



Wie is de BAAS?

RE441C

Een onderzoek naar het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst

Hogeschool Leiden HBO-Rechten		Opleiding
Naam	: Danique Kraaij	
Studentennummer	: s1081318	
Klas	: 4C	
Afstudeerbegeleider	: De heer mr. V.A. Jongste	
Onderzoeksdocent	: Mevrouw mr. I.J.S van Mierlo-Groot	
Opdrachtgever	: VIER advocaten	
Inleverdatum	: 29 mei 2017	
Collegejaar	: 2016/2017	

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden. Dit onderzoeksrapport is verricht in opdracht van advocatenkantoor 'VIER advocaten' te Den Haag en heeft betrekking op het arbeidsrecht. Het onderzoek is gericht op het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW.

Allereerst wil ik mijn opdrachtgever, Peter Spaargaren, bedanken voor de mogelijkheid om bij zijn advocatenkantoor af te studeren. Ik wil hem bedanken voor alle tijd die hij heeft vrijgemaakt en zijn flexibiliteit bij het maken van afspraken. Tevens wil ik mijn afstudeerbegeleider, Vincent Jongste, bedanken voor zijn begeleiding, motivatie en de tijd die hij in mij heeft gestoken. Ik heb veel gehad aan zijn inhoudelijke feedback en mede door deze feedback heb ik dit onderzoeksrapport tot stand kunnen brengen.

Danique Kraaij,

Amsterdam, 26 mei 2017

Samenvatting

In de arbeidsrechtelijke praktijk komen afspraken en situaties met betrekking tot arbeidsrelaties voor, waarvan niet of niet onmiddellijk duidelijk is hoe zij juridisch gekwalificeerd moeten worden. De opkomst van de flexibele arbeidskrachten heeft ervoor gezorgd dat met regelmaat de vraag is ontstaan of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze vraag heeft zich ook afgespeeld bij advocatenkantoor 'VIER advocaten' met betrekking tot de zzp'er en de oproepkracht. Dat heeft geleid tot dit onderzoek met de volgende centrale vraag: "Wat kan VIER advocaten haar cliënten adviseren bij een beroep op art. 7:610a BW blijkens de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie?"

Indien er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie, kan er beroep worden gedaan op een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW. Dit is alleen mogelijk wanneer een persoon gedurende drie maanden, wekelijks of tenminste twintig uren per maand, arbeid heeft verricht tegen beloning voor een ander. Nu is allereerst de vraag: wat is een arbeidsovereenkomst? Er is sprake van een arbeidsovereenkomst, indien er is voldaan aan de elementen uit art. 7:610 BW: arbeid, loon en gezag. De tweede vraag die daarmee volgt is: wat is het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht enerzijds en de arbeidsovereenkomst en de oproepovereenkomst anderzijds?

De zzp'er

Een zzp'er werkt op basis van een overeenkomst van opdracht voor een opdrachtgever. Dit staat geregeld in art. 7:400 BW. Uit het theoretisch-juridisch onderzoek blijkt dat het verschil tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst voornamelijk ligt in het element gezag, want een gezagsverhouding ontbreekt bij de overeenkomst van opdracht. Tot 1 mei 2016 kon er een Verklaring arbeidsrelatie (VAR-verklaring) worden aangevraagd bij de Belastingdienst. Deze verklaring gaf de opdrachtgever de garantie dat partijen niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. De wet DBA heeft deze verklaring vervangen door een modelovereenkomst. Er is omtrent de Wet DBA nog veel onduidelijkheid, waardoor het nog maar de vraag is of deze wet de oplossing biedt. In de praktijk is gebleken dat deze verklaring slechts wordt gezien als indicatie. De rechter weegt bij zijn beoordeling ook alle andere feiten en omstandigheden mee. Daarnaast vormt de gezagsverhouding ook geen waterdicht schot tussen deze twee overeenkomsten van arbeid, omdat de opdrachtgever wel de bevoegdheid heeft om in beperkte mate instructies te geven. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechter zijn oordeel vormt door naar de volgende omstandigheden te kijken: de mogelijkheid tot vrije vervanging, de beloning, de partijbedoeling, de maatschappelijke positie, de ondernemersvrijheid, het ondernemersrisico, de aanwezigheid van meerdere opdrachtgevers en of er een VAR-verklaring aanwezig is. Uit de resultaten blijkt dat een zzp'er succesvol beroep doet op een arbeidsovereenkomst, indien er sprake is van: geen vrije mogelijkheid tot vervanging, instructies en controle buiten de bevoegdheid en beperkte ondernemersvrijheid in combinatie met de omstandigheid dat de zzp'er kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden en/of op non-actief was gesteld door de opdrachtgever en/of economisch afhankelijk was van de opdrachtgever.

De oproepkracht

De oproepkracht werkt op basis van een oproepovereenkomst. De regelgeving omtrent deze overeenkomst valt indirect af te leiden uit het arbeidsovereenkomstenrecht en direct uit de eventueel geldende cao die betrekking heeft op de overeenkomst. Er kunnen twee soorten oproepovereenkomsten worden onderscheiden, namelijk de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht en de voorovereenkomst. Het verschil tussen deze twee oproepovereenkomsten is dat er bij de voorovereenkomst nog geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar slechts van een intentieverklaring. Er is pas sprake van een arbeidsovereenkomst (voor korte duur) wanneer de werkgever de oproepkracht oproept en deze hieraan gehoor geeft. Bij de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is er vanaf het begin al een arbeidsovereenkomst aanwezig, maar is het nog de vraag wanneer de arbeid zal worden verricht. Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en deze twee oproepovereenkomsten ligt niet zozeer in de kenmerken van art. 7:610 BW, zoals het geval is bij de overeenkomst van opdracht, maar in de vraag of er überhaupt sprake is van een arbeidsovereenkomst. Aangezien de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht al een arbeidsovereenkomst is, zal er alleen een beroep worden gedaan op art. 7:610a BW wanneer dit gebeurt in combinatie met art. 7:610b BW. In zo'n geschil gaat het voornamelijk om de vraag wat de arbeidsomvang is. Bij de voorovereenkomst is er niet direct sprake van een arbeidsovereenkomst, waardoor wel een beroep op art. 7:610a BW kan worden gedaan zonder art. 7:610b BW. Dit komt door het feit dat er geen sprake is van duidelijk verschillende kenmerken zoals bij de overeenkomst van opdracht wel het geval is. Dit heeft als gevolg dat het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de oproepovereenkomsten moeilijker is vast te stellen. Het feit dat een oproepkracht niet weet wanneer hij of zij wordt opgeroepen, leidt tot een zwakkere rechtspositie. De rechter neemt om deze reden de oproepkracht sneller in bescherming. De kenmerken van het zelfstandig ondernemerschap spelen bij de oproepkracht geen rol bij de beoordeling, want die hebben alleen betrekking op een zzp'er. De rechter richt zich alleen tot de elementen: arbeid, loon en gezag. Om er achter te komen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, kijkt de rechter naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat een oproepkracht succesvol beroep doet op een arbeidsovereenkomst, indien de partijbedoeling een arbeidsovereenkomst is geweest en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven meer vergelijking vertoont met een arbeidsovereenkomst. De omstandigheid die in de onderzochte uitspraken tot de doorslag heeft geleid is het feit dat de oproepkracht structureel is ingezet. De rechter is hierdoor van oordeel dat er niet meer kan worden gesproken van het 'oproep' karakter.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Samenvatting	3
Inhoudsopgave	5
Afkortingenlijst	6
Verantwoording afwijking onderzoeksvoorstel	6
Hoofdstuk 1: Inleiding	7
§1.1 Aanleiding en probleemstelling	7
§1.2 Doelstelling	9
§1.3 Centrale vraag en deelvragen	9
§1.4 Onderzoeksmethode en verantwoording	10
§1.5 Leeswijzer	12
Hoofdstuk 2: De drie verschillende overeenkomsten	13
§2.1 Inleiding	13
§2.2 De arbeidsovereenkomst	14
§2.3 De overeenkomst van opdracht	16
§2.4 De zelfstandige zonder personeel	17
§2.5 De Wet DBA	18
§2.6 De oproepovereenkomst	20
§2.7 Deelconclusie	21
Hoofdstuk 3: Het rechtsvermoeden	23
§3.1 Inleiding	23
§3.2 Wat houdt het rechtsvermoeden in?	23
§3.3 Deelconclusie	24
Hoofdstuk 4: Arresten van de Hoge Raad	25
§4.1 Inleiding	25
§4.2 Richtlijnen	25
Hoofdstuk 5: Feiten, omstandigheden en de overweging van de rechter	27
§5.1 Inleiding	27
§5.2 De zzp'er	27
§5.2.1 Verantwoording topics	28
§5.2.2 Resultaten jurisprudentieanalyse	31
§5.2.3 Succesvol beroep op art. 7:610a BW	36
§5.2.4 Vergelijking met uitspraken geen succesvol beroep	40
§5.3 Deelconclusie	42
§5.4 De oproepkracht	43
§5.4.1 Verantwoording topics	43
§5.4.2 Resultaten jurisprudentieanalyse	44
§5.4.3 Uitspraken succesvol beroep art. 7:610a BW	44
§5.4.4 Vergelijking met uitspraken geen succesvol beroep	46
§5.5 Deelconclusie	47
Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen	48
§6.1 Conclusies	48
§6.1.1 Conclusie zzp'er	48
§6.1.2 Conclusie oproepkracht	50
§6.1.3 Het advies/beantwoording centrale vraag	51
§6.1.3.1 Advies ten aanzien van de zzp'er	51
§6.1.3.2 Advies ten aanzien van de oproepkracht	52

§6.2 Aanbevelingen.....	52
§6.2.1 Aanbevelingen ten aanzien van de zzp'er	52
§6.2.2 Aanbevelingen ten aanzien van de oproepkracht.....	53
§6.2.3 Aanbevelingen ten aanzien van de opdrachtgever	53
Bronvermelding	54
Bijlagen	58
Bijlage 1: Arresten Hoge Raad	58
Bijlage 2: Topiclijst zzp'er	64
Bijlage 3: Topiclijst oproepkracht	64
Bijlage 4: Tabel jurisprudentieanalyse zzp'er	65
Bijlage 5: Tabel jurisprudentieanalyse oproepkracht	71
Bijlage 6: Samenvatting uitspraken zzp'er	72
Bijlage 7: Samenvatting uitspraken oproepkracht.....	91

Afkortingenlijst

Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
Btw	Belasting toegevoegde waarde
HR	Hoge Raad
KvK	Kamer van Koophandel
SER	Sociaal Economische Raad
Rb	Rechtbank
VAR	Verklaring Arbeidsrelatie
Wet DBA	Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties
Zzp'er	Zelfstandigen zonder personeel

Verantwoording afwijking onderzoeksvoorstel

Tijdens het verrichten van het jurisprudentieonderzoek, heeft er een wijziging plaatsgevonden in de topiclijst met betrekking tot de zzp'er. Er is gekozen om de eerste topic: 'voldaan aan de voorwaarden uit art. 7:610a BW' weg te laten. Deze topic heeft geen meerwaarde voor de uitkomst van de resultaten, omdat bijna in elke uitspraak is voldaan aan deze voorwaarde. Dit heeft geleid tot negen topics in plaats van tien. Daarnaast is de verantwoording van de geselecteerde uitspraken uitgebreid.

Hoofdstuk 1: Inleiding

§1.1 Aanleiding en probleemstelling

Dit onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van advocatenkantoor 'VIER advocaten' dat is gelegen aan de Koninginnegracht 53 in Den Haag. Op dit kantoor zijn vijf advocaten werkzaam op verschillende rechtsgebieden. VIER advocaten houdt zich bezig met het bijstaan van cliënten of een partij bij juridische geschillen. Daarnaast geeft het kantoor ook advies bij juridische vraagstukken. Voor dit onderzoek zal ik mij richten op het arbeidsrecht.

In de praktijk van de arbeidsmarkt komen afspraken en situaties met betrekking tot arbeidsrelaties voor, waarvan niet of niet onmiddellijk duidelijk is hoe zij juridisch gekwalificeerd moeten worden. Het arbeidsovereenkomstenrecht bevat criteria en aanknopingspunten, maar deze bieden niet altijd even veel houvast in de praktijk. Er kan bijvoorbeeld onduidelijkheid bestaan over de aard van een arbeidsrelatie. Is er nu wel of geen sprake van een arbeidsovereenkomst? Deze vraag kan naar boven komen wanneer er over bepaalde punten van de arbeidsrelatie geen duidelijke afspraken zijn gemaakt, of wanneer de feitelijke uitvoering in de praktijk niet overeenkomt met de gemaakte afspraken. Dit is vaak het geval bij flexibele arbeidsrelaties.¹ Om een halt toe te roepen aan onduidelijke en variabele arbeidsrelaties, is artikel 610a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (art. 7:610a BW) op 1 januari 1999 in het leven geroepen door de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.² Dit artikel heeft ervoor gezorgd dat een persoon zich kan beroepen op 'het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst' wanneer er onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie. Kortgezegd verschaft dit artikel toegang tot de rechter om een arbeidsovereenkomst te claimen. De voorwaarde is wel dat de persoon over een periode van drie maanden of meer, elke week moet hebben gewerkt of tenminste twintig uren per maand.

Art. 7:610a BW luidt als volgt:

"Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst."

Zoals al eerder is benoemd, is dit artikel vooral van belang voor flexibele arbeidskrachten. Alhoewel dit artikel al sinds 1999 van kracht is, is hier een lange tijd niet veel beroep op gedaan. De reden hiervan is dat er in die tijd nog veel werd gewerkt met vaste contracten, waardoor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, nauwelijks aan de orde kwam. De flexibele arbeidsrelaties zijn de laatste jaren echter steeds populairder geworden en er is een verandering gaande op de Nederlandse arbeidsmarkt. Het aantal mensen met een vast arbeidscontract neemt sterk af en er is een opmars aan flexcontracten. Uit een

¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p.4

² Stb. 1998, 300

rapport van het Centraal Planbureau (CPB) blijkt dat momenteel zes van de tien mensen een vast contract heeft. Tien jaar geleden hadden meer dan zeven van de tien mensen een vast contract. Momenteel werken bijna drie miljoen Nederlanders in een flexibel dienstverband of als zelfstandige zonder personeel (zzp'er).³

De grote opkomst van flexibele arbeidsrelaties heeft gezorgd voor de komst van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) in juli 2015. Het doel van deze wet was (onder andere) om flexwerkers meer zekerheid te bieden door middel van een aantal wijzigingen in de wet. Bij meer zekerheid moet worden gedacht aan het eerder verkrijgen van vastigheid, zoals bijvoorbeeld een vast contract. Art. 7:610a BW is door de komst van de WWZ dan wel niet gewijzigd, maar vanuit de gedachte van de WWZ is dit ook een soort bescherming voor de flexwerker ten aanzien van het verkrijgen van vastigheid.

De aanleiding van dit onderzoek is een vraagstuk dat VIER advocaten heeft over art. 7:610a BW. Dit vraagstuk is ontstaan door de volgende situatie. Het advocatenkantoor had enige tijd een zzp'er in dienst op basis van een overeenkomst van opdracht. De zzp'er werkte twee dagen per week bij hen en verrichtte juridische werkzaamheden. Bij het verrichten van deze werkzaamheden kreeg hij instructies van de advocaten. De zzp'er stond ingeschreven bij de Kamer van Koophandel (KvK) en had daardoor een KvK-nummer. VIER advocaten vraagt zich af of de rechtsverhouding tussen hen en de zzp'er via art. 7:610a BW kon worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Had de zzp'er bijvoorbeeld doorbetaling van loon kunnen vorderen bij ziekte? Dit vraagstuk is mede ontstaan naar aanleiding van de vele PostNL-zaken die zich hebben voorgedaan in 2015⁵. In de PostNL-zaken ging het om zelfstandige pakketbezorgers die stelden dat zij werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst in plaats van de zogenaamde overeenkomst van opdracht (meer specifiek de 'vervoersovereenkomst'), welke zij op papier waren overeengekomen. Deze discussie is voornamelijk ontstaan wanneer er sprake was van een langdurige samenwerking en deze samenwerking werd beëindigd door de opdrachtgever. De rechter heeft slechts enkele keren een arbeidsovereenkomst toegewezen. Naast de situatie binnen het kantoor zelf, krijgt VIER advocaten ook cliënten met een oproepovereenkomst (oproepkrachten) die een arbeidsovereenkomst willen claimen via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW.

Gelet op voorgaande is het knelpunt voor de advocaten van VIER advocaten dat zij niet weten onder welke feiten en omstandigheden al dan niet succesvol beroep kan worden gedaan op een arbeidsovereenkomst via art. 7:610a BW door zowel de zzp'er als de oproepkracht. Graag zou het advocatenkantoor hier inzicht in krijgen middels een recent jurisprudentieonderzoek. Dit zal ervoor zorgen dat VIER advocaten haar cliënten kan voorzien van advies bij een beroep op art. 7:610a BW.

³ R. Euwals, M. de Graaf-Zijl en D. van Vuuren, Flexibiliteit op de arbeidsmarkt, CPB Policy Brief 2016/14, cpb.nl

⁵ 'Arbeidscontract pakketbezorgers PostNL', de rechtspraak 18 december 2015, rechtspraak.nl (zoek op: *Rechtbank Noord-Holland, Nieuws, Arbeidscontracten pakketbezorgers PostNL*)

Uit art. 7:610a BW valt te concluderen dat het niet alleen gaat om hetgeen partijen op papier zijn overeengekomen of hetgeen zij voor ogen hadden, maar ook om de daadwerkelijke invulling van de overeenkomst. Tot nu toe gebruikt VIER advocaten bij het procederen en het geven van juridisch advies de criteria uit de standaardarresten van de Hoge Raad. Deze standaardarresten vormen namelijk een leidraad voor de lagere rechtspraak. Hierbij moet worden gedacht aan de criteria uit het Groen/Schoevers arrest.⁶

De criteria zijn als volgt:

- *De maatschappelijke positie*
- *De partijbedoeling*
- *De uitvoering*

De standaardarresten uit de hogere rechtspraak zijn echter van 20 jaar geleden. In de tussentijd zijn er alweer een hoop uitspraken gedaan door zowel de lagere als hogere rechtspraak. Om deze reden wil VIER advocaten weten welke feiten en omstandigheden op dit moment tot succes of afwijzing leiden bij een beroep op art. 7:610a BW. Wat is nu bijvoorbeeld de belangrijkste criteria dat zal leiden tot een goede claim op een arbeidsovereenkomst? Ook vragen zij zich af welke rol de nieuwe wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA) daarin speelt voor de zzp'er, nu deze het systeem Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) heeft vervangen.

§1.2 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om een advies uit te brengen aan VIER advocaten over het adviseren van haar cliënten in het kader van een beroep op art. 7:610a BW. Er zal inzicht worden gegeven onder welke feiten en omstandigheden een beroep op art. 7:610a BW al dan niet succesvol is voor zowel de zzp'er als de oproepkracht. Bij dit onderzoek zal ook de Wet DBA worden betrokken.

§1.3 Centrale vraag en deelvragen

De centrale vraag van dit onderzoek luidt:

"Wat kan VIER advocaten haar cliënten adviseren bij een beroep op art. 7:610a BW blijkens de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie?"

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden moet een aantal deelvragen worden beantwoord. De deelvragen die voor dit onderzoek zullen worden gebruikt zijn:

1. Wat is het verschil tussen de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de oproepovereenkomst?
2. Wat houdt het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW in?
3. Wat zijn de richtlijnen volgens de belangrijke arresten van de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW?

⁶ HR 14 november 1997, JAR 1997/263

4. Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een zzp'er?
5. Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een oproepkracht?

§1.4 Onderzoeksmethode en verantwoording

Theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte

Het theoretisch-juridisch onderzoek zal worden uitgevoerd aan de hand van wetsanalyse en literatuuronderzoek. Per deelvraag zal de keuze voor de onderzoeksmethode worden gemotiveerd en zal er worden aangegeven hoe het onderzoek wordt aangepakt. Dit onderzoeksgedeelte vormt het juridisch kader.

Deelvraag 1: *Wat is het verschil tussen de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de oproepovereenkomst?*

Om deze deelvraag te beantwoorden zal er gebruik worden gemaakt van de huidige wet- en regelgeving en een literatuuronderzoek. Er zal worden ingezoomd op deze drie verschillende overeenkomsten. Bij de overeenkomst van opdracht zal de Wet DBA worden betrokken. Daarbij zal worden geschreven over de huidige situatie en de schijnconstructie. De literatuur die zal worden gebruikt is onder andere Loonstra, Van der Grinten, Heinsius, Heerma van Vos en Treep.

Deelvraag 2: *Wat houdt het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW in?*

Om deze deelvraag te beantwoorden zal er gebruik worden gemaakt van de huidige wet- en regelgeving en de aangegeven literatuur, waaronder: Tekst & commentaar Arbeidsrecht.

Deelvraag 3: *Wat zijn de richtlijnen volgens de belangrijke arresten van de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW?*

Om deze deelvraag te beantwoorden zullen de volgende uitspraken worden beschreven: *Groen/Schoevers, ABN AMRO/Malhi, Van der Male/Den Hoedt, Diosynth/Groot, UvA/Beurspromovendi, Thuiszorg Rotterdam/PGGM, Gouden Kooi en Sjomeer*. Middels deze arresten kan worden geconcludeerd wat de richtlijnen zijn van de Hoge Raad.

Praktijkonderzoeksgedeelte

Het praktijkonderzoeksgedeelte zal worden uitgevoerd aan de hand van een jurisprudentieonderzoek. Dit is noodzakelijk om er achter te komen wat VIER advocaten haar cliënten kan adviseren bij een beroep op art. 7:610a BW. Alleen uit de rechtspraak blijkt namelijk welke feiten en omstandigheden een rol spelen bij de afweging van de rechter, want uit de huidige wet- en regelgeving valt dit niet af te leiden. Dit onderzoeksgedeelte wordt in het onderzoeksrapport beantwoord in het gedeelte 'resultaten'.

Deelvraag 4: Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een zzp'er?

Om deze deelvraag te beantwoorden zal er in de jurisprudentie worden gekeken welke feiten en omstandigheden de rechter meeweegt bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW?

Deelvraag 5: Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een oproepkracht?

Om deze deelvraag te beantwoorden zal er in de jurisprudentie worden gekeken welke feiten en omstandigheden de rechter meeweegt bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW?

Om een valide onderzoek tot stand te brengen, zijn er 38 uitspraken geselecteerd die zullen worden geanalyseerd. Van de 38 uitspraken hebben 30 uitspraken betrekking op de zzp'er en 8 uitspraken op de oproepkracht. Er zal aan de hand van topics onderzoek worden verricht. Daarnaast zal er worden gekeken of bepaalde lijnen kenmerkend zijn bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW.

Opstellen van topics

Om de topics voor het jurisprudentieonderzoek op te stellen, is er gekeken naar: de literatuur, de arresten van de Hoge Raad en de geselecteerde uitspraken. De topics zijn opgesteld door middel van de verschillende elementen die de rechter behandelt bij beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW. Na het opstellen van deze topics zijn er vervolgens drie geselecteerde uitspraken bekeken, om na te gaan of de topics ook daadwerkelijk konden worden ingevuld.

<u>De topics voor de zzp'er</u>	<u>De topics voor de oproepkracht</u>
• <i>Vrije vervanging door een derde</i> • <i>Beloning anders dan loon</i> • <i>Instructies en controle</i> • <i>Partijbedoeling</i> • <i>Maatschappelijke positie</i> • <i>Ondernemersvrijheid</i> • <i>Ondernemersrisico</i> • <i>Meerdere opdrachtgevers</i> • <i>VAR-verklaring aanwezig</i>	• <i>Voldaan aan voorwaarden art. 7:610a BW</i> • <i>Partijbedoeling</i> • <i>Feitelijke uitvoering</i>

Verantwoording selectie uitspraken

Er zal gebruik worden gemaakt van de meest recente uitspraken van Rechtbanken, Gerechtshoven en de Hoge Raad. Voor de zzp'er zijn er uitspraken geselecteerd uit de periode 2011 tot 2017. De uitspraken voor de zzp'er zijn geselecteerd op de volgende zoektermen: 'rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst', 'art. 7:610a BW'. Er is gesorteerd op 'Datum publicatie nieuwste boven' om de meest recente uitspraken in beeld te krijgen. Uit deze zoekopdracht zijn 132 uitspraken naar voren gekomen. Al deze uitspraken zijn één voor één bekeken om te kijken welke bruikbaar zijn voor het onderzoek, want niet alle uitspraken hadden namelijk betrekking op de zzp'er. Deze methode is gekozen, omdat de zoekterm 'zzp'er' in combinatie met 'rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst' maar twee uitspraken naar voren bracht. De selectie heeft geleid tot 30 bruikbare uitspraken.

Gezien het feit dat er minder uitspraken zijn met betrekking tot de oproepkracht, zal daarvoor een onderzoek worden gedaan dat strekt over een ruimere periode, namelijk van 2006 tot 2017. Ook voor de oproepkracht is gekozen om de zoekterm ruim te houden met 'rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst', 'art. 7:610a BW', want de zoekterm 'oproepkracht' in combinatie met 'rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst' leidde tot nul uitspraken. De algemene zoekopdracht over 2006 tot en met 2017 leverde in totaal 195 uitspraken op. Ook deze uitspraken zijn allemaal één voor één bekeken om te kijken welke bruikbaar zijn voor het onderzoek, want niet alle uitspraken hadden namelijk betrekking op de oproepkracht. Slechts in enkele uitspraken kwam de oproepkracht aan de orde. De selectie heeft geleid tot 8 bruikbare uitspraken.

§1.5 Leeswijzer

In deze leeswijzer staat beschreven hoe het onderzoeksrapport is opgebouwd. In hoofdstuk 1 is de aanleiding van het onderzoek en de probleemstelling te vinden. In dat hoofdstuk staat ook aangegeven op welke wijze is onderzocht.

De hoofdstukken 2, 3 en 4 vormen het juridisch kader van dit onderzoek. Daarin worden de eerste drie deelvragen beantwoord. Er zal worden geschreven over de drie overeenkomsten, het artikel 7:610a BW en de belangrijkste arresten van de Hoge Raad. Hoofdstuk 5 vormt het gedeelte resultaten. In dit hoofdstuk worden de laatste twee deelvragen beantwoord aan de hand van een jurisprudentieanalyse. In het laatste hoofdstuk staat de conclusie beschreven en worden er aanbevelingen gedaan.

Hoofdstuk 2: De drie verschillende overeenkomsten

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, luidt als volgt:

“Wat is het verschil tussen de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de oproepovereenkomst?”

§2.1 Inleiding voor

Het Burgerlijk Wetboek kent drie soorten overeenkomsten van arbeid waarin het verrichten van arbeid centraal staat⁷, namelijk: de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW), de overeenkomst tot aanneming van werk (art. 7:550 BW) en de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).⁸ Daarnaast kent de arbeidsrechtelijke praktijk ook een oproepovereenkomst. Oproep is geen in de wet genoemd begrip. De regelgeving omtrent oproep kan daardoor ook niet direct uit de wet worden afgeleid, maar wel indirect. De regelgeving met betrekking tot de oproepovereenkomst is voornamelijk te vinden in het arbeidsovereenkomstenrecht en de eventueel geldende cao die betrekking heeft op de overeenkomst.⁹ In het kader van dit onderzoek zal de overeenkomst tot aanneming van werk buiten beschouwing worden gelaten, nu de opdrachtgever de wens heeft dat dit onderzoek alleen betrekking heeft op de overeenkomst van opdracht en de oproepovereenkomst. Om de overweging van de rechter in het jurisprudentieonderzoek te begrijpen, is het noodzakelijk om het verschil tussen deze drie overeenkomsten van arbeid duidelijk in kaart te brengen. Dit zal worden gedaan in paragraaf 2.2, 2.3 en 2.6. Zoals uit de probleemstelling is gebleken, staat de zzp’er in samenhang met de overeenkomst van opdracht naast de oproepkracht centraal in dit onderzoek. Dit blijkt uit de PostNL-zaken en de situatie van de opdrachtgever. Om deze reden zal in paragraaf 2.4 worden ingegaan op het begrip zzp’er. Tevens zal de nieuwe Wet DBA worden behandeld in paragraaf 2.5. Deze wet heeft betrekking op de zzp’er en is daardoor ook van belang voor de overeenkomst van opdracht. Het is noodzakelijk om te weten welke problemen spelen rondom deze wet, zodat er een goed beeld kan worden gevormd over de huidige situatie. Tot slot betreft paragraaf 2.7 een deelconclusie met een korte schets van het verschil tussen de drie overeenkomsten van arbeid.

Een opmerking hierbij is dat het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW in dit hoofdstuk al een aantal keren naar voren komt. Dit houdt namelijk verband met de vraag of de opdrachtovereenkomst ook daadwerkelijk een opdracht is of niet. In hoofdstuk 3 zal uitgebreid worden ingegaan op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW.

⁷ Loonstra 2016, p. 32

⁸ Marion Treep 2015, p.46

⁹ Marion Treep 2015, p.290

§2.2 De arbeidsovereenkomst

Ondanks het feit dat de Nederlandse arbeidsmarkt aan het veranderen is, zijn de meeste arbeidsrelaties juridisch gebaseerd op een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW.¹⁰ De arbeidsovereenkomst is een rechtsverhouding tussen werknemer, een natuurlijk persoon, en werkgever. Deze overeenkomst is vormvrij, dat betekent dat deze zowel mondeling als schriftelijk kan worden overeengekomen.¹¹

Op de arbeidsovereenkomst zijn wettelijke regels van toepassing met een dwingend karakter waar niet van mag worden afgeweken.¹² Hierbij moet worden gedacht aan het ontslagrecht. De werknemer geniet door deze regels van bescherming in verband met zijn zwakke positie tegenover de werkgever. Het doel van deze regels is compensatie van de economische ongelijkheid.¹³ De regels zijn te vinden in de volgende wetten: Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, De Arbeidstijdenwet, De Arbeidsomstandighedenwet, De Wet arbeid en zorg en tot slot de Wetgeving over gelijke behandeling.

De arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW

Dit artikel luidt als volgt:

“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”.

Dit artikel bevat drie elementen, welke de ‘kenmerken’ vormen voor een arbeidsovereenkomst. Dit zijn de volgende: arbeid, loon en gezag. Wat onder de drie kenmerken in art. 7:610a BW moet worden verstaan, zal hieronder worden uiteengezet. Dit zal echter wel in die mate worden beschreven voor zover dit van belang is voor het onderzoek.

Arbeid

Het eerste kenmerk *arbeid* heeft een ruime strekking. Arbeid kan zowel lichamelijk als geestelijk zijn. Daarnaast kan het ook gaan om passieve arbeid, zoals het enkel aanwezig zijn.¹⁴ De arbeid moet waarde hebben voor de werkgever en persoonlijk door de werknemer worden verricht op grond van art. 7:659 BW. Deze persoonsgebondenheid brengt met zich mee dat de werknemer om toestemming moet vragen aan de werkgever wanneer hij de arbeid wil laten verrichten door een ander. Hieruit valt te concluderen dat de arbeidsovereenkomst een persoonlijke overeenkomst is.¹⁵

¹⁰ Heerma van Vos en Barentsen 2015, p.33

¹¹ Loonstra 2016, p.58

¹² Loonstra 2016, p.32

¹³ Van Genderen e.a. 2015, p.1

¹⁴ Heinsius 2016, p.13

¹⁵ Heerma van Vos en Barentsen 2015, p.33

Indien er geen feitelijke arbeid wordt verricht, is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet, ook al is de overeenkomst wel zo betiteld.¹⁶

Loon

Een arbeidsovereenkomst houdt ook een loonafspraken in, het tweede kenmerk. *Loon* is de tegenprestatie die de werkgever verschuldigd is voor de verrichte arbeid door de werknemer. De meest voorkomende vorm van loon is geld. Andere toegestane loonvormen zijn: zaken geschikt voor persoonlijk gebruik, effecten, vorderingen en scholing.¹⁷ De hoogte van het loon wordt vastgesteld in de arbeidsovereenkomst. Werkgever en werknemer kunnen zelf de hoogte van het loon bepalen, maar deze is veelal bepaald door een cao. Daarnaast wordt deze vrijheid ook beperkt door de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.¹⁸ Tot slot worden er bepaalde inhoudingen gedaan op het loon door de werkgever, zoals loonbelasting en sociale premies.

Gezag

De gezagsverhouding is naast het derde kenmerk ook gelijk het belangrijkste kenmerk waardoor de arbeidsovereenkomst zich onderscheidt van andere overeenkomsten van arbeid, zoals de overeenkomst van opdracht. De gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer is geregeld in art. 7:660 BW en wordt ook wel ondergeschiktheid genoemd.¹⁹ Volgens dit artikel moet de werkgever de bevoegdheid hebben om de werknemer instructies en aanwijzingen te kunnen geven met betrekking tot het verrichten van arbeid. De werknemer is verplicht deze op te volgen. Het is niet noodzakelijk dat de werkgever ook daadwerkelijk gebruik maakt van deze bevoegdheid. Dit heeft als gevolg dat de werkgever een werknemer veel zelfstandigheid kan toekennen, wat kan leiden tot amper of zelfs geen instructies en aanwijzingen. Het is om deze reden niet altijd eenvoudig om vast te stellen of er sprake is van een gezagsverhouding.^{20,21} Volgens Van Genderen zullen bijkomende omstandigheden in dit geval bepalend zijn. Er zal worden gekeken naar wie de werkzaamheden indeelt, wie de werktijden bepaalt, of het werk mag worden geweigerd, of dit mag worden uitgevoerd door een derde, of er een ziekmeldingsprocedure is en wat het karakter is van de overeengekomen beloning. Volgens van Genderen is het kenmerk gezag om deze reden niet alleen het meest onderscheidend, maar ook het lastigst.²²

Uit voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, indien er is voldaan aan de drie kenmerken: arbeid, loon en gezag. Gezag is een lastig kenmerk en de wet biedt weinig toelichting voor de praktijk. Hierdoor is het niet altijd even makkelijk om vast te stellen of er sprake

¹⁶ Van Genderen e.a. 2015, p.2

¹⁷ Art. 7:617 BW

¹⁸ Heinsius 2016, p.15

¹⁹ Heinsius 2016, p.14

²⁰ Ktr. Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2014:8881

²¹ Heinsius 2016, p. 14, Van Genderen e.a. 2015, p.4

²² Van Genderen e.a. 2015, p.4

is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW. Om deze reden zal er in hoofdstuk 3 worden ingegaan op de arresten van de Hoge Raad. In deze arresten zal er worden gekeken hoe de Hoge Raad beoordeelt of er sprake is van een arbeidsovereenkomst en welke invulling er wordt gegeven aan het kenmerk gezag.

§2.3 De overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht in art. 7:400 BW luidt als volgt:

“De overeenkomst van opdracht is de 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 in 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.”

Zoals het artikel al laat blijken, gaat het om een overeenkomst tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer, waarbij de opdrachtnemer werkzaamheden verricht in opdracht van de opdrachtgever. De opdrachtnemer is een zzp'er en daar zal verder op worden ingegaan in paragraaf 2.4

De overeenkomst van opdracht wordt ook wel een inspanningsovereenkomst genoemd, omdat de opdrachtnemer iets anders tot stand moet brengen dan een werk van stoffelijke aard. Het gaat voornamelijk om werkzaamheden met een dienstverlenend karakter, zoals een arts, advocaat of accountant.²³ Bij een inspanningsovereenkomst moet de opdrachtnemer zich inspannen om de opdracht zo goed mogelijk uit te voeren, maar is hij niet verplicht tot het behalen van een vastgesteld resultaat.²⁴

De overeenkomst van opdracht kan niet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, omdat de gezagsverhouding ontbreekt.²⁵ De gezagsverhouding vormt echter geen waterdicht schot tussen deze twee overeenkomsten van arbeid. Dit blijkt uit het feit dat de opdrachtnemer op grond van art. 7:402 BW ook bevoegd is tot het geven van instructies, maar wel in beperkte mate. De opdrachtnemer moet namelijk bij de uitvoering van de opdracht een grote mate van vrijheid hebben en zelfstandig kunnen handelen. Het gaat om een instructie zoals het gebruiken van een bepaald format of systeem. Het feit dat de opdrachtgever beperkte instructies kan geven tegenover een werkgever die volledige bevoegdheid heeft om instructies te geven, maakt het soms moeilijk om vast te stellen of het nu gaat om gezag of om beperkte instructies. Naast het feit dat een gezagsverhouding ontbreekt bij de overeenkomst van opdracht, is de opdrachtnemer ook niet verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten.

²³ Van Genderen e.a. 2015, p.6

²⁴ Plessen en Massuger 2015, p.43

²⁵ Marion Treep 2015, p. 47

Een ander verschil met de arbeidsovereenkomst is dat de opdrachtnemer voor zijn verrichte werkzaamheden geen loon ontvangt, maar een beloning. In art. 7:405 BW wordt wel gesproken over 'loon', maar de tegenprestatie bij deze overeenkomst kan niet hetzelfde worden gekwalificeerd als loon bij een arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW, want de opdrachtgever doet in tegenstelling tot de werkgever geen inhoudingen op het loon voor sociale premies.²⁶ Om deze reden wordt de tegenprestatie gezien als beloning anders dan loon.

Een laatste belangrijk verschil met de arbeidsovereenkomst is dat op de overeenkomst van opdracht geen wettelijke regels van toepassing zijn met een dwingend karakter. De opdrachtnemer heeft namelijk geen zwakkere positie tegenover de opdrachtgever, omdat er volgens art. 7:400 BW geen sprake is van een dienstbetrekking. Op deze overeenkomst is aanvullend recht van toepassing. Dit houdt in dat bijna iedere gewenste regeling kan worden getroffen door partijen. Dit kenmerkt tevens de vrijheid van de opdrachtnemer.

Volgens Van Genderen zijn onder andere de volgende vragen van belang om erachter te komen of er sprake is van een gezagsverhouding bij de overeenkomst van opdracht: draagt de opdrachtnemer ondernemersrisico en zijn er meerdere opdrachtgevers in het spel?²⁷

§2.4 De zelfstandige zonder personeel

De opdrachtnemer in art. 7:400 BW wordt in het kader van dit onderzoek alleen beschouwd als een zelfstandige zonder personeel (zzp'er). De opdrachtgever verlangt namelijk alleen om advies ten aanzien van de zzp'er en oproepkracht. De zzp'er speelt zowel een rol bij de overeenkomst van opdracht als de overeenkomst tot aanneming van werk. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al is aangegeven, zal de zzp'er met betrekking tot de overeenkomst tot aanneming van werk in het kader van dit onderzoek buiten beschouwing worden gelaten.

Voor de zzp'er bestaat echter geen juridische definitie. In de praktijk worden er verschillende definities gebruikt, want de zzp'er speelt een rol op veel verschillende beleidsterreinen en elk beleidsterrein heeft een eigen toepasselijke definitie. Voor dit onderzoek wordt aangesloten bij de definitie die is vastgesteld door de Sociaal Economische Raad (SER). De SER sluit zich aan bij het begrip ondernemer, welke vaststaat in de belastingwetgeving onder artikel 3.4 Wet IB 2001 en de definitie die wordt gebruikt in de jurisprudentie. De keuze voor deze definitie ligt in het feit dat deze een afbakening mogelijk maakt met andere categorieën arbeidsrelaties.²⁸

De definitie van de zzp'er van de SER luidt als volgt: *"Een zzp'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:*

²⁶ Marion Treep 2015, p.47

²⁷ Van Genderen e.a. 2015, p.5

²⁸ Boven 2015, p.15

- *zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;*
- *het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;*
- *het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;*
- *bekendmaking van het ondernemerschap;*
- *het streven naar meerdere opdrachtgevers.*²⁹

§2.5 De Wet DBA

In vorige paragraaf is duidelijk geworden wat het inhoudt om een zzp'er te zijn. Zoals uit de probleemstelling is gebleken, staat een zzp'er in verband met de Wet DBA en voorheen het VAR-systeem. Hierover zal in deze paragraaf nader uitleg worden gegeven.

Wanneer er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie kan er voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst om duidelijkheid worden gevraagd bij de Belastingdienst.³¹ Tot 1 mei 2016 kon dit door middel van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR). Deze verklaring werd aangevraagd door de zzp'er en afgegeven wanneer de Belastingdienst uit de feiten en omstandigheden concludeerde dat de zzp'er als ondernemer moest worden beschouwd. Deze verklaring gaf de opdrachtgever de garantie dat partijen niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. De VAR-verklaring gaf echter onvoldoende zekerheid bij de vraag of er sprake is van loondienst, omdat deze werd afgegeven op basis van feiten en omstandigheden die op dat moment nog niet bestonden.³² Daarnaast waren er ondertussen zoveel verklaringen afgegeven dat de Belastingdienst niet of nauwelijks kon handhaven op schijnconstructies. Een schijnconstructie, of wel 'schijnzelfstandigheid', houdt in dat mensen werk verrichten onder de naam zzp'er, maar feitelijk in verkapte dienst zijn bij een opdrachtgever en behoren tot de categorie werknemer.³³

Om misbruik van het zzp-schap te voorkomen is het VAR-systeem op 1 mei 2016 vervangen door de Wet DBA. Deze nieuwe wet geeft vooraf zekerheid over de arbeidsrelatie door middel van een modelovereenkomst waarin deze staat beschreven. De standaard modelovereenkomst is al goedgekeurd door de Belastingdienst, maar partijen kunnen ook zelf een overeenkomst opstellen en deze ter goedkeuring voorleggen aan de Belastingdienst.³⁴

Deze wet heeft echter voor veel kritiek en onrust gezorgd. Het doel van de Wet DBA was om zzp'ers en opdrachtgevers meer zekerheid te bieden en schijnzelfstandigheid tegen te gaan, maar dit bleek in de praktijk niet het geval. Uit het arbeidsrecht volgt dat iemand een arbeidsovereenkomst heeft wanneer hij

²⁹ Bovens 2010, p.52

³¹ Bovens 2010, p.53

³² G.C. Boot, Rapport Commissie (Model)overeenkomst in het kader van de Wet DBA, november 2016, p.3

³³ 'Aanpak Schijnzelfstandigheid', Kamerbrief 23-04-2014 en Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428

³⁴ Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie', rijksoverheid.nl (zoek op: *Home, onderwerpen, Zelfstandigen zonder personeel (zzp), inhoud*)

‘persoonlijke arbeid’ verricht in een ‘gezagsrelatie’.³⁵ Uit de resultaten van het meldpunt DBA³⁶, welke de overheid heeft opgericht voor knelpunten die worden ervaren bij de nieuwe wet, blijkt dat opdrachtgevers van mening zijn dat het onderscheid tussen ondernemerschap en dienstbetrekking niet aan sluit bij de praktijk. Veel opdrachtgevers weten niet hoe ze de begrippen ‘gezagsverhouding’ en ‘vrije vervangbaarheid’ in de praktijk moeten interpreteren. Dit had als gevolg dat opdrachtgevers terughoudend werden met het inhuren van zzp’ers, omdat zij bang waren dat er een schijnconstructie werd geconstateerd en zij daardoor boetes en naheffingen kregen opgelegd.

Staatssecretaris Wiebes erkent dat deze begrippen zorgen voor een grijs gebied. Om de grote onrust weg te nemen besloot Wiebes op 18 november dat de handhaving van de Wet DBA zou worden opschort naar 1 januari 2018. Dit betekent dat de Belastingdienst tot die tijd nog geen naheffingsaanslagen of boetes op legt met uitzondering van ‘kwaad willend handelen’.³⁷ Volgens de Belastingdienst moet onder ‘kwaad willend handelen’ het volgende worden verstaan: *“het opzettelijk creëren van een situatie van schijnzelfstandigheid, terwijl er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking.”*³⁸

De onrust is hiermee afgenomen, maar het probleem is daarmee nog niet opgelost. De begrippen ‘gezagsverhouding’ en ‘vrije vervangbaarheid’ moeten worden aangepast in de opschortperiode om helderheid te krijgen. Dit heeft als gevolg dat het arbeidsrecht moet worden aangepast en dat is niet zo gedaan, want deze wet heeft een samenhang met andere wetten. Uit het debat in de tweede kamer over de uitwerking van de Wet DBA³⁹ blijkt dat niet alle politieke partijen positief staan tegenover het plan van aanpak van Wiebes.

Uit voorgaande kan worden geconcludeerd dat er nog veel discussie is omtrent de nieuwe Wet DBA. Wel kan er worden gesteld dat de VAR-verklaring en de Wet DBA met zijn modelovereenkomst een zelfde soort werking hebben, namelijk een indicatie dat partijen niet de bedoeling hebben om een arbeidsovereenkomst af te sluiten. Bij een beroep op art. 7:610a BW kon de opdrachtgever voorheen de VAR-verklaring laten zien, maar indien de feitelijke uitvoering anders was dan de overeenkomst kon er, ondanks de VAR-verklaring, alsnog aanspraak worden gemaakt op een arbeidsovereenkomst. Dit geldt hetzelfde voor de modelovereenkomst. Momenteel zijn er nog geen rechterlijke uitspraken met betrekking tot art. 7:610a BW en de Wet DBA. Om deze reden zal er onderzoek worden gedaan in uitspraken waarbij het VAR-systeem nog van kracht was. Nu de VAR-verklaring en de modelovereenkomst dezelfde indicatie vertonen, doet dit niet af aan het onderzoek.

³⁵ ‘Hoe verder met de Wet DBA?’, Tweede Kamer Plenaire verslagen, tweedekamer.nl (zoek op: *Wet DBA, Plenaire vergadering, Debat over de uitwerking van de Wet DBA*)

³⁶ Bijlage bij Kamerstuk 34036 nr. M

³⁷ Brief aan de Tweede kamer van 18 november 2016 inzake Tweede voortgangsrapport DBA, Bijlage bij Kamerstuk 34036 nr. M.

³⁸ ‘Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie’, rijksoverheid.nl (zoek op: *Home, onderwerpen, Zelfstandigen zonder personeel (zzp), inhoud*)

³⁹ Handelingen TK 2016-2017, nr. 33, item 45

§2.6 De oproepovereenkomst

Om te beginnen speelt de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW zich voornamelijk af bij de overeenkomst van opdracht. Hierover zijn ook de meeste uitspraken te vinden. Dit soort uitspraken zijn minder te vinden ten aanzien van de oproepkracht.

De oproepovereenkomst wordt gebruikt voor het flexibel inzetten van werknemers. Werkgevers gebruiken oproepkrachten om te kunnen inspelen op wisselende omstandigheden of om incidentele werkzaamheden te laten verrichten. De oproepkrachten worden in principe dus alleen ingezet wanneer er werk is.⁴⁰ Er kunnen twee soorten oproepovereenkomsten worden onderscheiden, namelijk de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht en de voorovereenkomst.

De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is een overeenkomst op oproepbasis. De oproepkracht en werkgever spreken af dat er arbeid zal worden verricht met als tegenprestatie loon. De arbeidsuren en werktijden staan alleen niet vast. Kenmerkend aan deze overeenkomst is dat de oproepkracht aan iedere oproep gehoor moet geven, maar wel binnen redelijke grenzen. Er kan dus geconcludeerd worden dat partijen alleen afspreken onder welke voorwaarden de arbeid zal worden verricht, maar het is nog niet duidelijk wanneer dat zal zijn.⁴¹

De voorovereenkomst is een overeenkomst waarbij de oproepkracht zich laat opnemen in het werknemersbestand van de werkgever op geheel vrijblijvende basis. De voorwaarden waaronder de arbeid zal worden verricht, worden wel alvast afgesproken voor het geval de oproepkracht wordt opgeroepen. In deze arbeidsrelatie is er geen sprake van sociaal-rechtelijke binding. De werkgever kan de oproepkracht oproepen wanneer hij werk heeft, maar is dat niet verplicht. Andersom is dit precies hetzelfde. De oproepkracht kan gehoor geven aan de oproep, maar ook hij is dat niet verplicht. Dit is het verschil met de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. De voorovereenkomst is dus kenmerkend door zijn vrijblijvendheid. Indien de oproepkracht gehoor geeft aan de oproep, komt er een arbeidsovereenkomst tot stand voor de duur van die oproep.⁴² Dit houdt in dat de oproepkracht zich heeft verbonden arbeid te verrichten en de werkgever verplicht is loon te betalen. Daarnaast is er ook sprake van een gezagsverhouding.

Een overeenkomst tussen deze twee soorten oproepovereenkomsten is dat de oproepkrachten niet weten wanneer zij worden opgeroepen en dat duidt op een zwakke rechtspositie.⁴³ Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter oproepkrachten toch snel in bescherming neemt. In het arrest Agfa/Schoolderman kreeg de oproepkracht, die al jaren lang als tijdelijke kracht op uurloonbasis werkte, een arbeidsovereenkomst toegewezen door de rechter. Doorslaggevend waren de feiten dat de oproepkracht praktisch onafgebroken en fulltime arbeid verrichte op

⁴⁰ Marion Treep 2015, p.290

⁴¹ Van Genderen e.a. 2015, p11 en Loonstra 2016, p. 46

⁴² Van Genderen e.a. 2015, p.13 en Loonstra 2016, p. 46-47

⁴³ Loonstra 2016, p.49

basis van het lage uurloon en de werkgever weigerde om hetzelfde vaste uurloon toe te kennen als het vaste personeel verdiende.⁴⁴

Het verschil tussen deze twee oproepovereenkomsten is dat er bij de voorovereenkomst nog geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar slechts van een intentieverklaring. Er is pas sprake van een arbeidsovereenkomst (voor korte duur) wanneer de werkgever de oproepkracht oproept en deze hieraan gehoor geeft. Bij de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is er vanaf het begin al een arbeidsovereenkomst aanwezig, maar is het nog de vraag wanneer de arbeid zal worden verricht. Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en deze twee oproepovereenkomsten ligt niet zozeer in de kenmerken van art. 7:610 BW, zoals het geval is bij de overeenkomst van opdracht, maar in de vraag of er überhaupt sprake is van een arbeidsovereenkomst. Aangezien de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht al een arbeidsovereenkomst is, zal er alleen een beroep worden gedaan op art. 7:610a BW wanneer dit gebeurt in combinatie met art. 7:610b BW. In zo'n geschil gaat het voornamelijk om de vraag wat de arbeidsomvang is. Bij de voorovereenkomst is er niet direct sprake van een arbeidsovereenkomst, waardoor wel een beroep op art. 7:610a BW kan worden gedaan zonder art. 7:610b BW. In hoofdstuk 3 zal nader worden ingegaan op deze artikelen.

§2.7 Deelconclusie

Bij deze deelvraag gaat het om het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht enerzijds en het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de oproepovereenkomst anderzijds. Het is dus niet van belang om het verschil tussen de overeenkomst van opdracht en de oproepovereenkomst aan te duiden, omdat dit geen rol speelt bij een beroep op art. 7:610a BW. Dit heeft als gevolg dat hieronder apart zal worden ingegaan op de verschillen.

Arbeidsovereenkomst vs. Overeenkomst van opdracht

Het belangrijkste verschil tussen deze twee overeenkomsten van arbeid is dat de overeenkomst van opdracht geen gezagsverhouding heeft en de arbeidsovereenkomst wel. Daarnaast kan de tegenprestatie bij de overeenkomst van opdracht niet worden gekwalificeerd als loon, zoals bij de arbeidsovereenkomst, maar als beloning. Tevens is het niet verplicht dat de arbeid bij een overeenkomst van opdracht persoonlijk wordt verricht zoals bij de arbeidsovereenkomst. Tot slot bevat de arbeidsovereenkomst beschermende bepalingen voor de werknemer, omdat er sprake is van economische ongelijkheid. De overeenkomst van opdracht heeft deze bepalingen niet, omdat de zzp'er zelfstandig is en ook niet economisch afhankelijk is van de opdrachtgever. De zzp'er kan zich beroepen op het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW, indien er geschil is over de vraag hoe de arbeidsrelatie moet worden gekwalificeerd.

⁴⁴ HR 8 april 1994, JAR 1994, 94

Arbeidsovereenkomst vs. Oproepovereenkomst

Het verschil tussen deze overeenkomsten van arbeid is moeilijker vast te stellen, omdat er geen sprake is van verschillende kenmerken zoals bij de overeenkomst van opdracht. De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht verschilt niet van de arbeidsovereenkomst, omdat er al sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er kan bij deze overeenkomst alleen een beroep worden gedaan op art. 7:610a BW, indien dit in combinatie gebeurt met art. 7:610b BW. Bij de voorovereenkomst is er niet gelijk sprake van een arbeidsovereenkomst, maar slechts van een intentieverklaring. Dit brengt met zich mee dat er een beroep kan worden gedaan op art. 7:610a BW, indien er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie.

Hoofdstuk 3: Het rechtsvermoeden

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, luidt als volgt:

“Wat houdt het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW in?”

§3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de verschillen tussen de overeenkomsten van arbeid uiteengezet, waardoor nu kan worden toegekomen aan behandeling van het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW. Zoals in de probleemstelling al is aangegeven, kan een persoon zich via art. 7:610a BW beroepen op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst wanneer er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie. Voor dit onderzoek is het daarom van belang om te weten wat dit artikel inhoudt en dat zal in onderstaande paragraaf worden uitgelegd. Naast art. 7:610a BW kan er ook beroep worden gedaan op art. 7:610b BW. Op dit laatste artikel kan een beroep worden gedaan, indien er onduidelijkheid bestaat over de omvang van de arbeidsduur. Hier zal niet verder op worden ingegaan, omdat dit niet van belang is voor dit onderzoek. In paragraaf 3.2 zal uiteen worden gezet wat het ‘rechtsvermoeden’ inhoudt. Paragraaf 3.3 bevat een deelconclusie met een beknopte beantwoording van deze deelvraag.

§3.2 Wat houdt het rechtsvermoeden in?

In de praktijk kan er onduidelijkheid bestaan over de aard van een arbeidsrelatie. Een persoon heeft bijvoorbeeld een schriftelijke overeenkomst, welke niet is betiteld als arbeidsovereenkomst, maar wel veel vergelijkingen vertoont. In dit geval kan het zo zijn dat de arbeidsrelatie voldoet aan alle wettelijke elementen van art. 7:610 BW, wat duidt op een arbeidsovereenkomst. Dit doet zich voornamelijk voor bij flexibele arbeidsrelaties. Wanneer er onduidelijkheid bestaat, kan een persoon zich beroepen op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst in art. 7:610a BW.⁴⁵ Dit artikel luidt als volgt: *“Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst”*.

Uit dit artikel blijkt dat een arbeidsovereenkomst wordt vermoed te bestaan, indien iemand drie maanden lang voor een ander tegen beloning heeft gewerkt. Een voorwaarde is wel dat dit wekelijks moet zijn geweest of ten minste twintig uren per maand. Wanneer een persoon kan aantonen dat aan de deze voorwaarde is voldaan, is het vervolgens aan de opdrachtgever om te weerleggen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst met behulp van de drie elementen in art. 7:610 BW, namelijk: arbeid, loon en gezag.⁴⁶ Deze elementen zijn terug te vinden in paragraaf 2.2 van het vorige hoofdstuk.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3

⁴⁶ Heerma van Vos en Barentsen 2015, p.65

Bij de weerlegging moet worden gedacht aan het overhandigen van schriftelijke stukken waar de partijbedoeling uit valt te concluderen, door aan te tonen dat er geen gezagsverhouding aanwezig is, een VAR of modelovereenkomst te overhandigen (een indicatie zoals besproken in paragraaf 2.5 van het vorige hoofdstuk) en aan te tonen dat hij zich bij de feitelijke uitvoering heeft gehouden aan de overeenkomst. Hieruit volgt dat het bestaan van een schriftelijke overeenkomst, waaruit blijkt dat het gaat om een andere overeenkomst van arbeid dan de arbeidsovereenkomst, op zichzelf onvoldoende is om het rechtsvermoeden te weerleggen.⁴⁷

§3.3 Deelconclusie

Het rechtsvermoeden houdt in dat er een beroep kan worden gedaan op een arbeidsovereenkomst, indien is voldaan aan de criteria uit het artikel. Het is aan de opdrachtgever om te weerleggen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

⁴⁷ T. Barkhuysen e.a., 2016, p.12

Hoofdstuk 4: Arresten van de Hoge Raad

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, luidt als volgt:

“Wat zijn de richtlijnen volgens de belangrijke arresten van de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW?”

§4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is de wettelijke grondslag van de drie overeenkomsten van arbeid uitgelegd en in hoofdstuk 3 het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW. Zoals in de probleemstelling al is aangegeven en uit paragraaf 2.2 en 2.3 van hoofdstuk 2 blijkt, biedt de wet niet genoeg toelichting voor de praktijk. Gezag is het onderscheidende element tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, maar of sprake is van gezag is soms lastig vast te stellen door het feit dat een opdrachtgever bevoegd is tot het geven van beperkte instructies. In dit hoofdstuk zal de praktijk worden betrokken. De arresten van de Hoge Raad vormen een leidraad voor de lagere rechtspraak bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een beroep op art. 7:610a BW. Om de richtlijnen van de Hoge Raad te kunnen weergeven, zal een aantal belangrijke uitspraken worden beschreven. Allereerst zullen kort de feiten worden weergegeven en vervolgens de overweging van de Hoge Raad. Dit leidt tot een samenvatting van elk arrest, welke zijn bijgevoegd als bijlage.⁴⁸ In onderstaande paragraaf zijn de richtlijnen uiteengezet.

§4.2 Richtlijnen

Uit de arresten kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad niet één kenmerk beslissend acht bij zijn beoordeling, maar dat de rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien. De richtlijnen van de Hoge Raad zijn geformuleerd in de volgende vragen:

- Wat hebben partijen beoogd ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en op welke wijze is de overeenkomst feitelijk uitgevoerd? Om dit te beoordelen wordt zowel gekeken naar het formele- als materiële gezagscriterium. Het formele gezagscriterium houdt in dat de rechter kijkt of de werknemer in de organisatie is ingebed. Dat wil zeggen in hoeverre de overeenkomst lijkt op een gebruikelijke arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en andere werknemers. Wanneer de werknemer niet is ingebed in de organisatie, kan er toch een arbeidsovereenkomst bestaan door de inhoudelijke instructies die de opdrachtgever aan de opdrachtnemer gaf. Dit is het materiele gezagscriterium.
- Is er sprake van een gezagsverhouding? Hierbij wordt gekeken naar de mate waarin instructies zijn gegeven en op welke wijze dit is gebeurd.
- Andere relevante factoren waar naar wordt gekeken zijn *"de vrijheid van degeene die de arbeid verricht ten aanzien van de werkindeling, het*

⁴⁸ Bijlage 1

karakter van de beloning, de vraag of betaling rechtstreeks door cliënten plaatsvindt, de mate waarin degene die de arbeid verricht ondernemersrisico draagt, de mate waarin deze zelf voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen zorg draagt, eventuele doorbetaling over vakantie, ziekte- en verlofdagen, de mate waarin naast de overeengekomen werkzaamheden andere werkzaamheden worden verricht, het incidentele karakter van de arbeid, een eventuele inhouding van sociale premies en loonbelasting door de (mogelijke) werkgever en een eventuele afdracht van btw door degene die de arbeid verricht".⁴⁹

- Om het karakter van de beloning te beoordelen is het volgens de arresten nodig om te weten of er inhoudingen zijn gedaan op de tegenprestatie zoals loonbelasting of sociale premies.
- De laatste vraag is: moest de arbeid persoonlijk worden verricht? De Hoge Raad beoordeelt dit door te kijken of vervanging is toegestaan.

⁴⁹ HR 11 februari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9573

Hoofdstuk 5: Feiten, omstandigheden en de overweging van de rechter

In voorgaande hoofdstukken is het juridisch kader geschetst, welke ondersteuning biedt bij het jurisprudentieonderzoek. In dit hoofdstuk worden de resultaten van het jurisprudentieonderzoek weergegeven en daaruit moet blijken onder welke feiten en omstandigheden al dan niet succesvol beroep wordt gedaan op art. 7:610a BW door zowel de zzp'er als de oproepkracht. Kortom, in dit hoofdstuk zullen de laatste twee deelvragen (4 en 5) worden beantwoord. In paragraaf 5.2 zal deelvraag 4 worden beantwoord en in paragraaf 5.3 deelvraag 5.

§5.1 Inleiding

In totaal zijn er 38 uitspraken geanalyseerd, waarvan 30 uitspraken betrekking hebben op de zzp'er en 8 uitspraken op de oproepkracht. Allereerst zullen de topics worden verantwoord. Hierdoor zal duidelijk worden waar in de uitspraken naar is gekeken en waarom dit van belang is. Vervolgens zal per topic worden besproken in welke uitspraken deze wel of niet voorkomt. Dit staat uitgewerkt in een tabel, welke ondersteuning moet bieden bij het maken van de analyse. Aan de hand van de analyse zullen de uitspraken worden besproken waarin succesvol beroep is gedaan op art. 7:610a BW, zodat naar voren komt welke topics daarbij een rol speelden en welke feiten en omstandigheden tot de doorslag hebben geleid. Ook zal er een vergelijking worden gemaakt met de uitspraken waarbij geen succesvol beroep is gedaan. Dit zal in deze volgorde worden gedaan bij beide deelvragen.

§5.2 De zzp'er

In deze paragraaf zal deelvraag 4 worden beantwoord, welke als volgt luidt:

"Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een zzp'er?"

Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden zijn alle 30 uitspraken eerst samengevat⁵⁰ en vervolgens geanalyseerd aan de hand van de topics. Hieruit moest blijken welke feiten en omstandigheden een rol hebben gespeeld bij de beoordeling van de rechter. Vervolgens zullen de uitspraken waarin een arbeidsovereenkomst is toegewezen apart worden besproken. Hierdoor zal duidelijk worden welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn voor een succesvol beroep op art. 7:610a BW.

⁵⁰ Bijlage 6

§5.2.1 Verantwoording topics

Uit hoofdstuk 3 is gebleken dat een beroep op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst via art. 7:610a BW alleen kan worden gedaan, indien een persoon gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks of tenminste twintig uren per maand, arbeid heeft verricht voor een ander tegen beloning. Wanneer een persoon dit kan aantonen is het vervolgens aan de opdrachtgever om aan te tonen dat niet aan de drie kenmerken in art. 7:610 BW is voldaan, namelijk: arbeid, loon en gezag. Uit de arresten van de Hoge Raad in hoofdstuk 4 is gebleken dat bij de beoordeling aan de hand van feiten en omstandigheden wordt gekeken of er voldaan is aan de drie kenmerken uit art. 7:610 BW om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst.

De feiten en omstandigheden die afzonderlijk bij de beoordeling meewegen kunnen in principe worden afgeleid uit de verschillen tussen de overeenkomsten.

Uit hoofdstuk 2 is wat betreft arbeid gebleken dat de arbeid bij een overeenkomst van opdracht niet persoonlijk hoeft te worden verricht. Dit houdt in dat de zzp'er zich (als hij tenminste een 'echte zzp'er is) moet kunnen laten vervangen, terwijl de werknemer dit alleen met toestemming van de werkgever kan. Om te kijken van welke soort arbeid sprake is, persoonlijke of niet persoonlijke arbeid, kan de vraag gesteld worden of vrije vervanging door een derde is toegestaan. Daarmee is het volgende topics gevormd:

- **Vrije vervanging door een derde**

Een ander verschil tussen deze overeenkomsten van arbeid is de vorm van de tegenprestatie. Bij de arbeidsovereenkomst is dit loon en daar worden inhoudingen op gedaan door de werkgever om sociale premies af te dragen. Bij de overeenkomst van opdracht is dit een beloning, want de betaling vindt meestal plaats op basis van een factuur. Er worden geen inhoudingen gedaan op de beloning, want de zzp'er is daar zelf verantwoordelijk voor. Om er achter te komen of er sprake is van loon, moet er worden gekeken naar feiten en omstandigheden die duiden op loon, zoals eventuele inhouding van sociale premies en loonbelasting of doorbetaling bij vakantie, ziekte- en verlofdagen. Dit heeft gezorgd voor het volgende topic:

- **Beloning anders dan loon**

Tevens is uit hoofdstuk 2 gebleken dat de arbeidsovereenkomst zich het meest onderscheidt van de overeenkomst van opdracht door de gezagsverhouding. Dit is soms lastig vast te stellen, omdat de opdrachtgever volgens art. 7:402 BW wel de bevoegdheid heeft om aanwijzingen te geven bij het uitvoeren van de opdracht. Dit is echter beperkt, want de zzp'er moet zoveel mogelijk vrij zijn om de werkzaamheden zelfstandig op eigen wijze te verrichten. Om er achter te komen of er sprake is van gezag, moet er worden gekeken naar de mate waarin aanwijzingen en instructies zijn gegeven. Hieruit volgt of de zzp'er vrij was om eigen invulling te geven bij de uitvoering van de opdracht of dat er sprake is van een gezagsverhouding. Het volgende topic is daarom van belang:

- **Instructies en controle**

De hiervoor genoemde topics zijn de topics die voortvloeien uit de wet en arresten. Aan de hand daarvan wordt getoetst of is voldaan aan de drie kenmerken van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW. Echter speelt dit niet alleen een rol. Indien partijen een overeenkomst van opdracht zijn aangegaan en de zzp'er zich beroept op art. 7:610a BW, moet bij de beoordeling ook de partijbedoeling en de maatschappelijke positie worden betrokken. Deze criteria zijn voortgekomen uit het Groen/Schoevers arrest en vormen de volgende twee topics:

- **Partijbedoeling**

Uit het Groen/Schoevers arrest blijkt dat de Hoge Raad een doorslaggevende betekenis toekent aan de vraag of partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Het gaat om de intentie die partijen hadden bij het sluiten van de overeenkomst. De intentie blijkt over het algemeen uit de titel die aan de overeenkomst is gegeven. Indien de overeenkomst de titel 'overeenkomst van opdracht' draagt, wordt aangenomen dat partijen niet de intentie hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Uit het arrest UvA/Beurspromovendi⁵¹ blijkt echter dat de intentie van partijen niet prevaleert, maar dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst ook een grote rol speelt. Dit bevestigt dat niet een kenmerk beslissend is, maar dat de rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in onderling verband worden gezien. Kortom, de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst hebben een gelijke wegingsfactor.

- **Maatschappelijke positie**

Uit het Groen/Schoevers arrest blijkt dat naast de partijbedoeling ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen. De maatschappelijke positie is van belang om te bepalen hoeveel gewicht moet worden gelegd aan de partijbedoeling. Om de maatschappelijke positie van een persoon te bepalen, wordt gekeken naar de kennis die de betreffende persoon heeft over het arbeidsrecht, het opleidingsniveau en de ervaring. Ervaring is een belangrijk punt, want wanneer de zzp'er al langer zelfstandig is, neemt de rechter aan dat de zzp'er bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap.

Naast de topics die voortvloeien uit de wet en arresten van de Hoge Raad, zullen nu de topics worden besproken die voortvloeien uit de literatuur en de arresten samen. Volgens deze bronnen spelen de kenmerken van de zzp'er ook een rol bij de beoordeling.

Uit de definitie die de SER heeft gegeven aan de zzp'er in paragraaf 2.4 blijkt dat de zzp'er zich in tegenstelling tot de werknemer onder andere kenmerkt door: ondernemersvrijheid, ondernemersrisico en het streven naar meerdere opdrachtgevers. Deze kenmerken zullen ook topics vormen. Volgens van Genderen in paragraaf 2.3 is het van belang om te weten of deze kenmerken zich

⁵¹ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, Bijlage 1

voordoen, zodat tot de conclusie kan worden gekomen of er nu sprake is van een werknemer of zzp'er.

- **Ondernemersvrijheid**

Uit de definitie van de SER blijkt dat de zzp'er niet alleen zelfstandigheid moet hebben bij de inrichting van de eigen werkzaamheden, maar ook bij de uitvoering daarvan. Volgens het Sjomeer arrest ⁵² moet hierbij worden gekeken naar de mate waarin vrijheid word gegeven ten aanzien van de werkindeling.

- **Ondernemersrisico**

Uit de definitie van de SER blijkt dat de zzp'er de werkzaamheden voor eigen risico en rekening verricht. Deze factor komt ook naar voren in het Sjomeer arrest.

- **Meerdere opdrachtgevers**

Uit de definitie van de SER blijkt dat de zzp'er streeft naar meerdere opdrachtgevers. Dit is het tegenovergestelde van de werknemer, want deze werkt voor een werkgever en is daardoor economisch afhankelijk volgens paragraaf 2.1. Dit leidt tot de conclusie dat de zzp'er geen werknemer heeft wanneer hij meerdere opdrachtgevers heeft.

Tot slot bleek in hoofdstuk 2 onder paragraaf 2.5 dat zowel de VAR-verklaring als de modelovereenkomst bij de Wet DBA een indicatie vormen dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Dit zou eigenlijk geschaard kunnen worden onder de topic partijbedoeling, maar omdat de opdrachtgever wil weten welke rol dit speelt, wordt het toch van belang geacht per uitspraak apart te analyseren of deze aanwezig was. Hierdoor kan worden vastgesteld in hoeverre deze indicatie een rol speelt bij de beoordeling. Zoals in paragraaf 2.5 ook al is aangegeven, vindt het jurisprudentie onderzoek plaats aan de hand van zaken waarop de VAR-verklaring betrekking heeft. Nogmaals, dit doet niet af aan het onderzoek gezien het feit deze indicatie bij beide systemen een rol speelt. Het laatste topic is om deze reden de volgende:

- **VAR-verklaring aanwezig**

Uit voorgaande kan worden opgemaakt dat er aan de hand van 9 topics zal worden geanalyseerd. De nummering van de topics zijn te vinden in de bijlage.⁵³ Deze topics moeten er voor zorgen dat na de analyse duidelijk is welke feiten en omstandigheden samen hebben geleid tot wel of geen succesvol beroep op art. 7:610a BW.

⁵² HR 11 februari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9573

⁵³ Bijlage 2

§5.2.2 Resultaten jurisprudentieanalyse

Na verantwoording van de topics zal nu worden ingegaan op de jurisprudentieanalyse, welke valt af te leiden uit de tabel in de bijlage.⁵⁴

Hieronder treft u een kwantitatieve opsomming aan waarbij per topic duidelijk wordt in welke uitspraken deze wel of geen rol heeft gespeeld. In paragraaf 5.2.3 zal een kwalitatieve analyse worden weergegeven, namelijk de vraag of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

1. Vrije vervanging door een derde

Uit de analyse blijkt dat de zzp'er in 10 uitspraken vrij was om zich te laten vervangen door een derde: **2, 5, 4, 9, 10, 17, 25, 27, 28 en 29.**

Uit uitspraak **5** wordt duidelijk dat de omstandigheid dat de opdrachtgever een vervanger wegens objectieve en zwaarwegende omstandigheden kan weigeren, niet af doet aan die vrijheid in vervangen. Dit blijkt uit het volgende:

*"Van een verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten kan dan ook niet worden gesproken, waaraan niet afdoet dat PostNL de mogelijkheid heeft om op grond van 'objectieve en zwaarwichtige omstandigheden' als bedoeld in artikel 7 lid 2 van de overeenkomst een vervanger te weigeren."*⁵⁵

In 9 uitspraken mocht de zzp'er zich niet laten vervangen of alleen na goedkeuring of toestemming. Dit zijn de uitspraken: **7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16 en 20.** De rechter oordeelt dat hierdoor sprake is van de verplichting tot persoonlijke arbeid, wat een kenmerk vormt voor een arbeidsovereenkomst. Daarnaast doet dit feit volgens de rechter afbreuk aan de ondernemersvrijheid, hetgeen de zzp'er juist onderscheidt van de werknemer. Het volgende in uitspraak 8 geeft hier een goede illustratie van:

*"Alleen de vervangers die vooraf zijn goedgekeurd door PostNL (na een ontvangen VOG, het rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test) kunnen als zodanig worden geregistreerd. Indien [verzoeker] zich liet vervangen moest dit vooraf worden medegedeeld aan medewerkers bij het depot. Anders kreeg de vervanger de pakketten niet mee; een overigens zeer begrijpelijke handelwijze van PostNL, maar dat maakt het feit dat dit afbreuk doet aan de ondernemingsvrijheid niet anders."*⁵⁶

In 11 uitspraken kwam dit topic niet aan de orde: **1, 3, 6, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 26 en 30.**

2. Beloning anders dan loon

Uit de analyse blijkt dat in 23 uitspraken de beloning anders is dan loon: **1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 29 en 30.** De rechter oordeelt dit wanneer de zzp'er niet wordt doorbetaald tijdens ziekte, geen vakantietoeslag ontvangt en wanneer de opdrachtgever geen inhoudingen

⁵⁴ Bijlage 4

⁵⁵ Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686

⁵⁶ Rb. Amsterdam, 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.

doet op de tegenprestatie zoals loonbelasting en sociale premies. Ook factureren op basis van uren ziet de rechter als omstandigheid waardoor niet gesproken kan worden van loon. De rechter legt dit in uitspraak **30** als volgt uitgebreid en duidelijk uit:

*"Zo vermeldt de brief niets over bruto of nettoloon of over het inhouden van loonbelasting en premies, over doorbetaling bij ziekte, of over vakantietoeslag. Bovendien is [gedaagde] pas een tegenprestatie verschuldigd na ontvangst van een factuur van [eiser]. [eiser] heeft op briefpapier van zijn eenmanszaak facturen aan [gedaagde] gestuurd inclusief btw. Voorts is niet gebleken dat er door [gedaagde] loonbelasting en/of premies voor sociale verzekeringen zijn ingehouden op de aan [eiser] betaalde bedragen. Bovendien heeft [gedaagde] onbetwist aangevoerd dat [eiser] tijdens ziekte niet werd doorbetaald, hij geen vakantiegeld ontving en geen vakantiedagen opbouwde."*⁵⁷

In 3 uitspraken was er sprake van loon zoals gebruikelijk is bij een arbeidsovereenkomst: **16, 25** en **27**. In uitspraak **27** blijkt dat de rechter het wel of niet afdragen van btw ook als omstandigheid meeweegt:

*"De wijze van loonbetaling wijst eerder op een arbeidsovereenkomst dan op een opdrachtovereenkomst. [eiser] stuurde geen facturen en bracht geen BTW in rekening, maar ontving maandelijks een bedrag, hoger dan het wettelijk minimum loon en lager dan het modaal inkomen, waarbij de hoogte van de maandelijksse betalingen niet zeer sterk van elkaar afweken."*⁵⁸

Dit topic komt niet aan de orde in 4 uitspraken: **3, 17, 18** en **22**.

3. Instructies en controle

Uit de analyse blijkt dat in 12 uitspraken de opdrachtgever zijn instructiebevoegdheid te buiten ging, waardoor de zzp'er geen vrijheid meer had bij het uitvoeren van de werkzaamheden en er sprake was van een gezagsverhouding. Dit zijn de uitspraken: **4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16** en **20**. Uit de uitspraken blijkt dat het voornamelijk gaat om bemoeienis ten aanzien van de bedrijfskleding, hulpmiddelen en de werktijden. In uitspraak **9** worden deze omstandigheden duidelijk beschreven en dat blijkt uit onderstaande:

PostNL heeft echter ten aanzien van vrijwel alles wat met de uitvoering van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering waaraan de bus van [verzoeker 2] dient te voldoen. Er zijn voorts Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL.

[verzoeker 2] was verplicht om op vaste tijden de pakketten van het depot op te halen. PostNL hanteert bij de bezorging van pakketten een systeem van Tijdvakindicatie (TVI). Dit houdt in dat klanten een indicatie krijgen van een tijdvak van 2 of 3 uren waar binnen hun pakket bezorgd wordt. Feitelijk betekent

⁵⁷ Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837

⁵⁸ Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213

dit systeem dat de subcontractors niet of nauwelijks de vrijheid hebben om zelf te bepalen hoe en wanneer ze hun route rijden en om tussentijds te stoppen/onderbreken voor bijvoorbeeld een langere lunchpauze of privé zaken.”⁵⁹

In 11 uitspraken hield de opdrachtgever zich wel aan de instructiebevoegdheid van art. 7:402 BW. Dit zijn de uitspraken: **1, 2, 6, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29** en **30**. De omstandigheid dat overleg moet worden gepleegd met de opdrachtgever over de werkzaamheden, is volgens de rechter onvoldoende om een gezagsverhouding aan te nemen en dat blijkt uit het volgende in uitspraak **30**:

"Dat [eiser] over de uitvoering van zijn werkzaamheden overleg diende te plegen met de headpro en overleg voerde met de jeugd- en topgolfcommissie betekent nog niet dat daarom van een arbeidsovereenkomst sprake was. Ook in het geval van een overeenkomst van opdracht is de opdrachtgever immers bevoegd aanwijzingen te geven.”⁶⁰

Dit topic komt niet aan de orde in de uitspraken: **3, 5, 17, 18, 19, 22** en **23**.

4. Partijbedoeling

In 24 uitspraken hadden partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet de intentie om een arbeidsovereenkomst te sluiten: **1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29** en **30**. Naast het feit dat de rechter de partijbedoeling voornamelijk uit de schriftelijke stukken afleidt, weegt de rechter ook mee wat partijen tijdens de zitting hebben verklaard. Dit komt alleen in uitspraak **1** als volgt duidelijk naar voren:

"[verzoeker] heeft echter geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding een arbeidsovereenkomst voor ogen stond. Nu hij er zelf ook vanuit gaat dat het "began" als een opdracht, stelt het Gerecht vast dat partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding geen arbeidsovereenkomst voor ogen stond.”⁶²

Dit topic komt niet aan de orde in de uitspraken: **3, 5, 17, 18, 20** en **25**.

5. Maatschappelijke positie

In 2 uitspraken worden partijen als maatschappelijk gelijkwaardig beschouwd: **12** en **14**. Partijen waren niet maatschappelijk gelijkwaardig in 8 uitspraken: **5, 7, 8, 9, 10, 11, 13** en **15**. De rechter oordeelt dat er minder gewicht moet worden toegekend aan de partijbedoeling, indien er sprake is van maatschappelijke ongelijkheid. De rechter geeft in uitspraak **9** de volgende duidelijke toelichting:

⁵⁹ Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83

⁶⁰ Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837

⁶² Gerecht Curaçao 19 januari 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:5

*"In een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, dient naar het oordeel van de kantonrechter meer gewicht te worden toegekend aan de partijbedoeling zoals deze blijkt uit de tussen hen gesloten overeenkomst(en), dan in een situatie waarin sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid. In dat laatste geval zijn er immers minder argumenten om betrokkenen de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen."*⁶³

Dit topic komt niet aan de orde in de uitspraken: **1, 2, 3, 4, 6, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30.**

In uitspraak **21** oordeelt de rechter indirect dat partijen maatschappelijk gelijkwaardig zijn. Dit komt door de omstandigheid dat de zzp'er zelf jurist was en werd bijgestaan tijdens de onderhandelingen over de overeenkomst. Dit blijkt uit het volgende:

*"Gelet op het voorgaande, mede in aanmerking genomen dat [appellant] zelf jurist is en tijdens de onderhandelingen werd bijgestaan door een advocaat, komt het hof tot het voorlopige oordeel dat de tekst van de overeenkomst en de bedoeling van partijen juist uitdrukkelijk gericht is geweest op het sluiten van een overeenkomst van opdracht en juist niet op een arbeidsovereenkomst."*⁶⁴

6. Ondernemersvrijheid

Uit de analyse blijkt dat slechts in 1 uitspraak sprake was van ondernemersvrijheid. Dit is uitspraak **2**.

In 10 uitspraken had de zzp'er geen ondernemersvrijheid. Dit zijn de uitspraken: **4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14** en **15**. Uit deze uitspraken blijkt dat dit het geval is wanneer er geen onderhandelingsvrijheid bestaat over de tegenprestatie en de zzp'er maar beperkte vrijheid had om de werkzaamheden zelfstandig uit te voeren. Dit komt in uitspraak **15** bijna letterlijk als volgt naar voren:

*"De hiervoor weergegeven gedetailleerde wijze waarop PostNL instructies geeft ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving daarvan toeziet, laat zo weinig ruimte voor eigen invulling dat ondernemingsvrijheid nagenoeg geheel ontbreekt. Tot die vrijheid behoort het in elk geval ten dele naar eigen inzicht kunnen uitvoeren van de werkzaamheden en invloed kunnen uitoefenen op te behalen resultaten. Die mogelijkheid is er niet of nauwelijks. Gesteld noch gebleken is bijvoorbeeld dat enige vorm van onderhandeling heeft plaatsgevonden tussen PostNL en [verzoeker] over tariefstelling, routes of andere onderdelen van de overeenkomst. Het enkele feit dat het tarief per stop in de loop der jaren is gestegen vormt geen bewijs voor de gestelde onderhandelingsvrijheid aan de zijde van [verzoeker]."*⁶⁵

⁶³ Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83

⁶⁴ Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183

⁶⁵ Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.

Dit topic kwam niet aan de orde in de uitspraken: **1, 3, 5, 6, 16, 20, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29** en **30**.

7. Ondernemersrisico

In 12 uitspraken was er sprake van ondernemersrisico. Dit zijn de uitspraken: **2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15**. Onder ondernemersrisico verstaat de rechter het aanschaffen van hulpmiddelen en beloning op basis van het behaalde resultaat. Deze omstandigheden komen beide voor in uitspraak **8**, waardoor het volgende citaat een goede illustratie geeft:

*"[verzoeker] heeft anderzijds investeringsrisico's genomen (het aanschaffen van een bus) en hij heeft van de belastingdienst een VAR-verklaring gekregen (waarmee PostNL een ruling van de belastingdienst heeft verkregen dat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst wordt beschouwd). [verzoeker] droeg gelet op de wijze van honorering (betaling per succesvolle stop) voorts ook een zeker ondernemingsrisico."*⁶⁷

Dit topic kwam niet aan de orde in de uitspraken: **1, 3, 6, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29** en **30**.

8. Meerdere opdrachtgevers

In 3 uitspraken had de zzp'er meerdere opdrachtgevers: **6, 12** en **26**.

In 8 uitspraken had de zzp'er slechts één opdrachtgever: **5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15** en **25**. Het hebben van één opdrachtgever leidt niet automatisch tot een arbeidsovereenkomst. Dit speelt wel een rol wanneer er ook sprake is van economische afhankelijkheid, zoals blijkt uit het volgende in uitspraak **15**:

*"Op zichzelf voert het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals de gemachtigde van PostNL terecht heeft betoogd. Wanneer echter deze ene opdrachtgever enerzijds zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen, ontstaat eerder het beeld van een gezagsverhouding dan dat van zelfstandig ondernemerschap."*⁶⁸

Dit topic kwam niet aan de orde in de uitspraken: **1, 2, 3, 4, 11, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29** en **30**.

9. VAR-verklaring aanwezig

Uit de analyse is gebleken dat de zzp'er in 14 uitspraken een VAR-verklaring had. Dit zijn de uitspraken: **2, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 23** en **26**. Het feit dat de rechter een VAR-verklaring als indicatie ziet, komt kort en duidelijk naar voren in onderstaande uit uitspraak **26**:

⁶⁷ Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152

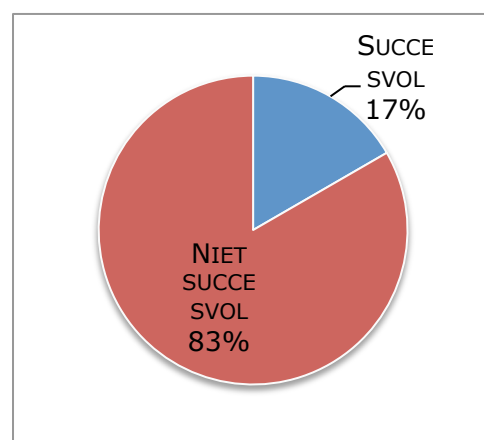
⁶⁸ Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226

Ook de omstandigheid dat [appellant] jaarlijks een Verklaring arbeidsrelatie (VAR-wuo) bij de Belastingdienst heeft aangevraagd ziet het hof als aanwijzing dat partijen een overeenkomst van opdracht hebben beoogd en gesloten en daaraan ook feitelijk uitvoering hebben gegeven. De stelling van [appellant] dat hij de VAR-wuo slechts op aandringen van Mercon heeft aangevraagd acht het hof onvoldoende onderbouwd.”

Dit topic kwam niet aan de orde in de uitspraken: **1, 3, 5, 6, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 29** en **30**. Uit deze uitspraken blijkt niet of de zzp’er geen VAR-verklaring had of dat dit niet werd behandeld.

§5.2.3 Succesvol beroep op art. 7:610a BW

In de vorige paragraaf is in kwantitatieve zin weergegeven of een topic wel of niet aanwezig was in een uitspraak. In deze paragraaf wordt toegekomen aan de vraag wanneer een zzp’er succesvol beroep heeft gedaan en transformeert van zzp’er naar werknemer. Uit de analyse blijkt dat in 5 van de 30 uitspraken succesvol beroep is gedaan op art. 7:610a BW met als gevolg: toewijzing van een arbeidsovereenkomst. Dit zijn de uitspraken: 8, 13, 15, 16, en 20. De diagram hiernaast geeft een procentuele weergave van de analyse. Hieronder zal per uitspraak worden besproken welke feiten en omstandigheden tot succesvol beroep hebben geleid.



Uitspraak 8

De kantonrechter heeft in deze uitspraak geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit was ondanks het feit dat een aantal omstandigheden duiden op zelfstandig ondernemerschap.

De omstandigheden die duiden op zelfstandig ondernemerschap zijn: het ondernemersrisico door het aanschaffen van de bus en de betaling per succesvolle stop. Daarnaast duidt de aanwezigheid van een VAR-verklaring ook op zelfstandig ondernemerschap. Dit weegt volgens de rechter echter niet op tegen het feit dat er afbreuk is gedaan aan de ondernemersvrijheid en dat er sprake is van economische afhankelijkheid. Er is sprake van afbreuk aan ondernemersvrijheid door de gedetailleerde instructies die PostNL gaf ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden, zoals: de bedrijfskleding, de schoenen, de wijze waarop gebruik moest worden gemaakt van de scanner en de specificaties waaraan de bus moest voldoen. Ook de strenge controles op naleving van de voorschriften, geen vrije mogelijkheid tot vervanging en het feit dat de zzp’er geen duidelijk zichtbare reclame voor zichzelf of voor een ander mocht hebben op zijn bus, maakt dat de rechter oordeelt dat de zzp’er zich in niets onderscheid van de werknemers die voor PostNL in vaste dienst zijn.

Er is sprake van economische afhankelijkheid, omdat de zzp'er niet tegelijkertijd voor andere opdrachtgevers werkzaamheden mocht verrichten op de dagen dat hij werkte voor PostNL. Hierdoor was het voor de zzp'er niet mogelijk om meerdere opdrachtgevers te hebben, want hij werkte een volle werkweek voor PostNL. Daarbij weegt de rechter zwaar mee dat de zzp'er kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden.

Uit het volgende kan worden afgeleid dat de combinatie van afbreuk aan de ondernemersvrijheid in samenhang met economische afhankelijkheid heeft geleid tot de doorslag:

*"Dit alles wegende komt de kantonrechter tot het oordeel dat door de door PostNL gekozen wijze waarop zij [verzoeker] als subcontractor heeft ingezet - hoe zeer dit op zichzelf ook begrijpelijk en te billijken is vanuit de belangen van klanten en wettelijke voorschriften - een zodanige economische afhankelijkheid en gebrek aan zelfstandigheid aan de zijde van [verzoeker] is ontstaan, dat hij niet als zelfstandig ondernemer beschouwd kan worden, maar als werknemer van PostNL moet worden gezien."*⁶⁹

Uitspraak 13

De kantonrechter heeft in deze uitspraak geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit was ondanks het feit dat een aantal omstandigheden duiden op zelfstandig ondernemerschap. De rechter kent in deze zaak minder gewicht aan de partijbedoeling, omdat dat de zzp'er kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden in combinatie met de ongeschoolde en laag betaalde arbeid.

De omstandigheden die duiden op zelfstandig ondernemerschap zijn: het ondernemersrisico door het aanschaffen van de bus en de betaling per succesvolle stop. Hierbij speelt ook mee dat de zzp'er een btw nummer heeft en bij de Belastingdienst wordt aangemerkt als zelfstandige. Toch weegt dit volgens de rechter niet op tegen het feit dat de ondernemersvrijheid geheel ontbreekt en er sprake is van economische afhankelijkheid. De ondernemersvrijheid ontbreekt geheel, omdat de gedetailleerde instructies die PostNL gaf amper tot geen ruimte overlieten aan eigen invulling. De instructies hebben betrekking op: de bedrijfskleding, de schoenen, de wijze waarop gebruik moest worden gemaakt van de scanner en de specificaties waaraan de bus moest voldoen.

Er is sprake van economische afhankelijkheid, omdat de zzp'er niet tegelijkertijd voor andere opdrachtgevers werkzaamheden mocht verrichten op de dagen dat hij werkte voor PostNL. Aangezien de zzp'er een volle werkweek werkte voor PostNL, was het niet mogelijk om meerdere opdrachtgevers te hebben. Dit acht de rechter los van de vraag of het in theorie was toegestaan. Daarbij weegt de rechter ook mee dat de zzp'er niet vrij was om zich te laten vervangen.

Uit het volgende kan worden afgeleid dat het ontbreken van ondernemersvrijheid in samenhang met economische afhankelijkheid heeft geleid tot de doorslag:

"Op zichzelf voert het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals de gemachtigde van

⁶⁹ Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152

PostNL terecht heeft betoogd. Wanneer echter deze ene opdrachtgever enerzijds zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen, ontstaat eerder het beeld van een gezagsverhouding dan dat van zelfstandig ondernemerschap.

Resumerend: het door PostNL gekozen format voor de wijze waarop zij [verzoeker] als subcontractor heeft ingezet - hoe zeer dit format op zichzelf ook begrijpelijk en te billijken is vanuit de belangen van klanten en wettelijke voorschriften - leidde tot een zodanige economische afhankelijkheid en gebrek aan zelfstandigheid van [verzoeker], dat hij naar het oordeel van de kantonrechter als werknemer en niet als zelfstandig ondernemer beschouwd dient te worden.”⁷⁰

Uitspraak 15

De kantonrechter heeft in deze uitspraak geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst ondanks het feit dat een aantal omstandigheden duidt op zelfstandig ondernemerschap. De rechter kent in deze zaak minder gewicht toe de partijbedoeling, omdat wordt betwijfeld of partijen maatschappelijk gelijkwaardig zijn. Dit komt door het feit dat de zzp’er kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden in combinatie met de ongeschoolde en laag betaalde arbeid.

De omstandigheden die duiden op zelfstandig ondernemerschap zijn: het ondernemersrisico door het aanschaffen van de bus en de betaling per succesvolle stop. Hierbij speelt ook mee dat de zzp’er een btw nummer heeft en bij de Belastingdienst wordt aangemerkt als zelfstandige. Toch weegt dit volgens de rechter niet op tegen het feit dat de ondernemersvrijheid geheel ontbreekt en er sprake is van economische afhankelijkheid. De ondernemersvrijheid ontbreekt geheel, omdat de gedetailleerde instructies die PostNL gaf amper tot geen ruimte overlieten aan eigen invulling. De instructies hebben betrekking op: de bedrijfskleding, de schoenen, de wijze waarop gebruik moest worden gemaakt van de scanner en de specificaties waaraan de bus moest voldoen.

Er is sprake van economische afhankelijkheid, omdat de zzp’er niet tegelijkertijd voor andere opdrachtgevers werkzaamheden mocht verrichten op de dagen dat hij werkte voor PostNL. Aangezien de zzp’er een volle werkweek werkte voor PostNL, was het niet mogelijk om meerdere opdrachtgevers te hebben. Dit acht de rechter los van de vraag of het in theorie was toegestaan. Daarbij weegt de rechter ook mee dat de zzp’er niet vrij was om zich te laten vervangen, want dit mocht niet structureel en PostNL moest de vervanger eerst goedkeuren.

Uit het volgende kan worden afgeleid dat het ontbreken van ondernemersvrijheid in samenhang met economische afhankelijkheid heeft geleid tot de doorslag:

”Resumerend: het door PostNL gekozen format voor de wijze waarop zij [verzoeker] als subcontractor heeft ingezet - hoe zeer dit format op zichzelf ook begrijpelijk en te billijken is vanuit de belangen van klanten en wettelijke

⁷⁰ Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232

voorschriften - leidde tot een zodanige economische afhankelijkheid en gebrek aan zelfstandigheid van [verzoeker] , dat hij naar het oordeel van de kantonrechter als werknemer en niet als zelfstandig ondernemer beschouwd dient te worden."⁷²

Uitspraak 16

De kantonrechter heeft geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst ondanks dat de partijbedoeling lijkt gericht te zijn geweest op een overeenkomst van opdracht. Ter zitting bleek dat dit enkel was om belastingtechnische redenen. Er is volgens de rechter sprake van loon zoals bij een arbeidsovereenkomst, omdat de zzp'er ook tijdens vakanties recht had op loon. Het ligt niet voor de hand dat een opdrachtgever een zzp'er betaalt voor niet gewerkte uren. Dit past volgens de rechter veel meer binnen een arbeidsovereenkomst dan een overeenkomst van opdracht. Daarnaast duidt het feit dat de zzp'er gedurende vaste tijden persoonlijk de werkzaamheden moest verrichten ook meer op een arbeidsovereenkomst dan een overeenkomst van opdracht. Uit het feit dat de werkzaamheden niet door een ander zijn overgenomen toen de zzp'er op non-actief stond, blijkt ook dat het gaat om persoonlijke arbeid.

Tevens was er volgens de kantonrechter sprake van een gezagsverhouding, omdat de opdrachtgever de zzp'er in eerste instantie volledig op non-actief had gesteld en later toch heeft opgedragen om de werkzaamheden beperkt uit te voeren. Volgens de kantonrechter gaat de opdrachtgever door deze maatregelen zijn instructiebevoegdheid te buiten en dat blijkt uit het volgende:

"In eerste instantie heeft [directeur basisschool] [eiseres] volledig op non-actief gesteld en later heeft hij haar opgedragen de overeengekomen werkzaamheden beperkt uit te voeren, althans heeft hij geweigerd om aan het verzoek van [eiseres] om de beperkingen op te heffen tegemoet te komen. Dergelijke maatregelen gaan naar het oordeel van de kantonrechter veel verder dan de instructies die een opdrachtgever in het kader van een overeenkomst van opdracht aan de opdrachtnemer placht te kunnen geven."

Hieruit kan worden afgeleid dat de rechter het op non-actief stellen ziet als iets wat alleen binnen een arbeidsovereenkomst past. Iemand op non-actief stellen wordt gezien als een sanctie en dat is niet toepasselijk voor een zelfstandig ondernemer, want deze is eigen baas en heeft geen werkgever.

Tot slot was er ook nog sprake van economische afhankelijkheid, omdat de zzp'er op het gebied van inkomen afhankelijk was van de opdrachtgever. Hieruit kan worden afgeleid dat de aanwezigheid van de kenmerken uit art. 7:610 BW in combinatie met economische afhankelijkheid heeft geleid tot de doorslag.

Uitspraak 20

Het Hof heeft geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat is voldaan aan de drie kenmerken uit art. 7:610 BW. Er is niet betwist dat er sprake is van loon. Ook is niet betwist dat de arbeid persoonlijk moest worden verricht

⁷² Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226

en dat vrije vervanging niet was toegestaan. Uit onderstaande blijkt dat ook is voldaan aan het kenmerk gezag:

*"Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval ook aan deze derde voorwaarde (gezagsverhouding) 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 [appellant] zich er zelf in de gedingstukken op heeft beroepen dat hij aan [geïntimeerde] bepaalde aanwijzingen kon geven. De feiten en omstandigheden duiden naar het oordeel van het hof zonder meer op de aanwezigheid van een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW. Het hof concludeert daarom evenals de kantonrechter dat [geïntimeerde] bij [appellant] werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst."*⁷³

Uit deze uitspraak valt niet af te leiden welke aanwijzingen hebben geleid tot het aannemen van een gezagsverhouding.

§5.2.4 Vergelijking met uitspraken geen succesvol beroep

Op grond van de uitspraken in vorige paragraaf kan worden geconcludeerd dat de rechter over het algemeen een arbeidsovereenkomst toewijst, indien de ondernemersvrijheid is beperkt of geheel ontbreekt in combinatie met economische afhankelijkheid. Dit blijkt uit de uitspraken **8**, **13** en **15**.

Opmerkelijk is dat de rechter in alle drie de uitspraken zwaar gewicht heeft gelegd aan het feit dat de zzp'ers kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig zijn geworden. In de uitspraken **16** en **20** heeft de rechter een arbeidsovereenkomst toegewezen door te kijken naar de drie elementen van art. 7:610 BW. In uitspraak **16** was de gezagsverhouding in combinatie met economische afhankelijkheid doorslaggevend. De gezagsverhouding werd in deze uitspraak aanwezig geacht door het op non-actief stellen van de zzp'er. In uitspraak **20** heeft de rechter geoordeeld dat er sprake was van arbeid, loon en gezag. Dit is echter niet duidelijk gemotiveerd.

Opvallend is dat de rechter per uitspraak de rechtsvraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst anders heeft behandeld. Hiermee wordt bedoeld: andere topics behandeld of dat aan bepaalde omstandigheden zwaarder gewicht is gelegd dan aan andere omstandigheden. Dit blijkt uit het verschil tussen enerzijds de uitspraken **8**, **13** en **15** waarbij de rechter oordeelt door middel van de kenmerken van zelfstandig ondernemerschap. Anderzijds kijkt de rechter bij de uitspraken **16** en **20** niet zozeer naar de kenmerken van zelfstandig ondernemerschap, maar specifieker naar de drie elementen uit art. 7:610 BW.

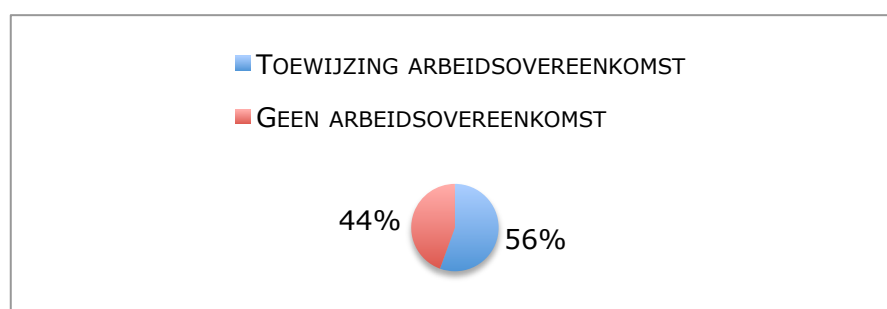
Wanneer er naar de topic analyse wordt gekeken in paragraaf 5.2.2, blijkt dat in alle uitspraken altijd de topics 2 en 4 aan de orde waren, namelijk: geen mogelijkheid tot vrije vervanging door een derde en instructies en controle buiten de bevoegdheid.

⁷³ Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979

Het te buiten gaan van de bevoegdheid heeft als gevolg dat er een gezagsverhouding aanwezig wordt geacht, waardoor indirect ook afbreuk wordt gedaan aan de ondernemersvrijheid (topic 7). Ook al wordt dit punt niet behandeld in uitspraak **16** en **20**.

Toch is er ook een aantal uitspraken waarin geen arbeidsovereenkomst is toegewezen, terwijl er *wel* sprake was van: geen vrije mogelijkheid tot vervanging door een derde (topics 2), instructies en controle buiten de bevoegdheid (topic 4) en afbreuk aan ondernemersvrijheid (topic 7). Dit zijn de uitspraken: **7**, **11**, **12** en **14**.

De diagram hieronder geeft een procentuele weergave van wel of geen succesvol beroep bij de aanwezigheid van de topics 2, 4 en 7.



Het niet toewijzen van een arbeidsovereenkomst heeft te maken met bepaalde aanwezige feiten en omstandigheden, welke hieronder per uitspraak zullen worden besproken.

Het feit dat er in uitspraak **12** en **14** geen arbeidsovereenkomst is toegewezen, komt door de omstandigheid dat de zzp'ers al langer zelfstandig waren voorafgaand aan de overeenkomst. De rechter was namelijk van oordeel dat beide zzp'ers door hun ervaring in staat waren om goed voor ogen te hebben welke gevolgen de overeenkomst van opdracht voor hen zou hebben. Dit volgt uit het volgende in uitspraak **12**:

*"Gelet op het feit dat [verzoeker] bij het aangaan van de overeenkomst reeds een aantal jaren zelfstandig ondernemer was, mag aangenomen worden dat hem daadwerkelijk voor ogen heeft gestaan dat hij als zelfstandige zou werken voor PostNL én dat hij de gevolgen hiervan kon overzien."*⁷⁴

Daarnaast speelde daarbij de omstandigheid mee dat de zzp'er in uitspraak **12** niet economisch afhankelijk was, omdat hij maar één dag per week voor PostNL werkzaamheden verrichtte en op de andere dagen werkzaam was voor andere opdrachtgevers. In uitspraak **14** is dit de omstandigheid dat de zzp'er om meer werk heeft verzocht in combinatie met zijn hoge vervangingsgraad. Dit volgt uit het volgende:

⁷⁴ Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85

*"Afgezien van het feit dat uit de verklaring van Van Wijhe blijkt dat [verzoeker] zelf aandrang op meer werk, is de vervangingsgraad ook in 2015 nog 41 % (98 van de 237 ritten zijn door anderen gereden)."*⁷⁵

In uitspraak **7** heeft de rechter geen arbeidsovereenkomst toegewezen, omdat de zzp'er al langer zelfstandig was en zich structureel in grote mate liet vervangen, ondanks dat er geen sprake was van 'vrije' vervanging. In deze uitspraak was de zzp'er wel economisch afhankelijk, maar de rechter oordeelde dat dit niet voldoende opwoog tegen eerder genoemde omstandigheden.

In uitspraak **11** heeft de rechter geen arbeidsovereenkomst toegewezen ondanks het feit dat de zzp'er kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden. Dit komt door de proefperiode die de zzp'er kreeg om het contract te overwegen en de omstandigheid dat de zzp'er een aanbod tot een arbeidsovereenkomst heeft afgewezen.

§5.3 Deelconclusie

Uit voorgaande kan worden geconcludeerd dat de aanwezigheid van de topic 2, 4 en 7 niet vanzelfsprekend leidt tot toewijzing van een arbeidsovereenkomst. Hiermee wordt bedoeld: geen mogelijkheid tot vrije vervanging, instructies en controle buiten de bevoegdheid en afbreuk aan ondernemersvrijheid. De topics in samenhang met de volgende omstandigheden hebben altijd geleid tot toewijzing:

- *de zzp'er is kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig geworden;*
- *Het op non-actief stellen van de zzp'er, en;*
- *Economische afhankelijkheid, omdat de zzp'er niet tegelijkertijd werkzaamheden mocht verrichten voor andere opdrachtgevers op de dagen dat hij werkzaam was voor de opdrachtgever.*

Geen toewijzing vond plaats bij de volgende omstandigheden in combinatie met de drie topics:

- *een hoge vervangingsgraad in combinatie met economische afhankelijkheid;*
- *de zzp'er is al langer zelfstandig;*
- *de zzp'er heeft een aanbod tot een arbeidsovereenkomst afgewezen;*
- *er was sprake van een proefperiode om het contract goed te overwegen;*
- *de zzp'er verzocht om meer werk in combinatie met een hoge vervangingsgraad.*

⁷⁵ Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230

§5.4 De oproepkracht

In deze paragraaf zal deelvraag 5 worden beantwoord, welke als volgt luidt:

"Onder welke feiten en omstandigheden wordt er al dan niet succesvol beroep gedaan op art. 7:610a BW door een oproepkracht?"

Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden zijn alle 8 uitspraken eerst samengevat⁷⁸ en vervolgens geanalyseerd aan de hand van de topics. De topic analyse is verwerkt in een tabel.⁷⁹ Hieruit moest blijken welke feiten en omstandigheden een rol hebben gespeeld en uiteindelijk hebben geleid tot de doorslag. Om een duidelijk beeld te geven, worden de uitspraken waarin de arbeidsovereenkomst is toegewezen apart besproken van de zaken waarin geen arbeidsovereenkomst is toegewezen. Deze verdeling moet zorgen voor een duidelijk overzicht van welke feiten en omstandigheden nu wel of niet leiden tot een succesvol beroep op art. 7:610a BW.

§5.4.1 Verantwoording topics

Om als oproepkracht een beroep te kunnen doen op het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW moet deze, net zoals de zzp'er, voldoen aan de volgende voorwaarden: in drie opeenvolgende maanden, wekelijks of tenminste twintig uren per maand, arbeid verrichten tegen beloning voor een ander. Ook bij de oproepkracht vormt dit het eerste topic:

- **Voldaan aan voorwaarden art. 7:610a BW**

Uit hoofdstuk 2 is gebleken is het verschil tussen de oproepovereenkomsten en de arbeidsovereenkomst moeilijker is vast te stellen. Het gaat daarbij niet om de beoordeling of er sprake is van de drie kenmerken (arbeid, loon en gezag) in art. 7:610 BW, maar om de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. De feitelijke uitvoering komt aan bod in bijna alle arresten van de Hoge Raad. De vraag is of de feitelijke uitvoering meer op een oproepovereenkomst lijkt of op een arbeidsovereenkomst. Uit de wet, de literatuur en de arresten vallen niet direct feiten en omstandigheden af te leiden waarnaar wordt gekeken bij een beroep op art. 7:610a BW. Uit de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst zal moeten blijken welke feiten en omstandigheden meespelen bij de beoordeling. De topics zijn daarom ook:

- **Partijbedoeling**
- **Feitelijke uitvoering gelijk aan overeenkomst**

Het criteria 'maatschappelijke positie' uit dit arrest zal buiten beschouwing worden gelaten, omdat dit alleen van belang is bij de overeenkomst van opdracht. De nummering van de topics zijn te vinden in de bijlage.⁸⁰

⁷⁸ Bijlage 7

⁷⁹ Bijlage 5

⁸⁰ Bijlage 3

§5.4.2 Resultaten jurisprudentieanalyse

Hieronder zal de uitwerking van de jurisprudentie analyse worden weergegeven, welke valt af te leiden uit de tabel in de bijlage.

1. Voldaan aan voorwaarden art. 7:610a BW

Uit de analyse blijkt dat in alle uitspraken is voldaan aan de voorwaarden: **1, 2, 3, 4, 5, 6, 7** en **8**.

2. Partijbedoeling

Uit de analyse blijkt dat partijen in 5 uitspraken niet de intentie hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten: **2, 4, 5, 6** en **8**.

In de andere 3 uitspraken was de partijbedoeling wel een arbeidsovereenkomst: **1, 3** en **7**.

3. Feitelijke uitvoering

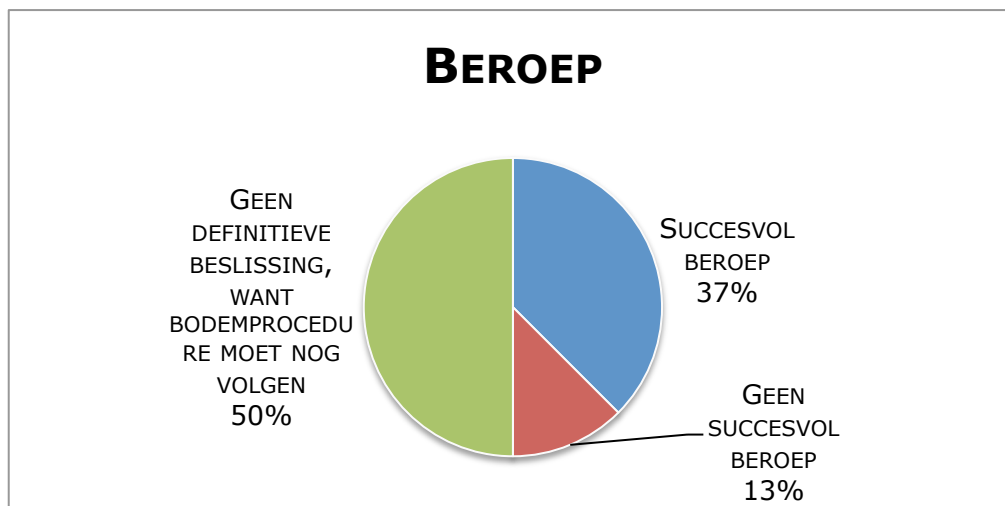
Uit de analyse blijkt dat de feitelijke uitvoering in uitspraak **8** gelijk was aan de overeenkomst.

In 4 uitspraken was de feitelijke uitvoering niet gelijk aan de overeenkomst, maar vertoonde deze meer gelijkenis met een arbeidsovereenkomst: **1, 3, 5** en **7**.

In 3 uitspraken werd niet duidelijk of de feitelijke uitvoering nu gelijk was aan de overeenkomst of dat deze meer gelijkenis vertoonde met een arbeidsovereenkomst. Dit was het geval in de uitspraken: **2, 4** en **6**. De oorzaak hiervan is dat er nog geen definitieve beslissing is genomen door de rechter.

§5.4.3 Uitspraken succesvol beroep art. 7:610a BW

Uit de analyse blijkt dat in 3 van de 8 uitspraken succesvol beroep is gedaan op art. 7:610a BW met als gevolg: toewijzing van een arbeidsovereenkomst. Dit zijn de uitspraken: **1, 3** en **7**. Hieronder zal per uitspraak worden besproken welke feiten en omstandigheden hiertoe hebben geleid. De reden om alleen deze uitspraken apart te behandelen is, omdat hieruit kan worden afgeleid welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn voor de toewijzing van een arbeidsovereenkomst. De diagram hieronder geeft een procentuele weergave van wel of geen succesvol beroep op art. 7:610a BW.



Uitspraak 1

De kantonrechter heeft geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat er is voldaan aan de drie kenmerken uit art. 7:610 BW. Tussen partijen was niet in het geschil dat er tegen beloning arbeid werd verricht. Uit onderstaande volgt dat er volgens de rechter naast arbeid en loon ook sprake was van gezag:

*"Uit de conclusies van beide partijen blijkt dat de [gedaagde] de bevoegdheid heeft [eiser] bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. [eiser] heeft bij de uitvoering van het werk geen grote eigen verantwoordelijkheid. De sieraden dienden te worden gemaakt op de door [gedaagde] aangegeven wijze. Uit de aard van de werkzaamheden vloeit daarom voort dat [eiser] aan de zeggenschap van [gedaagde] onderworpen is en er van een gezagsverhouding sprake is."*⁸¹

De omstandigheid dat de arbeid op de aangegeven wijze van de opdrachtgever moest worden uitgevoerd, is volgens de rechter gelijk aan arbeid verrichten onder zeggenschap van een werkgever. Dit tezamen met het feit dat de oproepkracht niet de volledige vrijheid had om te komen en te gaan, heeft geleid tot de doorslag.

Uitspraak 3

Het Hof stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het Hof overweegt dat geïntimeerde onvoldoende heeft gesteld om te concluderen dat zij geen arbeidsovereenkomst wenste te sluiten, omdat geïntimeerde stelde dat zij administratieve rompslomp wilde voorkomen en alleen de gewerkte uren wilde uitbetalen en geen vakantie- en feestdagen. Geïntimeerde heeft niet aangedragen dat zij geen premies en loonbelasting wilde afdragen of geen gezag en instructiebevoegdheid wilde hebben. Ten aanzien van de feitelijke uitvoering oordeelt het Hof dat de wijze van de uitvoering in de loop van 2007 meer is gaan lijken op een arbeidsovereenkomst dan op een oproepovereenkomst. Dit blijkt uit de 'vaste dagen' en het ruim vooruit geplande rooster, waardoor vrijheid ontbreekt. Dit blijkt uit het volgende:

*"Dat neemt echter niet weg dat [appellant] niet op oproepbasis werkte, maar volgens een rooster dat ruimschoots tevoren door [geïntimeerde] werd opgesteld. Dat is een aanwijzing dat [appellant] niet de vrijheid had om zelf te bepalen of en wanneer hij kwam werken."*⁸²

Daarbij acht de rechter van belang dat de opdrachtgever niet kan bewijzen dat de oproepkracht vrij was om van inroostering af te zien zonder vervanging te regelen. De oproepkracht was niet vrij om zich laten te vervangen door een willekeurige derde, maar kon dit alleen door een directe collega.

De vaste structuur en het ontbreken van de vrijheid heeft geleid tot de doorslag.

⁸¹ Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 31 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3363

Uitspraak 7

Het Hof wijst een arbeidsovereenkomst toe en stelt dat uit de stellingen van gedaagde niet blijkt dat het de bedoeling van partijen is geweest dat eiser geen gehoor zou geven aan de oproepen. Volgens het Hof stond niet vast dat partijen geen arbeidsovereenkomst hadden beoogd. Dit gaat samen met de structurele inzet. Het bijna fulltime werken zorgt ervoor dat volgens het Hof van flexibiliteit geen sprake is geweest. Ook komt het fulltime werken niet overeen met de bewoordingen in de cao. Er is niet gesteld of gebleken dat de inzet van de eiser iets te maken had met incidenteel werk of afwezigheid van andere arbeidskrachten. Volgens het Hof is het rechtsvermoeden door gedaagde onvoldoende weerlegd en is er sprake van een arbeidsovereenkomst.

Hieruit kan worden afgeleid dat er een sprake is van een arbeidsovereenkomst, indien een oproepkracht bijna fulltime werkt en permanent wordt ingezet.

§5.4.4 Vergelijking met uitspraken geen succesvol beroep

In de uitspraken **1**, **3** en **7** is succesvol beroep gedaan op een arbeidsovereenkomst. Uit de topicanalyse blijkt dat in alle uitspraken de topics 2 en 3 aan de orde kwamen. Dat houdt in dat de rechter in alle uitspraken heeft geoordeeld dat de partijbedoeling een arbeidsovereenkomst was en de feitelijke uitvoering overeenkwam met een arbeidsovereenkomst en niet met een oproepovereenkomst. In alle drie de uitspraken blijkt dat structurele inzet de doorslaggevende omstandigheid is geweest waardoor een arbeidsovereenkomst is toegewezen. Het feit dat er is voldaan aan de voorwaarden uit art. 7:610a BW onderscheidt deze uitspraken niet van de andere uitspraken, want in elke uitspraak is voldaan aan die voorwaarden.

Wanneer er wordt gekeken naar de topicanalyse van de andere uitspraken, waarin (nog) geen arbeidsovereenkomst is toegewezen, blijkt dat geen van de andere uitspraken voldoet aan dezelfde topics als de hiervoor genoemde uitspraken. Hierdoor kan worden geconcludeerd dat de combinatie van deze twee topics bijna gegarandeerd succes geeft voor toewijzing van een arbeidsovereenkomst.

In de uitspraken **2** en **5** oordeelt de rechter dat er mogelijkheid bestaat dat er een arbeidsovereenkomst zal worden toegewezen in de bodemprocedure. In uitspraak **2** hebben partijen niet de intentie gehad om een arbeidsovereenkomst te sluiten, maar acht de rechter de feitelijke uitvoering mogelijk gelijk aan een arbeidsovereenkomst door een aanwezige gezagsverhouding vanwege de kritiek op de houding van de oproepkracht. In uitspraak **5** hadden partijen ook niet de intentie om een arbeidsovereenkomst af te sluiten, maar acht de rechter de feitelijke uitvoering gelijk aan een arbeidsovereenkomst wegens een regelmatig patroon met vaste dagen en tijden en de bijkomende omstandigheid dat de oproepkracht moeilijk vrij kon krijgen. Aangezien er geen definitieve beslissing is genomen, kan hieruit niet worden geconcludeerd dat omstandigheden uit deze uitspraken doorslaggevend zijn. Wel blijkt ook uit deze uitspraken dat er veel gewicht wordt gelegd aan de feitelijke uitvoering en dat structurele inzet een belangrijke rol speelt.

In de uitspraken **4** en **6** oordeelt de rechter dat de kans niet aanwezig wordt geacht dat er een arbeidsovereenkomst in de bodemprocedure zal worden toegewezen. In uitspraak **4** komt dit door de omstandigheid dat partijen niet de intentie hadden om een arbeidsovereenkomst af te sluiten en het feit dat er geen bewijs kon worden geleverd door middel van een rooster. Hierdoor kon niet worden vastgesteld of er sprake was van een vaste structuur. In uitspraak **6** hadden partijen ook niet de intentie om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Uit de tegenstrijdige argumenten kon niet worden opgemaakt of de feitelijke uitvoering overeenkwam met een arbeidsovereenkomst. Ook in deze uitspraken is nog geen definitieve uitspraak gedaan, zodat niet daadwerkelijk is vast te stellen of deze omstandigheden daadwerkelijk zullen leiden tot afwijzing in de bodemprocedure. Uit deze uitspraken blijkt net zoals in uitspraken **2** en **5** dat er veel gewicht wordt gelegd aan de structurele inzet en het bewijs daarvan.

Daarentegen bevat uitspraak **8** wel de definitieve beslissing dat er geen arbeidsovereenkomst werd toegewezen. Partijen hadden niet de intentie om een arbeidsovereenkomst af te sluiten en de feitelijke uitvoering was niet gelijk aan een arbeidsovereenkomst. Dit komt door het feit dat de oproepkracht op wisselende dagen en tijden werkte, waardoor niet kon worden gesproken van een vaste structuur.

§5.5 Deelconclusie

Uit voorgaande paragraaf kan worden geconcludeerd dat een arbeidsovereenkomst wordt toegewezen, indien de partijbedoeling een arbeidsovereenkomst is geweest en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst gelijk is aan die van een arbeidsovereenkomst. Uit de uitspraken (**1, 3** en **7**) waarin een arbeidsovereenkomst is toegewezen, blijkt dat de structurele inzet de doorslaggevende omstandigheid was voor de rechter.

Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt: "Wat kan VIER advocaten haar cliënten adviseren bij een beroep op art. 7:610a BW blijkens de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie?". Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag zal in paragraaf 6.1 de conclusie worden weergegeven. Vervolgens zal door middel van advies de centrale vraag worden beantwoord in dezelfde paragraaf. Tot slot betreft paragraaf 6.2 de aanbevelingen.

§6.1 Conclusies

Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van zowel theoretische-juridisch onderzoek als een praktijkonderzoek in de jurisprudentie. Allereerst zal de conclusie worden weergegeven die van belang is voor de zzp'er en vervolgens de conclusie met betrekking tot de oproepkracht.

§6.1.1 Conclusie zzp'er

Uit het theoretisch-juridisch onderzoek blijkt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, indien er is voldaan aan de drie elementen uit art. 7:610 BW, namelijk: arbeid, loon en gezag. Uit hoofdstuk 2 kan worden geconcludeerd dat het verschil tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst voornamelijk ligt in het element gezag, want de gezagsverhouding ontbreekt bij een overeenkomst van opdracht. Echter is gebleken dat de gezagsverhouding geen waterdicht schot vormt tussen deze twee overeenkomsten. Dit blijkt uit het feit dat de opdrachtnemer op grond van art. 7:402 BW bevoegd is tot het geven van instructies. Dit is echter beperkt, want de zzp'er moet de vrijheid hebben om zelfstandig te kunnen handelen. Dit blijkt onder andere uit de definitie die de Sociaal Economische Raad geeft aan de zzp'er in paragraaf 2.4. Het feit dat de opdrachtgever beperkte instructies kan geven tegenover een werkgever die volledige bevoegdheid heeft om instructies te geven, maakt het soms moeilijk om vast te stellen of het nu gaat om gezag of om beperkte instructies. Indien er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie en de zzp'er een arbeidsovereenkomst wil opeisen, kan hij zich via art. 7:610a BW beroepen op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst. Uit hoofdstuk 3 is gebleken dat de zzp'er zich alleen op dit artikel kan beroepen, indien hij voor de opdrachtgever arbeid heeft verricht tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel tenminste twintig uren per maand. Het is vervolgens de taak van de opdrachtgever om dit rechtsvermoeden te weerleggen. Het aanwezig hebben van een VAR-verklaring wordt gezien als een indicatie dat partijen niet de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst aan te gaan en dat de zzp'er bewust heeft gekozen voor zelfstandig ondernemerschap. Dit is uitgebreid beschreven in paragraaf 2.5 en daaruit blijkt ook dat er nog veel onduidelijkheid bestaat omtrent de nieuwe Wet DBA.

De wet biedt niet genoeg toelicht voor de praktijk om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Uit de arresten van de Hoge Raad is naar voren gekomen dat niet een kenmerk beslissend is, maar dat de rechtsgevolgen die partijen aan

hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien. Hierbij wordt gekeken naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst.

- *Om te beoordelen of er een gezagsverhouding is, wordt gekeken naar de wijze waarop instructies zijn gegeven. Dit is lastig om te beoordelen en daarbij wordt vaak gekeken in hoeverre er sprake is van ondernemersvrijheid.*
- *Om te beoordelen of er sprake is van loon, wordt er gekeken of er is doorbetaald tijdens vakantie of ziekte en of er inhoudingen zijn gedaan.*
- *De vraag of er sprake is van persoonlijke arbeid, wordt beantwoord door de vraag of vrije vervanging was toegestaan.*

Deze vragen tezamen duiden op de grote vraag of de overeenkomst meer overeenkomsten vertoont met een arbeidsovereenkomst of niet?

De criteria uit de literatuur en de richtlijnen van de Hoge Raad zijn gebruikt bij het jurisprudentieonderzoek om er achter te komen welke feiten en omstandigheden al dan niet leiden tot een succesvol beroep op art. 7:610a BW.

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat in de uitspraken waarbij succesvol beroep is gedaan op een arbeidsovereenkomst altijd sprake was van:

- *Geen mogelijkheid tot vrije vervanging, waardoor sprake is van persoonlijke arbeid (topic 2);*
- *Instructies en controle buiten de bevoegdheid, waardoor sprake is van gezag (topic 4), en;*
- *Indirect afbreuk aan ondernemersvrijheid door de gedetailleerde instructies (topic 7).*

Echter kan niet worden gesteld dat de aanwezigheid van deze topics samen gegarandeerd leidt tot een succesvol beroep. Dit blijkt uit vier uitspraken waarbij deze drie topics wel aanwezig waren, maar de rechter toch geen arbeidsovereenkomst heeft toegewezen. Hieruit kan worden geconcludeerd dat succesvol beroep afhankelijk is van specifiekere feiten en omstandigheden per situatie. Het is lastig om van te voren in te schatten of de situatie tot succesvol beroep zal leiden, maar uit de analyse is gebleken dat de topics in samenhang met de volgende omstandigheden altijd hebben geleid tot toewijzing:

- *de zzp'er is kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig geworden;*
- *het op non-actief stellen van de zzp'er, en;*
- *economische afhankelijkheid, omdat de zzp'er niet tegelijkertijd voor andere opdrachtgevers werkzaamheden mag verrichten op de dagen dat hij werkzaam is voor de opdrachtgever.*

Uit de analyse is gebleken dat in de uitspraken waarbij geen succesvol beroep is gedaan de volgende omstandigheden in combinatie met de drie bovenstaande topics hebben geleid tot afwijzing:

- *een hoge vervangingsgraad in combinatie met economische afhankelijkheid;*

- de zzp'er is al langer zelfstandig;
- de zzp'er heeft een aanbod tot een arbeidsovereenkomst afgewezen;
- er was sprake van een proefperiode om het contract goed te overwegen;
- de zzp'er verzocht om meer werk in combinatie met een hoge vervangingsgraad.

§6.1.2 Conclusie oproepkracht

Uit het theoretisch-juridisch onderzoek is gebleken dat het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de oproepovereenkomsten moeilijker is vast te stellen. Dit komt door het feit dat er geen sprake is van duidelijk verschillende kenmerken zoals bij de overeenkomst van opdracht wel het geval is.

De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is van zichzelf al een arbeidsovereenkomst, maar dan op basis van oproep. Kenmerkend aan deze overeenkomst is dat de oproepkracht aan iedere oproep gehoor dient te geven. Er kan dus worden gesteld dat partijen alleen afspreken onder welke voorwaarden de arbeid zal worden verricht, maar dat nog niet duidelijk is wanneer dat zal zijn. Bij deze oproepovereenkomst kan alleen een beroep worden gedaan op art. 7:610a in combinatie met een beroep op art. 7:610b BW, welke gaat over de arbeidsomvang.

De tweede soort oproepovereenkomst is de voorovereenkomst. Hierbij is niet gelijk sprake van een arbeidsovereenkomst, maar slechts van een intentieverklaring. Kenmerkend aan deze overeenkomst is de vrijblijvendheid. Indien de oproepkracht gehoor geeft aan de oproep, komt er een arbeidsovereenkomst tot stand voor de duur van die oproep. Dit houdt in dat de oproepkracht zich heeft verbonden arbeid te verrichten en de werkgever verplicht is loon te betalen. Daarnaast is er ook sprake van een gezagsverhouding.

Het feit dat partijen bij beide overeenkomsten niet weten wanneer zij worden opgeroepen, leidt tot een zwakkere rechtspositie van de oproepkracht. De rechter neemt om deze reden de oproepkracht sneller in bescherming. Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en deze twee overeenkomsten ligt niet zozeer in de kenmerken van art. 7:610 BW, zoals het geval is bij de overeenkomst van opdracht, maar in de vraag of er überhaupt sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien er een geschil ontstaat over de kwalificatie van de arbeidsrelatie, kan de oproepkracht zich net zoals de zzp'er beroepen op art. 7:610a BW.

De richtlijnen van de Hoge Raad in hoofdstuk 5 brengen ook bij de oproepkracht met zich mee dat, voor beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, wordt gekeken naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Bij de oproepkracht wordt echter niet gekeken naar de mate van ondernemersvrijheid, omdat dit alleen kenmerkend is voor een zzp'er. Er wordt alleen aandacht gericht op de elementen: arbeid, loon en gezag uit art. 7:610 BW.

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat in de uitspraken waarbij succesvol beroep is gedaan op een arbeidsovereenkomst altijd sprake was van:

- *een arbeidsovereenkomst als partijbedoeling (topic 2), en;*
- *de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst duidt op een arbeidsovereenkomst (topic 3).*

In de uitspraken waarbij succesvol beroep is gedaan, heeft de volgende omstandigheid tot de doorslag geleid:

- *de oproepkracht is structureel ingezet.*

Wanneer er wordt gekeken naar de uitspraken waarin geen arbeidsovereenkomst is toegewezen, blijkt dat geen van de andere uitspraken voldoet aan dezelfde topics en omstandigheid als die hiervoor genoemd. Hierdoor kan worden geconcludeerd dat beroep op art. 7:610a BW gegarandeerd succes heeft, indien topic 2 en 3 aan de orde zijn in combinatie met structurele inzet van de oproepkracht.

§6.1.3 Het advies/beantwoording centrale vraag

Na het geven van de conclusies, kan nu worden toegekomen aan het advies. Aan het begin van dit onderzoek was door onder andere de PostNL-zaken al gauw duidelijk dat het oordeel van de rechter bij een beroep op art. 7:610a BW erg verschillend is en sterk afhangt van alle omstandigheden van het geval. Geen één uitspraak is hetzelfde, waardoor het moeilijk is om vast te stellen welke feiten en omstandigheden gegarandeerd tot een succesvol beroep leiden op een arbeidsovereenkomst.

§6.1.3.1 Advies ten aanzien van de zzp'er

VIER advocaten kan (op basis van het praktijkonderzoek) haar cliënten het advies geven dat een beroep op een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW het meeste kans van slagen heeft, indien de cliënt:

- kort voorafgaand aan de overeenkomst zelfstandig is geworden
- op non-actief is gesteld door de opdrachtgever
- economisch afhankelijk is van de opdrachtgever.

Deze omstandigheden zijn doorslaggevend geweest in eerdere uitspraken en hebben geleid tot een succesvol beroep, wanneer er om te beginnen al sprake was van: geen vrije mogelijkheid tot vervanging, instructies en controle buiten de bevoegdheid en beperkte ondernemersvrijheid.

VIER advocaten kan haar cliënten adviseren om geen beroep te doen op een arbeidsovereenkomst via art. 7:610a BW (althans aangeven dat de kans van slagen gering/nihil is), indien de cliënt:

- ondanks economische afhankelijkheid een hoge vervangingsgraad heeft,

- al langer zelfstandig is,
- een (eerder) aanbod tot een arbeidsovereenkomst heeft afgewezen,
- een proefperiode heeft gehad om het contract te overwegen of
- heeft verzocht om meer werk in combinatie met een hoge vervangingsgraad.

Deze omstandigheden hebben geleid tot afwijzing in eerdere uitspraken ondanks dat er sprake was van: geen vrije mogelijkheid tot vervanging, instructies en controle buiten de bevoegdheid en beperkte ondernemersvrijheid.

§6.1.3.2 Advies ten aanzien van de oproepkracht

VIER advocaten kan haar cliënten het advies geven dat een beroep op een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW het meeste kans van slagen heeft, indien er kan worden aangetoond dat er sprake is van arbeid, loon en gezag zoals in art. 7:610 BW. Het is van belang dat de cliënt kan aantonen dat de partijbedoeling een arbeidsovereenkomst was en geen oproepovereenkomst. Daarnaast moet de cliënt aantonen dat de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven meer overeenkomt met een arbeidsovereenkomst. In alle uitspraken waarbij succesvol beroep is gedaan heeft de omstandigheid dat de oproepkracht structureel is ingezet, geleid tot de doorslag. Gezien het feit dat de oproepkracht geen zelfstandig ondernemer is, zijn er niet zoveel verschillende kenmerken, feiten en omstandigheden waar de rechter over moet oordelen.

VIER advocaten kan haar cliënten adviseren om geen beroep te doen op art. 7:610a BW, indien er geen sprake is van structurele inzet. Dit is namelijk een belangrijke omstandigheid waardoor de rechter in eerdere zaken heeft gesteld dat er geen sprake meer is van overeenkomst op basis van oproep, omdat het 'oproep' karakter verloren is gegaan.

§6.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden aanbevelingen gegeven aan advocatenkantoor 'VIER advocaten', welke moeten bijdragen aan het advies dat kan worden gegeven aan cliënten over een beroep op arbeidsovereenkomst via art. 7:610a BW.

§6.2.1 Aanbevelingen ten aanzien van de zzp'er

Indien het advocatenkantoor een zzp'er bijstaat bij een beroep op een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW, kan het volgende worden aanbevolen:

- Benadruk de beperking van vrijheid/de afbreuk aan ondernemersvrijheid;
- Benadruk dat vrije vervanging door een derde niet mogelijk was of slechts beperkt;
- Benadruk dat er sprake is van economische afhankelijkheid;
- Benadruk (indien mogelijk) dat de zzp'er kort voorafgaand aan de overeenkomst van arbeid zelfstandig is geworden, en;
- Benadruk dat er sprake is van een gezagsverhouding.

§6.2.2 Aanbevelingen ten aanzien van de oproepkracht

Indien het advocatenkantoor een oproepkracht bijstaat bij een beroep op een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW, kan het volgende worden aanbevolen:

- Benadruk dat de partijbedoeling geen oproepovereenkomst is geweest, maar een arbeidsovereenkomst, en;
- Benadruk dat de feitelijke uitvoering duidt op een arbeidsovereenkomst door middel van een vast rooster of het aantonen van structurele inzet.

§6.2.3 Aanbevelingen ten aanzien van de opdrachtgever

Indien het advocatenkantoor een opdrachtgever bijstaat, tegen wie een rechtszaak loopt waarin een arbeidsovereenkomst wordt geclaimd via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW, kan het volgende worden aanbevolen:

- Benadruk de vrijheid bij de uitvoering van de werkzaamheden;
- Benadruk dat er geen gezagsverhouding aanwezig is, omdat de gegeven instructies/aanwijzingen vallen binnen de bevoegdheid van de opdrachtgever;
- Benadruk dat de zzp'er vrij was om zich te laten vervangen;
- Benadruk dat er geen sprake is van economische afhankelijkheid, en;
- Benadruk dat er een VAR-verklaring aanwezig is (in de toekomst een modelovereenkomst).

Wanneer deze claim wordt gedaan door een oproepkracht, kan het volgende worden aanbevolen:

- Benadruk dat partijen de intentie hadden om een oproepovereenkomst te sluiten;
- Benadruk dat de oproepkracht niet verplicht was gehoor te geven aan een oproep, en;
- Benadruk dat er geen sprake is van structurele inzet of een vast rooster.

Bronvermelding

Literatuurlijst

Voor het literatuuronderzoek zal ik de volgende boeken gebruiken:

- **Loonstra 2016**
C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen: Noordhoff uitgevers 2016.
- **Van der Grinten 2015**
Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- **Heinsius 2016**
J. Heinsius, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2016.
- **Heerma van Voss & Barentsen 2015**
G.J.J. Heerma van Voss, B. Barentsen, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2015
- **Plessen & Massuger 2015**
W.G.M. Plessen, P.M.M. Massuger, *Arbeidsovereenkomstenrecht en sociaalzekerheidsrecht*, Groningen: Noordhoff uitgevers 2016.
- **Treep 2015**
M. Treep, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- **Tekst & Commentaar Arbeidsrecht**
T. Barkhuysen e.a., *Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- **Bovens 2010**
Th.J.Fr.M. Bovens; Commissie Positie Zelfstandig Ondernemers, *ZZp'ers in beeld: een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: SER, Sociaal-Economische Raad 2010.
- **Jaspers e.a. 2011**
A. Ph. C.M. Jaspers e.a., *Rechtspraak Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2011
- **Van Genderen e.a. 2015**
D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Tijdschriftartikel

- G.C. Boot, 'Tijdschrift Recht en Arbeid', TRA 2016, afl. 5, p.3-9

Rapport

- G.C. Boot, Rapport Commissie (Model)overeenkomst in het kader van de Wet DBA, november 2016, p.3

Elektronische bronnen

- 'Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie', rijksoverheid.nl (zoek op: Home, onderwerpen, Zelfstandigen zonder personeel (zzp), inhoud)

- 'Arbeidscontract pakketbezorgers PostNL', de rechtspraak 18 december 2015, rechtspraak.nl (zoek op: *Rechtbank Noord-Holland, Nieuws, Arbeidscontracten pakketbezorgers PostNL*)
- R. Euwals, M. de Graaf-Zijl en D. van Vuuren, Flexibiliteit op de arbeidsmarkt, CPB Policy Brief 2016/14, cpb.nl
- 'Aanpak Schijnzelfstandigheid', Kamerbrief 23-04-2014, rijksoverheid.nl
- 'Hoe verder met de Wet DBA?', Tweede Kamer Plenaire verslagen, tweedekamer.nl (zoek op: *Wet DBA, Plenaire vergadering, Debat over de uitwerking van de Wet DBA*)

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1996/97, 25 263
- Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428
- Bijlage bij Kamerstuk 34036 nr. M (
- Handelingen 2016-2017, nr. 33, item 45, datum vergadering:08-12-2016, Tweede Kamer (Handelingen TK 2016-2017, 33)
- De Brief aan de Tweede kamer van 18 november 2016 inzake Tweede voortgangsrapport DBA, Bijlage bij Kamerstuk 34036 nr. M.

Staatsblad

- Stb. 1998, 300

Wetsartikelen

- Artikel 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek
- Artikel 550 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Jurisprudentielijst

Belangrijke arresten Hoge Raad

- Hoge Raad 14 november 1997, NJ 198/149
- Hoge Raad 5 april 2002, JAR 2002/100
- Hoge Raad 10 oktober 2003, JAR 2003/263
- Hoge Raad 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651
- Hoge Raad 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722
- Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA6231
- Hoge Raad 11 februari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9573
- Hoge Raad 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5408.

Uitspraken met betrekking tot de zzp'er

1. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 19 januari 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:5
2. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621
3. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3080
4. Rechtbank Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521
5. Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686

6. Rechtbank Zeeland-West Brabant 16 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4843
7. Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153
8. Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152
9. Rechtbank Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83
10. Rechtbank Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81
11. Rechtbank Midden-Nederland, 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103
12. Rechtbank Midden-Nederland, 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85
13. Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232
14. Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230
15. Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226
16. Rechtbank Limburg 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8468
17. Rechtbank Amsterdam, 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1480
18. Gerechtshof Den Haag, 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3814
19. Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 12 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7769
20. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979
21. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183
22. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 november 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:10737
23. Rechtbank Noord-Nederland, 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6064
24. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5856
25. Centrale Raad van Beroep, 29 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6200
26. Gerechtshof 's-Gravenhage, 2 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5984
27. Rechtbank Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213
28. Rechtbank Amsterdam 16 oktober 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1428
29. Rechtbank Haarlem, 13 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4099
30. Rechtbank 's-Gravenhage, 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837

Uitspraken met betrekking tot de oproepkracht

1. Rechtbank Midden-Nederland, 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461
2. Rechtbank Oost-Nederland 8 januari 2013, BY8037
3. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3363

4. Rechtbank Haarlem 21 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ9611
5. Rechtbank Haarlem 13 januari 2010, LJN BL0825 →
ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0825
6. Rechtbank Haarlem 11 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP1388
7. Gerechtshof Amsterdam, 21 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ7372
8. Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2006,
ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4658

Bijlagen

Bijlage 1: Arresten Hoge Raad

Groen/Schoevers⁸³

De heer Groen is belastingadviseur en heeft een eigen onderneming in de vorm van een commanditaire vennootschap genaamd 'de C.V. Groen Belastingadviseurs. Sinds 1 maart 1991 geeft Groen op basis van een mondelinge overeenkomst parttime les bij Schoevers. Op voorstel van Groen factureert de C.V. op basis van het aantal gewerkte uren. Bij de factuurbetaling doet Schoevers geen inhoudingen zoals premie sociale verzekeringen en loonbelasting. Daarnaast wordt de arbeidsvoorwaardenregeling niet toegepast, ontvangt hij geen vakantiebijslag en heeft hij ook geen recht op doorbetaling van loon bij ziekte.

Op het moment dat Schoevers de overeenkomst beëindigt, stelt Groen zich op het standpunt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De rechtbank is van oordeel dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht en niet van een arbeidsovereenkomst. Groen gaat in hoger beroep, maar ook de Hoge Raad is van oordeel dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad stelt dat aan de beantwoording van de vraag of partijen bij de totstandkoming een arbeidsovereenkomst hebben beoogd, een doorslaggevende betekenis toekomt. Bij de beoordeling is niet een kenmerk beslissend, maar moeten de rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien. De wijze waarop partijen feitelijke uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst is hierbij van belang. De Hoge Raad is van oordeel dat de ontvangen tegenprestatie niet kan worden aangemerkt als loon zoals bij een arbeidsovereenkomst, omdat er geen inhoudingen op de tegenprestatie zijn gedaan. Ook is er volgens de Hoge Raad geen gezagsverhouding aanwezig. Het enkel geven van aanwijzingen leidt niet tot een arbeidsovereenkomst, want dat is toegestaan bij een overeenkomst van opdracht. Schoevers maakte uitsluitend gebruik van haar instructiebevoegdheid in de zin van art. 7:402 BW. Hierdoor neemt de Hoge Raad aan dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd bij het aangaan van de overeenkomst.

De Hoge Raad voegt daaraan toe dat er ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van Groen. Wanneer de maatschappelijke positie van de belanghebbende sterker is, is de partijbedoeling minder van belang.⁸⁴

Om erachter te komen wat partijen hebben beoogd ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en de wijze waarop de overeenkomst feitelijke is uitgevoerd, heeft de Hoge Raad twee elementen bekeken. Allereerst het formele gezagscriterium. Dit houdt in dat de rechter kijkt of de werknemer in de organisatie is ingebed. Dat wil zeggen in hoeverre de overeenkomst lijkt op een gebruikelijke arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en andere werknemers. Ten tweede wordt er gekeken naar het materiële gezagscriterium. Wanneer de werknemer niet is ingebed in de organisatie, kan er toch een arbeidsovereenkomst bestaan door de inhoudelijke instructies die de werkgever aan de werknemer gaf.

⁸³ HR 14 november 1997, NJ 198/149.

⁸⁴ Jaspers e.a. 2011, p. 4-6.

ABN AMRO/Malhi⁸⁵

Op 31 januari 1990 is Malhi in dienst getreden bij een schoonmaakbedrijf en werkzaam als schoonmaker bij de ABN AMRO. Op verzoek van ABN AMRO is de functie van Malhi meerdere malen gewijzigd. De functiewisselingen zijn echter niet schriftelijk vastgelegd. Tevens is Malhi een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de cao voor het bankbedrijf. Dit had als gevolg dat hij een salaris ontving op gelijk niveau met medewerkers van ABN AMRO. Malhi heeft steeds wekelijks werkbriefjes ingeleverd met het aantal uren en kreeg deze vervolgens uitbetaald. Bij ziekte of afwezigheid wegens vakantie werd Malhi niet vervangen door een andere werknemer van het schoonmaakbedrijf.

Een aantal jaren later heeft ABN AMRO het schoonmaakbedrijf en Malhi laten weten dat de werkzaamheden met ingang van 1 juli 1995 zouden vervallen. De overeenkomst zou dus zowel met Malhi als het schoonmaakbedrijf worden beëindigd. Malhi stelt dat er tussen hem en ABN AMRO een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

De Hoge Raad overweegt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dit arrest was de Hoge Raad van oordeel dat *'de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvoor geen van partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich hebben voltrokken.'* Het gaat in deze zaak niet om de vraag hoe partijen de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd, maar om de vraag of Malhi en ABN AMRO zich jegens elkaar verbonden hebben.

Het feit dat ABN AMRO Malhi andere werkzaamheden liet verrichten dan schoonmaakwerk, Malhi niet werd vervangen bij ziekte of afwezigheid en dat de hoogte van het loon overeenkwam met de CAO van ABN AMRO, zorgen er niet voor dat partijen zich jegens elkaar verbonden hebben. Partijen hebben zich niet 'uitdrukkelijk' met elkaar verbonden, want dit blijkt niet uit de verklaring en gedragingen van partijen.⁸⁶

Van der Male/ Den Hoedt⁸⁷

Den Hoedt heeft na de echtscheiding een schriftelijke overeenkomst gesloten met Van der Male B.V. Bij deze BV was haar ex-man aandeelhouder en bestuurder. De schriftelijke overeenkomst is betiteld met 'arbeidsovereenkomst'. Volgens de overeenkomst zou Den Hoedt met ingang van 1 januari 1995 als administratief medewerkster in dienst treden voor 15 uren per week. De dienstbetrekking is aangegaan voor onbepaalde tijd en bevatte ook bepalingen ten aanzien van vakantiegeld. Den Hoedt is vanaf het begin vrijgesteld van arbeid en heeft daarom ook nooit feitelijk arbeid verricht. Het maandsalaris is echter wel betaald. De BV heeft het salaris op een gegeven moment niet meer betaald, omdat Den

⁸⁵ HR 5 april 2002, JAR 2002/100

⁸⁶ Jaspers e.a. 2011, p.9-11.

⁸⁷ HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263

Hoedt economisch niet meer afhankelijk zou zijn en een eenheid zou zijn gaan vormen met haar nieuwe partner. Dit heeft ervoor gezorgd dat Den Hoedt betaling van salaris heeft gevorderd.

De Hoge Raad overweegt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het feit dat partijen de overeenkomst hebben betiteld als arbeidsovereenkomst, betekent nog niet dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Er moet bij de beoordeling worden gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval. Partijen hadden nooit beoogd om uitvoering te geven aan de arbeidsovereenkomst, in die zin dat van Den Hoedt arbeid zou verrichten voor Van der Male. Er was dus geen sprake van arbeid en gezag. In deze zaak had de overeenkomst maar een functie en dat was van Den Hoedt voorzien in levensonderhoud door middel van het verschaffen van geld.

Kortom, betaling van alimentatie levert dus geen arbeidsovereenkomst op.

Diosynth/Groot ⁸⁸

Groot heeft van 11 september 1980 tot 1 oktober 1998 werkzaamheden verricht als acquisitie voor Diosynth. Deze functie hield in dat Groot moest zorgen voor de werving van deelnemers voor een "Moeders voor Moeders" programma. Hiervoor moest zij op bezoek bij huisartsen, gynaecologen en verloskundigen. Groot kon zich maar beperkt laten vervangen en kreeg periodieke instructies tijdens haar werkzaamheden. De acquisitie-overeenkomst wijkt af van de gebruikelijke arbeidsovereenkomsten van Diosynth, zoals die van artsenbezoekers. Groot wil op grond van een cao pensioen genieten en eist een arbeidsovereenkomst tussen haar en Diosynth. Diosynth stelt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, omdat er geen arbeidsovereenkomst is beoogd bij het sluiten van de overeenkomst. Daarnaast stelt Diosynth dat Groot wist dat er grote en essentiële verschillen bestonden tussen haar contract en een arbeidscontract. De kantonrechter oordeelde dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst door het bestaan van een gezagsverhouding en de zeer beperkte vervangingsmogelijkheid.

De Hoge Raad was van oordeel dat de partijbedoeling eerst moet worden vastgesteld voordat er werd gekeken naar de feitelijke uitvoering van de overeenkomst. Dit had als gevolg dat Diosynth de gelegenheid kreeg om te bewijzen dat Groot ook de bedoeling heeft gehad om een overeenkomst van opdracht te sluiten. De Hoge Raad overweegt dat er, ondanks hetgeen Diosynth stelt, sprake is van een arbeidsovereenkomst gezien de instructies, de beperkte vervangingsmogelijkheid, de omvang van de wekelijkse arbeid en de feitelijke invulling van de overeenkomst.

UvA/Beurspromovendi ⁸⁹

De Beurspromovendi is een groep personen dat werkzaam is bij de UvA. Beurspromovendi verricht onderzoek en schrijft proefschriften voor de UvA. Als

⁸⁸ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651

⁸⁹ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722

tegenprestatie kent de UvA hen een stipendium toe. Dit is een tegemoetkoming in de kosten van levensonderhoud om hen in de gelegenheid te stellen onderzoek te verrichten en dit onderzoek af te sluiten met promotie. De werkzaamheden en tegenprestatie zijn schriftelijk overeengekomen.

De Beurspromovendi stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen hen en de UvA. Deze vordering wordt door de kantonrechter afgewezen, omdat niet zou zijn voldaan aan de voorwaarde 'arbeid' in de zin van art. 7:610 BW.

De Hoge Raad is van oordeel dat de overeenkomst tussen Beurspromovendi en de UvA wel een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:610 BW. Volgens de Hoge Raad behoort het verrichten van onderzoek en het schrijven van een proefschrift tot de core business van de UvA, omdat dit een bijdrage levert aan het primaire doel, namelijk het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. Om deze reden moet dit worden aangemerkt als reguliere arbeid. Daarnaast moet de tegenprestatie 'stipendium' worden gezien als loon in de zin van art. 7:610 BW. De Hoge Raad gaat niet mee in de stelling dat het stipendium een tegemoetkoming voor levensonderhoud is, omdat het bedrag is gerelateerd aan onderzoek van 38 uur per week. Nu enkel het element gezag overbleef, was het aan de UvA om te bewijzen dat er geen sprake was van een gezagsverhouding. Tijdens het onderzoek kon de UvA namelijk instructies geven aan de Beurspromovendi. Aan de elementen: loon, arbeid en gezag is voldaan, waardoor er sprake is van een arbeidsovereenkomst op basis van art. 7:610 BW.⁹⁰

Thuiszorg Rotterdam/ PGGM⁹¹

Thuiszorg Rotterdam heeft een directeur in dienst op basis van een managementovereenkomst. De directeur wilde niet werken op basis van een arbeidsovereenkomst, omdat hem dat een pensioenbreuk zou opleveren. De managementovereenkomst zorgde ervoor dat de directeur niet onder de verplichte PGGM-pensioenregeling zou vallen. PGGM stelt dat de er sprake was van een schijnconstructie en dat de directeur feitelijk werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. Om deze reden moest Thuiszorg Rotterdam pensioenpremie afdragen voor de directeur. De rechter diende vast te stellen of er al dan niet sprake was van een arbeidsovereenkomst. Het gerechtshof was het eens met PGGM en paste de criteria uit het Groen/Schoevers arrest toe.

De Hoge Raad oordeelde dat het hof het Groen/Schoeverscriterium terecht had toegepast. De criteria zijn ook van toepassing wanneer een derde, in dit geval PGGM, betoogt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Het feit dat partijen geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten, omdat de directeur geen pensioenbreuk wilde oplopen, is onvoldoende om niet te spreken van een arbeidsovereenkomst. Het gaat niet alleen om hetgeen partijen hebben beoogd bij het sluiten van de overeenkomst, maar ook om de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Volgens de Hoge Raad was er sprake van arbeid, omdat de werkzaamheden persoonlijk moesten worden verricht door de directeur. Ook was er sprake van loon, omdat er geen Btw werd afgedragen

⁹⁰ Jaspers e.a. 2011, p. 12-20

⁹¹ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA6231

en de betaling via de loonadministratie werd voldaan. Tot slot was er ook een gezagsverhouding in het spel, omdat Thuiszorg Rotterdam de directeur inleende en instructies gaf. De Hoge Raad overweegt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst door aanwezigheid van de drie elementen van art. 7:610 BW.⁹²

Sjomeer⁹³

Een werknemer is sinds 1982 werkzaam als bewaker (in het joods: sjomeer) bij de Joodse Scholengemeenschap Maimonides. Hij werkte eerst alleen onder schooltijden, maar sinds 1985 ook op de zondagochtend tijdens het onderwijs door NIHS. Tot 19 oktober 1999 verrichte hij deze werkzaamheden voor de stichting Vigilantium. Vigilantium ontving hiervoor subsidie van NIHS. Toen zij van de fiscus te horen kregen dat dit niet mocht, is er tussen partijen overleg gevoerd over de werkzaamheden. De arbeidsovereenkomst is toen met wederzijds goedvinden beëindigd en vervolgens is er een 'overeenkomst tot het leveren van diensten' tot stand gekomen. De werkzaamheden als bewaker voor de zondagochtend zijn hiermee voortgezet. De werknemer kreeg betaald via een factuur. Op 1 september 2006 hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor 1 jaar afgesloten met de zelfde werkzaamheden. Deze is vervolgens nog een keer verlengd. NIHS stelt dat de arbeidsovereenkomst op 31 augustus van rechtswege is geëindigd. Werknemer stelt dat op basis van het rechtsvermoeden (art. 7:610a BW) de tijdelijke arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd was, waardoor de overeenkomst van bepaalde tijd had moeten worden opgezegd via art. 7:667 lid 4 BW. Volgens NIHS is dit rechtsvermoeden weerlegd. Zowel de kantonrechter als het hof hebben de werknemer in het gelijk gesteld. NIHS gaat in cassatie, omdat er niet aan de toetsing van de drie elementen in art. 7:610 en aan het bewijsvermoeden in art. 7:610a BW kan worden toegekomen, nu de kantonrechter niet heeft kunnen vaststellen wat de partijbedoeling was. Volgens NIHS is de arbeidsovereenkomst onterecht toegewezen.

De Hoge Raad stelt dat door de onduidelijke partijbedoeling niet gesteld kan worden dat partijen expliciet de bedoeling hadden om geen arbeidsovereenkomst te sluiten. Juist om het feit dat de partijbedoeling niet duidelijk is en er onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie, kan het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW worden gehanteerd, indien aan de voorwaarden uit dit artikel is voldaan, namelijk: het verrichten van arbeid voor een ander tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel ten minste twintig uren per maand. Dit kan zelfs wanneer niets vaststaat over de partijbedoeling of de feitelijke uitvoering. De betrokken partij moet bewijzen dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst was en de wijze waarop feitelijke uitvoering is gegeven aan de overeenkomst niet wijst op een arbeidsovereenkomst. Indien de partij dit niet kan, blijft het rechtsvermoeden bestaan.

⁹² Jaspers e.a. 2011, p. 21-24

⁹³ ECLI:NL:PHR:2011:BO9573

Belangrijke citaten waaruit blijkt welke feiten en omstandigheden meewegen bij de beoordeling:

"Het onderscheidende element tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst is het element "in dienst" dat met de aanwezigheid van een gezagsverhouding pleegt te worden vereenzelvigd(14). Daarbij moet wel worden aangetekend dat de opvattingen over de inhoud van het element "in dienst" en van het begrip "gezagsverhouding" in de loop der jaren zijn geëvolueerd. Terwijl de aandacht zich in het verleden in het bijzonder richtte op een instructiebevoegdheid van de (mogelijke) werkgever, wordt tegenwoordig, naast een eventuele instructiebevoegdheid, een veelheid van factoren in aanmerking genomen. De verschillende factoren worden in onderling verband gewogen; géén daarvan behoeft bij voorbaat beslissend te zijn. Relevante factoren naast een eventuele instructiebevoegdheid van de (mogelijke) werkgever zijn de vrijheid van degene die de arbeid verricht ten aanzien van de werkindeling, het karakter van de beloning, de vraag of betaling rechtstreeks door cliënten plaatsvindt, de mate waarin degene die de arbeid verricht ondernemersrisico draagt, de mate waarin deze zelf voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen zorg draagt, eventuele doorbetaling over vakantie, ziekte- en verlofdagen, de mate waarin naast de overeengekomen werkzaamheden andere werkzaamheden worden verricht, het incidentele karakter van de arbeid, een eventuele inhouding van sociale premies en loonbelasting door de (mogelijke) werkgever en een eventuele afdracht van btw door degene die de arbeid verricht(15). Het bestaan van een instructiebevoegdheid kan voor de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst ook daarom niet beslissend zijn, omdat ook de opdrachtnemer op grond van art. 7:402 BW is gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen van de opdrachtgever omtrent de uitvoering van de opdracht."

"Gesteld noch gebleken is dat [verweerder] enige ervaring had op het gebied van het zelfstandig ondernemerschap of eigen ambities had in die richting."

Gouden Kooi⁹⁴

Op 26 februari 2007 heeft deelnemer (Terror Jaap) een overeenkomst gesloten met Talpa Producties B.V. (Talpa) om deel te nemen aan het televisieprogramma De Gouden Kooi. Op grond van deze overeenkomst zou de deelnemer een geldbedrag van €1000,- per maand ontvangen voor zijn deelname. Hierbij maakte hij kans op verschillende prijzen. Uiteindelijk won de deelnemer het spel via een sms-stemming en daarmee ontving hij een geldbedrag van €1.351.000,- als hoofdprijs. Op dit bedrag zijn door Talpa inhoudingen gedaan zoals loonbelasting en premie volksverzekering. De deelnemer is het niet eens met de inhoudingen en heeft bezwaar gemaakt, welke door de Inspecteur is afgewezen. In geschil is dus of de ontvangen hoofdprijs is aan te merken als loon uit een dienstbetrekking. Het bezwaar is door de rechtbank ongegrond verklaard. De deelnemer is in hoger beroep gegaan, maar ook het Hof heeft het beroep ongegrond verklaard. Het Hof heeft echter wel geoordeeld dat de overeenkomst moet worden aangemerkt als een dienstbetrekking, waardoor er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

⁹⁴ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5408.

Dit blijkt uit het volgende: *"De programmamaker, teneinde het programma conform het door hem ontwikkelde format en spelregels te formaliseren, instructies kon geven en maatregelen nemen. De deelnemers hadden dit op voorhand aanvaard. Een en ander constitueert een gezagsverhouding."*⁹⁵

De deelnemer gaat in cassatie. In cassatie is niet in geschil of de arbeidsrelatie moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, maar of de hoofdprijs is aan te merken als loon. De deelnemer stelt dat de hoofdprijs haar grond vindt in het georganiseerde kansspel en niet in de dienstbetrekking tussen hem en Talpa. De Hoge Raad is het er niet mee eens en oordeelt dat de prijs een voordeel vormt, nu Talpa deze als werkgever heeft verstrekt op grond van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Het feit dat de deelnemer geen invloed had op de kans om te winnen, doet het loonkarakter volgens de Hoge Raad niet af. De Hoge Raad verklaart het beroep ongegrond en gaat mee in het oordeel van het Hof.

Uit dit arrest volgt dat alle feiten en omstandigheden van het geval worden betrokken en in onderling verband moeten worden gezien. Het gaat niet alleen om de rechten en plichten die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden.⁹⁶

Bijlage 2: Topiclijst zzp'er

1. Vrije vervanging door een derde
2. Beloning anders dan loon
3. Instructies en controle
4. Partijbedoeling
5. Maatschappelijke positie
6. Ondernemersvrijheid
7. Ondernemersrisico
8. Meerdere opdrachtgevers
10. VAR-verklaring aanwezig

Bijlage 3: Topiclijst oproepkracht

1. Voldaan aan voorwaarden art. 7:610a BW
2. Partijbedoeling
3. Feitelijke uitvoering

⁹⁵ Hof 's-Gravenhage 23 juni 2011, LJN: B!9031

⁹⁶ Dit blijkt ook uit een andere zaak met betrekking tot de Gouden Kooi: HR 25 maart 2011, LJN: BP3887

Bijlage 4: Tabel jurisprudentieanalyse zzp'er

Hieronder zijn de topics behandeld per uitspraak. De nummering van de uitspraken worden aan het begin van elke tabel opnieuw aangegeven.

Topic 1

Uitspraak	1. Vrije vervanging door een derde
8. ECLI:NL:RBAMS:2016:152	Nee, alleen na goedkeuring
13. ECLI:NL:RBNHO:2015:11232	Nee, alleen incidenteel na goedkeuring
15. ECLI:NL:RBNHO:2015:11226	Nee, alleen incidenteel na goedkeuring
20. ECLI:NL:GHSHE:2014:979	Nee
16. ECLI:NL:RBLIM:2015:8468	Nee, arbeid moest persoonlijk worden verricht
1. ECLI:NL:OGEAC:2017:5	nb
2. ECLI:NL:GHARL:2016:6621	Ja, ondanks dat opdrachtgever tijdig moest worden geïnformeerd
3. ECLI:NL:GHSHE:2016:3080	nb
4. ECLI:NL:RBAMS:2016:4521	Ja, ondanks dat opdrachtgever vervanging kan weigeren bij objectieve en zwaarwegende omstandigheden
5. ECLI:NL:GHAMS:2016:2686	Ja, ondanks dat opdrachtgever vervanging kan weigeren bij objectieve en zwaarwegende omstandigheden
6. ECLI:NL:RBZWB:2016:4843	nb
7. ECLI:NL:RBAMS:2016:153	Nee, dit is wel structureel gebeurd na goedkeuring
9. ECLI:NL:RBOBR:2016:83	Ja, maar niet structureel
10. ECLI:NL:RBOBR:2016:81	Ja, maar niet structureel ook al gebeurde dit wel
11. ECLI:NL:RBMNE:2016:103	Nee, dit is wel structureel gebeurd maar alleen na goedkeuring
12. ECLI:NL:RBMNE:2016:85	Nee, dit is wel gebeurd maar alleen na goedkeuring
14. ECLI:NL:RBNHO:2015:11230	Nee, dit is wel structureel gebeurd na goedkeuring
17. ECLI:NL:RBAMS:2015:1480	Ja, structureel en veel waardoor er geen sprake is van 'persoonlijke arbeid'
18. ECLI:NL:GHDHA:2014:3814	nb
19. ECLI:NL:RBZWB:2014:7769	nb
21. ECLI:NL:GHSHE:2014:183	nb
22. ECLI:NL:RBZWB:2013:10737	nb
23. ECLI:NL:RBNNE:2013:6064	nb
24. ECLI:NL:GHARL:2013:5856	nb
25. ECLI:NL:CRVB:2012:BX6200	Nee, komt door de aard van de arbeid 'tolk'
26. ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5984	nb
27. ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213	Ja, structureel gebeurd
28. ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1428	Ja
29. ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4099	Ja
30. ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837	nb

Topic 2

2. Beloning anders dan loon
8: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
13: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
15: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
20: Nee
16: Nee, want zzp'er ontving ook loon tijdens ziekte en vakantie
1: Ja, door declaratie en facturen
2: Ja, door de facturen en beloning per succesvolle stop
3: nb
4: Ja, want er werden geen inhoudingen gedaan
5: Ja, beloning per succesvolle stop
6: Ja, geen loon door fiscale inhoudingen voor zelfstandigen
7: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
9: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
10: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
11: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
12: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
14: Ja, beloning per succesvolle stop op basis van factuur
17: nb
18: nb
19: Ja, geen vakantiegeld
21: Ja, beloning per factuur en er btw in rekening is gebracht
22: nb
23: Ja, uitbetaling voor het gewerkte aantal uur via een declaratie
24: Ja, uitbetaling voor het gewerkte aantal uur via een declaratie
25: Nee, niet in geschil is of er sprake is van loon
26: Ja, uitbetaling via factuur
27: Nee, tegeprestatie wijst op loon
28: Ja, uitbetaald per hoeveelheid en niet per tijdseenheid
29: Nee, uitbetaling per gewerkte dag en geen inhoudingen
30: Ja, uitbetaling via factuur en geen inhoudingen

Topic 3 en 4

3. Instructies en controle	4. Partijbedoeling
8: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
13: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
15: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
20: Ja, aanwijzingen buiten bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	nb
16: Ja, buiten bevoegdheid van art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
1: Nee, geen enkele aanwijzing of instructie	Geen arbeidsovereenkomst
2: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
3: nb	nb
4: Ja, buiten de bevoegdheid. Wordt geschaard onder ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
5: nb	nb
6: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
7: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
9: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
10: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
11: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
12: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
14: Ja, buiten de bevoegdheid met als gevolg afbreuk aan ondernemersvrijheid	Geen arbeidsovereenkomst
17: nb	nb
18: nb	nb
19: nb nu eiseres niet motiveerd dat er sprake is van een gezagsverhouding	Geen arbeidsovereenkomst
21: Appellant kan niet aantonen dat deze buiten de bevoegdheid waren	Geen arbeidsovereenkomst
22: nb	Geen arbeidsovereenkomst
23: nb, eiser stelt niet dat er sprake is van een gezagsverhouding	Geen arbeidsovereenkomst
24: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
25: Ja, maar binnen art. 7:402	nb
26: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
27: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
28: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
29: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst
30: Ja, maar binnen art. 7:402 BW	Geen arbeidsovereenkomst

Topic 5

5. Maatschappelijke positie
8: Ongelijkwaardig, omdat er amper tot geen ruimte was voor onderhandeling en economische afhankelijkheid
13: Ongelijkwaardig, omdat zzp'er kort voor overeenkomst zelfstandig is geworden
15: Ongelijkwaardig, omdat zzp'er kort voor overeenkomst zelfstandig is geworden
20: nb
6: nb
1: nb
2: Gelijkwaardig, omdat zzp'er wist dat hij zelfstandig ondernemer zou worden
3: nb
4: nb
5: Ongelijkwaardig, want zzp'er is financieel afhankelijk maar daar heeft hij volgens de rechter zelf voor gekozen.
6: nb
7: Ongelijkwaardig, omdat er amper tot geen ruimte was voor onderhandeling en economische afhankelijkheid
9: Ongelijkwaardig, omdat zzp'er kort voor overeenkomst zelfstandig is geworden
10: Ongelijkwaardig, omdat zzp'er kort voor overeenkomst zelfstandig is geworden
11: Ongelijkwaardig, omdat zzp'er kort voor overeenkomst zelfstandig is geworden
12: Gelijkwaardig, omdat zzp'er al langer zelfstandig was en wist wat dit inhield
14: Gelijkwaardig, omdat zzp'er al langer zelfstandig was en wist wat dit inhield
17: nb
18: nb
19: Nb
21: nb, al wordt er los gesproken over de kennis van appellant en dat hij is bijgestaan tijdens de onderhandelingen
22: Nb
23: Nb
24: Nb
25: Nb
26: Nb
27: Nb
28: nb
29: nb
30: nb

Topic 6, 7 en 8

6. Ondernemersvrijheid	7. Ondernemersrisico	8. Meerdere opdrachtgevers
8: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
13: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
15: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
20: nb	nb	nb
16: nb	nb	nb
1: nb, maar blijkt uit de vrijheid van de werkindeling	nb	nb
2: Ja, ondanks de Tijdvakindicatie	Ja, aanschaffen bus	nb
3: nb	nb	nb
4: Ingeperkt, door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus	nb
5: nb	Ja, door het rijden van steeds meer routes voor PostNL	Nee
6: nb	nb	Ja
7: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
9: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
10: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaf van 2 bussen en wijze van beloning	Nee
11: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nb
12: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Ja
14: Ingeperkt door vele gedetailleerde instructies	Ja, aanschaffen bus en wijze van beloning	Nee
17: nb	nb	nb
18: nb	nb	nb
19: nb	nb	nb
21: nb	nb	nb
22: nb	nb	nb
23: nb	nb	nb
24: nb	nb	nb
25: nb	nb	Is niet bekend, maar wel toegestaan
26: nb	nb	Ja
27: nb	nb	nb
28: nb	nb	nb
29: nb	nb	nb
23: nb	nb	nb

Topic 9 en uitkomst

9. VAR-verklaring aanwezig	Arbeidsovereenkomst toegewezen
8: Ja	V
13: Ja	V
15: Ja	V
20: nb	V
16: nb	H
1: nb	X
2: Ja	X
3: nb	X
4: Ja	X
5: Nb	X
6: nb	X
7: Ja	X
9: Ja	X
10: Ja	X
11: Ja	X
12: Ja	X
14: Ja	X
17: nb	X
19: nb	X
21: Ja	X
22: nb	X
23: nb	X
24: Ja	X
25: nb	X
26: nb	X
27: Ja	X
28: nb	X
29: nb	X
30: nb	X
nb	X

LEGENDA

nb = niet behandeld

H = rechter is van oordeel dat de arbeidsovereenkomst naar verwachting wordt toegewezen in de bodemprocedure

X = niet toegewezen

V= wel toegewezen

Bijlage 5: Tabel jurisprudentieanalyse oproepkracht

Uitspraak	Voldaan aan voorwaarden art. 7:610a BW	Partijbedoeling
1. ECLI:NL:RBMNE:2015:3461	Ja	Arbeidsovereenkomst
3. ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3363	Ja	Arbeidsovereenkomst
7. ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ7372	Ja	Arbeidsovereenkomst
5. ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0825	Ja	Geen arbeidsovereenkomst
2. BY8037	Ja	Geen arbeidsovereenkomst
6. ECLI:NL:RBHAA:2011:BP1388	Ja	Geen arbeidsovereenkomst
4. ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ9611	Ja	Geen arbeidsovereenkomst
8. ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4658	Ja	Geen arbeidsovereenkomst

Feitelijke uitvoering
1: Gelijk aan arbeidsovereenkomst, want sprake van gezag door aanwijzingen en geen grote eigen verantwoordelijkheid
3: Gelijk aan arbeidsovereenkomst, door vaste dagen en ver vooruit geplande rooster
7: Gelijk aan arbeidsovereenkomst, omdat er geen flexibiliteit is door fulltime werken.
5: Gelijk aan arbeidsovereenkomst, want regelmatig patroon met vaste dagen en tijden. Daarbij is het lastig om vrij te krijgen.
2: Mogelijk gelijk aan arbeidsovereenkomst, omdat er sprake kan zijn van een gezagsverhouding door kritiek op houding en eisen
6: Niet mogelijk vast te stellen vanwege tegenstrijdige feiten. Vrije vervanging tegenover functioneringsgesprek en bedrijfsarts
4: Niet mogelijk vast te stellen, doordat onderzoek naar het rooster niet mogelijk is
8: Niet gelijk aan arbeidsovereenkomst, omdat er wisselende dagen en uren zijn gewerkt. Daarnaast kan eiseres niet aantonen dat het contract niet onder de cao zou vallen.

Arbeidsovereenkomst toegewezen
1: V
3: V
7: V
5: H
2: H
6: O
4: O
8: X

LEGENDA

V = toegewezen

X = niet toegewezen

H = de rechter is van oordeel dat het mogelijk is dat een arbeidsovereenkomst wordt toegewezen in de bodem procedure

O = de rechter verwacht dat in de bodemprocedure geen arbeidsovereenkomst zal toewijzen

Bijlage 6: Samenvatting uitspraken zzp'er

Uitspraak 1: ECLI:NL:OGEAC:2017:5

Feiten en omstandigheden

Verzoeker heeft sinds 2006 als bewaker werkzaamheden verricht voor Parke Tropikal tegen een beloning voor €8,- per uur. Hij declareerde zijn uren en Parke Tropikal betaalde deze uit. In 2014 heeft verzoeker een eenmanszaak opgericht genaamd 'Quality First Security'. Hij had verschillende werknemers in dienst die ook werkzaamheden verrichtten voor Parke Tropikal. Door een arbeidsconflict tussen verzoeker en zijn werknemers is er derdenbeslag gelegd op alle aan Parke Tropikal toekomende gelden. Parke Tropikal laat weten de arbeidsrelatie per direct te willen beëindigen. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst (beroep art. 7:610a) en dat het ontslag nietig is aangezien er geen dringende reden in het spel is. Verweerder stelt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht en dat het ontslag niet nietig is, omdat verzoeker door het arbeidsconflict niet kon garanderen dat de aangeboden diensten konden worden verricht.

Beoordeling

Aan de voorwaarden van het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW is voldaan. De partijbedoeling was volgens de rechter geen arbeidsovereenkomst, omdat verzoeker ter zitting heeft gesteld dat het begon als opdracht. Ook heeft verzoeker niet kunnen aantonen dat partijen de intentie hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Het feit dat verzoeker zijn uren declareerde voor uitbetaling en later zelfs factureerde, maakt dat er volgens de rechter geen sprake is van loon zoals in een dienstbetrekking, maar van betaling in het kader van de overeenkomst van opdracht. Ook is er volgens de rechter geen gezagsverhouding aanwezig, omdat de opdrachtgever geen enkele aanwijzingen of instructies gaf en er grote mate was van zelfstandigheid. Dit is vastgesteld, omdat verzoeker zijn eigen uren kon bepalen en die van zijn werknemers. Daarnaast hoefde verzoeker geen toestemming te vragen om niet te komen werken. Verzoeker heeft dit niet betwist. De rechter stelt dat verweerder het rechtsvermoeden voldoende heeft weerlegd. Geen arbeidsovereenkomst toegewezen.

Uitspraak 2: ECLI:NL:GHARL:2016:6621

Feiten en omstandigheden

Verzoeker heeft sinds 5 juni 2012 een eigen onderneming in transport en staat ingeschreven in de Kamer van Koophandel. Vanaf 21 juni 2012 is hij werkzaam als parketbezorger voor PostNL op grond van een overeenkomst van opdracht. PostNL zegt de overeenkomst op, omdat verzoeker niet beschikt over een Eurovergunning. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat de opzegging om die reden nietig is. Verweerder stelt van niet.

Beoordeling

Het was niet de partijbedoeling om een arbeidsovereenkomst af te sluiten. Verzoeker is aan te merken als zelfstandig ondernemer, omdat hij aan de kenmerken voldoet, zoals: een VAR, btw-nummer en inschrijving bij de KvK. Er was sprake van ondernemersrisico (investeringsrisico) door het aanschaffen van de bus, welke moest voldoen aan de verstrekte specificaties. Verzoeker kon zich vrij laten vervangen door een derde. Het feit dat verzoeker toestemming moest vragen bij vervanging en deze vervanging kon worden geweigerd, maakt nog niet dat verzoeker verplicht was om de werkzaamheden persoonlijk te verrichten.

Daarnaast werd verzoeker uitbetaald door middel van een factuur en ontving hij een beloning per succesvolle stop. Dit leidt tot een beloning dat aansluit bij het ondernemerschap en niet bij loon zoals in een dienstbetrekking. Volgens het Hof vallen de instructies (de bedrijfskleding, de schoenen en de scanner) binnen de bevoegdheid van de opdrachtgever in art. 7:402 BW. Het Hof oordeelde dat de Tijdvakindicatie niet in theorie, maar wel in de praktijk zorgde voor belemmering van de ondernemersvrijheid. Het hof wijst geen arbeidsovereenkomst toe, want niet een kenmerk is beslissend.

Uitspraak 3: ECLI:NL:GHSHE:2016:3080

Feiten en omstandigheden

Appellant werkte sinds 18 juni 2007 als zaterdaghulp in opdracht van Meubelen B.V. aan Meubels. De tegenprestatie was €4,50 per uur. Uit de tussenuitspraak blijkt dat geen arbeidsovereenkomst is opgesteld. Tijdens het verrichten van de werkzaamheden raakt appellant gewond. Voor dit ongeval wil appellant geïntimeerde aansprakelijk stellen wegens schending van zorgplicht. Geïntimeerde stelt dat appellant nooit in dienst is geweest.

Beoordeling

Het hof oordeelt dat appellant zich niet kan beroepen op het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW, omdat hij niet drie opeenvolgende maanden heeft gewerkt.

Uitspraak 4: ECLI:NL:RBAMS:2016:4521

Feiten en omstandigheden

Verzoeker staat sinds 16 januari 2012 ingeschreven als zzp'er bij de KvK. Op 22 januari 2013 hebben PostNL en verzoeker afgesproken dat hij in opdracht van PostNL op basis van een vervoersovereenkomst zou gaan werken. Verzoeker heeft een VAR-verklaring overgelegd. PostNL heeft de overeenkomst opgezegd wegens onjuist scangedrag. Verzoeker stelt dat de opzegging onrechtvaardig is en dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor het aangaan van de overeenkomst moest verzoeker zich inschrijven bij de KvK en een bus aanschaffen. Daarnaast hebben er geen onderhandelingen plaatsgevonden bij het aangaan van de overeenkomst. Ook kreeg verzoeker veel instructies en mocht hij geen pakketten voor andere bedrijven vervoeren in zijn bus. Tot slot voert hij aan dat een vervanger eerst moest worden goedgekeurd. Verweerder stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat dit blijkt uit de overeenkomst. Wel heeft verzoeker een arbeidsovereenkomst aangeboden

gekregen, maar deze heeft hij afgewezen. Verweerder stelt dat verzoeker zich wel mocht laten vervangen en ook voor concurrenten van PostNL mocht rijden. En als laatste argument voert verweerder aan dat verzoeker ook al voor de overeenkomst met PostNL werkzaam was als zelfstandig ondernemer.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat partijen niet de intentie hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten, maar een overeenkomst van opdracht. PostNL heeft aangetoond dat er verschillende tarieven waren en verzoeker heeft erkend dat er geringe onderhandelingsruimte was. Het feit dat verzoeker zelf vervanging moest zoeken, leidt tot zelfstandigheid volgens de kantonrechter.

Het feit dat de ondernemersvrijheid wordt beperkt door de vele instructies, zoals bedrijfskleding, schoenen en de scanner, maakt nog niet dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien de ondernemersvrijheid nog meer was beperkt zou dit ook niet hebben geleid tot een arbeidsovereenkomst, omdat verzoeker het aanbod van een arbeidsovereenkomst heeft afgeslagen. De kantonrechter overweegt dat hieruit valt af te leiden dat verzoeker bewust kiest om zelfstandig te zijn. De kantonrechter oordeelt dat er geen arbeidsovereenkomst zal worden toegewezen.

Uitspraak 5: ECLI:NL:GHAMS:2016:2686

Feiten en omstandigheden

Op 21 oktober 2010 zijn partijen een vervoersovereenkomst aangegaan. PostNL (geïntimeerde) heeft de overeenkomst opgezegd. Appellant stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat deze niet op rechtsgeldige wijze is opgezegd. Geïntimeerde stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat er wel rechtsgeldig is opgezegd. De kantonrechter heeft geoordeeld dat er geen sprake is van persoonlijke arbeid, omdat appellant zich door meer dan drie andere personen heeft laten helpen. Appellant gaat in hoger beroep.

Beoordeling

Het Hof is van oordeel dat PostNL door het aanbieden van meerdere routes automatisch toestemming heeft gegeven voor het inschakelen van derden, waardoor niet wordt voldaan aan het element 'persoonlijke arbeid verrichten' in art. 7:610 BW. In het contract staat dat vervanging is toegestaan. Het feit dat PostNL bij objectieve en zwaarwichtige omstandigheden vervanging mag weigeren, doet hier volgens het Hof niet aan af. Op basis van deze gronden oordeelt het Hof dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 6: ECLI:NL:RBZWB:2016:4843

Feiten en omstandigheden

Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat hij nooit vakantiedagen heeft gekregen of vakantiegeld. Gedaagde stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat dit ook niet de partijbedoeling was. Volgens gedaagde hoefde eiser de arbeid niet persoonlijke te verrichten,

werd hij niet doorbetaald bij ziekte of vakantie en was er geen sprake van een gezagsverhouding. Gedaagde stelt dat eiser geen arbeidsovereenkomst wilde, omdat hij anders zijn WW uitkering zou verliezen.

Beoordeling

Het Hof oordeelt dat nergens uit blijkt dat de partijbedoeling het sluiten van een arbeidsovereenkomst was. Door het feit dat eiser de stelling van gedaagde niet heeft weersproken over de WW uitkering, heeft het Hof overwogen dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst was.

Eiser stelde dat hij werd betaald op de wijze die valt onder loon, want hij ontving loonstrookjes en jaaropgaven. Gedaagde stelt dat hij fiscale inhoudingen moet doen, omdat eiser een zelfstandige is met een beperkt aantal andere opdrachtgevers. Het Hof gaat mee met gedaagde en overweegt dat dit gebruikelijk is.

Het Hof oordeelt dat er geen sprake is van persoonlijke arbeid, omdat eiser geen toestemming hoefde te vragen voor vakantie of verplicht was om rekening houden met de werkzaamheden van de opdrachtgever.

Het Hof oordeelt dat het enkel geven van instructies nog niet leidt tot een gezagsverhouding, omdat dit binnen de bevoegdheid valt van een opdrachtgever. Dit zou volgens het Hof alleen het geval zijn als eiser toestemming zou moeten vragen voor vakantie en zich moet ziekmelden bij ziekte in plaats van alleen afmelden. De partijbedoeling en feitelijke uitvoering leiden volgens het Hof niet tot een arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 7: ECLI:NL:RBAMS:2016:153

Feiten en omstandigheden

Sinds 1989 is verzoeker zelfstandig. Op 6 november 2006 zijn partijen een vervoersovereenkomst aangegaan. Verzoeker heeft ook een VAR-verklaring overgelegd. Verweerder heeft de overeenkomst opgezegd wegens klachten over de uitvoering van werkzaamheden. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst door de vele instructies die worden gegeven zoals: de route, de kleding, schoenen en de scanner. Daarnaast was er geen onderhandeling mogelijk, moest vervanging eerst worden goedgekeurd door verweerder, werd verzoeker gecontroleerd, mocht verzoeker geen andere pakketten bezorgen met de bus en werd de factuur opgesteld door verweerder.

Verweerder stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het was immers niet de partijbedoeling. Daarnaast is er volgens verweerder geen sprake van loon of een gezagsverhouding. De controles zijn volgens verweerder bedoeld voor de veiligheid van goederen en personen. Tot slot stelt verweerder dat eiser zich voor 72% heeft laten vervangen door acht personen. De vervangers hoefde eiser niet te laten goedkeuren, omdat zij enkel een rijbewijs en een VOG moesten hebben.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat uit de overeenkomst blijkt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest. Echter zijn partijen niet maatschappelijk

en economisch gelijkwaardig, omdat over de inhoud van de overeenkomst amper of niet kon worden onderhandeld. Daarentegen was er door de aanschaffing van de bus wel sprake van ondernemersrisico en dat geldt ook voor de wijze van beloning (betaling per succesvolle stop). De VAR-verklaring wijst ook op zelfstandigheid.

Tot slot doen de instructies afbreuk aan de ondernemersvrijheid, omdat verweerder zich met alles heeft bemoeid ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden. Echter heeft verzoeker zich wel structureel laten vervangen. Het feit dat verzoeker al langer zelfstandig was en gelet op de grote structurele vervanging, heeft ervoor gezorgd dat het Hof van oordeel is dat het verzoeker voor ogen stond om als zelfstandige werkzaam te zijn en dat hij hiervan de gevolgen kon overzien. De economische afhankelijkheid doet hier niet aan af. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 8: ECLI:NL:RBAMS:2016:152

Feiten en omstandigheden

Op 1 januari 2012 is een vervoersovereenkomst tot stand gekomen tussen de zzp'er en PostNL. De zzp'er had een VAR-verklaring. Verzoeker heeft geen aanbod gekregen om in dienst te treden op basis van een arbeidsovereenkomst. Op 8 december 2015 heeft PostNL de overeenkomst opgezegd wegens klachten over de uitvoering van de werkzaamheden. De zzp'er stelt dat opzegging onrechtmatig is en dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Verzoeker stelt dat hij de arbeid persoonlijk moest verrichten en dat er sprake was van een gezagsverhouding. De reden is het volgende:

- PostNL bepaalt welke route moet worden gereden en hoe laat.
- PostNL bepaalt de kleding, schoenen en op welke wijze de scanner moet worden gedragen.
- Dat dezelfde huis- en gedragsregels van toepassing zijn op de zzp'er als de regels die gelden voor werknemers
- Vervanging eerst moet worden goedgekeurd
- Er controle wordt gedaan op zijn werkzaamheden
- Hij mag geen andere pakketten bezorgen met de bus
- Hij mag niet zijn eigen factuur opstellen, maar krijgt een factuur van PostNL

Verweerder stelt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest. Ook was er volgens verweerder geen sprake loon of een gezagsverhouding. Ten aanzien van de werkwijze stelt verweerder dat deze zijn bedoeld om een bepaald niveau en services te kunnen aanbieden. Verweerder stelt dat de vervangers niet hoefde te worden goedgekeurd, maar dat zij alleen een rijbewijs moesten hebben en een verklaring omtrent gedrag.

Beoordeling

De kantonrechter overweegt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest door onder andere de VAR-verklaring. De maatschappelijke en

economische positie was niet gelijkwaardig, omdat over de inhoud van de overeenkomst niet of amper kon worden onderhandeld. De zeer gedetailleerde instructies doen afbreuk aan de ondernemersvrijheid. Hiermee wordt bedoeld op de kledingvoorschriften, de Tijdvakindicatie, de controle en de beperkte mogelijkheid tot vervanging. Er was wel sprake van ondernemersrisico door het aanschaffen van de bus en de wijze van beloning door betaling voor elke succesvolle stop. De kantonrechter acht het van belang dat verzoeker kort voor de vervoersovereenkomst als zelfstandige stond ingeschreven en alleen voor verweerder werkzaam was. Dit op zichzelf leidt niet tot een arbeidsovereenkomst, maar in combinatie met de gedetailleerde instructies bij de uitvoering van de werkzaamheden en de economische afhankelijkheid lijkt de verzoeker meer op een werknemer dan een zelfstandig ondernemer. De kantonrechter wijst een arbeidsovereenkomst toe.

Uitspraak 9: ECLI:NL:RBOBR:2016:83

Feiten en omstandigheden

Verzoeker is sinds 17 november 2011 zelfstandig. Op 17 februari 2012 zijn partijen een vervoersovereenkomst aangegaan. Verzoeker heeft ook derden ingeschakeld bij de uitvoering van de vervoersovereenkomst. Verweerder heeft de vervoersovereenkomst opgezegd, omdat verzoeker niet tijdig beschikte over een Eurovergunning. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en verzoekt de opzegging te vernietigen. Verweerder stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Beoordeling

De rechter oordeelt dat de partijbedoeling volgens de schriftelijke overeenkomst niet gericht lijkt te zijn op een arbeidsovereenkomst. Door het feit dat verzoeker kort voor de overeenkomst zelfstandig is geworden, kan er niet van worden uitgegaan dat verzoeker wist wat de gevolgen waren van het sluiten van deze overeenkomst. Om deze reden acht de rechter partijen niet maatschappelijke en economisch gelijkwaardig. Hierdoor legt de rechter niet te veel gewicht aan de partijbedoeling. Er zal gekeken worden naar de feitelijke uitvoering. Verzoeker heeft andere ingeschakeld om de diensten uit te voeren, ontving een beloning per succesvolle stop en kreeg niet uitbetaald bij ziekte of vakantie. De beloning, het bedrijfskapitaal, btw nummer, VAR-verklaring en inschrijving bij de KvK wijzen op zelfstandig ondernemerschap.

Er was sprake van ondernemersrisico door het aanschaffen van een bus met specificaties. Daarentegen heeft verweerder bij de uitvoering van de werkzaamheden bijna ten aanzien van alles gedetailleerde instructies gegeven: bedrijfskleding, schoenen, scanner, servicekader, tijdvakindicatie en het uitvoeren van staatcontroles. Ook werden er evaluatiegesprekken gehouden en mocht verzoeker zich niet structureel laten vervangen. In totaal heeft verzoeker zich voor 22% laten vervangen.

Ondanks de vele instructies, welke kenmerken tonen van een gezagsverhouding, oordeelt de rechter toch dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Hierbij is doorslaggevend dat de wil van verzoeker bij de feitelijke uitvoering

uitdrukkelijk niet gericht was op het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Dit blijkt uit het feit dat verzoeker een arbeidsovereenkomst heeft afgewezen, omdat de consequenties hem niet aanstonden.

Uitspraak 10: ECLI:NL:RBOBR:2016:81

Feiten en omstandigheden

Op 28 mei 2012 is verzoeker zelfstandig geworden en op 10 juli 2012 heeft hij een vervoersovereenkomst gesloten met verweerder. Verzoeker reed meerdere routes en heeft gebruik gemaakt van derden voor de werkzaamheden. Verweerder heeft de vervoersovereenkomst opgezegd, omdat verzoeker niet tijdig beschikte over een Eurovergunning. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en verzoekt de opzegging te vernietigen. Verweerder stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Beoordeling

De rechter oordeelt dat de partijbedoeling volgens de schriftelijke overeenkomst niet gericht lijkt te zijn op een arbeidsovereenkomst. Door het feit dat verzoeker kort voor de overeenkomst zelfstandig is geworden, kan er niet van worden uitgegaan dat verzoeker wist wat de gevolgen waren van het sluiten van deze overeenkomst. Om deze reden acht de rechter partijen niet maatschappelijke en economisch gelijkwaardig. Hierdoor legt de rechter niet te veel gewicht aan de partijbedoeling. Er zal gekeken worden naar de feitelijke uitvoering. Verzoeker is in 37% van de ritten geholpen door derden. Verzoeker ontving een beloning door betaling per succesvolle stop en probeerde steeds te onderhandelen over de routes en de beloning. Hieruit leidt de rechter af dat de wil gericht was op zelfstandig ondernemerschap. Er is sprake van ondernemersrisico door het aanschaffen van de bus. Daarentegen heeft verweerder bij de uitvoering van de werkzaamheden bijna ten aanzien van alles gedetailleerde instructies gegeven: bedrijfskleding, schoenen, scanner, servicekader, tijdvakindicatie en het uitvoeren van staatcontroles. Verzoeker mocht zich niet structureel laten vervangen, maar er is toch sprake van 37% vervanging.

De rechter wijst geen arbeidsovereenkomst toe en acht daarbij doorslaggevend dat verzoeker bewust voor zelfstandigheid heeft gekozen. Dit komt onder andere door de omstandigheid dat verzoeker een proefperiode heeft ondergaan, de aanwezige kenmerken van een zelfstandige en het hebben van twee bussen om meerder routes te kunnen rijden met behulp van derden. De gedetailleerde instructies wegen hier niet tegenop en dat geldt ook voor de economisch afhankelijkheid.

Uitspraak 11: ECLI:NL:RBMNE:2016:103

Feiten en omstandigheden

Sinds 5 juni 2012 is verzoeker zelfstandig en partijen hebben op 21 juni 2012 een vervoersovereenkomst gesloten. Verweerder heeft de overeenkomst opgezegd, omdat verzoeker niet tijdig beschikte over een Eurovergunning. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Verweerder stelt van niet.

Beoordeling

Uit schriftelijke overeenkomst lijkt de partijbedoeling niet gericht te zijn geweest op een arbeidsovereenkomst. Verzoeker is kort voor de overeenkomst zelfstandig geworden, maar heeft wel een proefperiode gehad. Verzoeker ontving een beloning per succesvolle stop. Ook was er sprake van ondernemersrisico door het aanschaffen van een bus. Dit wijst op zelfstandig ondernemerschap. Daarentegen heeft verweerder bij de uitvoering van de werkzaamheden bijna ten aanzien van alles gedetailleerde instructies gegeven: bedrijfskleding, schoenen, scanner, servicekader, tijdvakindicatie en het uitvoeren van staatcontroles. Verzoeker mocht zich niet structureel laten vervangen en alleen na goedkeuring van verweerder.

De rechter wijst geen arbeidsovereenkomst toe en acht daarbij doorslaggevend dat verzoeker bewust voor zelfstandigheid heeft gekozen. Dit komt onder andere door de mogelijkheid dat verzoeker een proefperiode heeft ondergaan om het contract goed te overwegen. Ook heeft verzoeker een aanbod tot een arbeidsovereenkomst afgewezen, omdat hij het loon te laag vond. Hieruit volgt dat verzoeker bewust heeft gekozen voor zelfstandig ondernemerschap en wordt geacht dat hij de gevolgen heeft kunnen overzien.

Uitspraak 12: ECLI:NL:RBMNE:2016:85

Feiten en omstandigheden

Verzoeker is sinds 5 november 2006 zelfstandig. Partijen hebben op 8 augustus 2011 een vervoersovereenkomst afgesloten. Verzoeker heeft een VAR-verklaring overgelegd. Verweerder heeft de overeenkomst opgezegd, omdat verzoeker niet tijdig beschikte over een Eurovergunning. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Verweerder stelt van niet.

Beoordeling

Volgens de schriftelijke overeenkomst lijkt de partijbedoeling niet gericht te zijn geweest op een arbeidsovereenkomst. De maatschappelijke positie is gelijkwaardig, omdat verzoeker al 4,5 jaar zelfstandig was voor de overeenkomst en wist wat dit inhield. De beloning is anders dan loon, want verzoeker werd beloond per succesvolle stop en uitbetaald middels een factuur. Ondernemersrisico is aanwezig, omdat verzoeker een bus heeft aangeschaft. Deze omstandigheden duiden op zelfstandig ondernemerschap. Daarentegen heeft verweerder bij de uitvoering van de werkzaamheden bijna ten aanzien van alles gedetailleerde instructies gegeven: bedrijfskleding, schoenen, scanner, servicekader, tijdvakindicatie en het uitvoeren van staatcontroles. Verzoeker mocht zich niet structureel laten vervangen en alleen na goedkeuring van verweerder.

De rechter oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst ondanks de bovenstaande omstandigheden. Doorslaggevend is daarbij dat verzoeker al langer zelfstandig was voor het aangaan van de overeenkomst. Ook werkte hij slechts een dag per week voor verweerder, waardoor hij niet economisch afhankelijk is. Hieruit

heeft de rechter geconcludeerd dat verzoeker bewust voor zelfstandig ondernemerschap heeft gekozen.

Uitspraak 13: ECLI:NL:RBNHO:2015:11232

Feiten en omstandigheden

Verzoeker is sinds 1 april 2013 een eenmanszaak begonnen en heeft op 17 mei 2013 een VAR-verklaring gekregen van de Belastingdienst. Op 11 juli 2013 hebben verzoeker en PostNL een vervoersovereenkomst gesloten. Verzoeker heeft geen aanbod gehad om in dienst te treden onder een arbeidsovereenkomst. PostNL heeft de overeenkomst opgezegd wegens disfunctioneren. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat de opzegging vernietigbaar is. PostNL stelt dat de overeenkomst wel geldig is opgezegd.

Beoordeling

Uit de schriftelijke overeenkomst blijkt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest. Verzoeker heeft kort voorafgaand aan de overeenkomst zijn onderneming opgericht. Om deze reden betwijfelt de rechter of verzoeker zich wel bewust was in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL. Dit heeft als gevolg dat de rechter terughoudend is met het toekennen van gewicht aan de partijbedoeling. De beloning was volgens de rechter anders dan loon, omdat verzoeker werd beloond op basis van de gewerkte uren en het geleverde resultaat. Hieruit volgt dat er sprake was van ondernemersrisico, omdat het risico van niet bezorgen en daarmee het risico ten aanzien van de beloning bij verzoeker lag. Ook werd hij niet betaald bij ziekte. De beloning werd gedaan op basis van een door PostNL opgestelde factuur. Het ondernemersrisico wordt bevestigd doordat verzoeker zich met de overeenkomst heeft verplicht tot het aanschaffen van een bus, welke moest voldaan aan de door PostNL opgestelde specificaties. Deze heeft verzoeker zelf gekocht. Verzoeker is aan te merken als zzp'er door zijn btw-nummer, inschrijving bij de Kamer van Koophandel, gepubliceerde jaarstukken en verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid.

De rechter is van oordeel dat PostNL zeer gedetailleerde instructies heeft gegeven ten aanzien van de hele uitvoering van het werk, zoals: bedrijfskleding, schoenen, de plek van de scanner en de specificaties waaraan de bus moest voldoen. Ondanks het feit dat PostNL stelt dat dit Servicekader is bedoeld om herkenbaar te zijn voor klanten, is de rechter van oordeel dat dit afdoet aan de ondernemersvrijheid. De rechter vindt dat ook ten aanzien van de Straatcontroles, de tijdvakindicatie en het niet toestaan van structurele vervanging. PostNL staat alleen incidentele vervanging toe en daarbij moet de vervanger ook nog eerst goedgekeurd worden (VOG, rijbewijs en test). Daarbij komt ook nog eens dat verzoeker op de dagen dat hij voor PostNL reed, niet tegelijkertijd vervoerswerkzaamheden voor andere opdrachtgevers mocht verrichten. Omdat hij een volle werkweek voor PostNL reed, was het praktisch niet mogelijk om meerdere opdrachtgevers te hebben waardoor economische afhankelijkheid ontstond.

De rechter wijst een arbeidsovereenkomst, omdat de ondernemingsvrijheid ontbreekt door de gedetailleerde instructies bij de uitvoering van de werkzaamheden en er sprake was van economisch afhankelijkheid.

Uitspraak 14: ECLI:NL:RBNHO:2015:11230

Feiten en omstandigheden

Sinds 12 november 2010 is verzoeker zelfstandig. Partijen zijn op 3 oktober 2011 een vervoersovereenkomst aangegaan. Verzoek kreeg een VAR-verklaring van de belastingdienst. Verweerder heeft de overeenkomst beëindigd wegens klachten over de uitvoering van de werkzaamheden. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Verweerder stelt van niet.

Beoordeling

Uit de schriftelijke overeenkomst blijkt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst was. Partijen zijn maatschappelijk en economisch gelijkwaardig, omdat verzoeker al langer zelfstandig was. Daarnaast heeft verzoeker door een proefperiode van 6 weken de tijd gehad om het contract goed te overwegen. Er was sprake van ondernemersrisico, want verzoeker werd betaald per succesvolle stop en kreeg niet doorbetaald bij ziekte of tijdens vakantie. Dit geldt ook voor de aanschaf van de bus. Daarentegen heeft verweerder bij de uitvoering van de werkzaamheden bijna ten aanzien van alles gedetailleerde instructies gegeven: bedrijfskleding, schoenen, scanner, servicekader, tijdvakindicatie en het uitvoeren van staatcontroles. Verzoeker mocht zich niet structureel laten vervangen en alleen na goedkeuring van verweerder.

De rechter oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Doorslaggevend is dat verzoeker al langer zelfstandig was, meerdere routes reed en structureel gebruik maakte van derden, omdat de werkzaamheden niet door een persoon konden worden uitgevoerd. De gedetailleerde instructies wegen niet op tegen bovenstaande.

Uitspraak 15: ECLI:NL:RBNHO:2015:11226

Feiten en omstandigheden

Verzoeker heeft sinds 24 juni 2013 een eenmanszaak opgericht en heeft op 10 juli een vervoersovereenkomst gesloten met PostNL. Op 1 oktober 2013 kreeg verzoeker een VAR-verklaring. Op 20 augustus 2015 heeft PostNL de overeenkomst opgezegd wegens disfunctioneren. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat de opzegging vernietigbaar is. PostNL beweert van niet en stelt dat de opzegging rechtsgeldig is.

Beoordeling

Uit de schriftelijke overeenkomst blijkt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest. Verzoeker heeft kort voorafgaand aan de overeenkomst zijn onderneming opgericht. Om deze reden betwijfelt de rechter of verzoeker zich wel bewust was in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL gezien het feit er sprake is van

ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog productiegehalte. Dit heeft als gevolg dat de rechter terughoudend is met het toekennen van gewicht aan de partijbedoeling. De beloning was volgens de rechter anders dan loon, omdat verzoeker werd beloond op basis van de gewerkte uren en het geleverde resultaat. Hieruit volgt dat er sprake was van ondernemersrisico, omdat het risico van niet bezorgen en daarmee het risico ten aanzien van de beloning bij de verzoeker lag. Ook werd hij niet betaald bij ziekte. De beloning werd gedaan op basis van een door PostNL opgestelde factuur. Het ondernemersrisico wordt bevestigd doordat verzoeker zich met de overeenkomst heeft verplicht tot het aanschaffen van een bus, welke moest voldoen aan de door PostNL opgestelde specificaties. Deze heeft verzoeker zelf gekocht. Verzoeker is aan te merken als zzp'er door zijn: btw-nummer, inschrijving bij de Kamer van Koophandel, gepubliceerde jaarstukken en verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid.

De rechter is van oordeel dat PostNL zeer gedetailleerde instructies heeft gegeven ten aanzien de hele uitvoering van het werk, zoals: bedrijfskleding, schoenen, de plek van de scanner en de specificaties waaraan de bus moest voldoen. Ondanks het feit dat PostNL stelt dat dit Servicekader is bedoeld om herkenbaar te zijn voor klanten, is de rechter van oordeel dat dit afdoet aan de ondernemersvrijheid. De rechter vindt dit ook ten aanzien van de Straatcontroles, de tijdvakindicatie en het niet toestaan van structurele vervanging. PostNL staat alleen incidentele vervanging toe en daarbij moet de vervanger ook nog eerst worden goedgekeurd (VOG, rijbewijs en test). Daarbij komt ook nog eens dat verzoeker op de dagen dat hij voor PostNL reed, niet tegelijkertijd vervoerswerkzaamheden voor andere opdrachtgevers mocht verrichten. Verzoeker reed een volle werkweek voor PostNL, waardoor het praktisch niet mogelijk om meerdere opdrachtgevers te hebben met als gevolg economische afhankelijkheid. De rechter wijst een arbeidsovereenkomst toe, omdat de ondernemingsvrijheid ontbreekt door de gedetailleerde instructies bij de uitvoering van de werkzaamheden en er sprake was van economisch afhankelijkheid.

Uitspraak 16: ECLI:NL:RBLIM:2015:8468

Feiten en omstandigheden

Op 14 oktober 2014 hebben eiser en gedaagde een overeenkomst gesloten onder de naam "Overeenkomst Coördinatie Tussenschoolse opvang". Op 9 februari liet gedaagde weten de overeenkomst te willen beëindigen. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat er alleen kan worden opgezegd met toestemming van het UWV. Eiser stelt dat de opzegging vernietigbaar is. Gedaagde stelt van niet.

Beoordeling

De rechter stelt dat de partijbedoeling een overeenkomst van opdracht lijkt te zijn geweest, omdat in de overeenkomst is opgenomen dat er wordt uitbetaald op freelancebasis en nergens het woord 'werknemer' of 'werkgever' voorkomt. Partijen stellen dat dit om belasting technische is gedaan. Eiser ontving ook loon tijdens vakantie. De rechter oordeelt dat dit meer past binnen de

arbeidsovereenkomst dan de overeenkomst van opdracht. Daarnaast diende eiser de arbeid persoonlijk te verrichten, wat een kenmerk is van de arbeidsovereenkomst.

Als laatst overweegt de rechter ook dat er sprake is van een gezagsverhouding, omdat de instructies die zijn gegeven veel verder gaan dan de instructies die een opdrachtgever kan geven bij een overeenkomst van opdracht.

Uitspraak 17: ECLI:NL:RBAMS:2015:1480

Feiten en omstandigheden

Op 21 oktober 2010 zijn partijen een vervoersovereenkomst aangegaan. Na onenigheid over de beloning en de routes heeft gedaagde de vervoersovereenkomst opgezegd. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en eist dat de opzegging wordt vernietigd.

Beoordeling

Ter zitting heeft eiser verklaard dat hij zich door meer dan drie personen heeft laten helpen bij de werkzaamheden, omdat deze zo omvangrijk waren dat dit niet alleen door hemzelf kon worden gedaan. De rechter oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat er geen sprake is van persoonlijke arbeid. Dit is namelijk wel een vereist element. De rechter stelt dat het daardoor niet nodig is om te spreken over de gegeven instructies en uitgevoerde controles door gedaagde.

Uitspraak 18: ECLI:NL:GHDHA:2014:3814

Feiten en omstandigheden

Appellant is vanaf juli 2013 werkzaamheden voor Jetts Australië. Hij zou helpen met het exploiteren van Jetts-fitnesscentra in Nederland. Appellant krijgt uitbetaald per factuur. Op 22 oktober zijn Jetts Team en Jetts Clubs opgericht. De bedoeling was dat appellant onder een arbeidsovereenkomst zou gaan werken voor deze vennootschappen. Er is op 8 november 2013 mail wisseling geweest met een concept van een arbeidsovereenkomst, maar partijen zijn er niet aan toegekomen om dit af te ronden. Op 23 november 2013 is het fitness centrum geopend in Nederland. Op 9 december heeft appellant zich ziek gemeld. Appellant eist loon en nakoming van re-integratieverplichting. Het geschil tussen partijen is of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Beoordeling

De rechter overweegt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat er niet wordt voldaan aan het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW. Nu de vennootschappen Jetts Team en Jetts Club pas in 22 oktober 2013 zijn opgericht, heeft appellant daar niet drie opeenvolgende maanden kunnen werken wegens zijn ziekmelding. Werkzaamheden voor 22 oktober 2013 moeten voor het rechtsvermoeden buitenbeschouwing worden gelaten.

Uitspraak 19: ECLI:NL:RBZWB:2014:7769

Feiten en omstandigheden

Op 2 februari 2013 zijn partijen de eerste zorgovereenkomst aangegaan waarin is gesproken over een arbeidsovereenkomst en waarin eiseres wordt aangeduid als werknemer. In deze overeenkomst gaat het om een vast aantal uur en wordt er gesproken over vakantiegeld dat bij het uurloon is inbegrepen. Op 1 maart 2013 zijn partijen een tweede zorgovereenkomst aangegaan. Hierin is opgenomen dat eiseres als freelancer werkzaamheden verricht die bestaan uit persoonlijke verzorging, verpleging en begeleiding. Eiseres wordt aangeduid als freelancer en gedaagde als opdrachtgever. Eiseres werkte voor een variabel aantal uren en verdiende €35,00 bruto per maand. Dit werd gestort op de rekening van haar bedrijf. Er wordt in deze overeenkomst niet gesproken over vakantiegeld. Eiseres beschikte over een VAR-verklaring. Gedaagde zegt de overeenkomst eind juli per direct op met eiseres. Eiseres stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat gedaagde een opzegtermijn in acht had moeten nemen. Gedaagde voert aan dat er sprake was van een freelance-overeenkomst (overeenkomst van opdracht).

Beoordeling

Uit de tweede overeenkomst blijkt dat partijen een andere manier van samenwerking zijn aangegaan. De uren zijn van vast naar flexibel gegaan. Ook is er sprake van een hoger uurloon. Daarnaast is er ook niets afgesproken over doorbetaling tijdens ziekte of vakantie. De rechter acht daarnaast ook van belang dat eiseres welbewust heeft aangegeven dat zij over een VAR-verklaring beschikte. Eiseres heeft niet gemotiveerd dat er sprake is van een gezagsverhouding. Hierdoor neemt de kantonrechter aan dat eiseres een grote mate van zelfstandigheid had bij het uitvoeren van de werkzaamheden. De kantonrechter overweegt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht.

Uitspraak 20: ECLI:NL:GHSHE:2014:979

Feiten en omstandigheden

Verweerder is wegens zijn gezondheidsproblemen hulpbehoevend. Verzoeker verzorgt hem op basis van een overeenkomst, welke is betiteld als 'Zorgovereenkomst'. In de overeenkomst zelf staat opgenomen dat er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen tussen partijen. Op 10 februari 2011 heeft verweerder laten weten de overeenkomst te willen beëindigen. Verzoeker stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat zij onterecht op staande voet is ontslagen. De kantonrechter gaat daarin mee. Verweerder (de hulpbehoevende) gaat in hoger beroep en stelt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht en niet van een arbeidsovereenkomst.

Beoordeling

Het Hof oordeelt ook dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het Hof stelt dat er is voldaan aan de drie kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk: tegen betaling (loon), arbeid (persoonlijke arbeid) en in dienst van (gezag).

Appellant heeft niet betwist dat er sprake is van loon. Ook heeft appellant niet betwist dat de arbeid persoonlijk moest worden verricht en dat geïntimeerde zich niet vrij mocht laten vervangen. Volgens het Hof is er ook aan het kenmerk gezag voldaan, omdat appellant heeft verklaard dat hij aan geïntimeerde aanwijzingen kon geven.

Uitspraak 21: ECLI:NL:GHSHE:2014:183

Feiten en omstandigheden

Op 1 juli 2008 hebben partijen een managementovereenkomst gesloten. Op 20 december 2011 hebben partijen een nieuwe overeenkomst gesloten. Geïntimeerde heeft de overeenkomst op 23 december 2012 opgezegd.

Beoordeling

Het Hof stelt dat enkel de werkzaamheden zijn veranderd bij de nieuwe overeenkomst. Partijen zijn het eens dat de oude overeenkomst een overeenkomst van opdracht was. Volgens het Hof duidt de tekst van de nieuwe overeenkomst op een overeenkomst van opdracht. Het feit dat appellant zelf jurist is en tijdens de onderhandeling is bijgestaan, weegt hierin ook mee. Volgens het Hof past de feitelijke uitvoering ook niet bij een arbeidsovereenkomst. Er is geen sprake van loon, omdat er is uitbetaald via facturen en geïntimeerde btw in rekening heeft gebracht. Daarnaast verdiende appellant meer dan de werknemers in het bedrijf. Ook de afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering past niet bij een werknemersrelatie.

Appellant heeft aangevoerd dat hij veel aanwijzingen en instructies kreeg. Hij moest toestemming vragen voor verlof, zich houden aan de formaliteiten bij ziekte, voerde functionerings- en beoordelingsgesprekken en moest zich ook houden aan gedragsregels uit het handboek. Echter kan appellant dit niet aantonen met stukken, waardoor het Hof geen gezagsverhouding aanwezig acht.

Het Hof wijst geen arbeidsovereenkomst toe, omdat niet wordt voldaan aan de elementen uit art. 7:610 BW.

Uitspraak 22: ECLI:NL:RBZWB:2013:10737

Feiten en omstandigheden

Eiser is op 1 juli 1997 in dienst getreden onder een arbeidsovereenkomst bij Thermphos. Thermphos was houder van alle aandelen in Thermphos Argentina SA. Ook hield deze vennootschap alle aandelen in Sudamfos Sa. Op 27 december 2006 is eiser een arbeidsovereenkomst aangegaan met Sudamfos. Per 1 januari 2007 sloten Termphos en eiser een overeenkomst van opdracht. Thermphos ging failliet. Eiser vordert betaling van salaris bij de curatoren. De vraag is of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Eiser stelt dat er volgens de criteria van jurisprudentie sprake is van een arbeidsovereenkomst ondanks dat de overeenkomst is betiteld met 'service contract'.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Uit de stukken blijkt uitdrukkelijk dat partijen de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2007 beëindigen om vervolgens de samenwerking te laten voortduren onder een overeenkomst van opdracht. Partijen hebben beoogd om een overeenkomst van opdracht aan te gaan. Gesteld noch gebleken is dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst de conclusie rechtvaardigt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 23: ECLI:NL:RBNNE:2013:6064

Feiten en omstandigheden

Eiser verrichtte onder opdracht van Randstad als zzp'er werkzaamheden bij een gemeente. De gemeente was niet tevreden met de werkzaamheden en wilde geen gebruik meer maken van eiser. De gemeente heeft de overeenkomst met Randstad beëindigd. Randstad heeft om deze reden de overeenkomst met Eiser opgezegd. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst met Randstad.

Beoordeling

Eiser heeft niet betwist dat hij als zzp'er voor Randstad zou werken. Wel stelt eiser dat de overeenkomst kenmerken vertoont van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelt dat door de korte duur van de overeenkomst niet kan worden vastgesteld dat de feitelijke uitvoering overeenkomst met een arbeidsovereenkomst. Eiser voert aan dat er sprake is van loon, omdat hij betaald werd voor 32 uur per week. Dit blijkt niet uit de wijze waarop eiser zijn uren heeft gedeclareerd. Voor de dagen dat eiser niet aanwezig was, zijn geen uren gedeclareerd.

Door het feit dat eiser een VAR-verklaring heeft, staat ingeschreven bij de kamer van koophandel, een btw-nummer gebruikt en een eigen tarief heeft, stelt de kantonrechter dat partijen uitvoering hebben gegeven aan een overeenkomst van opdracht. Hierbij weegt ook mee dat eiser niet heeft gesteld dat er sprake is van een gezagsverhouding.

Uitspraak 24: ECLI:NL:GHARL:2013:5856

Feiten en omstandigheden

Tussen ProRail en appellant staat in geschil of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Appellant stelt dat er sprake is van een gezagsverhouding, omdat hij niet zelfstandig was ten aanzien van de werkzaamheden.

Beoordeling

Uit de schriftelijke overeenkomst blijkt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst was, omdat erin de overeenkomst staat opgenomen dat het niet gaat om een dienstverband tussen partijen. Gezien het feit eiser zijn inkomsten heeft aangemerkt als winst uit onderneming en op die wijze belastingaangifte heeft

gedaan, gaat het Hof ervanuit dat eiser ook een overeenkomst van opdracht heeft beoogd.

Het Hof stelt dat er geen sprake is van loon, omdat de betaling werd gedaan op basis van het aantal gewerkte uren via een declaratie. Er is geen loonbelasting of premie ingehouden door Prorail. Ook de vakantietoeslag en een vaste eindejaarsuitkering maakt dit niet anders. Er is geen sprake van een gezagsverhouding, omdat de enkele aanwijzingen vallen onder de bevoegdheid van art. 7:402 BW. Het Hof heeft geen arbeidsovereenkomst toegewezen.

Uitspraak 25: ECLI:NL:CRVB:2012:BX6200

Feiten en omstandigheden

Appellant is sinds 1999 werkzaam als tolk voor derden via T. Appellant meldde zich ziek op 11 september en weigerde een Ziektewet uitkering, omdat de werkgever verplicht is loon door te betalen tijdens ziekte bij een arbeidsovereenkomst. Betrokkene stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar van een fictieve dienstbetrekking. In geschil is niet dat er aan appellant loon is betaald en dat zij haar werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten. In geschil is of tussen appellant en betrokkene sprake is van een gezagsverhouding.

Appellant kan zich beschikbaar stellen voor tolkdiensten. Zij heeft geen verplichting om beschikbaar te zijn. Appellant hoeft geen toestemming te vragen bij afwezigheid. Appellant verricht haar werk vanuit huis of vanaf een locatie. Er worden geen aanwijzingen gegeven of controles uitgevoerd. De rechtbank heeft geoordeeld dat de feiten en omstandigheden niet leiden tot een arbeidsovereenkomst.

Beoordeling

De Hoge Raad gaat mee in de beoordeling van de rechtbank, omdat een gezagsverhouding ontbreekt. Daar voegt de Raad aan toe dat appellant vrij was om te werken voor derden. Het feit dat appellant alleen in geval bij klachten verantwoording moest afleggen over de wijze waarop de tolkwerkzaamheden zijn verricht, doet hier niet aan af.

Uitspraak 26: ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5984

Feiten en omstandigheden

Appellant is van 1 januari 2005 tot en met 27 augustus 2010 werkzaam als lasser bij Mercon. Dit deed hij tot 13 juni 2008 via uitzendbureaus. Vanaf 16 juni 2008 heeft appellant deze werkzaamheden verricht als zzp'er. Op 6 augustus 2010 heeft Mercon de overeenkomst opgezegd. Appellant stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Appellant betwist niet dat partijen een overeenkomst van opdracht hebben beoogd toen hij als zelfstandige ging werken. Wel stelt appellant dat op basis van de feitelijke uitvoering sprake is van een arbeidsovereenkomst. Appellant betwist niet dat zijn uurtarief hoger was dan voorheen. Ook betwist appellant niet dat hij geen toestemming hoefde te vragen voor een vrije dag of vakantie. Uit facturen blijkt dat appellant meerder opdrachtgevers had voor wie

hij werkzaamheden heeft verricht. Tot slot beschikte appellant over een VAR-verklaring.

Beoordeling

Het feit dat appellant beschikte over een VAR-verklaring, meerdere opdrachtgevers had, werd uitbetaald op basis van een factuur en geen toestemming hoefde te vragen voor vrije dagen of vakantie, maakt dat het Hof oordeelt dat zowel de partijbedoeling als feitelijke uitvoering moet worden gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht. Op grond van deze omstandigheden acht het Hof ook geen gezagsverhouding aanwezig. Het feit dat appellant gebruik maakte van de werktuigen, werkkleding droeg en aanwijzingen kreeg, weegt niet op tegen bovenstaande omstandigheden.

Uitspraak 27: ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213

Feiten en omstandigheden

Op 22 maart 2004 zijn partijen een distributieovereenkomst aangegaan waarin is opgenomen dat de overeenkomst wordt aangegaan als overeenkomst van opdracht. Gedaagde heeft de overeenkomst opgezegd met in achtneming van de overeengekomen opzegtermijn. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en vordert vernietiging van de opzegtermijn. Eiser stelt dat hij werkzaamheden heeft verricht voor gedaagde. Ook is er volgens eiser sprake van loon, omdat er sociale zekerheidspremies en loonbelasting werden ingehouden en hij loonstroken ontving. Daarnaast is er volgens eiser een gezagsverhouding aanwezig, omdat hij verplicht was de aanwijzingen van gedaagde op te volgen.

Gedaagde betwist dit en stelt dat de inhoudingen zijn gebaseerd op het door het UWV en de fiscus genomen beslissing dat distributeurs een verzekeringsplicht hebben. Ook werd eiser betaald per hoeveelheid en niet per tijdseenheid. Er is volgens gedaagde geen gezagsverhouding aanwezig, omdat hij alleen de aanwijzing kreeg dat de kranten voor 07.00 uur moesten zijn bezorgd. Eiser mocht zich vrij laten vervangen en daar maakte hij gebruik van. Uit de schriftelijke overeenkomst valt af te leiden dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht ondanks dat de tegenprestatie wijst op loon. De omstandigheden dat eiser zich vrij mocht laten vervangen, zelf krantenbezorgers kon inschalen, de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst was en het oordeel van het UWV, acht de kantonrechter zwaarder dan het feit dat de tegensprestatie als loon is aan te merken. Wat betreft de aanwijzingen die moeten duiden op een gezagsverhouding, oordeelt de kantonrechter dat deze vallen binnen de instructiebevoegdheid van een opdrachtgever.

Uitspraak 28: ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1428

Feiten en omstandigheden

Op 1 mei 2005 hebben partijen een overeenkomst gesloten met als titel 'Depothouder' en overeenkomst van opdracht ex. Artikel 7:400 BW. Eiser ontving een basisvergoeding per week. In de overeenkomst is opgenomen dat eiser vrij is om zelfstandig de werkzaamheden te verrichten dan wel zich incidenteel te laten vervangen. Op 22 mei 2010 hebben partijen een freelance overeenkomst gesloten met als titel 'overeenkomst van opdracht'. Ook hierbij ontving eiser een vergoeding per week. Eiser werd gedegradéerd en stopte zijn werkzaamheden. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat hij lange tijd voor een opdrachtgever (gedaagde) heeft gewerkt tegen een vaste beloning per vaste tijdseenheid. Daarnaast heeft hij volgens instructies de werkzaamheden verricht. Gedaagde stelt dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, omdat eiser vrij was zich te laten vervangen.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat eiser niet verplicht was de arbeid persoonlijk te verrichten.

Uitspraak 29: ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4099

Feiten en omstandigheden

Eiser heeft werkzaamheden verricht voor gedaagde vanaf 2006 op basis van een overeengekomen services agreement. In 2008 heeft gedaagde voor de periode van 2006 tot 17 juli 2008 een arbeidscontract met terugwerkende kracht opgesteld. In 2009 laat gedaagde aan eiser weten de service agreement niet te willen verlengen. Eiser stelt dat de services agreement is gewijzigd tot een arbeidsovereenkomst en dat deze is blijven lopen na 17 juli, omdat eiser na die datum de werkzaamheden is blijven verrichten. Gedaagde stelt dat de arbeidsovereenkomst enkel is opgesteld op verzoek van eiser om dubbele belasting te voorkomen. Eiser heeft dit argument niet betwist. Hieruit maakt de kantonrechter op dat niet is gebleken dat partijen de bedoeling hadden om in civielrechtelijke zin een arbeidsovereenkomst te sluiten.

Beoordeling

De partijbedoeling is een overeenkomst van opdracht, omdat de inhoud van de services agreement hierop duidt. Het gaat volgens de overeenkomst om een vergoeding exclusief inkomstenbelasting en dat art. 7:440 e.v. BW van toepassing is. Ook het feit dat partijen niet hebben bepaald in welke mate de arbeid moet worden verricht, duidt op een overeenkomst van opdracht. Eiser heeft gesteld dat hij de arbeid persoonlijk moest verrichten en zich niet mocht laten vervangen, maar dat kan de kantonrechter niet afleiden uit de overeenkomst. Het feit dat eiser moest rapporteren over zijn werkzaamheden en instructies kreeg, valt volgens de kantonrechter binnen de instructiebevoegdheid van een opdrachtgever.

Uitspraak 30: ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837

Feiten en omstandigheden

Eiser is sinds 24 januari 2005 werkzaam als zelfstandig golfprofessional bij de golfclub van gedaagde. Eiser stond al sinds 2000 ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. Eiser stuurde maandelijks facturen naar gedaagde. Voor individuele lessen kreeg hij een rechtstreekste vergoeding van leden. Gedaagde heeft per 31 december 2010 de samenwerking opgezegd, omdat eiser niet meer beschikbaar was op zondag. Eiser vordert een arbeidsovereenkomst. Om zich te kunnen beroepen op art. 7:610a BW stelt eiser dat hij vanaf januari 2005 wekelijks, althans meer dan twintig uren per maand tegen vaste beloning voor gedaagde heeft gewerkt. Eiser stelt dat er sprake is van een gezagsverhouding, omdat hij goedkeuring moest vragen over de indeling van zijn werkzaamheden. Ook werd er toezicht gehouden op de kwaliteit van zijn werkzaamheden. Daarnaast moest eiser aanwijzingen opvolgen. Eiser stelt dat hij gelijk werd behandeld als een werknemer, omdat hij mocht meedoen aan het jaarlijks kerstdiner en dezelfde korting kreeg. Tot slot stelt eiser dat hij naast de overeengekomen werkzaamheden ook andere werkzaamheden heeft verricht, zoals het bijwonen van vergaderingen, het assisteren van greenkeepers en het adviseren in de golfshop. Deze extra werkzaamheden behoren volgens eiser tot arbeid in de zin van art. 7:610a BW.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat uit de overeenkomst blijkt dat partijen niet de intentie hadden om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Ook kan de tegenprestatie niet worden gekwalificeerd als loon, omdat nergens in de overeenkomst wordt gesproken van loonbelasting, premies, doorbetaling bij ziekte of vakantietoeslag. Dit wordt bevestigd door het feit dat eiser facturen stuurt en nergens uit blijkt dat eiser inhoudingen heeft gedaan. Volgens de kantonrechter is evenmin sprake van een gezagsverhouding. Het feit dat eiser overleg diende te plegen over zijn werkzaamheden en dat hij via een organisatorisch kader op vaste dagen les gaf, maakt niet dat er sprake is van gezag. Ook is onvoldoende gebleken dat gedaagde toezicht hield of een instructiebevoegdheid toekwam. Een opdrachtgever heeft immers beperkte instructiebevoegdheid. Tot slot behoort de golfshop tot een zelfstandige onderneming waardoor dat argument niet op gaat. Ook uit het argument over het kerstdiner en de korting valt onvoldoende te stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, zo oordeelt de kantonrechter.

Bijlage 7: Samenvatting uitspraken oproepkracht

Uitspraak 1: ECLI:NL:RBMNE:2015:3461

Feiten en omstandigheden

Eiser is op 29 november 2012 een overeenkomst aangegaan met gedaagde, welke is betiteld als 'Arbeidsovereenkomst oproepkracht met uitgestelde prestatieplicht'. De werkzaamheid is het maken van sieraden. Eiser krijgt te weinig uren uitbetaald, wordt onder het minimumloon uitbetaald en is al langere tijd niet opgeroepen. Partijen kwamen niet tot overeenstemming. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar gedaagde betwist dit.

Beoordeling

Allereerst is er voldaan aan de voorwaarden uit art. 7:610a BW, namelijk drie opeenvolgende maanden arbeid. De partijbedoeling is volgens de betiteling gericht geweest op een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter moet beoordelen of de feitelijke uitvoering ook past binnen de arbeidsovereenkomst. Het feit dat eiser tegen beloning arbeid heeft verricht staat niet ter discussie tussen partijen. Deze arbeidsrelatie is mogelijk binnen zowel de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht als de overeenkomst tot aanneming van werk. De overeenkomst van opdracht valt weg, omdat het maken van sieraden valt onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en overeenkomst tot aanneming van werk is de gezagsverhouding. Gedaagde had bij het uitvoeren van de werkzaamheden de bevoegdheid om aanwijzingen en instructies te geven. Eiser had geen grote eigen verantwoordelijkheid. De kantonrechter overweegt dat er is voldaan aan het element gezag. De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, nu is voldaan aan de voorwaarden in art. 7:610a BW en de kenmerken van art. 7:610 BW.

Uitspraak 2: BY8037

Feiten en omstandigheden

Eiser en gedaagde sluiten op 1 juli 2011 een overeenkomst met de titel "voorovereenkomst oproepkracht". Eiser ontvangt een brief over zijn negatieve houding van gedaagde, waarin een positieve ontwikkeling wordt geëist. Na enige tijd ontvangt eiser een brief dat zijn houding niet is verbeterd en dat de overeenkomst wordt opgezegd. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat er onterecht is opgezegd. Gedaagde stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat eiser zich niet beschikbaar heeft gehouden. Daarnaast zou eiser geen protest hebben verricht tegen de opzegging.

Beoordeling

De kantonrechter onderschrijft het standpunt van gedaagde dat er voorovereenkomst oproepkracht geen arbeidsovereenkomst is. De reden is dat eiser niet verplicht was om gehoor te geven aan de oproep. Toch is de rechter

van oordeel dat het rechtsvermoeden onvoldoende is weerlegd door enkel het voorleggen van de schriftelijke voorovereenkomst, want de feitelijke uitvoering zou anders kunnen zijn dan de gesloten overeenkomst. Om deze reden zou er alsnog sprake kunnen zijn van een gezagsverhouding. Dit volgt uit het feit dat eiser werd aangesproken op: zijn negatieve houding, het te laat inleveren van urenbriefjes en dat van hem werd verlangd dat hij zich aan de inschrijving zou houden. Kantonrechter stelt gedaagde in de gelegenheid om tegenbewijs te leveren.

Essentie van de zaak: Het voorleggen van een voorovereenkomst oproepkracht is onvoldoende om het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW te weerleggen.

Uitspraak 3: ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3363

Feiten en omstandigheden

Appellant heeft tot 15 september 2007 voor geïntimeerde gewerkt onder een overeenkomst met de titel 'tijdelijke arbeidsovereenkomst'. Hierin is opgenomen dat appellant werkt op 'basis van oproep' in overleg met de werkgever en dat dit afhankelijk is van de werkzaamheden'. Na 15 september 2007 zijn de werkzaamheden voortgezet zonder dat er een nieuwe overeenkomst is gesloten. Vervolgens werd appellant ziek en is er geen loon doorbetaald, omdat geïntimeerde stelde dat een oproepkracht daar geen recht op heeft. Appellant stelt dat de oproepovereenkomst was geëindigd en er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Geïntimeerde betwist dit.

Beoordeling

Het Hof stelt dat er gekeken moet worden naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijke uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Het Hof overweegt dat geïntimeerde onvoldoende heeft gesteld om te concluderen dat zij geen arbeidsovereenkomst wenste te sluiten. Dit komt omdat geïntimeerde stelt dat zij administratieve rompslomp wilde voorkomen en alleen de gewerkte uren wilde uitbetalen en geen vakantie- en feestdagen. Geïntimeerde heeft niet aangedragen dat zij geen premies en loonbelasting wilde afdragen of geen gezag en instructiebevoegdheid wilde hebben. Ten aanzien van de feitelijke uitvoering oordeelt het Hof dat de wijze van de uitvoering in de loop van 2007 meer is gaan lijken op een arbeidsovereenkomst dan op een oproepovereenkomst. Dit blijkt uit de 'vaste dagen' en het ruim vooruit geplande rooster, waardoor vrijheid ontbreekt. Uit een beschikking van 18 juli 2011 blijkt dat geïntimeerde een verzoekschrift heeft ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, welke is ontstaan door de vaste dagen. Het Hof acht dit tegenstrijdig. Het Hof stelt dat het rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst onvoldoende is weerlegd, waardoor sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 4: ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ9611

Feiten en omstandigheden

Eiser is op 14 december 2009 met gedaagde een 'Voorovereenkomst Oproepkracht' aangegaan met als functie beveiliging. Nu gedaagde eiser niet meer oproept voor werkzaamheden vordert hij een arbeidsovereenkomst. De reden hiervan is dat eiser werkte volgens een vast rooster en niet op de wijze van het geldige cao Evenementenbeveiliging Oproepkrachten. Dit duidt volgens eiser op een arbeidsovereenkomst. Gedaagde stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat eiser niet verplicht was gehoor te geven aan een oproep. Daarnaast stelt gedaagde dat eiser wist dat de werkzaamheden niet zouden worden voortgezet, indien hij een examen niet haalde. Dit stond volgens gedaagde uitdrukkelijk in de overeenkomst is beschreven.

Beoordeling

Volgens de kantonrechter moet er worden gekeken naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Het woord 'oproepkracht' komt letterlijk in de overeenkomst naar voren en er is niet gesteld of gebleken dat eiser niet bewust was dat gedaagde geen arbeidsovereenkomst wilde aanbieden. Er werd per maand een rooster gestuurd waarop eiser zich kon intekenen. Een onderzoek naar het inroosteren is niet mogelijk in dit kortgeding. Uit hetgeen partijen beweren is het niet mogelijk om vast te stellen of de werkzaamheden vallen binnen het cao of niet. Gedaagde voert kortgezegd aan dat het aan eiser te verwijten is dat hij zijn examen niet binnen een jaar heeft behaald om werkzaam te kunnen blijven. Daarbij heeft eiser volgens gedaagde geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die hem daarna werd geboden.

De kantonrechter stelt dat de verwachting is dat eiser geen arbeidsovereenkomst wordt toegewezen in de bodemprocedure.

Uitspraak 5: BL0825 of ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0825

Feiten en omstandigheden

Eiser is op 18 januari 2008 met gedaagde een oproepcontract aangegaan, waarbij het ging om een arbeidsovereenkomst van nul uren. Wanneer eiser na oproep van gedaagde werkzaamheden verrichte was dit op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Eiser kon wegens een knieoperatie niet meer werken en stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst via het rechtsvermoeden in art. 7:610a BW. Gedaagde stelt dat de arbeidsongeschikt heeft gezorgd voor een einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat het te verwachten is dat de vordering van eiser wordt toegewezen in de bodemprocedure, waardoor toewijzing in de voorlopige voorziening is toegestaan. Het feit dat de schriftelijke overeenkomst wordt aangeduid als oproepcontract is onvoldoende om het rechtsvermoeden te weerleggen. Dit wijst op de partijbedoeling. Om deze reden moet gekeken worden naar de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven. Uit het roostoverzicht wordt opgemaakt dat het gaat om een regelmatig patroon met werkzaamheden op vaste

dagen en tijden. Het feit dat eiser ook wel eens andere werkzaamheden moest verrichten, zorgt er niet voor dat er sprake is van 'losse en ongeregelde arbeid' zoals is omschreven in de cao. Eiser stelt dat hij de vrijdag voorafgaan aan de nieuwe periode kreeg te horen wanneer hij moest werken en dat het moeilijk was om vrij te krijgen als dit kort van te voren werd gevraagd. Deze stelling heeft gedaagde niet weerlegd. Deze feiten en omstandigheden hebben geleid tot toewijzing van de arbeidsovereenkomst.

Uitspraak 6: ECLI:NL:RBHAA:2011:BP1388

Feiten en omstandigheden

Op 23 juli 2007 hebben eiseres en gedaagde een voorovereenkomst gesloten waarbij eiseres op basis van oproep werkte. Sinds eisers arbeidsongeschikt is geworden, is zij niet meer opgeroepen en heeft zij geen loon meer ontvangen. Eiseres vordert loonbetaling en stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Eiseres stelt dat de voorovereenkomst een schijnconstructie is. De reden is dat eiseres vroeg om een arbeidsovereenkomst, maar volgens gedaagde was dit niet mogelijk. Wel heeft gedaagde toegezegd dat er voldoende werk was en dat dit daarom geen probleem zou zijn. Gedaagde stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat dit nooit de bedoeling van partijen is geweest en eisers niet verplicht was gehoor te geven aan de oproepen.

Beoordeling

De kantonrechter oordeelt dat de partijbedoeling geen arbeidsovereenkomst is geweest, omdat dit letterlijk in de overeenkomst staat. Daarbij staat in de overeenkomst en in een brief dat eisers niet verplicht was om gehoor te geven aan de oproep en zich mocht laten vervangen. De kantonrechter acht het moeilijk vast te stellen of de feitelijk uitvoering meer lijkt op een arbeidsovereenkomst of niet. Dit komt door het feit dat eiseres zelf haar beschikbaarheid kon doorgeven en de mogelijkheid had om zich te laten vervangen. Daarentegen hield gedaagde wel functioneringsgesprekken met eiseres en moest eiseres tijdens ziekte naar de bedrijfsarts. Dit duidt weer meer op een arbeidsovereenkomst. Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht lijkt het dat gedaagde het rechtsvermoeden voldoende heeft weerlegd en dat eiseres geen gelijk krijgt in de bodemprocedure.

Uitspraak 7: ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ7372

Feiten en omstandigheden

Op 30 januari 2007 zijn partijen een overeenkomst aangegaan met de titel "voorovereenkomst voor bepaalde tijd voor afroepsituatie". Volgens de cao houdt dit contract losse ongeregelde diensten in. Eiser stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat hij 6 maanden fulltime heeft gewerkt. In die periode heeft hij structureel en vrijwel permanent gewerkt als straatcoach. Gedaagde stelt dat dit niet zo is, omdat eiser niet verplicht was gehoor te geven aan de oproepen.

Beoordeling

Het Hof is van oordeel dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er zal worden gekeken naar de partijbedoeling en de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven. Het Hof overweegt dat uit de stellingen van gedaagde niet blijkt dat het de bedoeling van partijen is geweest dat eiser geen gehoor zou geven aan de oproepen. Hieruit volgt dat niet vast staat dat partijen geen arbeidsovereenkomst hadden beoogd. Dit gaat samen met de structurele inzet. Het bijna fulltime werken zorgt ervoor dat van flexibiliteit geen sprake is geweest. Ook komt het fulltime werken niet overeen met de bewoordingen in de cao. Er is niet gesteld of gebleken dat de inzet van de eiser iets te maken had met incidenteel werk of afwezigheid van andere arbeidskrachten. Volgens het Hof is het rechtsvermoeden door gedaagde onvoldoende weerlegd en is er sprake van een arbeidsovereenkomst.

Essentie: Wanneer er bijna fulltime wordt gewerkt en een persoon permanent wordt ingezet, is er sprake van een arbeidsovereenkomst en niet van een voorovereenkomst.

Uitspraak 8: ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4658

Feiten en omstandigheden

Op 1 februari 2002 hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, welke is aangeduid als "flexovereenkomst voor nul uren". Op deze overeenkomst is de cao thuiszorg van kracht. Eiseres raakte arbeidsongeschikt waardoor zij niet meer kon werken. Eiseres stelt dat deze overeenkomst geen arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is, maar een voorovereenkomst, omdat er per oproep een nieuwe overeenkomst tot stand kwam. Vervolgens stelt eiseres dat met het aantal uren het maximum termijn in de cao is overschreden, waardoor een arbeidsovereenkomst is ontstaan voor onbepaalde tijd. Gedaagde stelt dat het wel een arbeidsovereenkomst is met uitgestelde prestatieplicht.

Beoordeling

Het Hof gaat niet mee in de argumenten van eiseres, omdat dit niet uit de cao valt af te leiden. Daarnaast betwist eiseres niet het tegendeel. Eiseres heeft op wisselende dagen in de week gewerkt en het aantal uren per maand verschild. Dit is niet weersproken en er is ook niet gebleken dat dit anders is geweest. Aangezien eiseres niet heeft gesteld waarom het nul uren contract niet onder de cao zou vallen, wordt deze van toepassing geacht. Het Hof is van oordeel dat er sprake is van een flexibele overeenkomst waarop de bepalingen uit het cao van het flexcontract en nul urencontract van toepassing zijn.