar welke rechten en verplichtingen zij daarbij over en weer beoogd hebben en in hoeverre daaraan feitelijk uitvoering is gegeven.”*

Mijn inziens wordt het Groen/Schoevers arrest door de rechters verkeerd opgevolgd en geïnterpreteerd. Het arrest stelt namelijk dat naar alle feiten en omstandigheden gekeken moet worden, en dat de bedoeling van partijen hier slechts een onderdeel van is. In de uitspraak van de Hoge Raad komt zelfs naar voren dat het onjuist is enkel de bedoeling van partijen als uitgangspunt te nemen. Rechters hebben dit door de jaren heen vereenvoudigd naar enkel “de bedoeling van partijen”. Hierdoor is het een los element bij de toetsing geworden, terwijl dit, naar mijn mening, nooit de bedoeling van de Hoge Raad is geweest.

Deelvraag 2.

‘Hoe kwalificeren rechters de arbeidsovereenkomst bij een zzp’er na de herziening van het Groen/Schoevers arrest?’

In deze deelvraag is dezelfde wettelijke kwalificatie als in deelvraag 1.1 en 1.2 van toepassing met uitzondering van het Groen/Schoevers arrest. Echter om herhaling te voorkomen zullen deze niet opnieuw worden behandeld. Wel heeft zich een nieuwe ontwikkeling afgespeeld rondom de eerder besproken Wet DBA.⁴⁴ Per 11 januari 2021 is namelijk een pilot van de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie WBA van start gaat. Deze webmodule is bedoeld voor arbeidsrelaties tussen opdrachtgevers en zelfstandigen te verduidelijken en ongewenste concurrentie tussen zelfstandigen en werknemers tegen te gaan.

De webmodule bestaat uit een vragenlijst waaraan geen rechtsgevolgen verbonden worden. Er zijn drie mogelijke uitkomsten na het invullen van de webmodule, namelijk dat er sprake is van een opdrachtgeversverklaring, dat er sprake is van een indicatie voor een dienstbetrekking en dat er geen oordeel mogelijk is.

Kort zullen er enkele vragen worden behandeld om een beeld te creëren bij de vragenlijst en de gevolgen van de antwoorden op deze vragen te schetsen.⁴⁵ De eerste vraag is ‘Welke verplichting kenmerkt uw opdracht het best?’ bij deze vraag kan worden beoordeeld of er sprake is van een inspanningsverplichting, een resultaatverplichting of beiden. Als er sprake is van een inspanningsverplichting is de kans dat er sprake is van gezag, volgens de webmodule, groter. Een volgende vraag is ‘Mag de opdrachtnemer zonder uw toestemming de werkzaamheden door iemand anders laten uitvoeren?’, antwoord op deze vraag wijst uit of er sprake is van een gezagsverhouding door te beoordelen of vrije vervanging mogelijk is. Ook zijn er diverse vragen welke een indruk geven over welke partij de meeste inspraak heeft, wanneer dit de opdrachtgever is, zal er sneller sprake zijn van een gezagsverhouding en dus een arbeidsrelatie.

Tot op heden is er alsnog veel kritiek op de webmodule. Zo zouden de uitkomsten niet altijd accuraat zijn en zou er op basis van de feiten en omstandigheden een ander oordeel uit moeten komen. De pilot van de webmodule is nog altijd bezig, maar heeft dus tot op heden nog geen oplossing geboden om de onderscheiding tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst voor een zzp’er te verduidelijken.⁴⁶

Deze verduidelijking kan wellicht in gang worden gezet naar aanleiding van het nieuwe arrest van de Hoge Raad op 6 november 2020, welke besproken zal worden in de volgende subdeelvraag.

Subdeelvraag 2.1 Hoge Raad 6 november 2020

‘Hoe wordt de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst beoordeeld in het herziene arrest van 6 november 2020?’

Nadat heel Nederland zich jarenlang vasthield aan het Groen/Schoevers arrest, gooit de Hoge Raad het op 6 december 2020 over een andere boeg. In deze zaak ging het om een vrouw die vanaf 1 december 2012 op grond van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk

⁴⁴ Vooruitgang uitwerking maatregelen ‘werken als zelfstandige’ 2020, 31311, nr. 236.

⁴⁵ ‘Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelatie)’ www.rijksoverheid.nl.

⁴⁶ Bos 2021.

arbeidsongeschikte werknemers (IAOW) een uitkering ontving van de gemeente Amsterdam. Bij een besluit van 31 januari 2014 heeft het college van burgemeester en wethouders bepaald dat de vrouw gaat deelnemen aan het traject 'Participatieplaatsen'. Alle overige verplichtingen, zoals het ingeschreven staan bij het UWV als werkzoekende, blijven gelden. In het kader van haar re-integratietraject verricht zij werkzaamheden bij de gemeente van 11 april 2014 tot en met 11 oktober 2014, dit is eenmalig verlengd tot 12 april 2015, als servicedeskmedewerker terwijl haar uitkering blijft doorlopen. De vrouw heeft meerdermaal bij de gemeente geprobeerd in dienst te treden, er zou voldoende budget zijn en er gingen werknemers weg. Als haar werkzaamheden dan stoppen, stelt de werkneemster dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en zij dus recht heeft op de bij het functie behorende loon.

Zowel de kantonrechter als het gerechtshof⁴⁷ wijzen de vordering af en stellen dat er geen werkzaamheden zijn verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst. Het hof stelt dat uit de wetsgeschiedenis van de WWB blijkt dat de regering de angst van gemeente wou wegnemen, door de zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende een langere periode werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van de uitkering. Het uitgangspunt was hierbij dat het gaat om re-integratie. Hieruit is af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats als arbeidsovereenkomst aan te merken. Hierbij is meegewogen dat partijen niet beoogd hebben een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Er wordt onder meer verwezen naar correspondentie voorafgaand aan de werkzaamheden, de omstandigheid dat de werkneemster nog ingeschreven stond bij het UWV als werkzoekende en dat de werkzaamheden bij de gemeente beëindigd zouden worden bij aanvaarding van regulier werk.⁴⁸

De werkneemster gaat in cassatie, de Hoge Raad overweegt het volgende.⁴⁹ De eerste klacht is dat het gerechtshof voorbij is gegaan aan de aard en de doelstelling van de overeengekomen re-integratievoorziening. Het is voorbij gegaan aan het feit dat iemand op een participatieplaats niet dezelfde reguliere werkzaamheden dient te verrichten als zijn of haar collega's. De werkzaamheden van de werkneemster verschilden niets van haar collega's die regulier werden betaald. Deze klacht faalt echter. Het gerechtshof had niet afzonderlijk in hoeven gaan op de vraag of dezelfde werkzaamheden zijn verricht als collega's. Het was al meermaals ter sprake gekomen dat werkneemster dezelfde werkzaamheden uitvoerde als collega's. Hierna klaagt werkneemster over het oordeel van het hof dat er geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, dit zou een onjuiste rechtsopvatting zijn voor zover dat oordeel erop berust dat de bedoeling van partijen niet was gericht op het sluiten van een arbeidsovereenkomst.

Onder 3.2.2. overweegt de Hoge Raad als volgt:

“Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit

⁴⁷ Hof Amsterdam 16 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327.

⁴⁸ Hof Amsterdam 16 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327.

⁴⁹ HR 6 november 2020, ECLI: NL: HR: 2020:1746.

het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.”⁵⁰

De Hoge Raad vervolgt onder 3.2.3. met:

“De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie).”⁵¹

De Hoge Raad stelt dat uit het onder 3.2.2. en 3.2.3. overwogene, de beoordeling van het gerechtshof een onjuiste rechtsopvatting bevat voor zover het gerechtshof voor de kwalificatie van de overeenkomst mede van belang heeft geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De klacht is dus gegrond.

Echter heeft het gerechtshof juist geoordeeld dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Zo is volgens het gerechtshof geen loon voor de verrichte werkzaamheden ontvangen, waardoor niet aan alle voorwaarden van een arbeidsovereenkomst is voldaan.

In deze uitspraak laat de Hoge Raad het Groen/Schoevers arrest voor een gedeelte achter zich. De rechtsregel welke we hieruit kunnen opmaken is dat (1) bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet worden gezien welke rechten en verplichtingen partijen onderling zijn overeengekomen. Daarbij moet (2) worden meegewogen: alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar moet er ook worden gekeken naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst in de praktijk.⁵² Deze invulling van de rechten en plichten dient te voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. In het geval van discussie hierover, is het aan de rechter om te beoordelen op grond van de rechten en verplichtingen, hoe de overeenkomst gekwalificeerd dient te worden. Hierbij speelt de Haviltex-maatstaf een belangrijke rol.⁵³

Het is dus niet langer van belang of partijen hadden beoogd om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Er dient te worden getoetst of is voldaan aan de wettelijke elementen van een arbeidsovereenkomst.⁵⁴ Als aan deze (cumulatieve) elementen is voldaan, is er volgens de Hoge Raad altijd sprake van een arbeidsovereenkomst, ongeacht de bedoeling van de partijen.

Conclusie Advocaat-Generaal

Ook in bovenstaande zaak heeft de AG een conclusie geschreven voor de Hoge Raad⁵⁵, de kern van de conclusie zal hieronder worden toegelicht.

De AG begint haar conclusie met een inleidend verhaal. Ze onderschrijft dat in deze zaak onder meer aan de orde komt of de partijbedoeling een rol kan spelen bij de kwalificatie als arbeidsovereenkomst. Daarom zal ze ingaan op de afbakening van de arbeidsovereenkomst ten

⁵⁰ HR 6 november 2020, ECLI: NL: HR: 2020:1746.

⁵¹ HR 6 november 2020, ECLI: NL: HR: 2020:1746.

⁵² HR 6 november 2020, ECLI: NL: HR: 2020:1746.

⁵³ Rb Rotterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3392.

⁵⁴ Zie ‘Subdeelvraag 1.1 De arbeidsovereenkomst’.

⁵⁵ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR::2020:698, bij HR 6 november 2020.

opzichte van andere werkrelaties, zoals de overeenkomst van opdracht. Vanuit de juridische praktijk klinkt namelijk al een langere tijd de vraag aan de Hoge Raad om meer duidelijkheid en sturing te geven op dit punt. Meer specifiek een verduidelijking of een herziening van het Groen/Schoevers arrest⁵⁶. Dit arrest zou hebben gezorgd voor verwarring en daarnaast sluit het arrest niet goed aan op het Europese recht. Deze vraag is steeds urgenter geworden nu het aantal zzp'ers in Nederland stijgt. De vraag rijst of deze zzp'ers werkenden zijn in de zin van de overeenkomst van opdracht of toch schijnzelfstandige zijn en eigenlijk op basis van een arbeidsovereenkomst werken.

Al jaren is er de discussie over de afname van de arbeidsovereenkomst en de toename van zzp'ers, dit blijkt ook uit de eerder besproken Wet DBA en de webmodule. Deze trend leidt niet enkel tot minder rechten voor zzp'ers, maar vergroot ook de risico's op armoede.⁵⁷ Ook door het kabinet wordt het werken als zelfstandige als probleem gezien, zo hebben zij in het regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst (2017)* het volgende gezegd⁵⁸:

“Wie fatsoenlijk omgaat met zijn werknemers ondervindt concurrentienadeel van bedrijven die handige constructies bedenken om lonen te drukken en risico's af te wentelen. Vaste werknemers, flexwerkers en zzp-ers zijn onbedoeld concurrenten van elkaar geworden. Perspectief op een vaste baan is vaak ver weg. (...) Het is tijd om onze arbeidsmarkt te moderniseren. De sleutel naar een eerlijker arbeidsmarkt ligt in de gelijktijdige beweging: vast werk minder vast maken en flexwerk minder flex. Het is de ambitie van dit kabinet dat meer mensen aan het werk kunnen gaan in contracten voor onbepaalde tijd. Zelfstandigen moeten de ruimte krijgen om te ondernemen. Schijnzelfstandigheid wordt aangepakt.”

Als eerste gaat de AG in op de rol van de partijbedoeling bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Deze rechtsregel komt natuurlijk uit het Groen/Schoevers arrest. De AG constateert dat in Groen/Schoevers niet duidelijk naar voren komt hoe de feitelijke uitvoering van de overeenkomst zich verhoudt tot de partijbedoeling.⁵⁹ Zo schrijft Heerma van Voss dat Groen/Schoevers een van de meest overschatte arbeidsrechtelijke uitspraken is⁶⁰:

“de Hoge Raad in Groen/Schoevers in wezen niets meer heeft gedaan dan een uitweg zoeken om te voorkomen dat Groen van zijn vrijwillig en vanuit een sterke onderhandelingspositie aangegane overeenkomst van opdracht een arbeidsovereenkomst kon maken op het moment dat dit hem beter uitkwam, teneinde aldus van twee walletjes te eten.”

Toch is de kwalificatievraag 'hebben partijen een arbeidsovereenkomst beoogd?' door veel rechters onderstreept. Uit Groen/Schoevers valt af te leiden dat partijen overeen kunnen komen dat niet gewerkt wordt op basis van een arbeidsovereenkomst, omdat zij dit niet hebben beoogd. Volgens de AG is het de vraag of deze uitleg recht doet aan het arrest. Er is immers ook overwogen dat bij de vaststelling in aanmerking moet worden genomen 'de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'. Tot slot is ook de maatschappelijke positie van Groen meegewogen in het arrest. Zo concludeert Boot in 2004 dat voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst "voor de Hoge Raad het meest bepalend is de maatschappelijke positie die de werker inneemt: indien sprake is van een zwakke maatschappelijke positie, dan wordt in de praktijk – zonder dat de Hoge Raad dit overigens

⁵⁶ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

⁵⁷ In wat voor land willen wij werken? 2020, p. 10.

⁵⁸ Vertrouwen in de toekomst 2017, p. 22.

⁵⁹ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR::2020:698, bij HR 6 november 2020.

⁶⁰ Heerma van Voss 2016, p. 44-46.

met zoveel woorden aangeeft – gekeken naar de feitelijke situatie (...); is sprake van een sterke maatschappelijke positie dan is de vastgelegde partijbedoeling (...) doorslaggevend.”⁶¹

In de rechtspraak van de jaren die daarop volgde blijkt dat de maatschappelijke positie van de werker maar beperkt wordt meegewogen. Als het gezichtspunt maatschappelijke werking zichtbaar wordt meegewogen, gaat daar wel een zekere corrigerende werking uit:

“Die ‘correctie’ werkt twee kanten uit: de ‘Groenen’ die feitelijk zelfstandige zijn maar (toch) menen een arbeidsovereenkomst te hebben zullen eerder achter het net vissen, nu zij vanwege hun sterkere maatschappelijke positie eerder aan hun (op ondernemerschap gerichte) partijbedoeling kunnen worden gehouden. Andersom komen werkers die weliswaar op papier zelfstandige zijn maar feitelijk weinig kenmerken van échte zelfstandigheid vertonen, juist eerder voor arbeidsrechtelijke bescherming in aanmerking. Meer aandacht voor de maatschappelijke positie van partijen bewerkstelligt op die wijze dat arbeidsrechtelijke bescherming toekomt aan diegene voor wie die bescherming bedoeld is: de zwakke(re) contractspartij.”⁶²

De AG uit kritiek op het centraal stellen van de partijbedoeling bij de beoordeling⁶³. Door het leunen op de vraag of partijen bedoeld hebben een arbeidsovereenkomst te sluiten, wordt bepalend welk etiket partijen op hun rechtsverhouding hebben geplakt. De rechtsbescherming die het arbeidsrecht aan de werknemer biedt, wordt hiermee uitgehold. Partijen zouden zo een papieren werkelijkheid creëren om daarmee de dwingendrechtelijke bescherming van het recht te ontlopen. Juist bij dwingendrechtelijke wettelijke omschrijvingen van de arbeidsovereenkomst is het van belang om aan te sluiten bij de materiële werkelijkheid en niet bij een door partijen gecreëerde schijnwerkelijkheid. Dit is ook de enige manier om recht te doen aan het fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie, dat ten grondslag ligt aan het arbeidsrecht.⁶⁴

Ook in het Inscharing-arrest⁶⁵ werd afgeweken van de maatstaf van Groen/Schoevers. De Hoge Raad maakte hier een onderscheid tussen twee fasen:

- i) De inhoud van de overeenkomst (fase 1 – de overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen, vast te stellen door middel van uitleg); en
- ii) De kwalificatie van die overeenkomst (fase 2).

Uit het Inscharing-arrest volgt niet dat het van belang is of de intentie van partijen gericht is op het sluiten van deze overeenkomst. Het gaat hierbij om de vraag of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de overeenkomst. Ook hier wordt verwezen naar de Haviltex-maatstaf.

Volgens de AG zou de Hoge Raad in lijn met dit Inscharing-arrest moeten oordelen. De rechter moet (i) aan de hand van de Haviltex-maatstaf de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen vaststellen (de inhoud van de overeenkomst). Vervolgens moet worden beoordeeld (ii) of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (de kwalificatie van de overeenkomst). Het is dus niet van belang of de partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten.⁶⁶

⁶¹ Boot 2004, p. 107.

⁶² Said, TAP 2019/152, p. 10.

⁶³ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR::2020:698, bij HR 6 november 2020.

⁶⁴ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, onder 5.35.

⁶⁵ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034.

⁶⁶ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, onder 5.55.

De AG vervolgt haar verhaal door de elementen van de arbeidsovereenkomst kritisch te bekijken. Volgens haar staan drie elementen centraal; het verrichten van arbeid, het loon en de gezagsverhouding. Haar eerste standpunt is dat afscheid genomen dient te worden van de zogenaamde 'holistische benadering'. Deze benadering komt uit het Groen/Schoevers arrest en stelt *'dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien.'* De elementen moeten volgens deze benadering in onderling verband worden beschouwd. Zo zou een beetje minder van het een kunnen worden gecompenseerd door een beetje meer van het ander.⁶⁷

Volgens het Van Dale is het Holisme de *'Biologisch-filosofische theorie die de levensverschijnselen bepaald acht door de totaliteit van het levende, die meer is dan de som van de onderdelen'*. De AG is van mening dat door het volgen van deze benadering er niet perse voldaan hoeft te worden aan de drie elementen. En wellicht ook andersom, dat een overeenkomst voldoet aan alle elementen, maar niet gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst.⁶⁸

De AG is van mening dat als uitgangspunt bij de kwalificatie de elementen moeten worden genomen. Een overeenkomst die niet aan al deze elementen voldoet is geen arbeidsovereenkomst. Ze stelt voor om afscheid te nemen van de 'holistische benadering'.⁶⁹

De conclusie wordt vervolgd met een uitleg van de elementen, te beginnen met 'arbeid'. Volgens de AG is er snel voldaan aan het vereiste arbeid, nu vrijwel alle bezigheden als arbeid in de zin van art. 7:610 BW kunnen worden gezien. De eis dat arbeid persoonlijk moet worden verricht, blijkt uit 7:658 lid 1 BW. De AG is van mening dat het persoonlijk verrichten van de arbeid niet als element van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst beschouwd zou moeten worden. Dit enkel omdat deze eis niet in artikel 7: 610 BW staat. Pas als er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dán geldt dat de werknemer verplicht is deze arbeid persoonlijk te verrichten. Een clause in de arbeidsovereenkomst waardoor een werknemer vervangen kan worden, zou dus niet in de weg moeten staan aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Er wordt vervolgd met het element loon. Loon is een overeengekomen tegenprestatie voor de arbeid en hoeft niet te bestaan uit geld.⁷⁰ Gebruikelijk hierbij is dat de tegenprestatie wordt ontvangen vanuit de werkgever, maar dat is niet vereist. De werkgever dient zich enkel te verplichten tot de prestatie.⁷¹

Tot slot wordt bij het laatste element stil gestaan, de gezagsverhouding. Dit element zou het belangrijkste zijn voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Echter leidt dit element tot veel onduidelijkheid en onzekerheid om onderscheid te maken tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Dit omdat de overeenkomst van opdracht ook een instructiebevoegdheid heeft.

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat voor gezagsverhouding 'enigerlei zeggenschap' over de verrichte werkzaamheden is vereist, deze zeggenschap hoeft niet noodzakelijkerwijs gericht te zijn op de inhoud van het werk. Zo is bijvoorbeeld het op vastgestelde tijden aanwezig moeten zijn niet direct een aanduiding van een gezagsverhouding. Echter geeft de rechtspraak een zeer ruime

⁶⁷ Duk, BJU 2013, p. 33-34.

⁶⁸ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR::2020:698, bij HR 6 november 2020.

⁶⁹ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR::2020:698, bij HR 6 november 2020.

⁷⁰ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/24.

⁷¹ Van der Grinten 2018/1.3.

opvatting voor de invulling van het gezagsbegrip. Er is niet één element doorslaggevend voor het bestaan van een gezagsverhouding, noch zijn er bepaalde eisen waaraan voldaan moet zijn.

In de literatuur wordt er onderscheid gemaakt tussen een formeel en materieel gezagsbegrip. Het materiële gezagsbegrip ziet op het instructierecht van de werkgever over de inhoud van het werk. Het formele gezagsbegrip heeft betrekking op het werkdiscipline, in de zin dat de arbeidsrelatie een gebruikelijke organisatorische inbedding heeft gekregen.

De AG komt tot slot tot de volgende vijf conclusies:

- 1) Het bestaan van een instructiebevoegdheid is steeds minder van belang. Werknemers zijn steeds meer zelfstandig bij het uitoefenen van hun werkzaamheden;
- 2) In plaats van de instructiebevoegdheid is de organisatorische inbedding van het werk veel belangrijker. Er moet worden gekeken of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering. Hierbij is het van belang wat de 'core business' is van de partij voor wie het werk wordt verricht;
- 3) Het is van veel minder belang of de werknemer zich mag laten vervangen. Het kunnen laten vervangen verandert niets aan de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding.
- 4) Er moet om de 'strategische contractbepalingen' worden heengekeken. Deze bepalingen hebben tot doel de gezagsverhouding te verhullen. Als hier teveel waarde aan wordt toegekend, wordt geen recht gedaan aan de gelijkheidscompensatie als grondbeginsel van het arbeidsrecht;
- 5) Er moet meer aandacht zijn voor de economische realiteit. Als er arbeid buiten de dienstbetrekking wordt verricht, zal er sprake moeten zijn van een zekere mate van ondernemerschap. Ontbreekt ondernemerschap, dan zal in de regel sprake zijn van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.⁷²

Zoals te zien is slaat de AG een andere weg in dan het Groen/Schoevers arrest en worden er andere inzichten uitgelicht. Met inachtneming van bovenstaande heeft de AG ook het middel in cassatie getoetst⁷³ en is tot het oordeel gekomen dat het middel slaagt en dat het bestreden arrest vernietigd moet worden. Het is opvallend dat de Hoge Raad anders oordeelt dan het advies van de AG suggereert, in de meeste zaken volgt de Hoge Raad dit wel advies op. Wel heeft de Hoge Raad, net als de AG, in de overweging de bedoeling van partijen buiten beschouwing gelaten.

Subdeelvraag 2.2 Jurisprudentieonderzoek na 6 november 2020

'Onder welke voorwaarden slaagt een beroep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst door een zzp'er na 6 november 2020?'

Om herhaling te voorkomen zullen onderstaande elementen niet meer worden toegelicht nu dit reeds is gebeurd bij deelvraag 1.4. Er zal direct worden ingegaan op de uitspraken.

Door middel van deze deelvraag wordt bekeken onder welke omstandigheden de Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst na 6 november 2020.

Er worden tien uitspraken geanalyseerd aan de hand van elementen. Deze elementen komen voort uit de omstandigheden waar de rechter in het geval van een kwalificatie van een

⁷² Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, onder 9.69 t/m 9.74.

⁷³ Er zal niet opnieuw worden ingegaan op de benoemde feiten en overwegingen van het hof, nu deze reeds aan bod zijn gekomen onder 'Subdeelvraag 2.1 Hoge Raad 6 november 2020'.

arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht bij een zzp'er, zoal rekening mee houdt. De uitspraken en de bijbehorende analyse kunt u vinden in bijlage II.

Verplicht tot het verrichten van arbeid

In de uitspraken 2, 3, 4, 6 en 10 is aan dit element voldaan. Ten grondslag van deze beoordeling lag vaak de omstandigheid dat de zzp'er dezelfde werkzaamheden als de andere werknemers uitvoerde, dat de werkzaamheden ten opzichte van een eerdere arbeidsovereenkomst niet zijn veranderd of dat de zzp'er de werkzaamheden kan weigeren. Uiteindelijk is in uitspraak 2, 4 en 10 geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In uitspraken 5 en 8 blijkt dat er geen verplichting was tot het verrichten van arbeid. Zo werd in uitspraak 5 overwogen dat: *“Er was dus geen verplichting voor Omroep Gelderland om werk aan te bieden en ook was er geen verplichting voor [verz.conv./verw.reconv.] om het aangeboden werk te accepteren en uit te voeren. [verz.conv./verw.reconv.] draaide afgezien van het bulletin lezen ook niet mee in organisatie van Omroep Gelderland.”* In zowel uitspraak 5 als uitspraak 8 oordeelde de rechter dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 1, 7 en 9 kwam het element niet aan de orde of stond het niet ter geschil.

Persoonlijke arbeid

In de uitspraken 2, 4 en 6 werd geoordeeld dat de zzp'ers de arbeid persoonlijk moesten verrichten. Dit element wordt getoetst door de mogelijkheid tot vervanging en de daarvoor bijbehorende toestemming. Bij uitspraak 2 werd overwogen dat: *“Los van de vraag of de eis geldt dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht of dat het persoonlijk verrichten van arbeid als instructiebevoegdheid en dus als gezag moet worden gezien, geldt dat Uber middels een door de chauffeurs te nemen selfie expliciet controleert of men persoonlijk de arbeid verricht. Dat de achtergrond hiervan is gelegen in het wettelijke vereiste dat een chauffeur moet beschikken over de hiervoor genoemde vergunningen en een chauffeur zich daarom niet kan laten vervangen, maakt geen verschil. Vast staat dat een chauffeur een door hem aanvaarde rit persoonlijk verricht.”* Hierbij ging de controle op de persoonlijke arbeid zover dat er een selfie gemaakt moest worden door de chauffeur.

In uitspraak 4 werd geoordeeld dat de arbeid persoonlijk verricht moet worden vanwege de benodigde kennis en ervaring welke nodig is, dit maakt vervanging niet mogelijk: *“De kantonrechter gaat er dan ook vanuit dat sprake was van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van de werkzaamheden door [eiser]. Gezien zijn kennis en ervaring van de materie waarin hij werkzaam was, welke competenties overigens ook uitdrukkelijk zijn vermeld in de overeenkomst van opdracht, ligt dat ook voor de hand. Deze verplichting duidt ook op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.”* Uiteindelijk is in uitspraak 4 en 6 geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Verder is enkel in uitspraak 10 geoordeeld dat er geen verplichting tot persoonlijke arbeid was vanwege de lage eisen welke gelegen zijn aan de toestemming voor deze vervanging. Een van deze eisen was het tonen van het ID bewijs vanwege wetgeving. Ook was hier in de algemene voorwaarden opgenomen dat de verzekering geldt voor vervangers. Ondanks de persoonlijke arbeid is uiteindelijk toch geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In uitspraak 1, 3, 5, 7, 8 en 9 is de persoonlijke arbeid niet aan bod gekomen of heeft het niet ter geschil gestaan.

Loon

In de uitspraken 2, 9 en 10 is geoordeeld dat er sprake is van het element loon. In de beoordeling werd meegewogen of de bedragen ter onderhandeling staan, de zzp'ers Btw-plichtig zijn en of zij ziekte dagen of vakantiedagen doorbetaald kregen.

In uitspraak 10 werd deze Btw plicht gekoppeld aan de indicatie tot werknemerschap, zo werd overwogen dat: *“Het hof gaat er daarom van uit dat ruim tweederde van de bezorgers minder verdient dan 40% van het (reguliere) minimumloon, en dat de Belastingdienst hun werkzaamheden aanmerkt als hobby-matig. In het arrest FNV KIEM van het HvJ (ECLI:EU:C:2014:2411) wordt een onderscheid gemaakt tussen het werknemerschap en het ondernemerschap. Het zijn van ondernemer is daarmee een indicatie voor het niet-zijn van werknemer. Het ontbreken van ondernemerschap kan daarmee een indicatie vormen voor werknemerschap. Ruim tweederde van de bezorgers van Deliveroo beschouwt zich, in ieder geval als het gaat om de omzetbelasting, niet als ondernemer. Gelet op de benaming die Deliveroo aan de contracten geeft, gaat zij ervan uit dat de afwezigheid van btw-plicht (dus hobbymatig werken) uitgangspunt is, nu dit contract ‘Regular’ wordt genoemd.”*

Uiteindelijk werd in alle uitspraken geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken 1, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 heeft de rechter geoordeeld dat er geen sprake was van loon. Zo werden in enkele gevallen de facturen verhoogd met Btw, werd er een vast aantal uren gefactureerd ondanks het aantal uren. Zo werd in uitspraak 1 het volgende meegewogen: *“Vast staat dat [verzoeker] maandelijks vanuit zijn eenmanszaak Alruve een factuur stuurde naar MDG voor de door hem verrichte werkzaamheden. Hierbij werd telkens een vast bedrag, verhoogd met de btw, in rekening gebracht. Ter zitting heeft [verzoeker] desgevraagd verklaard dat hij de btw afdroeg en gebruik maakte van de fiscale vrijstellingen die gelden voor ondernemers. [verzoeker] heeft zich dus naar de Belastingdienst toe gepresenteerd als ondernemer. Ook staat vast dat van enige afdrachten van loonheffing of sociale premies door MDG geen sprake is geweest. Verder is niet gebleken dat vakantiedagen zijn opgenomen en zijn uitgekeerd. MDG heeft onweersproken gesteld dat [verzoeker] maandelijks, ongeacht het aantal uren dat hij heeft gewerkt, een vast bedrag mocht factureren. Volgens [verzoeker] werden door MDG ook geen vakantie-uren bijgehouden. Voorts heeft [verzoeker] ook geen vakantiegeld gekregen en zijn er geen loonstroken opgemaakt. Niet is gebleken dat [verzoeker] daar om heeft gevraagd.”* Hier wordt dus opnieuw de koppeling tot ondernemer gemaakt door de Btw afdracht.

Uiteindelijk werd in de uitspraken 1, 3, 5, 6, 7 en 8 ook geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. In uitspraak 4 was er wel sprake van een arbeidsovereenkomst ondanks de aanwezigheid van loon, de rechter overwoog hier het volgende: *“Het enige verschil in de rechtsverhouding tussen partijen per 1 september 2020 is dat [eiser] op een andere wijze werd beloond. Nu echter “wezen voor schijn” gaat en de bedoeling van partijen geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, is deze enkele omstandigheid (volstrekt) onvoldoende voor het aannemen van een overeenkomst van opdracht.”*

Gezagsverhouding

In uitspraak 2, 4, 9 en 10 was sprake van het element gezagsverhouding. Hierin werd meegewogen of de arbeidsvoorwaarden onderhandelbaar waren, er instructies konden worden gegeven en er toestemming gevraagd moest worden voor bijvoorbeeld verlof. In al deze uitspraken werd uiteindelijk ook geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst, dit is dus in lijn met de constatering uit de rechtspraak van voor 6 november 2020.

Bij uitspraak 2 werd overwogen dat er sprake is van modern werkgeversgezag nu dit voortvloeit uit het gebruik van het algoritme: *“Op deze wijze gaat van het algoritme een financiële stimulans en een disciplinerende en instruerende werking uit. Dat de chauffeurs tot op zekere hoogte vrij zijn om een rit te weigeren, zelf hun uren mogen bepalen en gelijktijdig gebruik mogen maken van verschillende apps of andersoortige boekingssystemen doet daar niet aan af. Zodra zij gebruik maken van de Uberapp en daartoe ingelogd zijn, zijn zij onderworpen aan de werking van het door Uber ontworpen algoritme, en vallen zij daarmee onder een “modern werkgeversgezag” van Uber.”*

In uitspraak 1, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 oordeelde de rechter dat er geen sprake was van een gezagsverhouding en dat er daarmee ook geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Ook hier werd gekeken naar de instructiebevoegdheid, de eventuele consequenties en de inbedding in de organisatie. In enkele uitspraken is ook naar voren gekomen dat het volgen van algemene instructies niet direct wijst op een gezagsverhouding.

In uitspraak 7 werd overwogen dat: *“Het levert dan ook geen aanwijzing op voor het bestaan van een gezagsverhouding die een arbeidsovereenkomst kenmerkt. Dat [verzoeker] zich aan de voor de bank als financiële instelling geldende regels had te conformeren, en dat zijn functioneren door toezicht- en aandeelhouders nauwlettend zou worden gevolgd, brengt daarom niet mee dat sprake was van een gezagsverhouding tussen hem en de bank.”* Uitspraak 8 volgt deze lijn: *“Eveneens kan [DE STICHTING] vergen dat [de psychiater] zich richt naar de administratieve en organisatorische eisen die gelden op het werk. Een dergelijke gezagsverhouding geldt ook in een opdrachtrelatie in meer of mindere mate en is enigszins vergelijkbaar met die in een arbeidsovereenkomst.”*

Bedoeling van partijen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst

In geen van de uitspraken is de bedoeling van partijen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst meegewogen. In het merendeel wordt zelfs benoemd dat dit niet mag worden meegewogen in de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en gaat wezen voor schijn. Voorbeelden zijn uitspraak 2: *“In dat geval gaat ‘wezen’ voor ‘schijn’ en moet, met het oog op het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsrecht en ter bescherming van de zwakkere positie van de werker, door de in het contract gekozen bewoordingen heen worden gekeken”.*

Uitspraak 4: *“Weliswaar hebben partijen op (uitdrukkelijk) verzoek van [eiser] op 10 augustus 2020 bewust een overeenkomst van opdracht gesloten met ingang van 1 september 2020, omdat [eiser] een hoger salaris wilde verdienen, en is in die overeenkomst bepaald dat partijen niet beogen om een arbeidsovereenkomst aan te gaan in de zin van artikel 7:610 BW, maar gelet op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 is die bepaling en de bedoeling van partijen voor de kwalificatie van de overeenkomst niet van belang.”*

Uitspraak 6: *“Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, ECLI:NL:1997:ZC2495) wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, overweging 3.2.2 en 3.2.3).”*

Uitspraak 7: *“Onderscheiden moet dus worden tussen uitleg en kwalificatie, en de bedoeling van partijen is alleen van betekenis bij de uitleg van de rechten en verplichtingen van partijen, niet bij de kwalificatie (al zal de kwalificatievraag, gekleurd als deze wordt door de in het wettelijke*

arbeidsrecht tot uitdrukking gebrachte waarden, zoals ongelijkheidscompensatie, zijn schaduw vooruit werpen).”

Uitspraak 9: *“Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.”*

Hieruit valt te concluderen dat de rechters erg bewust zijn van de verandering in de jurisprudentie. Dit blijkt uit het feit dat het in het merendeel van de uitspraken expliciet wordt benoemd. In een enkele uitspraak worden ook de rechtsoverwegingen 3.2.2. en 3.2.3 van de Hoge Raad 6 november 2020 toegelicht

De wijze van naar buiten treden door de zzp'er

Enkel in de uitspraken 1, 6 en 10 is de wijze van naar buiten treden door de zzp'er besproken. In uitspraak 1 uitte de zzp'er dit door middel van een visitekaartje als werknemer van de organisatie. In uitspraak 6 is enkel besproken dat de verzoeker zich als ondernemer presenteerde richting de Belastingdienst. In uitspraak 10 is wel uitgebreid besproken dat: *“FNV heeft er ook – onweersproken – op gewezen dat op geen enkele wijze blijkt dat de bezorgers zich in het maatschappelijk leven als ondernemer manifesteren, in het bijzonder niet tegenover de restaurants waarmee Deliveroo werkt en de klanten waar de maaltijden bezorgd worden. Deze restaurants en klanten zien de bezorgers als onderdeel van Deliveroo, en niet als zelfstandige ondernemers, aldus FNV.”* Ook werd hierbij meegewogen dat Deliveroo de bezorgers stimuleert om middelen van Deliveroo te gebruiken nu deze met korting worden aangeboden.

In alle overige uitspraken werd dit onderdeel niet besproken. Hierdoor blijft het in lijn met hetgeen geconstateerd in het jurisprudentieonderzoek van voor 6 november 2020, dit onderdeel is niet van groot belang voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Tussenconclusie

De wettelijke kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is in vergelijking tot de wettelijke kwalificatie voorafgaand aan de herziening van het Groen/Schoevers arrest weinig veranderd. Daarentegen is de impact van het herziene arrest duidelijk te merken in de rechtspraak en heeft het invloed gehad op recente ontwikkelingen. Zo is er vooruitgang geboekt door de overheid met betrekking tot een webmodule om werkgevers en zzp'ers zekerheid te geven over het bestaan van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht.

Volgens de Hoge Raad dient te nieuwe wijze van kwalificatie te geschieden door eerst te bezien welke rechten en verplichtingen partijen onderling zijn overeengekomen. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, bekeken te worden en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar moet er ook worden gekeken naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst. Deze invulling van de rechten en plichten dient uiteindelijk te voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.

Uit het jurisprudentieonderzoek valt af te leiden dat het herziene arrest bij de lagere rechters is binnen gekomen. Zo worden de rechtsoverwegingen in meerdere arresten aangehaald en wordt de bedoeling van partijen expliciet buiten beschouwing gelaten. Ook geeft het jurisprudentieonderzoek inzicht in hoe rechters invulling geven aan de verschillende elementen. Wil er voldaan zijn aan de verplichting tot het verrichten van arbeid, dan mag de zzp'er de werkzaamheden niet weigeren, zijn

de werkzaamheden van de zzp'er anders dan die van de werknemers in dienst en zijn de werkzaamheden ten opzicht van een (mogelijke) eerdere arbeidsovereenkomst niet veranderd.

Voor de invulling van het element loon wordt bij de beoordeling meegewogen of de zzp'ers Btw-plichtig zijn, of zij ziektedagen en vakantiedagen doorbetaald krijgen en of het loon ter onderhandeling staat. Daarnaast wordt ook bekeken naar de mate van ondernemerschap van de zzp'ers. Wil er voldaan zijn aan de gezagsverhouding tussen partijen dan dient er bij de beoordeling voldaan te zijn aan onderhandelbare arbeidsvoorwaarden, hoeft er geen toestemming gevraagd te worden voor verlof en kunnen er wel in beperkte mate instructies worden gegeven.

De persoonlijke arbeid wordt getoetst door te bekijken in hoeverre er een mogelijkheid is tot vervanging en of hier toestemming voor vereist is. Hoewel de wijze van naar buiten treden van de zzp'er maar een enkele keer is besproken, wordt dit element getoetst door te bekijken of de zzp'er gebruik maakt van de middelen van de werkgever.

Tot slot schemert de conclusie van de AG in enkele uitspraken door. Zo wordt er gesproken over het de mate van het ondernemerschap, de instructiebevoegdheid en werd er in een uitspraak bekeken of de zzp'er deelnam aan de uitjes van het bedrijf, zoals de AG het noemt inbedding. Het advies van de AG om van de holistische benadering af te stappen wordt echter niet opgevolgd door lagere rechters.

Conclusie

Terugkomend op de centrale vraag: *‘In hoeverre heeft de herziening van het Groen/Schoevers arrest een wijziging in de beoordeling van rechters over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst bij een zzp’er tot gevolg gehad?’* dienen we de gehele tijdlijn van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst te bekijken. Kijkend naar de geschiedenis van de arbeidsovereenkomst kunnen we concluderen dat de wettelijke kwalificatie door de jaren heen niet is gewijzigd. De wettelijke kwalificatie bestaat namelijk uit de elementen (1) arbeid, (2) tegen loon, (3) gedurende een zekere tijd, (4) in dienst van. Indien de toetsing leidt tot het oordeel dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dient apart hiervan te worden gezien of de arbeid persoonlijk wordt verricht.

Gedurende de jaren is ook altijd het Haviltex arrest in beeld gebleven in tegenstelling tot het Groen/Schoevers arrest. Dit arrest is namelijk gedeeltelijk van tafel geveegd door de Hoge Raad op 6 november 2020. Deze herziening brengt een nieuwe (tweedelige) kwalificatie van de arbeidsovereenkomst met zich mee, namelijk dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen, in onderling verband gezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar moet er ook worden gekeken naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst. Deze invulling van de rechten en plichten dient uiteindelijk te voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.

In de jurisprudentie is de invulling van de elementen, ondanks het arrest, voor het grootste gedeelte gelijk gebleven. Zo is de invulling van de volgende elementen voor de arbeidsovereenkomst gelijk gebleven, en wordt hier op volgende wijze invulling aan gegeven:

- Verplichting tot het verrichten van arbeid : de mogelijkheid om arbeid te weigeren, de mate van vrijheid die de werknemer heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden, of de werkzaamheden overeenkomen met de werkzaamheden van de werknemers in loondienst en zijn de werkzaamheden ten opzicht van een (mogelijke) eerdere arbeidsovereenkomst niet veranderd;
- Loon : de Btw-plicht van de zzp’er, of er loonheffing en sociale premies worden betaald, of de ziekte- en vakantiedagen worden doorbetaald, hoe het loon wordt uitbetaald, in hoeverre het uurloon afwijkt van de werknemers in loondienst en of het loon ter onderhandeling staat;
- Gezagsverhouding : zijn de arbeidsvoorwaarden onderhandelbaar, de mate van vrijheid in het kiezen van werktijden, vakanties, pauzes en de wijze waarop de arbeid verricht moet worden. Het geven van enkele instructies staat aan een gezagsverhouding niet in de weg;
- Persoonlijke arbeid : de mogelijkheid tot vervanging zonder toestemming van de werkgever;
- De wijze van naar buiten treden door de zzp’er : de mate van gebruik van de materialen en middel van de werkgever.

Echter de bedoeling van partijen is volledig van de lijst verdwenen. Waar dit in eerdere jurisprudentie veelal werd meegewogen, benoemen rechters na de herziening vaak expliciet het arrest en dat de bedoeling van partijen niet van belang is bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Ook blijkt dat, ondanks dat de Hoge Raad dit advies niet heeft gevolgd, de conclusie van de AG de lagere rechters aan het denken heeft gezet waardoor dit advies in enkele elementen terug te zien is. Zo wordt bij de beoordeling van het loon gekeken naar de mate van ondernemerschap ten opzichte van de Belastingdienst, is er als los element gesproken over inbedding van de zzp’er en wordt een

instructiebevoegdheid niet gelijk getrokken met de gezagsverhouding. Het voorstel van de AG om afscheid te nemen van de holistische benadering is echter niet opgepakt.

De metaforische bom waarover gesproken werd is mijn inziens niet ontploft. Ten eerste omdat het Groen/Schoevers arrest meer omvattend is dan enkel de bedoeling van partijen, waardoor het in eerste instantie onjuist is geïnterpreteerd en overgenomen door lagere rechters. Daarnaast heeft het, tot op heden, weinig nieuwe elementen toegevoegd aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Uiteindelijk valt te concluderen dat de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst naar aanleiding van het herziene Groen/Schoevers arrest gewijzigd is door het schrappen van het element 'de bedoeling van partijen' en schemert meer en meer de conclusie van de AG door wat uiteindelijk misschien kan leiden tot nieuwe elementen. Het is naar mijn mening nu aan de wetgevers om actie te ondernemen (door verdere stappen te nemen in de pilot WBA) naar aanleiding van deze herziening zodat de schijnzelfstandigheid voor zzp'ers tot een einde komt.

Voor REEF en FORTEC zal deze conclusie moeten leiden tot een herziening van de wijze waarop de overeenkomsten van opdracht voor zzp'ers in de praktijk worden vorm gegeven, nu de bedoeling van partijen niet meer van belang is. Belangrijk hierbij is dat er geen schijnbepalingen zijn opgenomen waardoor er sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht terwijl er in de praktijk sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat er voldaan is aan alle elementen van de arbeidsovereenkomst. De animatievideo zal handvaten bieden voor de projectmanagers bij deze herziening en zorgen dat schijnzelfstandigheid wordt tegengegaan.

Literatuur- en bronnenlijst

Websites:

- 'Dossier ZZP', cbs.nl.
- 'Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelatie)' www.rijksoverheid.nl.
- 'Deze bom ligt onder het Nederlandse personeelsbeleid', rtlnieuws.nl 13 augustus 2020.

Rapporten:

- **Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige' 2020**
Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr. 236
- **In wat voor land willen wij werken? 2020**
In wat voor land willen wij werken? (Eindrapport Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap)), 2020
- **Vertrouwen in de toekomst 2017**
Vertrouwen in de toekomst (Regeerakkoord 2017-2021), 10 oktober 2017
- **Handboek Loonheffingen 2021**
Handboek Loonheffingen, oktober 2021

Boeken en tijdschriften:

- **Bakels 2021.**
H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2021.
- **Boot 2004.**
G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004.
- **Bos 2021.**
I.M. Bos, *Flexibele arbeidsrelaties*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2021.
- **Bungener 2021.**
A.F. Bungener, *Flexibele arbeidsrelaties*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2021.
- **Castermans & Krans, T&C 2020.**
Castermans & Krans, 'Commentaar op art. 7:400 BW', *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2020.
- **Duk BJU 2013.**
R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht (diss. Rotterdam)', Den Haag: BJU 2013.
- **Fokkens & Vlas, RvdW 1997/231.**
J.W. Fokkens & P. Vlas, 'HR, 14-11-1997, nr. 16453: Groen/Schoevers', *RvdW* 1997/231, afl. 6 nr. 16453.
- **Heerma van Voss 2016.**
G.J.J. Heerma van Voss, annotatie bij Agfa/Schoolderman, in P.F. van der Heijden, *25 jaar JAR: jubileumuitgave een hooggeleerde selectie met annotaties verfraaid*, Den Haag: Sdu 2016.
- **Heerma van Voss 2015.**
G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2015/24.
- **Jacobs 2009**
A.T.J.M. Jacobs, *Monografieën BW B85 – De arbeidsovereenkomst*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2009

- **Said TAP 2019/152**
S. Said, 'Holistisch wegen van feiten en omstandigheden: legt de maatschappelijke positie van partijen nog voldoende gewicht in de schaal?', *TAP 2019/152*
- **Van der Heijden & Noordam 2001**
P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over de beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2001
- **Van der Grinten 2020**
Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2020
- **Vegter, T&C 2020**
Vegter, 'Commentaar op art. 7:659 BW', *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2020
- **Verhulp, T&C 2020**
Verhulp, 'Commentaar op art. 7:610 BW', *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer 2020

Jurisprudentielijst:

- Rb Groningen 19 januari 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AG2834
- Rb Rotterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3392
- Rb Noord-Holland 25 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9044
- Rb Zeeland-West-Brabant 5 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1188
- Rb Noord-Holland 15 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1971
- Rb Midden-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2360
- Rb Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118
- Rb Rotterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6155
- Rb Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198
- Rb Zeeland- West-Brabant 7 februari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1372
- Rb Noord-Nederland 7 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:395
- Rb Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5420
- Rb Noord-Holland 16 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7610
- Rb Rotterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3392
- Rb Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029
- Rb Midden-Nederland 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5854
- Rb Rotterdam 6 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7823
- Rb Gelderland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5741
- Rb Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4214
- Rb Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667
- Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 22 januari 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:10
- Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 10 december 2019, ECLI:NL: OGHACMB:2019:233
- Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 17 maart 2021, ECLI:NL:OGEAM:2021:27
- Hof Den Haag 10 september 2019, ECLI:NL:GHDHA: 2019: 2391
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3894
- Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392
- Hof Amsterdam 16 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1327
- HR 6 november 2020, ECLI: NL: HR: 2020:1746

- HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495
- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158
- HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444
- HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034
- Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI: NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020

BIJLAGE I - Jurisprudentieonderzoek elementen voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad 6 november 2020

Uitspraak	Verplicht tot het verrichten van arbeid	Persoonlijke arbeid	Loon	Gezagsverhouding	Bedoeling van partijen tot sluiten arbeidsovereenkomst	De wijze van naar buiten treden door de zzp'er	Arbeidsovereenkomst?
1 ECLI:NL:RBN HO:2018:90 44	Ja. Werknemer was verplicht tot het verrichten van arbeid	Ja. Doordat er voldaan moest worden aan kwaliteitseisen, acht de rechtbank het niet aannemelijk dat werknemer zonder toestemming zou kunnen worden vervangen.	Ja. De vergoeding voor de werkzaamheden werd direct aan werknemer betaald. Er was geen declaratierecht en de werknemers bepaalde de hoogte van de vergoeding welke afhankelijk was van het aantal gewerkte uren.	Ja. Werknemer diende zich te houden aan de zorgplannen opgesteld door de werkgevers. Ook zijn de werkgevers eindverantwoordelijke over de geleverde zorg. Dat er sprake was van een grote mate van vrijheid over de manier waarop de werkzaamheden werden verricht, staat aan een gezagsverhouding niet in de weg.	n.v.t.	n.v.t.	Ja.
2 ECLI:NL:RBZ WB:2018:11 88	Ja. Verweerder heeft niet betwist dat arbeid verricht moest worden.	Ja. Verweerder heeft niet betwist dat arbeid persoonlijk verricht moest worden.	Ja. Het loon werd direct aan eiser uitbetaald en verweerder was niet afhankelijk van een tussenpartij.	Ja. Verweerder kon aanwijzingen geven met betrekking tot vakanties, pauzes en de wijze waarop de werkzaamheden verricht moesten worden. Ook heeft verweerder eiser tweemaal op staande voet ontslagen. Hierdoor kan gezag aangenomen worden.	Nee. Vanuit verweerder is het niet de bedoeling geweest om een arbeidsovereenkomst aan te gaan.	n.v.t.	Ja.
3 ECLI:NL:RBN HO:2018:19 71	Ja. Bij het ontbreken van aanwijzingen voor het tegendeel moet worden aangenomen dat aan de verplichting tot het verrichten van arbeid gedurende zekere tijd is voldaan.	Ja. Alleen mensen die een training hebben gevolgd en contractueel zijn verbonden mogen de werkzaamheden verrichten, dit wordt ook gecontroleerd. Hierdoor is er geen	Ja. Het feit dat de vergoeding afhankelijk is van het resultaat en dat er geen recht is op een vergoeding als er geen overeenkomst is gesloten, doet niet	Ja. In de overeenkomst is opgenomen dat de gedragscodes opgevolgd dienen te worden. En er dienen verplichte producttrainingen te worden gevolgd. Als het gedrag niet overeenkomstig de wensen is, dient er een	Nee. Nu aan alle wettelijke vereisten is voldaan is de partijbedoeling niet doorslaggevend.	n.v.t.	Ja.

		sprake van vervangbaarheid.	af aan het feit van het bestaan van loon.	nieuwe training te worden gevolgd of is er ontslag.			
4 ECLI:NL:RBM NE:2018:236 0	Nee. Verzoekster had een grote vrijheid in het bepalen wanneer zij haar werkzaamheden verrichte.	Nee. Verzoekster hoefde zich bij ziekte niet te laten vervangen.	n.v.t.	Nee. Uit de whatsapp gesprekken blijkt dat verzoekster een grote mate van vrijblijvendheid had ten aanzien van de momenten waarop werkzaamheden werden verricht. Zij kon zelf bepalen wanneer zij werkte. Ook is in de korte periode waarin ze werkte, meerdermaal de beschikbaarheid aangepast. De instructie voor de te rijden routes of de uitvoering van werkzaamheden maakt dit niet anders.	Nee. Verweerster heeft gesteld dat zij in haar wervingsadvertentie heeft geuit dat ze op zoek is naar een zzp'er die het aangenomen werk zou uitvoeren. Dit zou zijn besproken met verzoekster. Door het ontbreken van een verdere toelichting is het onduidelijk wat partijen hebben beoogd. Verzoekster verklaart dat er sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst.	N.v.t.	Nee.
5 ECLI:NL:RBN HO:2018:51 18	Ja. Het is niet aan de orde geweest of verzoeker zich mocht laten vervangen of dat hij de arbeid persoonlijk moest verrichten. Dit wijst op een arbeidsovereenkomst.	Ja. Omdat niet is besproken of de arbeid persoonlijk verricht moet worden, wijst dit op een arbeidsovereenkomst.	Nee. Er werden facturen verzonden waarover Btw werd doorbelast.	Nee. Verzoeker mocht zijn eigen tijd indelen en zelf invulling geven aan de werkzaamheden. Vakantie en ziekte werden niet geregistreerd. Het enkele feit dat verzoeker zich moest houden aan de instructies en verantwoording af moest leggen over de werkzaamheden, doet hier niet aan af.	Nee. Partijen hebben de bedoeling gehad een overeenkomst van opdracht aan te gaan. Deze heeft ook bestaan in de periode van juni 2016 tot en met 31 december 2016. Over de kwalificatie na 1 januari 2017 is niet gesproken.	N.v.t.	Nee.
6	Nee. Uit e-mails blijkt dat verzoekster op de hoogte was dat zij	N.v.t.	Nee. Er werden facturen van 3.950,- bij	Nee. Er werden van tijd tot tijd opdrachten aan verzoekster verstrekt met	Nee. Het was de bedoeling van partijen om een opdrachtovereenkomst aan te	N.v.t.	Nee.

ECLI:NL:RBR OT:2019:615 5	geen arbeid hoefde te verrichten en geen arbeidsrechtelijke en bescherming had.		verweerder in rekening gebracht. Deze werden voldaan. Haar vorige salaris, toen ze nog in loondienst was, was €2.975,67 bruto per maand.	betrekking tot de werkzaamheden. Dit doet niet af aan het oordeel dat er vanaf januari 2014 geen sprake meer is van een arbeidsovereenkomst	gaan [...] met als doel als zelfstandig ondernemer werkzaamheden voor verweerder te gaan verrichten. Partijen hebben in de praktijk zodanig invulling gegeven aan de overeenkomst.		
7 ECLI:NL:RBA MS:2019:19 8	Ja. De verplichting tot het verrichten van arbeid ontstaat op het moment dat de bestelling door de bezorger wordt geaccepteerd en door Deliveroo wordt toegewezen. Echter als de bezorger weigert kan hij zijn voorrang op de bestellingen verliezen waardoor de vrijheid om een opdracht te weigeren minder groot is.	Ja. Bezorgers kunnen zich laten vervangen om de bestellingen door een ander te laten verrichten, op voorwaarde dat de vervanger voor aanvang van de werkzaamheden een geldig legitimatiebewijs en een bewijs van het recht om in Nederland te werken toont. Echter vanwege het tijdsbestek waarin de maaltijd moet worden bezorgd, is dit feitelijk onmogelijk.	Ja. Betaling vindt plaats per afgeleverde bezorging, waarbij de hoogte hiervan wisselt en op basis van facturering. Hoe hoger het aantal bezorgingen hoe hoger de bonus. Geen mogelijkheid tot onderhandeling over het tarief.	Ja. In het contract zijn verschillende verplichtingen opgenomen met betrekking tot de tijd van bezorging, de route, de omgang met collega's en een zorgvuldigheidsvereiste. Ook is er een verplichting om gevolgd te worden door een GPS. Hiermee wordt de bezorger gecontroleerd. Vanwege het systeem van bezorgen is de bezorger meer afhankelijk van Deliveroo dan dat hij zelfstandig is.	n.v.t. In deze casus was sprake van een standaardcontract, dat volledig en eenzijdig door Deliveroo is opgesteld en niet onderhandelbaar is. In zulke situaties kan voor de bedoeling van partijen aan de weergave in het schriftelijk contract geen doorslaggevende betekenis worden gehecht, zeker niet voor de bedoeling van de bezorger.	De bezorgers moeten zelf voor aanschaf van materiaal zorgen. Deze dienen wel te voldoen aan de hygiëne- en veiligheidseisen. Ook hoeft er niet voldaan te worden aan de kledingvoorschriften van Deliveroo. Wel heeft de bezorger de mogelijkheid deze box met korting bij haar in te kopen, wat waarschijnlijk ook gebeurt. Het is voor derden duidelijk dat de bestelling via Deliveroo gaat.	Ja.
8 ECLI:NL:RBZ WB:2019:13 72	Ja. De Opdrachtnemer moet de opdracht uitvoeren zoals bij de belanghebbende gebruikelijk is.	Ja. De opdrachtgever kan het werk niet aan een derden uitbesteden, tenzij de belanghebbende daar toestemming voor geeft.	Ja. Opdrachtgever bepaalt een vast uurloon en stelt 900 uur per jaar beschikbaar aan opdrachtgever. Maandelijks wordt 1/12 ^e deel van de	Ja. De opdrachtgever bepaalt hoe het werk wordt uitgevoerd. Er is een meldplicht aan de opdrachtgever. De werknemers worden niet anders behandeld dan het eigen personeel.	n.v.t.	Opdrachtnemer maakt gebruik van de bedrijfsmiddelen en materialen die door de belanghebbende beschikbaar worden gesteld.	Ja.

			uren als voorschot als vast bedrag betaald tegen het uurtarief.	Opdrachtnemer moet in beschikbaar zijn, tenzij voorafgaande melding afwezigheid.			
9 ECLI:NL:RBN NE:2019:395	Ja. Eiser verricht dezelfde arbeid als de andere chauffeurs.	Ja. Als eiser ziek was of vrij nam moest hij dit melden bij vennoot. Zij regelden dan vervanging. Eiser kon zich niet uit eigen beweging laten vervangen.	Ja. Eiser ontving voorschotten van de vennootschap. Geen uitbetaling van de winst wel een extra vergoeding bij vroege diensten. Dit werd door de vennoot uitbetaald en bepaald.	Ja. Vennoot gaf bindende aanwijzingen en instructies ten aanzien van het uitvoeren van de pakketbezorgingswerkzaamheden. Eiser was volledig afhankelijk en daarmee ondergeschikt aan de vennoot.	n.v.t.	Eiser maakte gebruik van de bus van het bedrijf en was verplicht om kleding van het bedrijf te dragen.	Ja.
10 ECLI:NL:RBD HA:2019:542 0	n.v.t.	Ja. Arbeid dient persoonlijk te worden verricht. Dit was ook zo beoogd bij het aangaan van de overeenkomst	Nee. Verzoeker stuurde facturen waarop Btw in meerdering was gebracht. Over deze bedragen werden geen loonbelasting of sociale premies ingehouden.	Nee. Verzoeker had een grote mate van vrijheid in de wijze waarop hij zijn werkzaamheden wou verrichten.	Nee. Partijen wensten hun samenwerking vorm te geven aan de hand van een managementovereenkomst.	n.v.t.	Nee.
11 ECLI:NL:GHD HA: 2019: 2391	Niet ter discussie. Wel benoemt dat appellant op gelijke wijze werd behandeld als de overige werknemers, dezelfde vakantie-app gebruikt en doorbetaald kreeg bij ziekte.	Ja. Het staat vast dat de arbeid persoonlijk en fulltime is verricht.	Ja. Maandelijks vergoeding van €3.500,- zonder loonstroken, loonbelasting, sociale premies, vakantiegeld en het werd persoonlijk over gemaakt en niet naar de nieuwe holding.	Ja. Verweerder heeft een mail gestuurd naar alle werknemers waaronder appellant waaruit blijkt dat appellant opruimwerkzaamheden moet doen en op een bepaald tijdstip aanwezig dient te zijn.	Nee. Partijen hebben een samenwerking voor ogen gehad die uiteindelijk tot een vorm van participatie door appellant zou moeten leiden met als uitgangspunt dat hij er financieel niet op achteruit zou gaan ten opzichte van de situatie vóór 1 juli 2016. Onderdeel van hetgeen partijen voor ogen hadden, was dat voor appellant een	n.v.t.	Ja.

					persoonlijke holding (Mammoet Holding B.V. "nieuw") zou worden opgezet "om van hieruit te factureren.		
12 ECLI:NL:OGH ACMB:2019: 10	n.v.t.	Nee. Toiletjuffrouw zorgde voor vervanging bij verhindering.	Nee. Toiletjuffrouw ontving 40 dollar, dit is meer dan het minimumloon. Ze was niet aangemeld bij het SVB en er werden geen loonbelasting of sociale premies ingehouden.	Nee. De Toiletjuffrouw vroeg 1 dollar als klanten naar het toilet wilden gaan, in strijd met hetgeen het restaurant voor ogen had. Het restaurant heeft klachten hierover ontvangen waardoor de relatie met de toiletjuffrouw is beëindigd.	Nee. Het personeel had er genoeg van om als corvee het toilet te moeten schoonmaken, in overleg is, uit de fooienpot, een toiletjuffrouw ingehuurd.	n.v.t.	Nee.
13 ECLI:NL: OGHACMB:2 019:233	Nee. Masseuse werd per behandeling opgeroepen, uitbetaald en stond het haar vrij om te weigeren.	n.v.t.	Ja. Ze werd uitbetaald door een salarisslip met inhouding van arbeidsrechtelijke belastingen en premies.	Nee. Masseuse kreeg instructies met betrekking tot de wijze waarop zij de massages moest uitvoeren. Van haar werd verwacht dat zij training volgde over het gebruik van de producten van de Spa en als zij die niet zou volgen dan zou zij niet meer worden opgeroepen. Dit was vereist voor het gebruik van de producten in de Spa.	n.v.t.	n.v.t.	Nee.
14 ECLI:NL:RBN HO:2020:76 10	Ja. Eiser werkte voor 8 uur, maar werkte ernaast nog bij andere opdrachtgevers. Eiser verricht zelfde werkzaamheden als werknemers in loondienst.	n.v.t.	Nee. Eiser declareerde haar uren met Btw bij opdrachtgever. Zij ontving geen vakantietoeslag en werd niet doorbetaald bij ziekte.	Nee. Eiser kreeg instructies van opdrachtgever. Echter mag dit ook in het geval van een overeenkomst van opdracht – instructiebevoegdheid.	Nee. Partijen zijn uitdrukkelijk een overeenkomst van opdracht aangegaan. Ook al zegt eiser vanaf het begin te zijn uit gegaan van een arbeidsrelatie.	Eiser treed naar buiten als werknemer van opdrachtgever. Dit doet niet af aan het feit dat er sprake is van overeenkomst van opdracht.	Nee.

BIJLAGE II - Jurisprudentieonderzoek elementen na de uitspraak van de Hoge Raad 6 november 2020

Uitspraak	Verrichten van arbeid	Persoonlijke arbeid	Loon	Gezagsverhouding	Bedoeling van partijen tot sluiten arbeidsovereenkomst	De wijze van naar buiten treden door de zzp'er	Arbeidsovereenkomst?
1 ECLI:NLR BROT:20 21:3392	n.v.t.	n.v.t.	Nee. Verzoeker stuurde maandelijks facturen verhoogd met Btw. Er was geen sprake van loonheffing of sociale premies. Er zijn geen vakantiedagen opgenomen of uitgekeerd. Verzoeker factureert een vast bedrag ondanks het aantal uren. Er zijn geen loonstroken gemaakt of om gevraagd.	Nee. Werkzaamheden werden naar de wensen van opdrachtgever uitgevoerd vanwege instructiebevoegdheid. Verzoeker kwam met regelmatig te laat, zonder dat hier consequenties aan werden verbonden. Verzoeker was grotendeels vrij om zelf uren in te delen.	Nee. Partijen hebben over en weer een arbeidsovereenkomst aangeboden, hier is echter geen uitvoering aangegeven.	Verzoeker had een visitekaartje waarop hij gepresenteerd werd als medewerker.	Nee.
2 ECLI:NL:R BAMS:20 21:5029	Ja. Chauffeurs vervoeren via de Uberapp passagiers voor Uber, Uber krijgt per ritprijs een bepaald percentage.	Ja. Uber controleert door middel van een selfie of men de arbeid persoonlijk verricht.	Ja. Chauffeurs worden wekelijks of dagelijks uitbetaald voor het aantal ritten, min de servicekosten.	Ja. Chauffeurs moeten zich in de Uberapp aanmelden. Zij moeten de voorwaarden van Uber gebruiken, dit is niet onderhandelbaar. Uber bepaalt door een algoritme welke chauffeur een rit krijgt. Ook krijgen chauffeurs een rating welke invloed kan hebben op de toegang tot het platform. Tot slot beslist Uber over eventuele klachten.	Nee. Bedoeling van partijen wordt niet meegewogen. Ook als chauffeurs als zzp'er wouden werken, veranderd dit het oordeel niet.	n.v.t.	Ja.

3 ECLI:NL:R BMNE:20 21:5854	Ja. Eiser trad op als waarnemend oogarts in het ziekenhuis.	n.v.t.	Nee. De dagvergoeding was beduidend hoger. Eiser heeft deze zelf gedeclareerd, er werden geen loonbelasting of sociale premies ingehouden.	Nee. Hij volgde de geldende roosters, en voegde zich naar de manier waarop het werk in het ziekenhuis was georganiseerd. Het werken volgens roosters staat niet in de positie van een zelfstandige in de weg. De vraag naar instructiebevoegdheid heeft geen onderscheidend vermogen.	n.v.t.	n.v.t.	Nee.
4 ECLI:NL:R BROT:20 21:7823	Ja. Eiser bleef dezelfde werkzaamheden verrichten als ten tijde van de arbeidsovereenkomst. Ook het aantal uren bleven hetzelfde.	Ja. In de overeenkomst is opgenomen dat eiser zich mag laten vervangen. Echter is nooit gesproken over vervanging of is dit aangeboden waardoor de kantonrechter uitgaat van persoonlijke arbeid, gezien de kennis en ervaring welke nodig is voor de materie.	Nee. Eiser werd op een andere wijze beloond dan ten tijde van de arbeidsovereenkomst. Wezen gaat echter voor schijn en is deze enkele omstandigheid onvoldoende voor het aannemen van een overeenkomst van opdracht.	Ja. De arbeidsduur werd door werkgever bepaald, werkgever kon instructies geven over de uitvoering voor de werkzaamheden. Eiser moest een verzoek indienen voor verlof, werkgever verzocht overuren te werken en er werden materialen ter beschikking gesteld.	n.v.t. Nadrukkelijk benoemt dat de bedoeling van partijen niet van belang is.	n.v.t.	Ja.
5 ECLI:NL:R BGEL:202 1:5741	Nee. Opdrachtnemer werd 'opgeroepen' voor werkzaamheden, hij mocht ervoor kiezen om te weigeren. De werktijden wisselde.	n.v.t.	Nee. Opdrachtnemer werd betaald voor de gewerkte uren en kreeg niet betaald bij ziekte of afwezigheid.	Nee. Werkzaamheden werden zelfstandig verricht, er werd niet gestuurd op de inhoud. Opdrachtnemer nam geen deel aan teamuitjes of vergaderingen en had geen beoordelingsgesprek. Er was enkel een zekere mate van toetsing door de eindredactie.	Nee. Partijen hebben beoogd een overeenkomst van opdracht tot stand te brengen.	n.v.t.	Nee.
6	Ja. Verzoeker is niet vrij om de opgedragen	Ja. Verzoeker mocht zich niet laten vervangen, dit is onvoldoende	Nee. Er zijn geen loonstroken ontvangen, er zijn geen	Nee. Verzoeker is vrij en zelfstandig in het wel of niet aannemen van opdracht van	n.v.t. Uitdrukkelijk benoemt dat niet van belang is.	Verzoeker heeft zich naar de Belastingdienst	Nee.

ECLI:NL:R BROT:20 21:4214	werkzaamheden te weigeren, dit is onvoldoende weersproken waardoor het is aangenomen	weersproken waardoor het is aangenomen.	loonbelasting of sociale premies afgedragen en er wordt geen vakantiegeld uitbetaald. De vergoedingen zijn afhankelijk van de winst.	klanten, de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht en de wijze waarop relaties worden opgebouwd. Het volgen van enkele instructies veranderd dit niet.		gepresenteerd als ondernemer.	
7 ECLI:NL:R BMNE:20 21:3667	n.v.t	n.v.t. aangenomen kan worden dat vanwege de functie van de verzoeker (financieel directeur) er geen vervanging mogelijk was	Nee. Het loon was hoger en onderhandelbaar waardoor hij ook recht verkregen heeft op vakantiegeld, een dertiende maand, betaald vakantieverlof, doorbetaling bij arbeidsongeschiktheid, een zorgverzekering en een pensioenvoorziening.	Nee. Dat [verzoeker] zich aan de voor de bank als financiële instelling geldende regels had te conformeren, en dat zijn functioneren door toezicht- en aandeelhouders nauwlettend zou worden gevolgd, brengt daarom niet mee dat sprake was van een gezagsverhouding tussen hem en de bank. Hetzelfde geldt voor de bedingen in de overeenkomst die [verzoeker] verplichtten tot naleving van bestaande of nog vast te stellen 'instructies van het bevoegde orgaan' (artikel 1.5) en van 'aanwijzingen en voorschriften met betrekking tot integriteit en compliance' (artikel 1.6), en ook voor de bepaling (van artikel 12.1) dat de raad van commissarissen toezicht houdt op zijn 'prestaties en competenties' en dat er in ieder geval jaarlijks een	n.v.t. wel wordt benoemt dat de verzoeker wist dat er een overeenkomst van opdracht tot stand komt mede door zijn positie binnen de maatschappij. In deze casus wordt ook veel aandacht bestaat aan de omstandigheden van het geval en de positie	n.v.t.	Nee.

				'beoordelingsgesprek' wordt gevoerd.			
8 ECLI:NL:O GEAM:20 21:27	Nee. Uit mailwisseling blijkt dat de psychiater zelf opgeeft wanneer zij komt werken.	n.v.t.	Nee. De psychiater factureert vanuit de BV aan de stichting. Alleen de gewerkte uren worden gefactureerd en tijdens vakantie krijgt ze niet doorbetaald.	Nee. Dat de stichting administratieve en organisatorische eisen kan stellen wijst niet op een gezagsverhouding nu bij een overeenkomst van opdracht er ook een instructiebevoegdheid is.	n.v.t. benoemt dat deze maatstaf niet op gaat.	n.v.t.	Nee.
9 ECLI:NL:G HARL:202 1:3894	Ja. Niet in geschil dat zorgverlener hier altijd heeft gewerkt.	Ja. Niet in geschil dat zorgverlener de arbeid persoonlijk heeft verricht.	Ja. Het salaris werd uitbetaald aan zorgverlener, weliswaar door een doorgeefluik. Dit doet niet af dat Zorghulp zich gedroeg als werkgever.	Ja. Zorghulp mocht instructies verstrekken. De zorgverlener moest voldoen aan de eisen en kon bij problemen naar Zorghulp gaan. Zorghulp zorgde voor begeleiding en zorgverlener mocht mee op uitjes.	Nee. Niet van doorslaggevend belang. Benoemt is dat Zorghulp nooit de bedoeling heeft gehad een arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen.		Ja.
10 ECLI:NL:G HAMS:20 21:392	Ja. Bezorgers voeren een opdracht uit als deze is aanvaard.	Nee. Bezorgers hebben de mogelijkheid zich te laten vervangen. Wel moet Deliveroo het ID bewijs controleren vanwege wetgeving. In de algemene voorwaarden van Deliveroo is ook opgenomen dat de verzekering geldt voor vervangers die nog niet waren aangemeld. Deliveroo stelt weinig eisen aan de toestemming voor vervanging. Ook in de	Ja. Deliveroo betaalt de bezorgers per afgeleverde bestelling. De bedragen staan vast en niet ter discussie. Bezorgers worden tweewekelijks uitbetaald, tenzij zij een directe uitbetaling verzoeken. Hiervoor wordt wel €0,50 in rekening gebracht. Bezorgers zijn niet Btw-plichtig, ook wordt er in beperkte mate bij ziekte doorbetaald.	Ja. De bezorger moet binnen een termijn leveren en dus een snelle route kiezen. GPS locaties worden constant bijgehouden, hierdoor is er een vergaande controlemogelijkheid. Door middel van bonussen voert Deliveroo invloed uit op het gedrag van bezorgers.	n.v.t.	Bezorgers kunnen hun werkzaamheden verrichten met eigen middelen (vervoersmiddel, bezorgtas en kleding). Door Deliveroo wordt wel gestimuleerd middelen van Deliveroo te gebruiken, deze worden met korting aangeboden. Ondernemers worden niet als zzp'er gezien maar als onderdeel van Deliveroo.	Ja.

		praktijk werd gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot vervanging.					
--	--	--	--	--	--	--	--