



De kwalificatie van arbeidsovereenkomsten

Is de kwalificatie vraag in het arbeidsrecht verworden tot een tombola of kan orde worden geschapen in de chaos?

P. van Kuijk



Begeleider: mr. T.C.J.A. van de Laak

Tilburg University, Master Rechtsgeleerdheid

Voorwoord

Voor u ligt de masterthesis “De kwalificatie van arbeidsovereenkomsten” waarin ik onderzoek heb gedaan naar zowel Nederlandse als Europese jurisprudentie inzake de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten en naar het conceptwetsvoorstel ‘Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’. Deze masterthesis is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan Tilburg University ter verkrijging van de meestertitel.

Het onderzoek en het schrijven van deze scriptie heeft plaatsgevonden in de periode van januari tot begin november 2023. Tijdens deze periode is eerst in maart 2023 het langverwachte Deliveroo-arrest geweest en daarna is op de valreep half oktober het conceptwetsvoorstel gepubliceerd voor internetconsultatie. Inmiddels zijn op 3 oktober 2023 ook nog prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over de invulling van het gezichtspunt ‘ondernemerschap’ en de rol die dat gezichtspunt speelt bij de beoordeling van arbeidsrelaties. Al deze ontwikkelingen laten de relevantie en de actualiteit van het onderwerp zien.

Deze ontwikkelingen betekenden dat ik meer dan eens terug moest naar de tekentafel om de onderzoeksopzet en de planning aan te passen. Het heeft er echter ook voor gezorgd dat deze scriptie zowel maatschappelijk als wetenschappelijk actueel en relevant is geworden. Dit is niet in de laatste plaats te danken aan mijn scriptiebegeleider Rowenta van de Laak. Ik wil haar bedanken voor haar wijze woorden, nuttige feedback, geduld en boeiende discussies over onderdelen van mijn scriptie.

Ook veel dank aan mijn ouders en vrienden voor de mentale steun. Zij hebben meer dan eens op zowel leken- als deskundigenniveau met mij willen sparren over mijn scriptie. Zonder hen had deze scriptie niet hetzelfde niveau gehad.

Dan rest mij niets anders dan u veel leesplezier toe te wensen.

Pim van Kuijk

Tilburg, november 2023

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Inhoudsopgave	3
Inleiding	6
1. De introductie en probleemstelling	6
2. Onderzoeksvraag en onderzoeksopzet	7
3. Onderzoeksmethode en verantwoording keuze uitspraken.....	8
3.1 Onderzoeksmethode	8
3.2 Verantwoording keuze uitspraken	9
Hoofdstuk 1: Het juridisch kader.....	10
1.1 De arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 Burgerlijk Wetboek.....	10
1.2 Historie van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten	10
1.3 Heersende leer kwalificatie van arbeidsovereenkomsten	11
1.4 Enkele gezichtspunten nader verklaard	12
1.4.1 Gezichtspunt (3): Inbedding in de organisatie	13
1.4.2 Gezichtspunt (9): Ondernemerschap en gezichtspunt (4): persoonlijke arbeid	13
1.4.3 De gezichtspunten in het licht van art. 7:610 BW.....	14
1.5 Kritiek op Deliveroo-arrest	15
1.5.1 Kritiek Houweling	15
1.5.2 Kritiek Grosheide	16
1.5.3 Kritiek Van Slooten	16
1.5.4 Kritiek Redactie Vakstudie Nieuws.....	17
1.6 Tussenconclusie.....	18
Hoofdstuk 2: Het onderzoek naar Nederlandse jurisprudentie.....	19
2.1 Inleiding	19
2.1 Inbedding (3) blijkt minder van belang dan gedacht	19
2.2 Ondernemerschap (9) speelt in bijna alle uitspraken een rol	20
2.3 Wijze werk en tijden (2) op één na meest gebruikte gezichtspunt.....	21
2.4 De beloning (6) (7) het stille water met de diepe grond?	21
2.4.1 De hoogte van de beloning (7)	22
2.4.2 De wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd (6).....	22
2.4.3 De beloning in het algemeen	23
2.5 Persoonlijke arbeid (4)	23
2.6 Tussenconclusie.....	23
2.6.1 Verantwoording keuzes voor tussenconclusie.....	23

2.6.2	Belangrijkste gezichtspunten en omstandigheden voor de praktijk.....	24
2.6.3	Tot slot.....	26
Hoofdstuk 3:	Het onderzoek naar Europese jurisprudentie	27
3.1	Inleiding.....	27
3.2	Uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie	27
3.2.1	HvJ EU 4 december 2014 (<i>FNV Kiem</i>).....	27
3.2.2	HvJ EU 26 maart 2015 (<i>Fenoll</i>)	28
3.2.3	HvJ EU 10 september 2015 (<i>Holterman Ferho Exploitatie e.a.</i>).....	29
3.2.4	HvJ EU 20 november 2018 (<i>Sindicatul Familia Constanța and Others</i>).....	29
3.2.5	HvJ EU 22 april 2020 (<i>Yodel Delivery</i>).....	30
3.3	Tussenconclusie.....	32
3.3.1	Gezichtspunten van het HvJ EU.....	32
3.3.2	Conclusies voor de (rechts)praktijk	34
Hoofdstuk 4:	Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden	35
4.1	Inleiding.....	35
4.2	Aanleiding wetsvoorstel	35
4.2.1	Schijnzelfstandigheid.....	35
4.2.2	Onterecht afremmen contractvorming zelfstandige arbeid	36
4.3	Doelen wetsvoorstel.....	36
4.3.1	Schijnzelfstandigheid verminderen	36
4.3.2	Duidelijk toetsingskader voor zelfstandigen en werkgeevenden	37
4.3.3	Subdoelen.....	37
4.4	Inhoud Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden	38
4.4.1	Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Werkinhoudelijke aansturing.....	39
4.4.2	Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Organisatorische inbedding.....	39
4.4.3	Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Eigen rekening en risico en ondernemerschap....	40
4.5	Tussenconclusie.....	41
Hoofdstuk 5:	Conclusies en aanbevelingen.....	43
5.1	Inleiding.....	43
5.2	Conclusies.....	43
5.2.1	Onderzoek Nederlandse jurisprudentie	43
5.2.2	Onderzoek Europese jurisprudentie	44
5.2.3	Onderzoek conceptwetsvoorstel	44
5.3	Aanbevelingen.....	45
5.4	Openstaande vragen	47
Literatuurlijst	48

Literatuur	48
Jurisprudentie.....	49
Parlementaire stukken	50
Overige bronnen.....	51
Bijlage 1	52
Bijlage 2	53
Bijlage 3	54

Inleiding

1. De introductie en probleemstelling

Het Centraal Bureau voor Statistiek rapporteerde dat het aantal zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp) in het derde kwartaal van 2022 is toegenomen tot maar liefst 1,2 miljoen.¹ Naast positieve effecten heeft deze groei ook nadelen.² Zo is er reden om aan te nemen dat schijnzelfstandigheid een van de belangrijkste redenen is voor die stijging.³ Inmiddels is er veel rechtspraak over de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen partijen.⁴ De relatie tussen partijen kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst indien sprake is van arbeid, loon en gezag.⁵ Met name dat laatste criterium staat in de jurisprudentie vaak ter discussie. Een rechter dient aan de hand van een holistische benadering te beoordelen of al dan niet sprake is van arbeidsovereenkomst, als onderdeel waarvan een rechter moet onderzoeken of een gezagsverhouding tussen partijen bestaat.⁶ Door deze holistische benadering laat een uitkomst bij de rechter zich lastig voorspellen. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Minister) is voornemens om de open norm 'gezag' van art. 7:610 BW verder in te kleuren aan de hand van de jurisprudentie. De Minister heeft daartoe begin oktober een conceptwetsvoorstel gepubliceerd voor internetconsultatie, zoals voor de zomer al aangekondigd.⁷ Het is daarom interessant om te onderzoeken of er een bepaalde lijn te ontdekken is in recente jurisprudentie en wat deze lijn dan inhoudt.

Doel van het onderzoek is om te bezien of een bepaalde tendens te ontdekken is in de recente (feiten)rechtspraak. Mocht blijken dat bepaalde gezichtspunten of contra-indicaties vaker leiden tot een bepaalde uitkomst, dan kan dit voor de praktijk de gang naar de rechter voorspelbaarder maken. Ook verschaft dit, voor partijen die met elkaar een arbeidsrelatie wensen aan te gaan, duidelijkheid over op welke manier zij uitvoering kunnen geven aan de door hen gewenste arbeidsverhouding. Bovendien kan de uitkomst van het onderzoek ook voor uitvoeringsinstanties mogelijk nuttig zijn bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Zo moet de Belastingdienst nu voor iedere arbeidsrelatie aan de hand van de feiten en omstandigheden beoordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst opdat een verplichting bestaat tot het inhouden van loonheffing en de afdracht van premies. Het huidige beoordelingskader maakt het deze uitvoeringsinstanties, zoals de Belastingdienst, buitengewoon lastig.⁸ Het conceptwetsvoorstel is uiteindelijk op 6 oktober 2023 ter internetconsultatie gepubliceerd. Dat betekent dat het conceptwetsvoorstel op de valreep nog is meegenomen in het onderzoek. De resultaten uit het onderzoek naar de Nederlandse en Europese jurisprudentie zijn naast het conceptwetsvoorstel neergelegd en deze zijn

¹ 'Werkzame beroepsbevolking: positie in de werkring', cbs.nl, 14 februari 2023

² *Kamerstukken II 2022/23*, 21211, 246, p. 1.

³ Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 4.

⁴ Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 14 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4119, *RAR* 2022/106; Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272, *RAR* 2022/141; en Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2023:879, *Sdu Nieuws Arbeidsrecht* 2023/110.

⁵ Artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek.

⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), r.o. 3.2.5

⁷ *Kamerstukken II 2022/23*, 31311, 246, p. 2.

⁸ Grosheide, *JAR* 2023/107.

geanalyseerd. De analyse van het conceptwetsvoorstel, in het kader van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek, is vervat in hoofdstuk 4 van deze thesis.

Het probleem dat aan dit onderzoek ten grondslag ligt is dat de uitkomst van een rechterlijke of bezwaarprocedure, wanneer het gaat om de kwalificatievraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een andersoortige overeenkomst zoals een overeenkomst van opdracht, zich moeilijk laat voorspellen. Dit hangt samen met de holistische benadering die de Hoge Raad voorschrijft. Bij een holistische benadering dient de rechter steeds alle omstandigheden van het geval mee te wegen in haar beoordeling, zonder dat daarbij één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Het zal steeds weer afhangen van hoe de rechter bepaalde omstandigheden waardeert. Wat deze benadering van de wetgever (en de rechter) inlevert aan voorspelbaarheid, wint het wat betreft de mogelijkheid om maatwerk te leveren.⁹

In maart 2023 wees de Hoge Raad het Deliveroo-arrest. De Hoge Raad heeft in het arrest niet gekozen voor nieuwe rechtsvorming, aangezien de kwalificatievraag bij arbeidsovereenkomsten ook de aandacht van de Nederlandse en Europese wetgever heeft.¹⁰ In het kader van deze ontwikkelingen is het onderzoek verricht en is bezien of het mogelijk is bepaalde patronen te ontdekken in de jurisprudentie en zijn de uitkomsten van het jurisprudentieonderzoek vergeleken met het conceptwetsvoorstel.

2. Onderzoeksvraag en onderzoeksopzet

Om het hiervoor beknopt geschetste probleem te onderzoeken, staat in deze thesis de volgende onderzoeksvraag centraal:

*Kunnen aan de hand van Nederlandse en Europese jurisprudentie handvatten worden geformuleerd of een ordening worden aangebracht in de gezichtspuntencatalogus zoals deze is opgesteld door de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest en hoe verhoudt de jurisprudentie zich tot het conceptwetsvoorstel over de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten?*¹¹

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden wordt eerst het huidige juridisch kader geschetst. Daarbij wordt gekeken naar zowel het wettelijke kader als de jurisprudentie met betrekking tot de kwalificatie van arbeidsrelaties. Waarbij ook aandacht besteed zal worden aan de ontwikkeling van dit leerstuk in de jurisprudentie. De vraag “Hoeveel opschudding en verandering heeft de Deliveroo-uitspraak teweeggebracht binnen het juridisch kader van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten?” zal in het eerste hoofdstuk centraal staan.

⁹ Said 2022/8.4.

¹⁰ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*); Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatssecretaris van Financiën, 16 december 2022, 2022-0000292130; Richtlijnvoorstel betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762.

¹¹ Het conceptwetsvoorstel zoals dat is gepubliceerd ter internetconsultatie op 6 oktober 2023.

Vervolgens zal in hoofdstuk 2 een analyse worden gemaakt van de recente Nederlandse rechtspraak waarbij het kwalificeren van arbeidsrelaties aan de orde was. Hierbij wordt gekeken of handvatten kunnen worden geformuleerd of welke ordening kan worden aangebracht in de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad. Het formuleren van handvatten of het aanbrengen van een ordening kan bruikbaar zijn in de praktijk om vooraf meer zekerheid te hebben over welke soort rechtsrelatie wordt aangegaan tussen partijen. Om in de conclusie van hoofdstuk 2 tot een antwoord te komen zal de Nederlandse jurisprudentie worden onderzocht, getalsmatig in kaart worden gebracht¹² en geanalyseerd.

Aan de hand van de volgende vraag zal een tussenconclusie worden geformuleerd: “Welke ordening is aan te brengen in de gezichtspuntencatalogus op basis van de Nederlandse jurisprudentie, aan de hand waarvan handvatten kunnen worden geformuleerd die behulpzaam zijn bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst?”

Daarna zal in hoofdstuk 3 een analyse worden gemaakt van de meest gezaghebbende uitspraken binnen de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. “In hoeverre verschilt de Europese van de Nederlandse jurisprudentie en welke conclusie kan men daar in de praktijk aan te verbinden?” is de vraag die centraal zal staan.

Tot slot zal in hoofdstuk 4 het conceptwetsvoorstel ter inkleuring van het gezagscriterium worden vergeleken met de uitkomsten van het onderzoek naar de Nederlandse en Europese jurisprudentie. De vraag “Hoe verhoudt het conceptwetsvoorstel zich tot de resultaten van het jurisprudentieonderzoek?” zal in dit hoofdstuk worden beantwoord.

Uiteindelijk volgt een conclusie of op basis van de jurisprudentie handvatten kunnen worden geformuleerd die behulpzaam kunnen zijn bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst en in hoeverre deze handvatten verschillen van of juist overeenkomen met de plannen van de Nederlandse wetgever.

Door allereerst het juridisch kader te schetsen, dan te onderzoeken welke consequenties het juridische kader in de praktijk heeft en tot slot na te gaan in hoeverre met het wetsvoorstel een wijziging van het juridisch kader wordt beoogd en of dit beantwoord aan de behoeften van de praktijk, kan een antwoord worden geformuleerd op de hoofdvraag en kan het onderzoek inzicht geven of er noodzaak bestaat voor de Nederlandse en/of Europese wetgever om (meer) orde te scheppen in de chaos.

3. Onderzoeksmethode en verantwoording keuze uitspraken

3.1 Onderzoeksmethode

Het onderzoek betreft een juridisch-dogmatisch onderzoek naar de kwalificatie van arbeidsrelaties. Er zal hoofdzakelijk jurisprudentieonderzoek worden verricht en waar dienstig ter beantwoording van de onderzoeksvraag zal ook literatuur worden onderzocht. De Europese jurisprudentie en ook het conceptwetsvoorstel dat zeer recent voor

¹² Een datasheet van welke gezichtspunten in welke uitspraak tot een bepaald oordeel leidde, zal de basis zijn voor de analyse.

internetconsultatie is gepubliceerd worden in het licht van dit jurisprudentieonderzoek onderzocht.

3.2 Verantwoording keuze uitspraken

Voor het onderzoek zal wat betreft Nederlandse jurisprudentie gebruik worden gemaakt van uitspraken gewezen in de periode van 1 januari 2022 tot 1 september 2023. Dit tijdsbestek is gekozen omdat het doel van het onderzoek is te ontdekken wat de meest recente stand van zaken is in de jurisprudentie. Alleen uitspraken van de rechtbanken, gerechtshoven en van de Hoge Raad zullen in het onderzoek worden betrokken. Het voert voor dit onderzoek te ver om ook onderzoek te doen naar uitspraken van andere instanties binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Daarnaast zijn ook de 'standaard'-uitspraken bij de kwalificatie van arbeidsrelaties betrokken, zoals Groen/Schoevers, ABN/Malhi, Beurspromovendi en X/Gemeente Amsterdam. Deze uitspraken zijn met name gebruikt ter illustratie van het juridisch kader.

De Nederlandse uitspraken zullen worden vergaard via rechtspraak.nl door gebruik van de zoekterm 'kwalificatie arbeidsovereenkomst'. Dit levert 201 uitspraken op.¹³ Van deze uitspraken zal een selectie worden gemaakt door middel van 'purposive sampling'.¹⁴ Deze selectie zal worden gemaakt door de relevantie van de uitspraken te beoordelen aan de hand van de gegeven inhoudsindicatie op rechtspraak.nl. Gepoogd wordt om te werken met een bereik van 20 tot 30 bruikbare uitspraken. De gekozen hoeveelheid uitspraken is voldoende om een verantwoorde doorsnee te geven van recente Nederlandse jurisprudentie.

Ten aanzien van de Europese jurisprudentie is een andere techniek toegepast. Het aantal uitspraken door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) is beperkt en daarom is de 'sneeuwbaltechniek' toegepast. Het vetrekpunt voor de zoektocht naar Europese jurisprudentie was het Yodel Delivery arrest van 22 april 2020.¹⁵ In het kader van dit onderzoek zijn zes uitspraken in deze thesis verwerkt.

¹³ Geraadpleegd op 1 oktober 2023 via rechtspraak.nl.

¹⁴ Purposive sampling is een techniek die er in het kort op neer komt dat de onderzoeker de meest relevante en informatierijke 'cases' selecteert voor diens onderzoek.

¹⁵ HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

Hoofdstuk 1: Het juridisch kader

1.1 De arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 Burgerlijk Wetboek

Artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de arbeidsovereenkomst de overeenkomst is waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De drie hoofdelementen van een arbeidsovereenkomst zijn (ex art. 7:610 BW):

1. Arbeid
2. Loon
3. Gezag

Om in aanmerking te komen voor de juridische bescherming die het sociaalrecht biedt, dient sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst. Daarvan is sprake als is voldaan aan de hierboven genoemde elementen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat door sommige auteurs wordt betoogd dat een vierde element is vereist voor een arbeidsovereenkomst. Dit element vinden we (onder andere) in art. 7:659 BW: de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten.¹⁶ Voor deze thesis wordt uitgegaan van drie hoofdelementen van een arbeidsovereenkomst, hierop wordt in paragraaf 1.3.2 verder ingegaan.

Onder de hiervoor genoemde bescherming behoort onder meer de ontslagbescherming, het recht op doorbetaling bij ziekte van de werknemer en sociaalrechtelijke bescherming van de werknemer in het algemeen. Dit komt omdat toegang tot de arbeidsrechtelijke en (hiervan afgeleide) socialezekerheidsrechtelijke bescherming, ook wel de ongelijkheidscompensatie genoemd, is gekoppeld aan de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst.¹⁷ Wanneer sprake is van een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tot aanneming van werk is de werker dus niet beschermd onder het arbeids- en socialezekerheidsrecht. Juist daarom is de kwalificatievraag bij arbeidsrelaties van groot belang.

1.2 Historie van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten

Wat betreft die kwalificatievraag zit de crux vaak bij het gezags-criterium. Dit betekent overigens niet dat aan de andere elementen geen rol van betekenis toekomt. Zoals we later zullen zien dienen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Desondanks wordt in de wetsgeschiedenis de gezagsverhouding aangeduid als het meest onderscheidende kenmerk van de arbeidsovereenkomst, waarbij dient te worden opgemerkt dat het begrip ‘gezag’ is afgeleid uit de in de wet gebruikte term ‘in dienst van’.¹⁸ Overigens wordt gezag niet alleen in de wetshistorie als meest onderscheidende criterium aangeduid, dat wordt ook in de

¹⁶ Zie bijvoorbeeld de annotatie van Houweling bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), anders zie Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020/1.3.1. waarin wordt betoogd dat de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten een subelement is van ‘arbeid’ i.d.z.v. art. 7:610 BW.

¹⁷ Houwerzijl, Montebovi & Zekić 2021, p. 3.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 13-14.

jurisprudentie bevestigd.¹⁹ Het is een lastig definieerbaar begrip dat niet in de wet zelf wordt gedefinieerd. Dit komt doordat ook wanneer geen sprake is van een arbeidsovereenkomst vaak nog wel enige vorm van ‘ondergeschiktheid’ of ‘gezag’ bestaat. Het gezag uit zich dan echter op een andere manier.²⁰

Minder lastig om te definiëren zijn de andere elementen van een arbeidsovereenkomst; arbeid en loon. Zo is loon door de Hoge Raad gedefinieerd als de vergoeding door de werkgever verschuldigd ter zake de bedwongen arbeid.²¹

Lange tijd werd bij de beoordeling of sprake was van een arbeidsovereenkomst gekeken naar alle omstandigheden van het geval, inclusief de partijbedoelingen.²² Na het arrest Groen/Schoevers heeft de Hoge Raad nog een aantal klassieke arresten gewezen, waaronder HR ABN/Malhi en HR Beurspromovendi.²³ In deze zaken heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de hand van de Haviltex-formule moet worden beoordeeld of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarbij erkende de Hoge Raad dat (mede) betekenis toe komt aan partijbedoelingen.

Later, in het arrest HR X/Gemeente Amsterdam, legt de Hoge Raad nog eens uit hoe er gekwalificeerd dient te worden.²⁴ Er zijn twee stappen:

1. Eerst uitleg van de overeengekomen rechten en plichten aan de hand van Haviltex-norm. Waartoe hebben partijen zich verbonden?
2. Dan kwalificatie van de overeenkomst ex art. 7:610 BW (arbeid, loon en gezag) aan de hand van de omstandigheden van het geval.

De Hoge Raad hield er in X/Gemeente Amsterdam nog steeds een holistische benadering op na, maar de Hoge Raad verduidelijkte dat partijbedoelingen geen rol spelen bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.²⁵ Dat was een breuk met het verleden.

1.3 Heersende leer kwalificatie van arbeidsovereenkomsten

In de vorige paragraaf is teruggeblikt op de ontwikkeling van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. In maart 2023 wees de Hoge Raad het, op het moment van schrijven, meest recente arrest op dit gebied, te weten het Deliveroo-arrest.²⁶ De Hoge Raad benadrukt in rechtsoverweging 3.2.4, onder verwijzing naar onder andere HR X/Gemeente Amsterdam, dat voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst geen rol van betekenis toe komt aan de

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 24 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1561, r.o. 5.18; en Rb. Rotterdam 8 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:777, r.o. 4.10

²⁰ Said 2022/4.2.3.

²¹ HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219, NJ 1954, 242, m.nt. Ph.A.N. Houwing

²² HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers).

²³ Resp. HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, NJ 2003, 124, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (ABN/Malhi) en HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007, 447, m.nt. E. Verhulp (Beurspromovendi).

²⁴ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, NJB 2020/2735 (X/Gemeente Amsterdam), r.o. 3.2.3.

²⁵ R.o. 3.2.2.

²⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, AR-Updates.nl 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (Deliveroo).

wil van partijen om wel of geen arbeidsovereenkomst te sluiten. Enkel van belang is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. In rechtsoverweging 3.2.5 herhaalt de Hoge Raad dat de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, afhangt van alle omstandigheden van het geval in onderling verband gezien. De heersende leer is dus nog altijd een holistische benadering. In het arrest benoemt de Hoge Raad welke tien (niet limitatieve) omstandigheden van belang kunnen zijn:²⁷

1. De aard en duur van de werkzaamheden;
2. De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
3. De inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht;
4. Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
5. De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen;
6. De wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
7. De hoogte van de beloningen;
8. De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt en;
9. Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economische verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.
10. Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, hangt mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht.

1.4 Enkele gezichtspunten nader verklaard

In deze paragraaf worden enkele opmerkingen in de literatuur ten aanzien van de verschillende gezichtspunten weergegeven.

Houweling gaat in zijn annotatie nader in op verschillende gezichtspunten.²⁸ De eerste conclusie van Houweling is dat met de herbevestiging van de holistische toets uit HR Groen/Schoevers de kwalificatietoetsing niet is gereduceerd tot een klinische optelsom van de voorwaarden uit artikel 7:610 BW.²⁹ Kennelijk vindt Houweling daarmee dat de bedoeling van partijen nog steeds een bepaalde rol van betekenis kunnen spelen, in tegenstelling tot wat door sommigen uit X/Gemeente Amsterdam werd afgeleid, aldus Houweling.

²⁷ R.o. 3.2.5.

²⁸ Houweling, *AR-Updates.nl* 2023-0400, par. 2.

²⁹ Par. 2.1.

Houweling vermoedt dat met name gezichtspunten (3) en (9) van belang gaan zijn voor de praktijk. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dit iets genuanceerder te liggen, hierbij zal in hoofdstuk 2 uitgebreid worden stilgestaan. Waar gezichtspunt (3) voornamelijk handvatten biedt om gezag snel toe te rekenen aan de werkverschaffer als het werk is ingebed, zal gezichtspunt (9) voor zzp'ers meer ruimte bieden om ondanks aanwijzingen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, toch werkzaam te zijn op basis van een andersoortige overeenkomst.

Ruizeveld tracht in zijn annotatie niet zozeer een indeling van de gezichtspunten te maken in verschillende categorieën, maar probeert enkele individuele gezichtspunten te duiden en komt tot de conclusie dat het arrest van de Hoge Raad de kwalificatievraag nog niet definitief beantwoordt.³⁰

In zijn annotatie geeft Mertens zijn beschouwing op het vierde gezichtspunt, de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten. Zie daarvoor paragraaf 1.4.2.

1.4.1 Gezichtspunt (3): Inbedding in de organisatie

Interessant is om nader in te gaan op gezichtspunt (3) omdat de Hoge Raad hier lijkt af te wijken van de conclusie van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G), zoals ook Houweling beargumenteert in zijn annotatie.³¹ De A-G stelt dat het bij dit gezichtspunt niet gaat om de inbedding van de werker zelf, maar alleen de inbedding van het werk dat door de werker wordt verricht in de organisatie van de werkverschaffer.³² In het arrest van de Hoge Raad valt echter te lezen: “de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie” [onderstreping toegevoegd, PvK].³³ Daarmee lijkt de Hoge Raad dus een andere lijn te kiezen dan de A-G, zo betoogt dus ook Houweling. Dat betekent dat een zzp'er die steeds kernactiviteiten bij een organisatie verricht (bijvoorbeeld ter vervanging van werknemers met verlof of in verband met ziekte) maar zelf niet in die organisatie ingebed is, gekwalificeerd kan worden als werknemer, in dienst van werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst. Zoals te lezen is in rechtsoverweging 3.2.6 van het arrest kiest de Hoge Raad er niet voor de inbedding in de organisatie verder in te kleuren aangezien dit de aandacht heeft van het kabinet.

1.4.2 Gezichtspunt (9): Ondernemerschap en gezichtspunt (4): persoonlijke arbeid

Dat ondernemerschap aan de zijde van de werker een belangrijke contra-indicatie kan zijn bij het kwalificeren van de arbeidsrelatie, is niet nieuw.³⁴ Wat wel nieuw lijkt te zijn is dat het er

³⁰ Ruizeveld, *TRA* 2023/70.

³¹ Par. 2.2.

³² Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), rdnr. 8.7.

³³ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), r.o. 3.2.5.

³⁴ Eerder zagen we dat al in HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*) en; HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, *JAR* 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

niet langer slechts om gaat dat de werker zich daadwerkelijk als een ondernemer gedraagt, maar volgens de Hoge Raad kan voldoende zijn dat een werker zich als ondernemer ‘kan’ gedragen.³⁵ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat niet alleen de situatie zoals die zich in de praktijk voordoet van belang is, maar ook welke intentie (een van de) partijen hebben. Daarmee lijkt er toch weer meer ruimte te komen voor partijbedoelingen zoals in HR Groen/Schoevers. Ook Houweling betoogt dit in zijn annotatie.³⁶

Ruizeveld merkt op dat de keuze van een werkende om zich voor werk aan te melden en de vrijheid om zich daarbij te laten vervangen eigenlijk gezien moet worden als een uitwerking van het gezichtspunt ondernemerschap. Kennelijk ziet Ruizeveld gezichtspunt (4) als een subelement van het ondernemerschap. Dat geldt volgens Ruizeveld eigenlijk ook voor gezichtspunt (2). Een werkende die zelf een keuze kan maken of hij zich al dan niet aanmeldt voor werk – en daarmee dus zelf bepaalt welke werkzaamheden hij wel en niet uitvoert – ziet hij dus niet als een losstaand gezichtspunt. In de annotatie laat Ruizeveld blijken dat hij enigszins teleurgesteld is door het arrest van de Hoge Raad. Die blijft namelijk bij de holistische benadering. Terwijl Ruizeveld juist pleit voor meer duidelijkheid welke omstandigheden (lees: gezichtspunten) een belangrijkere rol spelen bij de beoordeling van een arbeidsrelatie. Daarbij verwijst Ruizeveld naar de conclusie van de A-G. Die pleitte dat meer gewicht zou worden toegekend aan de omstandigheid dat het werk is ingebed in de organisatie van de werkgevende.

Mr. A.L. Mertens gaat in zijn annotatie ook in op de verplichting het werk persoonlijk te verrichten.³⁷ Hij merkt op dat uit het arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de betekenis van het vierde gezichtspunt, de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten, een geringe betekenis heeft. Tegenover de verplichting tot het persoonlijk verrichten van de arbeid staat de vrijheid voor de werkende om zich vrij te laten vervangen. Volgens de Hoge Raad is dat niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad leidt uit het arrest van het hof af dat de bezorgers in het algemeen geen aanleiding hebben gezien om zich anders dan incidenteel te laten vervangen en daarmee heeft de vervangingsmogelijkheid in de praktische uitvoering maar relatief weinig betekenis gehad. Mertens komt in zijn annotatie tot de conclusie Mertens vraagt zich af of dit in de praktijk niet altijd zo zal zijn en het gezichtspunt om die reden in het algemeen van gering belang zal zijn.

1.4.3 De gezichtspunten in het licht van art. 7:610 BW

De meeste gezichtspunten kunnen worden teruggevoerd op één van de elementen van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW: loon, arbeid en gezag. Gezichtspunt (1) kan bijvoorbeeld worden gekoppeld aan het element ‘arbeid’ en gezichtspunt (2) valt onder het element ‘gezag’. Ook gezichtspunt (5) lijkt terug te voeren op de gezagsverhouding (‘in dienst van’) die vereist is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Tot slot vertonen gezichtspunten (6) tot en met (8) verwantschap met het element ‘loon’. Bij gezichtspunten (6) en (7) is dat meer evident, bij gezichtspunt (8) schuilt die verwantschap erin wanneer het

³⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), r.o. 3.2.5.

³⁶ Houweling, *AR-Updates.nl* 2023-0400, par. 2.3.

³⁷ Mertens, *BNB* 2023/95.

commercieel risico zich voordoet, het voor rekening komt van de werker. Gezichtspunten (3), (9) en (10) behoeven geen nadere toelichting nu (3) en (9) al reeds zijn besproken en (10) juist ziet op de partijbedoelingen die sinds HR X/Gemeente Amsterdam geen rol meer spelen. Dan blijft gezichtspunt (4) over. Houweling heeft op dit gezichtspunt het nodige commentaar. Dat commentaar zal in de volgende paragraaf worden uitgelicht. Overigens zijn er ook andere structureringen van de gezichtspuntencatalogus mogelijk, zie in dat kader bijvoorbeeld de annotatie van Van Slooten.³⁸

1.5 Kritiek op Deliveroo-arrest

Er is in de literatuur ook kritiek op het Deliveroo-arrest. In dit paragraaf worden de belangrijkste kritiekpunten behandeld. Hiervoor wordt naar vier annotaties op het Deliveroo-arrest gekeken.

1.5.1 Kritiek Houweling

Houweling plaatst twee belangrijke opmerkingen in zijn annotatie. Ondanks dat de Hoge Raad zich bescheiden lijkt te tonen door de keuze andere algemene regels of uitgangspunten aan de minister over te laten, betoogt Houweling dat: *“de Hoge Raad stiekem additionele voorwaarden stelt aan artikel 7:610 BW”*.³⁹ Volgens Houweling is het opvallend dat de Hoge Raad er expliciet voor kiest om het ondernemerschap als gezichtspunt te noemen. Juist opvallend is het, gezien de zogenaamde bescheiden opstelling van de Hoge Raad, omdat het sterk in overeenstemming lijkt met het aangekondigde conceptwetsvoorstel. Houweling lijkt te impliceren dat hier juist wel rechtspolitiek wordt bedreven nu de Hoge Raad *“de bal prachtig voor het doel [legt] om door de minister in te laten schieten”*.⁴⁰ Ondanks dat het ‘ondernemerschap’ terug te voeren lijkt op het element ‘gezag’, is de vraag of het feit dat een werker zich als een ondernemer gedraagt (of kan gedragen) wel iets zegt over de invulling van de gezagsverhouding tussen werker en werkverschaffer. Op basis van het voorgaande beargumenteert Houweling dan ook dat het zelfstandig benoemen van het ondernemerschap als gezichtspunt zeker wel iets vernieuwends brengt.

Met het tweede punt levert Houweling kritiek op gezichtspunt (4), de verplichting het werk persoonlijk te verrichten. Houweling beweert in stellige bewoordingen dat deze verplichting als een voorwaarde van artikel 7:610 BW moet worden beschouwd.⁴¹ Enerzijds blijkt dit volgens Houweling uit de wettekst: *“de werknemer verbindt zich arbeid te verrichten”*. Anderzijds overwoog de Hoge Raad dat ook in zijn arrest Zwarthoofd/St. Parool: *“(…) dat de Rb. terecht heeft geoordeeld, dat een overeenkomst van dezen inhoud niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt daar het blijkens art. 1637a een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is, dat een contractspartij zich verbindt arbeid te*

³⁸ Van Slooten, *ONDR 2023/50*, par. 3.4 e.v.

³⁹ Houweling, *AR-Updates.nl 2023-0400*, par. 3.

⁴⁰ Par. 2.3.

⁴¹ Par. 3.1

verrichten.”⁴² Overigens valt in de conclusie van A-G De Bock te lezen dat zij deze lezing niet deelt. De verplichting arbeid persoonlijk te verrichten, zoals bepaald in artikel 7:659 BW, is een gevolg van het van toepassing zijn van titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, aldus de A-G. De Hoge Raad heeft zich kennelijk gevoelig getoond voor de lezing van de A-G door de verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid op te nemen in de gezichtspuntencatalogus en niet als vereiste voor de arbeidsovereenkomst. Volgens Houweling wordt door het bestempelen van de verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid als gezichtspunt in plaats van als constitutief element van de arbeidsovereenkomst, de koers stevig verlegt. Maar juist in het licht van de ongelijkheidscompensatie binnen het arbeidsrecht is deze lijn van de Hoge Raad goed te begrijpen. Houweling merkt terecht op dat werk waarbij de persoon van de werker er niet toe doet dan mogelijk niet meer op basis van een arbeidsovereenkomst zou plaatsvinden, een onwenselijk gevolg. Om het voorgaande wordt in deze thesis, zoals eerder aangegeven, uitgegaan van de drie elementen van artikel 7:610 BW, in navolging van A-G De Bock en ook Van Der Grinten.⁴³

1.5.2 Kritiek Grosheide

Ook Grosheide heeft, in zijn annotatie in de JAR, kritiek op de uitspraak van de Hoge Raad. Hij betoogt dat de ontwikkelingen van de laatste jaren in de jurisprudentie laten zien dat de rechtspraak prima in staat is om zich wendbaar op te stellen om zo de uitdagingen van een veranderende arbeidsmarkt aan te gaan.⁴⁴ Hij vraagt zich dan ook af of de voorgestelde aanpassing van art. 7:610 BW door de minister wel echt noodzakelijk is. Grosheide had liever gezien dat aandacht wordt besteed aan de rechtspositie van werkende met een sterke(re) positie op de arbeidsmarkt. Volgens hem is dat gelegen in het feit dat de feiten en omstandigheden bij de totstandkoming van de overeenkomst een minder dominante rol spelen dan voorheen.

Grosheide noemt als kritiek overigens ook dat de holistische benadering het voor uitvoeringsinstanties bijzonder lastig maakt om bij moeilijke gevallen vooraf duidelijkheid te verschaffen. Een voorbeeld daarvan is dat de Belastingdienst voor iedere arbeidsrelatie alle feiten en omstandigheden moet meewegen bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor de Belastingdienst is dat van belang bij het bepalen of loonbelasting ingehouden dient te worden en of een premieverplichting bestaat voor de werkverschaffer. Ook in dit kader is het nut van een potentiële rangorde in de gezichtspunten groot.

1.5.3 Kritiek Van Slooten

In zijn annotatie in Ondernemingsrecht zet Van Slooten vraagtekens bij de herkomst van de gezichtspuntencatalogus die Hoge Raad heeft opgesteld.⁴⁵ Van Slooten vermoedt dat de

⁴² HR 13 december 1957, ECLI:HR:1957:3, NJ 1958/35 (Zwarthoofd/St. Parool).

⁴³ Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020/1.3.

⁴⁴ Grosheide, JAR 2023/107.

⁴⁵ Van Slooten, ONDR 2023/50, par. 3.2.

gezichtspunten een samengevatte representatie zijn van de 25 omstandigheden die het hof in hoger beroep had vastgesteld. Daarbij merkt hij echter op dat niet al die omstandigheden zijn vertegenwoordigd in de gezichtspuntencatalogus. Het gaat hier bijvoorbeeld om het feit dat de bezorgers eigen materiaal gebruiken, hoe bezorgers worden gezien door anderen en het feit dat Deliveroo een ongevallenverzekering had afgesloten en een gratis aansprakelijkheidsverzekering heeft aangeboden. Van Slooten vermoedt dat in ieder geval ten aanzien van die laatste twee omstandigheden – de verzekeringen – de Hoge Raad dit niet als gezichtspunt heeft opgenomen omdat dit zou kunnen leiden tot het ongewenste effect dat werkverschaffers geen verzekeringen meer zullen afsluiten voor werkers indien dit een indicatie meebrengt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl het afsluiten van verzekeringen voor die werkers wel wenselijk is.

Ook Van Slooten heeft problemen met het gezichtspunt ‘ondernemerschap’.⁴⁶ Omdat het er niet alleen om gaat of de werker zich als ondernemer gedraagt ten opzichte van de werkverschaffer, maar ook daarbuiten. Volgens Van Slooten brengt dit een moeilijk uitlegbaar ‘herkwalificatierisico’ met zich mee. Twee zzp’ers die zich ten opzichte van de werkverschaffer hetzelfde gedragen, maar daarbuiten anders, zouden bij de werkverschaffer werkzaam kunnen zijn op verschillende soorten overeenkomsten. Dit leidt in de praktijk zonder twijfel tot problemen. Zie bijvoorbeeld het hof Amsterdam, die zeer recent prejudiciële vragen hierover stelde aan de Hoge Raad.⁴⁷

Tot slot mist Van Slooten ook een aantal gezichtspunten in de catalogus van de Hoge Raad. Hij benoemt onder meer: het businessmodel van de werker, of de werker is ingeschreven bij de KvK, of de werker beschikking heeft over eigen bedrijfsmiddelen en of de werker de vrijheid heeft om voor concurrenten te werken. Anderzijds kan ook beargumenteerd worden dat deze omstandigheden als subelementen – dus ter invulling van – dienen te gelden van het overkoepelende gezichtspunt ‘ondernemerschap’.

1.5.4 Kritiek Redactie Vakstudie Nieuws

Ook de redactie van Vakstudie Nieuws levert kritiek op de onduidelijkheid die de Hoge Raad laat bestaan over de vraag of de verplichting arbeid persoonlijk te verrichten nu een constitutief element is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁴⁸ De Hoge Raad blijft weg van die discussie door dit element te plaatsen in de beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval. De Redactie van Vakstudie Nieuws haalt aan dat het gebruik van een vervangingsbepaling niet bepalend zou moeten zijn of binnen of buiten dienstverband wordt gewerkt en acht het daarom niet uitlegbaar dat de Hoge Raad wegblijft van deze discussie.

⁴⁶ Par. 3.7.

⁴⁷ Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220, *V-N Vandaag* 2023/2326.

⁴⁸ *V-N* 2023/15.6.

1.6 Tussenconclusie

In paragraaf 1.1 is gekeken naar het wettelijk kader waarbinnen de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten dient plaats te vinden. In die paragraaf is vastgesteld dat er in beginsel drie constitutieve elementen zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, namelijk arbeid, loon en gezag.

Vervolgens is in paragraaf 1.2 gekeken naar de historische ontwikkeling van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. Waar in HR Groen/Schoevers en ook HR ABN/Malhi en HR Beurspromovendi nog ruimte was voor partijbedoelingen bij de beoordeling van de arbeidsrelatie, werd dat in HR X/Gemeente Amsterdam en HR Deliveroo volledig losgelaten.

Dit is nader uiteengezet in paragraaf 1.3. Daarin is toegelicht dat niet langer betekenis toekomt aan de bedoeling van partijen, maar dat alleen van belang is hoe partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.

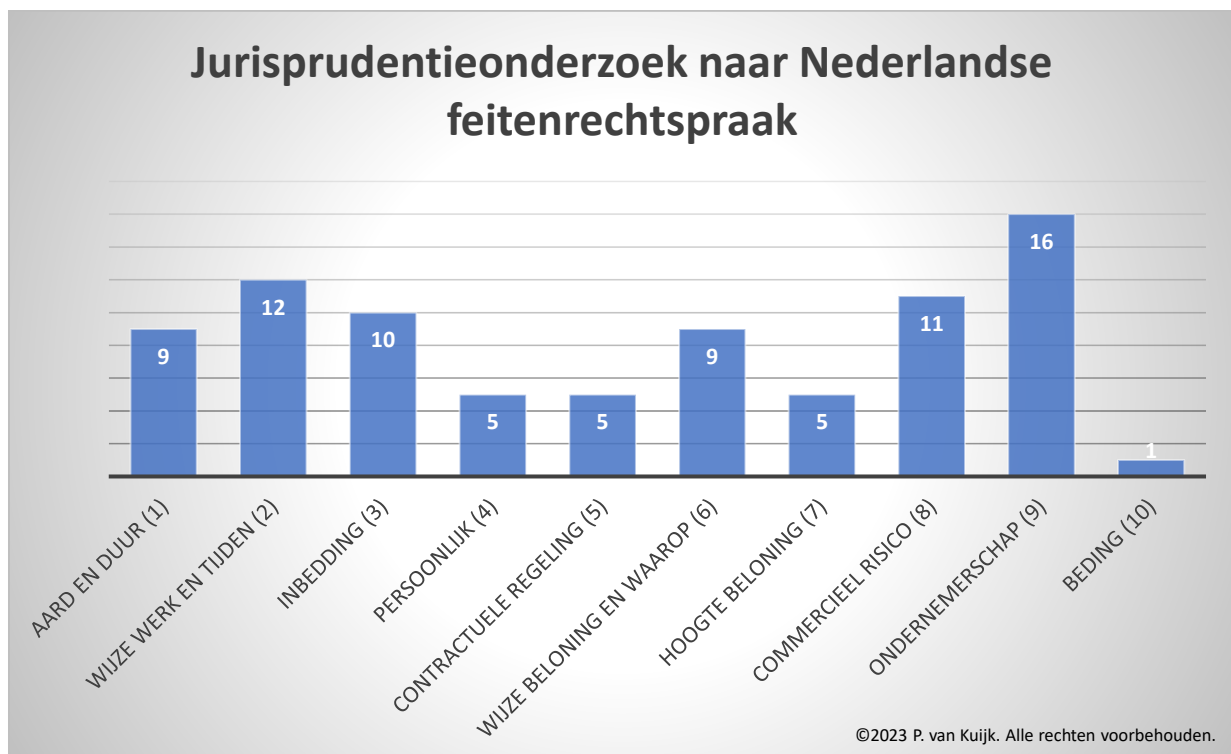
In paragraaf 1.4 is nader stil gestaan bij enkele van de gezichtspunten zoals deze zijn geformuleerd door de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest.

Tot slot is in paragraaf 1.5 behandeld welke kritiek er in de literatuur is ontstaan op het Deliveroo-arrest en daarmee op de huidige benadering van zowel de wetgever als de rechter bij de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. Daarmee is een zo compleet mogelijk beeld geschetst van het thans geldende juridische kader, inclusief de daarop bestaande kritiek en aandachtspunten.

Hoofdstuk 2: Het onderzoek naar Nederlandse jurisprudentie

2.1 Inleiding

De meest relevante uitspraken op het gebied van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten tussen 1 januari 2022 en 1 september 2023 zijn onderzocht aan de hand van het eerder geschetste onderzoeksplan. In totaal zijn 21 uitspraken geanalyseerd. Per uitspraak is steeds bezien wat heeft geleid tot het oordeel of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. Hieronder is in figuur 1 een grafische weergave van de onderzoekresultaten opgenomen. In bijlage 1 is de volledige ruwe data (samengevoegd in één tabel) bijgevoegd. Als bijlage 2 is bijgevoegd de tabel met daarin twee staafgrafieken die onderscheid maken naar wanneer wel of geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.



Figuur 1: Resultaten jurisprudentieonderzoek naar Nederlandse feitenrechtspraak

Zoals aangegeven zijn 21 uitspraken onderzocht over een periode van 1 jaar en 9 maanden. In deze uitspraken was negen keer wél sprake van een arbeidsovereenkomst en twaalf keer was géén sprake van een arbeidsovereenkomst. Het onderzoek leidt tot een aantal opvallende conclusies. Deze worden in de volgende (sub)paragrafen stapsgewijs besproken. In bijlage 3 is van elke uitspraak een korte samenvatting opgenomen waarin beknopt de belangrijkste omstandigheden en gezichtspunten worden benoemd.

2.1 Inbedding (3) blijkt minder van belang dan gedacht

Het derde gezichtspunt zoals de Hoge Raad dat heeft geformuleerd in haar Deliveroo-arrest blijkt minder van belang in de feitenrechtspraak dan door de literatuur werd gedacht. Mede naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel van de Minister van Sociale Zaken en

Werkgelegenheid ter inkleuring van het gezagscriterium, is de verwachting in de literatuur dat organisatorische inbedding een van de hoofdelementen van het gezagscriterium moet worden.⁴⁹ Echter zien we dat het gezichtspunt inbedding nog niet eens in de helft van de uitspraken over de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten, in de onderzochte periode, een doorslaggevende rol speelde. Dat is opvallend. Zeker omdat volgens de Minister de drie hoofdelementen van ‘werken in dienst van’ zouden moeten zijn: materiële ondergeschiktheid (toezicht, instructie etc.), de organisatorische inbedding van het werk, en – als contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst – zelfstandig ondernemerschap binnen de betreffende arbeidsrelatie.⁵⁰ Dit sluit niet geheel aan bij de lijn in de jurisprudentie, wat extra merkwaardig is nu de Minister in haar brief van 3 april 2023⁵¹ heeft aangegeven juist bij de jurisprudentie aansluiting te willen zoeken. In hoofdstuk vier zal verder op deze conclusie worden ingegaan.

Overigens was er al veel eerder discussie over de bruikbaarheid van dit gezichtspunt als kwalificatiecriterium voor arbeidsovereenkomsten. Zo stelde Said zich in 2020 al de vraag of organisatorische inbedding wel zo’n bruikbaar criterium zou zijn.⁵²

2.2 Ondernemerschap (9) speelt in bijna alle uitspraken een rol

Dat ondernemerschap een belangrijke contra-indicatie was voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst was wel duidelijk. De uitkomsten van het jurisprudentieonderzoek bevestigen nog maar eens hoe belangrijk dat criterium is voor de praktijk en voor de rechtspraak. In de twaalf uitspraken waarin werd geoordeeld dat géén sprake was van een arbeidsovereenkomst, was het feit dat de werker zich in het economisch verkeer als ondernemer gedroeg, in elf (!) gevallen van (mede)doorslaggevende betekenis.

In de zaken waarin wel sprake was van een arbeidsovereenkomst, speelde in vijf van de negen gevallen (de afwezigheid van) ondernemerschap een rol. Dat is dus beduidend minder dan bij de uitspraken waarin werd geoordeeld dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Dit verschil is ook wel verklaarbaar. De afwezigheid van ondernemerschap zegt niet per definitie iets over hoe de relatie tussen de werker en de werkverschaffer gekwalificeerd moet worden. Want ook als een werker zich niet gedraagt als ondernemer in het economische verkeer betekent dat nog niet dat daarmee automatisch sprake is van gezag. Het gezag kan in één of meerdere andere omstandigheden bestaan. Wanneer wel sprake is van ondernemerschap, zegt dat vaak wél iets over de relatie tussen werker en werkverschaffer. Dat heeft er mee te maken dat de aard van het ondernemerschap zich nou juist niet goed verhoudt tot een gezagsverhouding zoals die bestaat in een arbeidsovereenkomst.

Tijdens het onderzoek werd duidelijk dat het gezichtspunt ‘zich in het economisch verkeer gedragen of kunnen gedragen als een ondernemer’ ook nog verder opgesplitst zou kunnen worden. In de Deliveroo-uitspraak worden al enkele subonderdelen van ‘ondernemerschap’

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld: Emmerig, *WFR* 2023/249, p. 4-11.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2022/23, 29544, 1176, p. 17.

⁵¹ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2023 (referentie 2023-0000216197).

⁵² Said, *TRA* 2020/14.

genoemd, zoals reputatie, acquisitie, fiscale behandeling, aantal opdrachtgevers en duur van de opdrachten. Zo zijn er nog wel een aantal omstandigheden te bedenken die kunnen helpen bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld of de werker staat inschreven bij de Kamer van Koophandel of wanneer voor het werk een vergunningsplicht geldt. Een factor bij de beoordeling zou kunnen zijn aan wie de vergunning is toegekend, aan de werkverschaffer waarvoor meerdere werkers werkzaamheden verrichten, of dat de werker zelf een vergunning heeft⁵³. Dat eerste kan op de afwezigheid van ondernemerschap duiden en voor het tweede vice versa. In aanmerking nemende dat het ondernemerschap een rol speelt in de C+-toets van het conceptwetsvoorstel (waarover in hoofdstuk 4 meer) zou het interessant kunnen zijn om het gezichtspunt 'ondernemerschap' verder op te delen in subonderdelen. De memorie van toelichting noemt enkele onderdelen die in een algemene maatregel van bestuur zullen worden opgenomen om het ondernemerschap in te kleuren, maar in de rechtspraak kwamen meer omstandigheden voor dan die in de concept memorie van toelichting zijn genoemd.⁵⁴ Het uitsplitsen van de subonderdelen van het ondernemerschap voert voor dit onderzoek echt te ver.

2.3 Wijze werk en tijden (2) op één na meest gebruikte gezichtspunt

Het tweede gezichtspunt wat de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest heeft geformuleerd is de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald. Dit gezichtspunt kwam na het ondernemerschap het vaakst voor bij de weging van de omstandigheden. Kennelijk is de manier waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald voor de rechter een belangrijke omstandigheid bij het bepalen of sprake is van gezag. Dat is ook niet zo vreemd omdat het in de kern raakt hoe vrij een werker is bij het verrichten van de werkzaamheden.

Dit wordt ook ondersteund door een meer gedetailleerde analyse van de resultaten uit het onderzoek in het kader van dit gezichtspunt. In acht van de twaalf gevallen waarin geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, speelde het tweede gezichtspunt een (mede) doorslaggevende rol. In de uitspraken waarin wel sprake was van een arbeidsovereenkomst (negen) speelde de wijze waarop de werkzaamheden en werktijden werden bepaald in vier gevallen een (mede) doorslaggevende rol.

2.4 De beloning (6) (7) het stille water met de diepe grond?

De resultaten omtrent de twee gezichtspunten die rechtstreeks verband houden met de beloning lijken op het eerste gezicht niet zo veel zeggend. Niets blijkt minder waar na nadere analyse van de uitspraken.

⁵³ Dit speelde bijvoorbeeld in Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180. Het betrof een zaak waarin een beveiligder voor zijn werkzaamheden een vergunning nodig had. De vergunning stond op naam van de opdrachtverschaffer. Oordeel van het hof was in deze zaak dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

⁵⁴ Concept MvT op Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, p. 38, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl.

2.4.1 De hoogte van de beloning (7)

De hoogte van de beloning speelt in slechts vijf van de 21 onderzochte uitspraken een rol van belang. Toch is ook dit gegeven een interessante uitkomst om bij stil te staan. In vier van de vijf uitspraken waarin de hoogte van de beloning een rol speelde, werd uiteindelijk geoordeeld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Slechts in één geval was de hoogte van de beloning een aanwijzing dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Dit laat zien dat een lage beloning met enige regelmaat wel gebruikt wordt als een indicatie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar een hoge beloning niet per definitie iets zegt over de aan- of afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Interessant in dat kader is dan ook het conceptwetsvoorstel van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid waarin o.a. wordt voorgesteld om een civielrechtelijk rechtsvermoeden in te voeren.⁵⁵ Hier wordt meer diepgaand op ingegaan in hoofdstuk 4.

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

De wijze waarop de beloning wordt bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd is een gezichtspunt dat in bijna de helft van de uitspraken werd betrokken door de rechters en raadsheren. Voor dit gezichtspunt geldt ook weer dat de resultaten van het onderzoek interessant worden wanneer men onderscheid maakt tussen de uitspraken waarin wel en geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. In maar liefst zeven van de negen uitspraken werd uiteindelijk geoordeeld dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. In slechts twee uitspraken was dat wel het geval.

Een goed voorbeeld wanneer dit gezichtspunt bij kan dragen aan een oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst kan gevonden worden in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 31 maart 2023.⁵⁶ In die zaak werd de werker op factuurbasis betaald. De facturen maakte hij zelf op en zond deze naar de opdrachtgever waarna deze betaald werden. Dit is een heel duidelijk voorbeeld waarbij de wijze waarop de beloning wordt bepaald en uitgekeerd een aanwijzing was voor het niet bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Dat was anders in de zaak die voorlag bij de Rechtbank Noord-Nederland, uitspraak d.d. 11 juli 2023.⁵⁷ In deze uitspraak werd de betaling niet op factuurbasis voldaan. Door de werkverschaffer is verklaard dat de vergoeding werd bepaald na overleg met de aandeelhouders. In de praktijk kwam dit voor de werker neer op een vaste vergoeding per maand. Voor de rechter speelde deze omstandigheid een belangrijke rol in de beoordeling dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Bovenstaande laat zien dat ook de wijze waarop de beloning wordt bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd toch wel degelijk van belang kunnen zijn bij het kwalificeren van een arbeidsrelatie.

⁵⁵ (Concept) artikel 7:610aa BW.

⁵⁶ Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, *AR-Updates.nl* 2023-0485.

⁵⁷ Rb. Noord-Nederland 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, *AR-Updates.nl* 2023-0882.

2.4.3 De beloning in het algemeen

Als de twee gezichtspunten die verband houden met de beloning worden samengenomen, tot een overkoepelende omstandigheid 'beloning', kan nog een interessante waarneming worden gedaan. De nieuwe, meer veralgemeniseerde, omstandigheid speelt dan in 12 van de 21 onderzochte uitspraken een (mede)doorslaggevende rol. Daarmee zou het samen met de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald de op één na belangrijkste omstandigheid zijn, althans getalsmatig. Hierover in de tussenconclusie (paragraaf 2.6) meer.

2.5 Persoonlijke arbeid (4)

Zoals ook al weergegeven in paragraaf 1.5.1 en 1.5.4 is er in de literatuur commentaar op de benadering van de Hoge Raad wanneer het gaat om de verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid. In het licht van het jurisprudentieonderzoek, met het betoog van Houweling om de verplichting het werk persoonlijk te verrichten in het achterhoofd, valt op dat het vierde gezichtspunt van de Hoge Raad in ongeveer een kwart van de onderzochte uitspraken enige rol speelde in de beoordeling of sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In de rechtspraktijk blijkt de verplichting het werk persoonlijk te verrichten dus toch in zekere mate relevant te zijn. Door de Redactie van Vakstudie Nieuws werd juist bepleit dat dit onderdeel geen verschil zou moeten maken voor de kwalificatie van een arbeidsverhouding tussen partijen.

Overigens zegt de uitkomst van dit jurisprudentieonderzoek voor wat betreft het vierde gezichtspunt van de Hoge Raad niets over de vraag of de verplichting tot persoonlijke arbeid nu moet worden gezien als een constitutief element voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft het als gezichtspunt geformuleerd in het Deliveroo-arrest. Dat op zich is al een aanwijzing dat dit onderdeel niet onbelangrijk is. De resultaten van het jurisprudentieonderzoek bevestigen dat.

2.6 Tussenconclusie

In de voorgaande paragrafen zijn reeds de belangrijkste uitkomsten van het onderzoek naar de Nederlandse rechtspraak in het kader van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten weergegeven. In deze tussenconclusie zal worden geschetst in welke samenhang de resultaten kunnen worden gezien en wat dat zegt over de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten in de praktijk. In deze paragraaf wordt nog eens kort aangegeven welke omstandigheden het belangrijkste zijn bij de kwalificatie en welke handvatten de praktijk kan gebruiken.

2.6.1 Verantwoording keuzes voor tussenconclusie

Voordat bepaald kan worden welke gezichtspunten of omstandigheden nu daadwerkelijk het meeste gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst, dienen een aantal van de volgende keuzes te worden toegelicht. Van belang is dat deze keuzes niet worden gemaakt omdat in deze thesis de stelling wordt verdedigd dat de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad onjuist of onvolledig is. Dat

betreft namelijk positief geldend recht. Het doel van deze thesis is om te onderzoeken of een ordening kan worden aangebracht of handvatten kunnen worden geformuleerd voor de praktijk. De volgende keuzes trachten daaraan bij te dragen, zonder daarmee te betogen dat het geldende juridische kader onjuist of onvolledig zou zijn.

Voor deze tussenconclusie worden gezichtspunten (8) en (9) samengenomen als een overkoepelende omstandigheid, 'ondernemerschap'. De verwantschap tussen deze twee gezichtspunten is namelijk zodanig groot, dat deze zich ervoor lenen om ze samen te duiden. Zo zou gesteld kunnen worden dat het lopen van commercieel risico net zo goed een subonderdeel is van het ondernemerschap als bijvoorbeeld fiscale behandeling en het aantal opdrachtgevers dat zijn. Bovendien is commercieel risico maar in één uitspraak als een (mede)doorslaggevend gezichtspunt benoemd, waar niet ook gezichtspunt (9) 'ondernemerschap' van (mede)doorslaggevend belang was. Ook dat maakt dat deze twee gezichtspunten zich ervoor lenen om deze samen als een omstandigheid aan te wijzen voor de praktijk. Voor de vraag gesteld in dit hoofdstuk wordt uitgegaan dat het 'ondernemerschap' als één omstandigheid mee zal spelen bij de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst.

De wijze waarop de beloning wordt bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd zal als een omstandigheid worden gecombineerd met de hoogte van de beloning. Ook hiervoor geldt weer dat veel samenhang is tussen de twee gezichtspunten. Hoewel minder samenhang als tussen gezichtspunt (8) en (9) lenen ook deze twee gezichtspunten voor gezamenlijke aanduiding. Houweling stipte de samenhang tussen deze twee gezichtspunten ook al eerder aan. Hier is in paragraaf 1.4 reeds bij stilgestaan. Gelijkend naar de omstandigheid 'ondernemerschap' kunnen gezichtspunten (6) en (7) subonderdelen zijn van een meer algemene omstandigheid, te weten de beloning.

2.6.2 Belangrijkste gezichtspunten en omstandigheden voor de praktijk

Naar aanleiding van het onderzoek kan het volgende worden geconcludeerd.

Ondernemerschap

Het ondernemerschap is bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst de meest gebruikte omstandigheid. De afwezigheid van ondernemerschap leidt niet per definitie tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar kan wel aan dat oordeel bijdragen. Als een werker zich in het economische verkeer wel als ondernemer gedraagt of kan gedragen en/of de werker loopt bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden wel commercieel risico, dan is er een zeer reële kans dat de rechter zal oordelen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Beloning

Op een (gedeelte) tweede plaats komt de beloning. Bij het bepalen wat voor soort rechtsverhouding partijen met elkaar aangaan moeten zij zich realiseren dat de beloning van aanzienlijk belang zal zijn. Met name de wijze waarop de beloning wordt bepaald en op welke manier deze wordt uitgekeerd, maar ook de hoogte van de beloning is niet onbelangrijk. Een praktijkvoorbeeld: als de vergoeding voor de verrichte werkzaamheden wordt gefactureerd is dat een aanwijzing dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarmee is overigens

niet gezegd dat het in alle gevallen van doorslaggevende betekenis zal zijn. Dat de beloning niet altijd van doorslaggevend belang is zagen we bijvoorbeeld in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 30 maart 2022.⁵⁸ In die uitspraak was (o.a.) de hoogte van de beloning volgens de rechter een aanwijzing dat sprake was van een overeenkomst van opdracht, toch kwam de rechter tot het oordeel dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald

Samen met de beloning staat ook de wijze waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald op de tweede plaats van meest gebruikte gezichtspunt/omstandigheid. Dat is eigenlijk niet echt een verrassende uitkomst van het onderzoek. Het is goed voorstelbaar dat de manier waarop wordt bepaald hoe een werker de werkzaamheden moet verrichten veel zegt over of sprake is van gezag tussen de werker en de werkverschaffer. Wanneer een werker in de kern zelf bepaalt hoe hij zijn werkzaamheden verricht en wanneer hij dit doet, dan zal dat een belangrijke aanwijzing zijn dat niet wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst. Onder dit gezichtspunt moet overigens niet worden verstaan dat als de werkverschaffer enige zeggenschap heeft over de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht en de wijze waarop de werktijden worden bepaald, er direct ook sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ook bij de overeenkomst van opdracht bestaat een instructierecht voor de werkverschaffer.⁵⁹

Organisatorische inbedding

De top 4 wordt gecombineerd met gezichtspunt (3), namelijk de organisatorische inbedding van het werk en de persoon die het werk verricht. Uit de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2023 leek te moeten worden gedestilleerd dat de organisatorische inbedding de belangrijkste aanwijzing is voor de kwalificatievraag bij arbeidsovereenkomsten. In hoofdstuk 4 zal blijken dat dit ook de insteek van de Minister is met betrekking tot het conceptwetsvoorstel. Uit het onderzoek blijkt dat dit mogelijk toch wat genuanceerder ligt. De organisatorische inbedding legde in slechts ongeveer de helft van de uitspraken gewicht in de schaal van Vrouwe Justitia en behoort daarom ook in het rijtje van de belangrijkste gezichtspunten en omstandigheden.

Verskil tussen overeenkomst van opdracht en opleidingsovereenkomst

Tijdens het onderzoek is geconstateerd dat er een verschil is tussen de gezichtspunten die bijdragen aan de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht enerzijds en anderzijds de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een opleidingsovereenkomst. Kort weergegeven valt of staat het bij een opleidingsovereenkomst vaak met het criterium 'arbeid' en de daaraan gerelateerde gezichtspunten. Bij een overeenkomst van opdracht is het ondernemerschap belangrijker. Overigens speelt bij een overeenkomst van opdracht het gezagscriterium over het algemeen de meest bepalende rol. Bij een grote meerderheid van de zaken over de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten, gaat het tussen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, zaken over een opleidingsovereenkomst komen veel minder vaak voor. Voor deze thesis voert het te ver om verder op dit onderscheid in te gaan.

⁵⁸ Rb. Den Haag, 30 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2997, JAR 2022/112.

⁵⁹ Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514 AR-Updates.nl 2023-0485

2.6.3 Tot slot

De vier belangrijkste omstandigheden en gezichtspunten voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn:

1. Ondernemerschap
2. Beloning
3. Wijze werk en tijden
4. Organisatorische inbedding

Bij het aangaan van een overeenkomst zullen partijen bij de kwalificatie van de tussen hun geldende rechtsverhouding met bovenstaande onderdelen rekening moeten houden. Als zij wensen hun rechtsverhouding op een bepaalde manier vorm te geven dan zullen zij daarop de rechten en plichten die zij overeenkomen moeten aanpassen, wezen gaat namelijk nog steeds voor schijn.

Hoofdstuk 3: Het onderzoek naar Europese jurisprudentie

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten op Europees niveau verschilt van de kwalificatie naar Nederlands recht. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat Nederland onderdeel uitmaakt van de Europese Unie en daarmee gebonden is aan het Unierecht en aan de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) geeft aan Unierechtelijke begrippen. Dit zou in beginsel moeten betekenen dat het Nederlandse stelsel binnen het algemenere en abstractere Europese kader zou moeten passen. In dit hoofdstuk wordt bezien of dat het geval is en of er verschillen zijn aan te wijzen.

Om het hierboven geschetste kader te onderzoeken en op basis daarvan antwoord te geven op de vraag: *“In hoeverre verschilt de Europese van de Nederlandse jurisprudentie en welke conclusie dient men daar in de praktijk aan te verbinden?”* worden de gezaghebbende uitspraken van het HvJ EU op het gebied van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten, besproken en geanalyseerd.

Het Lawrie-Blum arrest van het HvJ EU is wat betreft de gezaghebbende uitspraken het startpunt.⁶⁰ In die uitspraak kwam voor het eerst zeer concreet de vraag aan bod wanneer een werker als werknemer kwalificeert. Waarmee eigenlijk de vraag wordt gesteld of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dit arrest van de Hoge Raad wordt de definitie van ‘werknemer’ geformuleerd als: *“dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.”*. Daaruit zijn de constitutieve elementen van de werknemer/arbeidsovereenkomst te destilleren, namelijk arbeid, loon en gezag. Omdat aan deze begrippen geen concrete invulling wordt gegeven is deze uitspraak niet betrokken in het onderzoek zelf, maar is het gebruikt om de context te schetsen waarbinnen de onderzochte uitspraken zijn geweest door het HvJ EU.

3.2 Uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie

3.2.1 HvJ EU 4 december 2014 (FNV Kiem)

In het eerste arrest wat in het kader van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten in Europees verband van belang is voor deze thesis speelt een zaak tussen FNV Kunsten Informatie en Media (FNV Kiem) en de Nederlandse Staat.⁶¹ Voor zover relevant voor deze thesis stond in dit arrest de vraag centraal of de zelfstandige remplaçanten als werknemers moesten worden aangemerkt. Het HvJ EU expliciteert hier duidelijk ‘wezen gaat voor schijn’, iets wat in het arbeidsrecht al sinds lange tijd een centrale plaats heeft ingenomen. De criteria waaraan moet worden gewogen of een werker kwalificeert als werknemer zijn:

⁶⁰ HvJ EU 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284, *Jur.* 1986 p. 02121 (*Lawrie-Blum*).

⁶¹ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, *JAR* 2015/19 (*FNV Kiem*).

- a) Of de werker de vrijheid heeft om zijn eigen tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen;
- b) Of de werker deelt in de commerciële risico's van de werkgever; en
- c) Of de werker tijdens de duur van de arbeid is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.

Er zijn twee opvallende conclusies die kunnen worden getrokken. Allereerst kan een bijna rechtstreekse parallel worden getrokken met een aantal van de gezichtspunten van de Hoge Raad uit het *Deliveroo*-arrest. Onderdeel a) van het HvJ EU komt overeen met gezichtspunt (2) van de Hoge Raad. Onderdeel b) komt overeen met gezichtspunt (8) van de Hoge Raad en onderdeel c) komt overeen met gezichtspunt (3). Zoals Said ook in haar annotatie bij HvJ EU *Yodel Delivery* betoogt, worden in de laatstgenoemde uitspraak de bovenstaande criteria verder uitgekristalliseerd.⁶² In paragraaf 3.2.5 wordt verder op deze criteria ingegaan.

Ten tweede is opvallend dat in de Nederlandse rechtspraak de gezichtspuntencatalogus wel werd herkend als het samenbrengen van gezichtspunten die al eerder terugkwamen in de jurisprudentie, maar dit arrest van het HvJ EU laat heel duidelijk zien hoe oud deze criteria feitelijk al zijn. In het arrest wordt verwezen naar uitspraken uit respectievelijk 2004, 1989 en 1999. Het is maar de vraag in hoeverre de praktijk zich realiseert dat sommige maatstaven al decennialang worden gebruikt en helemaal niet zo vernieuwd zijn als misschien soms wel wordt gedacht.

3.2.2 HvJ EU 26 maart 2015 (*Fenoll*)

In deze zaak maakt het HvJ EU onder andere duidelijk hoe het criterium 'arbeid', wat een van de vereisten is om een persoon als werknemer te kwalificeren, moet worden begrepen.⁶³ In rechtsoverweging 27 legt het hof het begrip werknemer uit als *"iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn."* Hiermee verduidelijkt het hof eigenlijk wat er wel en niet onder arbeid wordt verstaan in het kader van een arbeidsrelatie.

Het hof overweegt ook (r.o. 33) dat het voor de kwalificatie er niet toe doet of de vergoeding minstens het in de nationale staat geldende minimumloon bedraagt. In r.o. 34 staat: *"Volgens vaste rechtspraak van het [HvJ EU, PvK] kunnen de meer of minder grote productiviteit van de betrokkene, de herkomst van de middelen waaruit het loon wordt betaald dan wel de geringe hoogte van dit loon, immers geen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht."*⁶⁴ Het eerste onderdeel van dit citaat zien we ook wel terug in de Nederlandse jurisprudentie.⁶⁵ Door de Hoge Raad is namelijk bepaald dat sprake is van een opleidings- of stageovereenkomst wanneer: *"de werkzaamheden naar de bedoeling van partijen zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair [...], PvK] dat van een [arbeidsovereenkomst, PvK] niet kan worden gesproken."* Volgens de Hoge

⁶² HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

⁶³ HvJ EU 26 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:200, JAR 2015/115 (*Fenoll*).

⁶⁴ Vergelijkbaar: HvJ EU 21 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:82, JAR 2018/75 (*Matzak*).

⁶⁵ Vgl. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, NJ 2016/276.

Raad komt het er dan ook op aan of het verrichten van de werkzaamheden in overwegende mate in het belang is van de opleiding die door de stagiair wordt gevolgd. Dit lijkt overeen te komen met arbeid die het HvJ EU 'louter marginaal' en 'bijkomstig' noemt.

Dit heeft dus als implicatie dat de achterliggende reden waarom de arbeid wordt verricht en ook wat voor soort arbeid wordt verricht, van belang is bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Kijkend naar de gezichtspunten catalogus van de Hoge Raad uit het Deliveroo-arrest zou je deze maatstaf van het HvJ EU kunnen vergelijken met het eerste gezichtspunt, de aard van de werkzaamheden.

3.2.3 HvJ EU 10 september 2015 (*Holterman Ferho Exploitatie e.a.*)

Later datzelfde jaar wees het hof nog een ander arrest. Ditmaal was het de Nederlandse Hoge Raad die prejudiciële vragen stelde aan het hof.⁶⁶ Het ging hier om een persoon die bestuurder was geweest van een vennootschap en aansprakelijk werd gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig handelen. In dat kader heeft de Hoge Raad aan het HvJ EU gevraagd of de persoon in deze procedure ook kon kwalificeren als werknemer.

Het arrest bevat geen hele concrete omstandigheden of gezichtspunten aan de hand waarvan die beoordeling plaats moet vinden, daarvoor zijn de in dit arrest aangehaalde maatstaven te abstract. Desondanks kleuren ze de manier waarop het HvJ EU de kwalificatie benadert wel in en daarom toch van belang.

In dit geval ging het om een bestuurder van een vennootschap die tevens aandeelhouder was. Het is aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de bestuurder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder het bestuursorgaan van de vennootschap kon beïnvloeden en als dat geval is, wie er bevoegd was de bestuurder aanwijzingen te geven. Als de persoon van de bestuurder als aandeelhouder de bevoegdheid heeft om zichzelf instructies te geven, moet worden aangenomen dat geen sprake is van een ondergeschiktheidsband en dus geen sprake kan zijn van een werknemer.

Hiermee zegt het hof eigenlijk dat moet worden gezien in hoeverre de persoon zelf invloed uit kan oefenen op het reilen en zeilen van de vennootschap en wie er bevoegd is om hem instructies te geven. Als de invloed die een werker heeft zeer groot is en er slechts een geringe of überhaupt geen bevoegdheid is om instructies te geven aan de werker, kan niet worden gesproken van een werknemer.

3.2.4 HvJ EU 20 november 2018 (*Sindicatul Familia Constanța and Others*)

Op 20 november 2018 werd door het HvJ EU⁶⁷ prejudiciële vragen beantwoord in een zaak over de vraag of pleegouders in Roemenië, die werkzaam zijn op basis van een bijzondere arbeidsovereenkomst, vallen onder het toepassingsbereik van richtlijn 2003/88/EG. In rechtsoverweging 40 overweegt het HvJ EU dat richtlijn 2003/88 (arbeids- en

⁶⁶ HvJ EU 10 september 2015, ECLI:EU:C:2015:574, NJ 2017/252 (*Holterman Ferho Exploitatie e.a.*)

⁶⁷ HvJ EU 20 november 2018, ECLI:EU:C:2018:926, JAR 2018/320 (*Sindicatul Familia Constanța and Others*).

rusttijdenrichtlijn) alleen van toepassing is op werknemers, en dat de verwijzende rechter daarom eerst dient na te gaan of de pleegouders in kwestie kunnen worden gekwalificeerd als werknemer. Daartoe merkt het hof op dat het begrip werknemer een autonome betekenis heeft binnen het Unierecht. Het HvJ EU herhaalt de standaard criteria wanneer sprake is van een werknemer: *“Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.”* Dit is vaste rechtspraak van het hof en komt, logischerwijs⁶⁸, overeen met de Nederlandse definitie. De criteria die we hier kunnen onderscheiden zijn: arbeid, loon en gezag.

In deze uitspraak van het hof staat de arbeid, de verzorging en opvoeding van kinderen, en het loon, voor de verrichtte arbeid ontvangen zij een vergoeding, wel vast. Ook het HvJ EU onderkent de ondergeschiktheidsband tussen de werknemer en de werkgever als het meest onderscheidende kenmerk waaraan beoordeeld moet worden of iemand als werknemer kwalificeert.

Het hof weegt in haar beoordeling de feitelijke omstandigheden zoals die zijn beschreven door de verwijzende instantie en komt tot de conclusie dat de pleegouders als werknemer kunnen worden aangemerkt. Er zijn voor dat oordeel vier omstandigheden relevant volgens het hof. Allereerst lijken de pleegouders zowel recht te hebben op sociale zekerheid als ook op een beroepsopleiding. Bovendien is er een in kinderbescherming gespecialiseerde overheidsdienst die als taak heeft om toezicht te houden op de beroepsmatige werkzaamheden van de pleegouders. Deze instantie dient ook de ontwikkeling van de aan hen toevertrouwde kinderen te beoordelen. Daarmee staat voor het hof een ondergeschiktheidsband tussen de pleegouders en de overheidsdienst vast. Deze band wordt volgens het hof met name gekenmerkt door het toezicht en permanente beoordeling van de werkzaamheden van de pleegouders.

De omstandigheid dat de pleegouders een ruime beoordelingsmarge hebben of dat de hun toevertrouwde taak een “vertrouwenstaak” of een taak van algemeen belang is, doet niet aan die beoordeling af, aldus het hof. Dat een ruime (beoordelings)vrijheid niet leidt dat geen sprake is van een werknemer of arbeidsovereenkomst is ook iets wat we terugzien in de Nederlandse jurisprudentie.⁶⁹

3.2.5 HvJ EU 22 april 2020 (*Yodel Delivery*)

De uitspraak van het HvJ EU van 22 april 2020⁷⁰ geeft, in het kader van dit onderzoek, een goede mogelijkheid om een vergelijking tussen het Europese en Nederlandse juridisch kader te maken. Dat heeft te maken met de gelijkenissen die de zaak vertoont met het Deliveroo-arrest. In deze zaak was de rechtsvraag of de pakketbezorgers werkten op basis van een arbeidsovereenkomst zodat de arbeidstijdenrichtlijn op hen moest worden toegepast.

⁶⁸ Het Nederlandse begrip van een arbeidsovereenkomst vloeit natuurlijk gedeeltelijk voort uit het Unierecht.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:777, *AR-Updates.nl* 2022-0166.

⁷⁰ HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, *JAR* 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

Om deze vraag te beantwoorden diende het Hof verduidelijking te geven over de vraag wanneer sprake is van een werknemer (*“a person [that for a certain period of time] performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration”*). Deze vraag kan gelijk worden gesteld aan de vragen die voorlagen in de Nederlandse jurisprudentie, nu de criteria voor een werknemer in Europese zin hetzelfde zijn als de criteria van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht ex artikel 7:610 BW.

Het HvJ EU maakt duidelijk dat bij de beoordeling of sprake is van een werknemer er twee criteria dienen te worden getoetst. Enerzijds of de veronderstelde vrijheid niet slechts fictief is en anderzijds, a priori, of geen sprake is van een gezagsverhouding. Als aan beide criteria is voldaan is dan is de werker geen werknemer naar Europees Unierecht. Als aan één of beide van de gestelde criteria is voldaan, dan is sprake van een werknemer (lees: arbeidsovereenkomst). Daarbij maakt het Hof duidelijk dat kwalificatie als werknemer in ieder geval niet aan de orde is wanneer de werkenden vrij is om:

- a) zich te laten vervangen of onderaannemers het werk uit te laten voeren (daaraan mag de opdrachtgever niet andere eisen stellen dan de objectieve eisen van kennis en kunde die ongeveer gelijk zijn aan die van degene met wie de overeenkomst in eerste instantie is gesloten);
- b) opdrachten wel of niet aan te nemen of om eenzijdig een maximum te bepalen van de hoeveelheid werkzaamheden hij zal verrichten;
- c) werkzaamheden te verrichten voor derden, waaronder ook directe concurrenten van de opdrachtgever; en
- d) zijn eigen werktijden te bepalen, zij het binnen bepaalde kaders, zolang als hij vrij is om ze te bepalen naar zijn eigen voorkeur en niet louter naar de voorkeur van de opdrachtgever.

Deze voorwaarden lijken erg veel op gezichtspunten uit de catalogus van de Hoge Raad. Onderdeel (b) en (d) van het HvJ EU zijn vergelijkbaar met gezichtspunt (2) van de Hoge Raad. Het verrichten van werkzaamheden voor derden, oftewel werken voor meerdere opdrachtgevers, was een van de subonderdelen van het gezichtspunt ondernemerschap (9). Onderdeel (a) van het HvJ EU refereert natuurlijk aan gezichtspunt (4), de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten.

Vooraf onderdeel (a) is, gezien de resultaten uit het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie, bijzonder. In de Nederlandse jurisprudentie was de verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid in minder dan een kwart van de uitspraken van wezenlijk belang. Het HvJ EU formuleert het echter toch als één van de hardere voorwaarden bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Ook in Europees verband gaat het om vier criteria die tegen elkaar zullen moeten worden afgewogen, waarvan er meestal niet slechts één doorslaggevend zal zijn. Overigens kunnen de verschillende onderdelen ook nog anders meewegen in de beoordeling, afhankelijk van de aard van het werk, zo betoogt Said in haar annotatie.⁷¹

⁷¹ HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

3.3 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie zal worden gereflecteerd op de uitkomsten van het onderzoek naar Europese jurisprudentie in het kader van de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten en zal die worden vergeleken met de uitkomsten van het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie. Op die manier kan antwoord worden gegeven op de (deel)vraag: *“In hoeverre verschilt de Europese van de Nederlandse jurisprudentie en welke conclusie dient men daar in de praktijk aan te verbinden?”*

3.3.1 Gezichtspunten van het HvJ EU

Naar aanleiding van de onderzochte arresten van het HvJ EU kan worden geconcludeerd dat in ieder geval de volgende omstandigheden een rol spelen in de beoordeling of een werker als werknemer moet worden aangemerkt:

- De vrijheid die een werker heeft om zijn eigen werktijden en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen;
- Of de werker tijdens de duur van de arbeid is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt;
- De mate waarin de werker deelt in het commercieel risico van de werkgever;
- Of het de werker is toegestaan voor derden, waaronder mogelijk concurrenten, te werken;
- In hoeverre de werkzaamheden die de werker uitvoert reëel en daadwerkelijk arbeid betreffen en niet louter marginaal en bijkomend zijn. Met dien verstande dat een meer of minder grote productiviteit niet af kan doen aan een oordeel of sprake is van een werknemer;
- Of de werker verplicht is persoonlijke arbeid te verrichten;
- Of de werker recht heeft op sociale zekerheid⁷²;
- Of de werker recht heeft op een (beroeps)opleiding;
- De mate waarin toezicht wordt gehouden op de werkzaamheden die door de werker worden uitgevoerd;
- Of de werkzaamheden die door de werker worden uitgevoerd worden beoordeeld en/of geëvalueerd;
- In hoeverre de werker invloed heeft op de koers van de onderneming waarin hij werkzaam is; en
- Of er een instructiebevoegdheid bestaat jegens de werker.

Een rechter dient aan de hand van bovengenoemde omstandigheden na te gaan of sprake is van een gezagsverhouding. Als die door de rechter wordt vastgesteld, dient ook nog te worden nagegaan of deze gezagsverhouding niet louter fictief is.

De omstandigheden zoals die hierboven zijn weergegeven zijn de omstandigheden die meespeelden in de casussen zoals deze voorlagen bij de verwijzende rechter en het HvJ EU.

⁷² Dit betreft een overweging die terugkwam uit HvJ EU *Sindicatul Familia Constanța and Others*. Het zal echter juist vaak afhangen van de kwalificatie van een arbeidsrelatie of een werker toegelaten is tot het socialezekerheidsrecht stelsel.

Dat betekent echter niet dat deze omstandigheden ook rechtstreeks toepasbaar zijn voor de praktijk of zich direct lenen voor vergelijking met de uitkomsten van het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie. Daarom zijn de eerdergenoemde omstandigheden hieronder samengevat en geformuleerd als de ‘Europese gezichtspunten’:

- a) Is de aard van de werkzaamheden gerichte op reële en daadwerkelijke arbeid en is de arbeid niet louter marginaal en bijkomend? Met dien verstande dat een meer of minder grote productiviteit niet relevant is.
- b) Is de werker vrij om zijn eigen werktijden en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen?
- c) Is de werker voor de duur van het verrichten van werkzaamheden ingebed in de organisatie waarmee hij een economische eenheid vormt?
- d) Is de werker verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten?
- e) Gedraagt de werker zich in het economische verkeer als ondernemer, of kan de werker zich als zodanig gedragen? Waarbij mogelijke indicatoren zijn:
 - i. Of het de werker is toegestaan voor derden, waaronder concurrenten, te werken.
 - ii. Of de werker deelt in het commerciële risico van de werkgever.
 - iii. Of de werker invloed kan uitoefenen op de koers van de organisatie waarvoor hij werkzaamheden verricht.
 - iv. Of de werker een ruime instructiebevoegdheid moet dulden.
- f) Is de werker onderworpen aan toezicht op zijn werkzaamheden en worden die werkzaamheden voortdurend beoordeeld en/of geëvalueerd?

We zien dat de bovengenoemde Europese gezichtspunten nogal wat overeenkomsten hebben met de Nederlandse gezichtspuntencatalogus zoals geformuleerd in het Deliveroo-arrest. Hieronder een overzicht met daarin de (verkort geformuleerde) gezichtspunten.

Nederlands gezichtspunt	Europees gezichtspunt
(1) aard en duur van de werkzaamheden	(a) aard van de werkzaamheden
(2) wijze werk en tijden	(b) bepalen eigen tijden en plaats en inhoud werk
(3) inbedding (werk en werker)	(c) inbedding van de werker
(4) persoonlijk	(d) verplichting persoonlijke arbeid
(9) ondernemer	(e) ondernemer
-	(f) toezicht, beoordeling en evaluatie

Figuur 2: Vergelijking Nederlandse en Europese gezichtspunten

In figuur 2 is goed te zien dat er veel overeenkomsten zijn tussen de Nederlandse en de Europese gezichtspunten. Alleen gezichtspunt (f), wat wel in de Europese jurisprudentie terugkwam, zien we niet als zodanig terug in de Nederlandse jurisprudentie.

3.3.2 Conclusies voor de (rechts)praktijk

Omdat de Europese jurisprudentie in grote lijnen overeenkomt met wat eerder in deze thesis al werd geconcludeerd, is er op basis van wat nu uit de Europese jurisprudentie blijkt, niet direct aanleiding voor de praktijk om hier andere consequenties aan te verbinden.

Het is van belang dat men zich in de praktijk realiseert dat bovenstaande punten van belang zijn bij de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. Met name ondernemerschap en de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald waren in de Nederlandse jurisprudentie belangrijke gezichtspunten, overigens inbedding ook maar wel in mindere mate. Het belang van die gezichtspunten kan bevestigd worden op basis van de Europese jurisprudentie.

Opvallend is dat de beloning, wat in de Nederlandse jurisprudentie ook als belangrijk gezichtspunt naar voren kwam, in de Europese jurisprudentie geen plaats lijkt te hebben bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Dit moet mijns inziens echter niet tot de conclusie leiden dat dat gezichtspunt aan gewicht verliest, nu de beloning samen met gezichtspunt (2) het op één na belangrijkste gezichtspunt was in de Nederlandse rechtspraak en bovendien een belangrijk aspect vormt in het conceptwetsvoorstel.

Hoofdstuk 4: Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

4.1 Inleiding

Vrijdag 6 oktober 2023 is het wetsvoorstel ‘Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’ gepubliceerd voor internetconsultatie.⁷³ Het is voor het eerst in 116 jaar dat artikel 7:610 BW mogelijk inhoudelijk ingrijpend gewijzigd gaat worden. Het wetsvoorstel bevindt zich echter dus nog wel in de voorbereidingsfase. Desondanks geeft het een goed beeld hoe de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de plannen zoals aangekondigd in onder andere de brief van 3 april 2023 wil uitwerken. In het kader van de onderzochte Europese en Nederlandse jurisprudentie in de vorige hoofdstukken, zal in dit hoofdstuk het wetsvoorstel geanalyseerd worden en in het licht worden gehouden de resultaten van die onderzoeken.

4.2 Aanleiding wetsvoorstel

Om het wetsvoorstel behoorlijk te kunnen analyseren is het belangrijk om eerst terug te gaan naar de kern van het probleem wat heeft geleid tot de wijziging. Volgens de Minister liggen er twee problemen aan het voorstel ten grondslag.⁷⁴ Het betreft schijnzelfstandigheid en het onterecht afremmen van contractvorming van zelfstandige arbeid. De Minister hoopt door het scheppen van een toetsingskader en het creëren van een rechtsvermoeden, deze problemen tegen te gaan.

4.2.1 Schijnzelfstandigheid

Zoals ook in de inleiding kort is aangestipt, is het aantal zelfstandigen de afgelopen jaren flink toegenomen. Het is volgens de Minister lastig om precieze cijfers hierover te geven (omdat ze niet bestaan), maar waarschijnlijk is het aantal zelfstandigen verdubbeld ten opzichte van 2003.⁷⁵ Schijnzelfstandigheid wordt gedefinieerd als de situatie waarin wordt gewerkt als zelfstandige terwijl juridisch gezien wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst. De Minister stelt de laatste tijd vooral een toename te zien van schijnzelfstandigheid in het midden en aan de bovenkant van de arbeidsmarkt. Deze toename zou niet per se zijn ingegeven door werkgevend, maar juist door de sterke onderhandelingspositie van de werkende. Dit heeft veelal te maken met fiscale voordelen. Een krappe arbeidsmarkt draagt bij aan de onderhandelingsmacht van de werkende. De bewering dat ook aan de bovenkant van de arbeidsmarkt sprake is van schijnzelfstandigheid vindt steun in de Nederlandse

⁷³ [Concept, PvK] [w]etsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden. Te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl.

⁷⁴ Concept MvT op Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, p. 5, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl. (hierna: concept MvT)

⁷⁵ Concept MvT, p. 10.

jurisprudentie. In het onderzoek dat centraal staat in hoofdstuk 2 zijn een aantal uitspraken betrokken waarin de kwalificatievraag speelde bij bijvoorbeeld een bestuurder van de Volksbank of deponhouders.⁷⁶ Natuurlijk komt schijnzelfstandigheid met name voor aan de onderkant van de arbeidsmarkt waarbij werkende met een zwakke positie door de werkgevende min of meer in een zelfstandige arbeidsrelatie worden gedwongen, terwijl juridisch (evident) sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit zagen we bij het Deliveroo-arrest, maar ook bij een bron- en contactonderzoeker bij de GGD en bij twee omroepmedewerkers.⁷⁷

4.2.2 Onterecht afremmen contractvorming zelfstandige arbeid

Volgens de Minister kan door het huidige wettelijke kader ook echte zelfstandigheid worden afgeremd.⁷⁸ Het grijze gebied heeft volgens de Minister namelijk tot gevolg dat zelfstandige en werkgevende geen contract aan te gaan buiten een arbeidsovereenkomst. De grenslijn wordt nu door jurisprudentie, casuïstisch, ingevuld. Dat leidt tot onduidelijkheid voor rechtszoekenden. Deze onduidelijkheid wordt volgens de Minister versterkt door de onduidelijkheid over welke contra-indicaties mee kunnen spelen bij de kwalificatie van een overeenkomst. De contra-indicaties zouden niet eenduidig zijn vastgelegd en ook in de jurisprudentie wisselend terugkomen.

De wetgever is van mening dat door het doorvoeren van deze wetswijziging werkende en werkgevende minder tijd kwijt zullen zijn aan de kwalificatievraag en eerder een rechtsrelatie zullen durven aan te gaan buiten een arbeidsovereenkomst.

4.3 Doelen wetsvoorstel

De Minister heeft met dit wetsvoorstel twee hoofddoelen: het verminderen van schijnzelfstandigheid en het bieden van een duidelijk toetsingskader zodat werkenden en werkgegenden meer duidelijkheid hebben omtrent hun positie. Deze doelen worden in deze paragraaf besproken. Ook de vier subdoelen die het kabinet voor ogen heeft zullen beknopt aanbod komen.

4.3.1 Schijnzelfstandigheid verminderen

Volgens de Minister leidt dit wetsvoorstel tot twee mogelijke situaties.⁷⁹ Of de werkende zal na invoering van deze wetswijziging een arbeidsovereenkomst aangaan, of kan deze nu makkelijker afdwingen, en is daardoor beter beschermd tegen inkomenrisico's, minder oneerlijke concurrentie en toegang tot andere socialezekerheidsrechtelijke bescherming die

⁷⁶ Zie resp. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294 en Rb. Amsterdam 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6002.

⁷⁷ Zie resp. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:786 en Rb. Amsterdam 14 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1165.

⁷⁸ Concept MvT, p. 8.

⁷⁹ Concept MvT, p. 19.

het arbeidsrecht biedt. Een maatschappelijk voordeel is dat een werkende als werknemer meebetaalt aan het sociale en fiscale stelsel.⁸⁰ De alternatieve situatie die zich voor zal doen volgens de Minister is dat een werkende zich nadrukkelijker zal gaan gedragen als echte zelfstandige. Bijvoorbeeld door de werkzaamheden voor eigen rekening en risico te gaan verrichten en daarmee eerlijke concurrentie zullen aangaan met andere ondernemers.

De Minister expliciteert dat het kabinet zich realiseert dat het, in ieder geval op korte termijn, onmogelijk zal zijn om schijnzelfstandigheid helemaal uit te bannen. Ondanks de duidelijk die wordt gepoogd te scheppen met het wetsvoorstel zal er altijd een grijs gebied blijven waarbinnen partijen de verkeerde keuzes maken. Ook zullen er altijd partijen blijven die de regels zullen proberen te omzeilen. Daarom is het doel om schijnzelfstandigheid te verminderen, zonder dat daaraan een concreet aantal wordt gekoppeld.⁸¹

4.3.2 Duidelijk toetsingskader voor zelfstandigen en werkgevers

Door de Minister wordt gewezen op de inmiddels omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie die op dit onderwerp is ontstaan en dat bij veel partijen onvoldoende bekend is wat het huidige juridische kader is.⁸² Om die onduidelijkheid weg te nemen en om helder toetsingskader te creëren acht het kabinet deze wetswijziging noodzakelijk. Op die manier kunnen mensen weer controle krijgen over hun werk en kunnen zij vrije en geïnformeerde keuzes maken over op welke basis zij werkzaam willen zijn, aldus de Minister.

Door de Minister wordt opgemerkt dat ook hier niet het streven is van het kabinet om volledige duidelijkheid te geven, dat acht zij niet mogelijk. Maar de Minister is wel van mening dat verheldering mogelijk is en ook kan worden bereikt met deze wetswijziging. Het credo van het arbeidsrecht is en blijft 'wezen gaat voor schijn', dit betekent dat altijd pas achteraf kan worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Dat is namelijk pas het moment waarop kan worden beoordeeld of de schriftelijk overeengekomen rechten en plichten ook daadwerkelijk in de praktijk worden gebracht.

4.3.3 Subdoelen

De opgesomde subdoelen in paragraaf 2.1.2 van de concept memorie van toelichting komen eigenlijk op de volgende twee punten neer.

Allereerst wil de Minister hetgeen in de jurisprudentie is bepaald ordenen tot een hanteerbaar wettelijk toetsingskader. Daarmee hangt samen dat de Minister dat toetsingskader beter wil toesnijden op de huidige arbeidsmarkt en het toetsingskader tegelijkertijd toekomstbestendig wil maken. Er is een ontwikkeling gaande waarin ondanks dat duidelijk is dat sprake is van het verrichten van arbeid in dienst van een ander er in mindere mate (ten opzichte van de klassieke

⁸⁰ Concept MvT, p. 19. Overigens is het opmerkelijk dat in de MvT zowel sociaal als fiscaal staat genoemd. Daarmee wordt geïmpliceerd dat een werkende werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht niet zou meebetalen aan het fiscale stelsel, wat natuurlijk wel het geval is.

⁸¹ Concept MvT, p. 19.

⁸² Concept MvT, p. 19-20.

arbeidsrelatie) sprake is van een gezagsverhouding en geniet de werker meer vrijheid. De Minister hoopt deze ontwikkeling de ruimte te geven in het toetsingskader. Ook is de bedoeling dat het toetsingskader het voor werkenden en werkgevers makkelijker wordt hun arbeidsrelatie op een juist manier vorm te geven en in te vullen en zal het de uitvoerende, rechtsprekende en handhavende instanties helpen bij het uitvoeren van hun taak.

Het tweede belangrijke subdoel dat de Minister beoogt is dat het bij wijze van deze wetswijziging makkelijker moet worden voor zwakkere partijen op de arbeidsmarkt om hun rechten te gelden te maken. Dit moet met name door middel van het rechtsvermoeden bereikt gaan worden.

4.4 Inhoud Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Nu in paragrafen 4.2 en 4.3 is gekeken naar de aanleiding en de doelen van het wetsvoorstel zal in deze paragraaf het wetsvoorstel inhoudelijk worden behandeld. Gekeken zal worden op welke manier invulling wordt gegeven aan de doelen en of het wetsvoorstel in lijn is met de jurisprudentie, zoals wel steeds gesteld wordt.

Lid twee van het artikel zal vernummerd worden tot het vijfde lid. Als tweede, derde en vierde lid wordt ingevoerd:

2. *Van arbeid verrichten in dienst van een werkgever als bedoeld in het eerste lid is sprake indien:*
 - a. *de arbeid wordt verricht onder werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, of;*
 - b. *de arbeid of de werknemer organisatorisch zijn ingebed in de organisatie van de werkgever, en;*
 - c. *de werknemer de arbeid niet voor eigen rekening en risico verricht.*
3. *Indien werkinhoudelijke aansturing of inbedding in de organisatie van de werkgever, bedoeld in lid 2, onderdelen a en b, aanwezig is en bovendien in zwaarwegender mate aanwezig is dan het verrichten van de arbeid voor eigen rekening en risico, wordt de arbeid verricht in dienst van een werkgever.*
4. *Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over:*
 - a. *wanneer sprake is van werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, organisatorische inbedding en het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico als bedoeld in lid 2, en;*
 - b. *de wijze waarop een arbeidsrelatie beoordeeld wordt ingeval in vergelijkbare mate sprake is van zowel werkinhoudelijke aansturing door de werkgever of inbedding in de organisatie, als van het voor eigen rekening en risico verrichten van arbeid.*

Lid 2 geeft de criteria voor het toetsingskader, lid 3 geeft in wezen een beslisschema en lid 4 bepaalt dat de criteria voor het inkleuren van 'werken in dienst van' verder worden ingekleurd bij algemene maatregel van bestuur. In de volgende subparagrafen worden enkele specifieke onderdelen van het wetsvoorstel besproken.

4.4.1 Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Werkinhoudelijke aansturing

Een van de hoofdelementen van artikel 7:610 BW is ‘werken in dienst van’. Daarin ligt besloten dat de werkende zich in een onderschiktheidspositie bevindt ten opzichte van de werkgevende. Voor de Minister is de werkinhoudelijke aansturing dan ook het eerste criterium (het zogeheten A-criterium) van het toetsingskader.

Het A-criterium wordt aan de hand van twee subelementen (of gezichtspunten) verder ingekleurd. Het eerste gezichtspunt is: *“De werkgevende is bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende moet deze ook opvolgen.”* Het tweede gezichtspunt is: *“De werkgevende heeft de mogelijkheid om de werkzaamheden van de werkende te controleren en is bevoegd om op basis daarvan in te grijpen.”*

Wanneer we kijken naar het hoofdcriterium en de inkleuring daarvan door de twee subelementen dan komt dit sterk overeen met het gezichtspunt (f) van het HvJ EU. Dit element zien we niet direct terug in de jurisprudentie uit de onderzochte periode. Volgens de Minister volgt dit criterium wel uit de jurisprudentie. Vanwege het afgebakende tijdvak wat is onderzocht kan op basis van dit onderzoek niet worden geconcludeerd of de conclusie van de Minister juist is.

4.4.2 Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Organisatorische inbedding

Het B-criterium is de organisatorische inbedding. In paragraaf 2.1 is al uitgebreid stilgestaan bij het gezichtspunt inbedding in het kader van het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie. Ontegenzeggelijk is de inbedding een belangrijk gezichtspunt, zo blijkt ook uit het verrichtte onderzoek. Het was echter niet het belangrijkste gezichtspunt in de recente rechtspraak. Kijkend naar de frequentie, kwam inbedding minder vaak voor dan bijvoorbeeld ondernemerschap, welke slechts een aanvullende rol heeft in het toetsingskader, of de beloning en de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald. Natuurlijk komt de beloning gedeeltelijk terug in het rechtsvermoeden en is gezichtspunt (2) min of meer verdisconteerd in het A- en B-criterium, maar het valt op dat organisatorisch inbedding toch een grote centrale rol krijgt in het conceptwetsvoorstel.

Er bestaat overigens ook een opvallende discrepantie tussen de vier subelementen van organisatorische inbedding zoals die zullen worden opgenomen in de algemene maatregel van bestuur en de memorie van toelichting. De subelementen gaan steeds over inbedding van de werkzaamheden, terwijl het in de memorie van toelichting ook gaat over de werkende die is ingebed in de organisatie.⁸³ De Hoge Raad betrok niet alleen de inbedding van de werkzaamheden, maar ook de inbedding van de persoon die de werkzaamheden uitvoert in haar gezichtspunten catalogus. Omdat de toelichting op dit punt niet aansluit bij de concept subelementen is het moeilijk te destilleren wat de Minister precies voor ogen heeft.

⁸³ Resp. concept MvT, p. 37 & 41.

De discussie over of de inbedding van de persoon relevant is speelde overigens ook al vóór de publicatie van het conceptwetsvoorstel door de Minister. A-G De Bock stelde dat het gaat om de vraag of de werkzaamheden zijn ingebed in de organisatie.⁸⁴ De Hoge Raad heeft het gezichtspunt uiteindelijk gericht op zowel de werkzaamheden als ook op de werker zelf.⁸⁵ In dat kader gaf Houweling in zijn annotatie een goed voorbeeld waarom juist ook de inbedding van de persoon relevant kan zijn. Een werknemer die steeds verschillende soorten werkzaamheden verricht maar de opvang is voor zieke werknemer of werknemers met verlof. Dan kan het zijn dat de werkzaamheden die hij verricht niet per se ingebed zijn in de organisatie, omdat ze steeds anders zijn, maar de persoon mogelijk wel. Het is best denkbaar dat een dergelijke werker kan kwalificeren als werknemer.

Hierover zal bij indiening van het definitieve wetsvoorstel meer duidelijkheid moeten komen.

4.4.3 Verduidelijking ‘werken in dienst van’ – Eigen rekening en risico en ondernemerschap

De Minister heeft er in dit conceptwetsvoorstel voor gekozen om het element ‘eigen rekening en risico’ als hoofdelement (het C-criterium) voor het toetsingskader aan te wijzen. In de memorie van toelichting valt te lezen dat dit voornamelijk te maken heeft met het feit dat het kabinet vindt dat de relatie tussen partijen die bestaat op basis van de overeenkomst als basis moet dienen voor de kwalificatievraag. De overeenkomst en de manier waarop in de praktijk uitvoering wordt gegeven aan de overeengekomen rechten en plichten zijn het startpunt voor de beoordeling. Het kabinet wil dat pas als uit die relatie geen doorslaggevend antwoord komt, dat externe factoren worden meegewogen.

Het standpunt van de Minister en het kabinet lijkt juridisch juist. Toch kan men vraagtekens plaatsen bij hoe hanteerbaar de gekozen insteek voor de praktijk zal zijn. Het C-criterium ‘voor eigen rekening en risico’ is een relatief nauw criterium om aan te toetsen en geeft de rechters mijns inziens maar weinig ruimte om alle relevante omstandigheden binnen de relatie (voortvloeiende uit de overeenkomst) mee te wegen. Het bredere gezichtspunt ondernemerschap geeft meer ruimte, dit heeft de Minister echter als het C+-criterium aangewezen en komt, zoals gezegd, enkel aanbod wanneer criterium A en B in balans zijn met het C-criterium. Hier komt overigens wel het eeuwige dilemma van de kwalificatievraag binnen het arbeidsrecht weer boven. Het ondernemerschap is een abstracter begrip dat op het eerste oog minder makkelijk toepasbaar lijkt. Echter is het juist die abstractheid die meer ruimte geeft aan rechters om recht te doen aan iedere individuele situatie. Bovendien zou ondernemerschap net als de andere hoofdcriteria verder kunnen worden ingekleurd in een algemene maatregel van bestuur. Daar staat dus tegenover dat het criterium ‘voor eigen rekening en risico’ nauwer is en dus minder ruimte laat voor maatwerk, maar is mogelijk wel eenvoudiger toepasbaar in de praktijk.

Tot slot, verdient het ook nog opmerking dat, zoals reeds betoogd in hoofdstuk 2, het gezichtspunt van het lopen van commercieel risico – waarvan eigen rekening en risico eigenlijk

⁸⁴ Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), rdnr. 8.6

⁸⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*), r.o. 3.2.5.

een afgeleide is – eigenlijk veel beter als onderdeel van het ondernemerschap zou kunnen worden gezien. Het is denkbaar om het lopen van commercieel risico te zien als een van de maatstaven waaraan beoordeeld moet worden of sprake is van ondernemerschap.

4.5 Tussenconclusie

De plannen van de Minister zijn ontegenzeggelijk ambitieus. Met name het rechtsvermoeden kan voor de onderkant van de arbeidsmarkt – (schijn)zelfstandige met een zwakke onderhandelingspositie – het aanzienlijk makkelijker maken hun wettelijke rechten te gelden te maken. Dit rechtsvermoeden is echter in deze thesis niet onderzocht en behandeld, aangezien het buiten de ‘scope’ van het onderzoek valt.

Er zijn echter ook kritische kanttekening te maken bij dit conceptwetsvoorstel. Volgens de Minister is de kwalificatievraag te onvoorspelbaar en het kader waarin die beoordeling moet plaatsvinden te onduidelijk. Deze onduidelijkheid zou volgens de Minister voortvloeien uit het feit dat niet eenduidig zou zijn vastgelegd welke contra-indicaties bij de kwalificatie een rol zouden spelen en dat deze indicaties ook te wisselend zouden terugkomen in de jurisprudentie.

Dat volgt echter geheel niet uit het verhandelde in hoofdstuk 2 en 3 (en tevens hoofdstuk 1). In ieder geval sinds de Deliveroo uitspraak is er een heel duidelijke catalogus van gezichtspunten. Maar zelfs daarvoor zien we in de feitenrechtspraak heel consequent steeds dezelfde gezichtspunten terugkomen. De lijn in de Nederlandse jurisprudentie komt ook vrijwel overeen met hetgeen in de Europese jurisprudentie is bepaald.

Natuurlijk zijn er wel zaken die verduidelijkt kunnen worden. Kijkend naar de resultaten van het jurisprudentie onderzoek is best een bepaalde ordening aan te brengen van gezichtspunten die een grotere of kleinere rol spelen bij de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. Dat is eigenlijk nooit echt inzichtelijk geweest voor de praktijk. Daarmee zou men zich kunnen afvragen of een wetswijziging wel nodig of opportuun is om de onduidelijkheid in de praktijk weg te nemen. Er is wellicht eerder sprake van een kennisleemte en niet van een leemte in het rechtssysteem.

Said vatte het wel mooi samen: “[W]at de huidige benadering van de wetgever (en de rechter) inlevert aan voorspelbaarheid, wint het wat betreft de mogelijkheid om maatwerk te leveren.”⁸⁶ Deze nieuwe benadering kan zeer wel leiden tot een veel complexere toetsing en ingewikkeldere wetgeving uitgesmeerd over verschillende niveaus (wet in formele zin en AMvB’s). In dat opzicht overtuigt het conceptwetsvoorstel niet direct. Overigens lijkt het conceptwetsvoorstel wat dat betreft ook niet te stroken met de oproep van de Raad van State in haar jaarverslag om wetgeving zo eenvoudig mogelijk in te richten.⁸⁷

De minister heeft echter de verwachting dat deze voorgenomen wetswijziging tot voorspelbaardere uitkomsten zal leiden. Hopelijk heeft zij daarin gelijk en wordt de kwalificatievraag niet alleen maar complexer met verlies van mogelijkheden tot het leveren

⁸⁶ Said 2022/8.4.

⁸⁷ Jaarverslag Raad van State 2022, Den Haag april 2023.

van maatwerk. De tijd zal het uitwijzen, mits het wetsvoorstel wordt aangenomen. Duidelijk is in ieder geval dat de Minister van twee kaden de beste heeft moeten kiezen.

Tot slot is, zoals gezegd, ook de keuze voor het C-criterium in het wetsvoorstel opvallend. In paragraaf 4.4 is uitgebreid behandeld dat dit mogelijk niet de meest voor de hand liggende optie was voor de werkgever, gebaseerd op de Europese en recente Nederlandse jurisprudentie.

Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen

5.1 Inleiding

De uitspraak in de Deliveroo-zaak door de Hoge Raad is aanleiding geweest voor deze thesis. Daarin is onderzocht welke jurisprudentie zich heeft gevormd met betrekking tot de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten en hoe deze samenhangt met het op 6 oktober 2023 ter internetconsultatie gepubliceerde conceptwetsvoorstel. De centrale vraag in deze thesis was tweeledig. Allereerst is onderzocht of handvatten kunnen worden geformuleerd of een ordening worden aangebracht in de gezichtspuntencatalogus en ten tweede hoe de Nederlandse en de Europese jurisprudentie zich verhoudt tot het conceptwetsvoorstel. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste resultaten van het onderzoek gesynthetiseerd. Aan het eind van het hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan.

5.2 Conclusies

5.2.1 Onderzoek Nederlandse jurisprudentie

Als eerste is de Nederlandse jurisprudentie onderzocht. Relevante uitspraken uit de periode tussen 1 januari 2022 en 1 september 2023 waarbij de kwalificatievraag bij arbeidsovereenkomsten voorlag zijn bestudeerd. Per uitspraak is steeds bezien, aan de hand van de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad, welke gezichtspunten een doorslaggevende rol speelden om tot het oordeel te komen dat wel of geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Daaruit is naar voren gekomen dat de volgende vier gezichtspunten het meest bepalend zijn bij de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten:

1. Ondernemerschap
2. Beloning
3. Wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald
4. Organisatorisch inbedding

De gezichtspunten staan geordend van het vaakst doorslaggevend naar minder vaak. Op basis van het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie kan het navolgende worden geconcludeerd.

Allereerst blijkt de organisatorische inbedding een minder belangrijk gezichtspunt dan gedacht. Daarmee wordt overigens niet bedoeld dat er niet reeds signalen waren dat dit gezichtspunt wellicht minder doorslaggevend zou zijn dan door sommige werd geïmpliceerd.⁸⁸

Ten tweede werd duidelijk dat het gezichtspunt ondernemerschap in bijna alle uitspraken een rol speelde. Dat is an sich geen verbazingwekkend gegeven, omdat het zijn van een ondernemer zich niet goed verhoudt met het hebben van een gezagsrelatie, wat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst wel vereist is.

⁸⁸ Said, *TRA* 2020/14, p. 16-21.

Als derde conclusie bleek de beloning een belangrijke rol te spelen in de kwalificatie van arbeidsovereenkomsten. De beloning is ook geïncorporeerd in het conceptwetsvoorstel als (concept) artikel 7:610aa BW.

Tot slot kwam ook de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden vaak terug in de jurisprudentie. Dit gezichtspunt krijgt als enige van de vier belangrijkste gezichtspunten wat minder expliciete aandacht. Zoals is betoogd in paragraaf 4.4.2 lijkt gezichtspunt (2) wel verdisconteerd te zijn in het conceptwetsvoorstel, maar komt het minder expliciet terug dan de andere drie gezichtspunten.

Opvallend was ook dat er een groot verschil was tussen enerzijds zaken waarin sprake was van een arbeidsovereenkomst of van een overeenkomst van opdracht en anderzijds zaken waarin sprake was van een arbeidsovereenkomst of een opleidings- of stageovereenkomst. Het betrof met name een verschil in de gezichtspunten die doorslaggevend waren. Overigens ging het in veruit de meeste gevallen om zaken waarin sprake was van een arbeidsovereenkomst of van een overeenkomst van opdracht.

5.2.2 Onderzoek Europese jurisprudentie

Ten tweede is de Europese jurisprudentie onderzocht. In hoofdstuk drie stond met name de vraag centraal of de doorslaggevende omstandigheden bij de kwalificatievraag erg verschilden van hoe daar in de Nederlandse jurisprudentie mee werd omgegaan. Vijf van de belangrijkste arresten van het HvJ EU van de afgelopen jaren zijn daartoe bestudeerd. Daaruit is gebleken dat de Europese benadering grote overeenkomsten heeft met de lijn in de Nederlandse jurisprudentie. In Figuur 2 werd dat nog eens duidelijk.

Nederlands gezichtspunt	Europees gezichtspunt
(1) aard en duur van de werkzaamheden	(a) aard van de werkzaamheden
(2) wijze werk en tijden	(b) bepalen eigen tijden en plaats en inhoud werk
(3) inbedding (werk en werker)	(c) inbedding van de werker
(4) persoonlijk	(d) verplichting persoonlijke arbeid
(9) ondernemer	(e) ondernemer
-	(f) toezicht, beoordeling en evaluatie

Figuur 2: Vergelijking Nederlandse en Europese gezichtspunten

Aan het eind van hoofdstuk 3 werd al gerecapituleerd dat de beloning in de Europese jurisprudentie geen rol lijkt te spelen. Dat moet echter niet tot de conclusie leiden dat gezichtspunten (6) en (7) aan gewicht verliezen, nu deze in de Nederlandse jurisprudentie duidelijk een centrale plaats hebben.

5.2.3 Onderzoek conceptwetsvoorstel

Tot slot is ook het op 6 oktober 2023 ter internetconsultatie gepubliceerde conceptwetsvoorstel onderzocht. De publicatie daarvan is zo recent geweest dat nauwelijks literatuur over het conceptwetsvoorstel beschikbaar was en het voorstel met de bijbehoren (concept) memorie van toelichting alleen in het licht van de onderzochte Nederlandse en Europese jurisprudentie kon worden gezien. In hoofdstuk 4 is daarom uitgebreid stil gestaan

voor de oorzaken die aanleiding hebben gegeven tot het conceptwetsvoorstel alsook de doelen daarvan.

De twee belangrijkste en opvallendste conclusies ten aanzien van het conceptwetsvoorstel zijn gedetailleerd uiteengezet in de paragrafen 4.4.2 en 4.4.3 (en 4.5). Zoals in deze thesis al een aantal keer naar voren is gekomen, is het opvallend dat de organisatorische inbedding zo een centrale plaats krijgt binnen het nieuwe toetsingskader. Daarmee wordt niet betoogd dat de inbedding niet van belang is of niet van belang zou moeten zijn bij de kwalificatievraag, maar het is wel de vraag of het bovenaan het lijstje van de wetgever zou moeten staan. Daar lijkt het nu wel op.

Overigens kan een nog veel fundamentele vraag worden gesteld in het kader van het conceptwetsvoorstel. Dat is namelijk of wijziging van artikel 7:610 wel noodzakelijk (en opportuun) is. In deze thesis is al eens aangehaald dat in de literatuur wordt betoogd dat het rechterlijke apparaat tot nu toe steeds prima in staat was om recht te doen aan iedere individuele situatie. Is het dan wel wenselijk om de rechterlijke vrijheid tot het leveren van maatwerk in te perken ten behoeve van voorspelbaarheid (lees: rechtszekerheid). Of dit het geval is zal afhangen hoe de wetswijziging, indien die wordt aangenomen, in de praktijk zijn uitwerking zal vinden.

Hiermee hangt samen dat ik me sterk afvraag of het conceptwetsvoorstel zijn doel niet voorbij schiet. Een van de doelen van het wetsvoorstel is om het kwalificatievraagstuk te vereenvoudigen en te verduidelijken. Er wordt gepoogd dit te bereiken door een van de hoofdelementen van de arbeidsovereenkomst verder in te kleuren. Maar ook de verdere invulling van dat hoofdelement dient nader te worden ingekleurd omdat het anders alsnog te abstract is. Daarmee ontstaan er drie lagen in het wettelijke systeem (de hoofdelementen van een arbeidsovereenkomsten, de inkleuring van een van die hoofdelementen en de inkleuringen van de inkleuring) die ook nog eens verspreid zullen zijn over twee verschillende soorten regelingen.⁸⁹ Wordt het kwalificatievraagstuk nu niet juist complexer? Wellicht is het juridische kader wat we kennen en wat al lange tijd (succesvol) wordt toegepast, eenvoudiger.

5.3 Aanbevelingen

Doordat zeer recent het conceptwetsvoorstel is gepubliceerd is op dit moment nog te onduidelijk op welke termijn een wetswijziging geëffectueerd zou kunnen worden. Daarom zullen werkenden en werkgevers het voorlopig nog even moeten doen met het huidige juridisch kader. Om die reden wil ik, naar aanleiding van deze thesis, nog een aantal aanbevelingen doen.

Als partijen een overeenkomst met elkaar willen sluiten dan dienen zij na te gaan welke rechten en plichten zij met elkaar overeen wensen te komen. Idealiter zullen zij op basis van deze rechten en plichten beoordelen welke rechtsvorm daarvoor is aangewezen. Natuurlijk kan het ook zo zijn dat beide of één van de twee partijen een voorkeur heeft om een specifieke

⁸⁹ De inkleuring van de ABC-criteria worden vervat in een algemene maatregel van bestuur.

rechtsvorm aan te gaan. Dan is het van belang dat partijen zich realiseren dat de volgende gezichtspunten in de jurisprudentie het vaakst bepalend waren voor de kwalificatievraag:

1. Ondernemerschap: een werkende die zich als ondernemer gedraagt (of kan gedragen) en daarbij ook nog eens commercieel risico loopt zal in de meeste gevallen niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.
2. Beloning: als een beloning bijvoorbeeld omzetafhankelijk is en/of op factuurbasis wordt betaald dan zal niet snel sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Ook de hoogte van de beloning kan daarbij een rol spelen.
3. Wijze werk en tijden: de manier waarop de werkzaamheden en de werktijden worden vastgesteld zeggen ook veel over welke feitelijke rechtsvorm tussen partijen geldt. Wanneer een werkende zich vooral moet schikken naar het rooster of de voorkeuren van een werkgevende en die werkgevende ook nog eens bepaalt welke en hoe de werkzaamheden worden uitgevoerd, dan zal naar alle waarschijnlijkheid sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.
4. Organisatorische inbedding: zijn de werkzaamheden of de persoon die de werkzaamheden uitvoert ingebed in de organisatie? Als die vraag bevestigend kan worden beantwoord dan is de kans groot dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Een andere aanbeveling die ik hier wil doen, ligt gedeeltelijk buiten de reikwijdte van het onderzoek dat aan deze thesis ten grondslag ligt, maar hangt er voor een aanzienlijk deel wel mee samen. Een groot probleem voor de praktijk is de onvoorspelbaarheid die een procedure bij de rechter met zich mee brengt als het gaat om de kwalificatie van een overeenkomst. Stel tussen partijen is een overeenkomst van opdracht gesloten met daarin een bepaald tarief. Uiteindelijk wordt door de rechter geoordeeld dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dan rijst de vraag hoe het afgesproken tarief moet worden geïnterpreteerd. Was dat inclusief vakantietoeslag? Was dat inclusief een eindejaarsuitkering?

Het zijn vragen die grote (financiële) impact kunnen hebben voor partijen en die grote onzekerheid met zich meebrengt. Een oplossing zou kunnen zijn om in een overeenkomst van opdracht een bepaling op te nemen hoe de overeenkomst moet worden uitgelegd wanneer geoordeeld wordt dat de overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Daarin zou kunnen worden opgenomen wat de vergoeding bij een arbeidsovereenkomst zou zijn geweest en welke andere voorwaarden dan zouden hebben gegolden. Het kan daarmee een belangrijke stok achter de deur zijn voor partijen.

Dankbaar is ook om de bepalingen of voorziening niet in de overeenkomst zelf op te nemen, maar afspraken daarover te maken in een 'sideletter' bij de overeenkomst. In deze sideletter zouden partijen bijvoorbeeld kunnen afspreken dat wanneer wordt geoordeeld dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst het minimumloon geldt als beloning (of de op grond van de cao geldende minimumvergoeding). Naast dat door partijen geen discussie gevoerd hoeft te worden over de hoogte van de beloning bij een arbeidsovereenkomst, kan het ook demotiverend werken voor de werkende die mogelijk aanspraak zou willen maken op een arbeidsovereenkomst.

Daarbij merk ik op dat ik een dergelijke bepaling in de jurisprudentie nog niet heb zien terugkomen, maar volgens mij is er geen wettelijke bepaling of regel die zich hiertegen verzet. Het is dus mogelijk een manier voor de praktijk om wat meer zekerheid in te bouwen, in ieder geval tot het moment dat mogelijk via een wetswijziging meer duidelijkheid komt.

5.4 Openstaande vragen

Tot slot zal nog stil worden gestaan bij de openstaande vragen die wellicht aanleiding kunnen geven tot verder onderzoek.

Allereerst zou kunnen worden onderzocht in welke subonderdelen het ondernemerschap zou kunnen worden opgedeeld. Het conceptwetsvoorstel noemt wel een aantal subonderdelen, maar in de jurisprudentie zijn nog meer subonderdelen aangewezen. Ter inkleuring van het gezichtspunt ondernemerschap zou dat interessant kunnen zijn.

Ten tweede zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar het verschil in kwalificatie tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst enerzijds en een opleidings-/stageovereenkomst anderzijds.

Tot slot zal in het verdere wetgevingsproces nog duidelijk moeten worden hoe de Minister het inbeddingscriterium voor zich ziet. Gaat het alleen om de organisatorische inbedding van de werkzaamheden of zou ook de persoon die de werkzaamheden verricht ingebed kunnen zijn in de organisatie.

Literatuurlijst

Literatuur

Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020

W.H.A.C.M. Bouwens, D.M.A. Bij de Vaate & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Emmerig, WFR 2023/249

B. Emmerig, 'Inbedding als hoofdelement van de dienstbetrekking', *WFR* 2023/249, afl. 7495, p. 4-11.

Grosheide, JAR 2023/107

E.F. Grosheide, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *JAR* 2023/107 (*Deliveroo*).

Houweling, AR-Updates.nl 2023-0400

A.R. Houweling, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400 (*Deliveroo*).

Houwerzijl, Montebovi & Zekić 2021

M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić, *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming* (Monografieën Sociaal Recht, 78), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Mertens, BNB 2023/95

A.L. Mertens, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *BNB* 2023/95 (*Deliveroo*).

Ruizeveld, TRA 2023/70

M.D. Ruizeveld, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *TRA* 2023/70 (*Deliveroo*).

Said 2022

S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (Monografieën Sociaal Recht, 79), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Said, TRA 2020/14

S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *TRA* 2020/14, afl. 2, p. 16-21.

Van Slooten, ONDR 2023/50

J. van Slooten, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *ONDR* 2023/50 (*Deliveroo*).

V-N 2023/15.6

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, V-N 2023/15.6 (*Deliveroo*)

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284, *Jur.* 1986 p. 02121 (*Lawrie-Blum*).

HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

HvJ EU 26 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:200 (*Fenoll*).

HvJ EU 10 september 2015, ECLI:EU:C:2015:574 (*Holterman Ferho Exploitatie*).

HvJ EU 21 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:82, *JAR* 2018/75 (*Matzak*).

HvJ EU 20 november 2018, ECLI:EU:C:2018:926 (*Sindicatul Familia Constanța e.a.*).

HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, *JAR* 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel Delivery*).

Hoge Raad

HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219, *NJ* 1954, 242, m.nt. Ph.A.N. Houwing

HR 13 december 1957, ECLI:HR:1957:3, *NJ* 1958/35 (*Zwarthoofd/St. Parool*).

HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *NJ* 2003, 124, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*ABN/Malhi*).

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, *NJ* 2007, 447, m.nt. E. Verhulp (*Beurspromovendi*).

HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *NJ* 2016/276.

HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *NJB* 2020/2735 (*X/Gemeente Amsterdam*).

HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *AR-Updates.nl* 2023-0400, m.nt. A.R. Houweling (*Deliveroo*).

Gerechtshof

Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, *AR-Updates.nl* 2022-0368.

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, *AR-Updates.nl* 2022-0595.

Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272, *RAR* 2022/141.

Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220, *V-N Vandaag* 2023/2326.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11051, *AR-Updates.nl* 2023-0009.

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:786, *AR-Updates.nl* 2023-0154.

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3701, *AR-Updates.nl* 2023-0542.

Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, *AR-Updates.nl* 2023-0586.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180, *AR-Updates.nl* 2023-0767.

Rechtbank

Rb. Rotterdam 8 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:777, *AR-Updates.nl* 2022-0166.

Rb. Noord-Holland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2021, *NLF* 2022/0609.

Rb. Zeeland-West-Brabant 24 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:919, *NLF* 2022/0554.

Rb. Den Haag 30 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2997, *AR-Updates.nl* 2022-0403.

Rb. Den Haag 14 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4119, *RAR* 2022/106.

Rb. Amsterdam 9 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3266, *AR-Updates.nl* 2022-0682.

Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2023:879, *Sdu Nieuws Arbeidsrecht* 2023/110.

Rb. Amsterdam 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6002, *AR-Updates.nl* 2022-1153.

Rb. Midden-Nederland 29 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5294, *AR-Updates.nl* 2022-1396.

Rb. Amsterdam 14 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1165, *AR-Updates.nl* 2023-0366.

Rb. Overijssel 21 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:879, *AR-Updates.nl* 2023-0335.

Rb. Noord-Holland 24 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1561, *AR-Updates.nl* 2023-0253.

Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, *AR-Updates.nl* 2023-0485.

Rb. Noord-Nederland 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, *AR-Updates.nl* 2023-0882.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3.

Kamerstukken II 2022/23, 29544, 1176.

Kamerstukken II 2022/23, 31311, 246.

Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatssecretaris van Financiën, 16 december 2022, 2022-0000292130.

[Concept, PvK] [w]etsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

Webadres:

<https://www.internetconsultatie.nl/wetverduidelijkingbeoordelingarbeidsrelatiesenrechtsvermoeden/>

Concept Memorie van Toelichting op Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.

Webadres:

<https://www.internetconsultatie.nl/wetverduidelijkingbeoordelingarbeidsrelatiesenrechtsvermoeden/>

Overige bronnen

'Werkzame beroepsbevolking; positie in de werkkring', cbs.nl, 14 februari 2023

Webadres: <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/85278NED?dl=74413>

Jaarverslag Raad van State 2022, Den Haag april 2023

Webadres: <https://www.raadvanstate.nl/jaarverslag2022/>

Bijlage 1

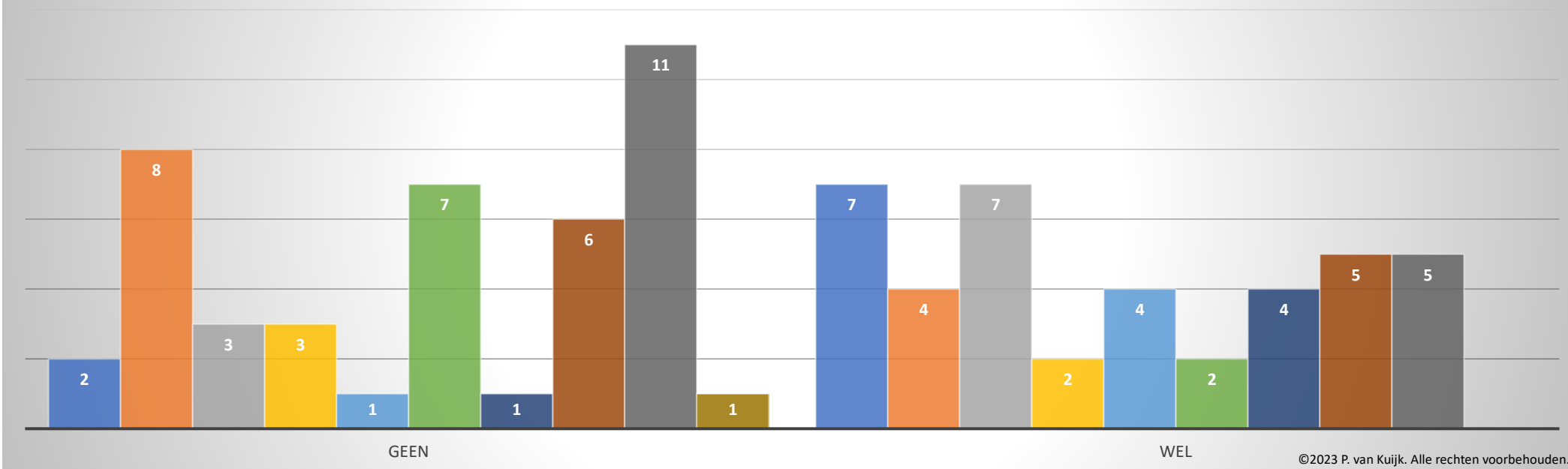
Uitspraak	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	wel of geen aovk?
ECLI:NL:RBROT:2022:777		1				1		1	1		geen
ECLI:NL:RBNHO:2022:2021		1	1								geen
ECLI:NL:RBZWB:2022:919	1	1				1			1		geen
ECLI:NL:RBDHA:2022:2997		1				1			1		wel
ECLI:NL:RBAMS:2022:3266		1			1				1	1	geen
ECLI:NL:RBAMS:2022:6002		1	1				1	1			wel
ECLI:NL:RBMNE:2022:5294		1	1						1		geen
ECLI:NL:GHDHA:2022:449						1		1	1		geen
ECLI:NL:GHARL:2022:4294	1		1		1			1	1		wel
ECLI:NL:GHDHA:2022:1272			1						1		geen
ECLI:NL:GHARL:2022:11051				1		1	1	1	1		geen
ECLI:NL:RBAMS:2023:1165	1		1	1	1						wel
ECLI:NL:RBAMS:2023:1165	1		1				1				wel
ECLI:NL:RBOVE:2023:879	1	1		1		1			1		geen
ECLI:NL:RBNHO:2023:1561		1		1				1	1		geen
ECLI:NL:RBLIM:2023:2514		1				1		1	1		geen
ECLI:NL:RBNNE:2023:2863	1	1	1	1		1	1	1	1		wel
ECLI:NL:GHARL:2023:786	1				1		1	1	1		wel
ECLI:NL:GHARL:2023:3701	1		1								wel
ECLI:NL:GHSHE:2023:1419						1		1	1		geen
ECLI:NL:GHARL:2023:5180	1	1	1		1			1	1		wel
Totaal	9	12	10	5	5	9	5	11	16	1	9x wel, 12x geen

Figuur 3: Weergave van de uitkomsten van het onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie (1 = was aanwezig).

- (1) De aard en duur van de werkzaamheden
- (2) De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald
- (3) De inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht
- (4) Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren
- (5) De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen
- (6) De wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd
- (7) De hoogte van de beloningen
- (8) De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt
- (9) Gedraagt werker zich in het economische verkeer als ondernemer (of kan gedragen). Bijv. door het verwerven van reputatie, het verrichten van acquisitie, fiscale behandeling, aantal opdrachtgevers, etc.
- (10) Contractuele beding ter kwalificatie relevant alleen in verhouding tot in hoeverre dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die werkzaamheden heeft verricht

Bijlage 2

Overzicht gebruikte gezichtspunten bij wel of geen aovk



©2023 P. van Kuijk. Alle rechten voorbehouden.

Figuur 4: Frequentie gezichtspunten bij onderscheid wel of geen arbeidsovereenkomst

(1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10)

- (1) De aard en duur van de werkzaamheden
- (2) De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald
- (3) De inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht
- (4) Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren
- (5) De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen
- (6) De wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd
- (7) De hoogte van de beloningen
- (8) De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt
- (9) Gedraagt werker zich in het economische verkeer als ondernemer (of kan gedragen). Bijv. door het verwerven van reputatie, het verrichten van acquisitie, fiscale behandeling, aantal opdrachtgevers, etc.
- (10) Contractuele beding ter kwalificatie relevant alleen in verhouding tot in hoeverre dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die werkzaamheden heeft verricht.

Bijlage 3

Samenvattingen Nederlandse jurisprudentie

Gerechtshof

Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449, AR-Updates.nl 2022-0368.

In deze uitspraak betreft het een Equity Partner van Deloitte. Deze Equity Partner maakt aanspraak op een arbeidsovereenkomst. De rechter oordeelt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, wel van een overeenkomst van opdracht. De Equity Partner ontvangt namelijk een vergoeding die afhankelijk is van zowel de eigen prestaties als de prestaties van Deloitte. Dat maakt dat de Equity Partner een commercieel risico loopt. De Equity Partner werkte voor meerdere opdrachtgevers, wat volgens het hof erop wijst dat de Equity Partner zich als ondernemer gedraagt. Tot slot is ook de manier waarop de beloning wordt uitgekeerd (en de manier waarop deze wordt bepaald, namelijk zoals gezegd afhankelijk van bepaalde commerciële doelstellingen) van belang voor de kwalificatie. Anders dan voorheen, toen de Equity Partner nog wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkte, werd geen loonstrook meer opgemaakt en er werd ook niet langer loonbelasting en sociale premies afgedragen.

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, AR-Updates.nl 2022-0595.

In de uitspraak van het hof van 30 mei 2022 stond de vraag centraal of een bestuurder van de Volksbank werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst of op basis van een overeenkomst van opdracht. Het hof acht de volgende omstandigheden van belang. De bestuurder droeg geen ondernemersrisico. Ook declareerde hij niet, vond betaling rechtstreeks aan hem plaats en droeg hij geen btw af. Daarmee gedraagt de bestuurder zich volgens het hof niet als een ondernemer. Daaraan draagt bij dat er een doorbetalingsverplichting bestond voor de Volksbank bij ziekte en vakantie en gold een nevenwerkzaamhedenverbod waardoor de bestuurder niet voor andere opdrachtgevers werkzaam was. Tevens overwoog het hof dat de fulltime functie niet van tijdelijke aard was (duur van de werkzaamheden, het eerste gezichtspunt van de HR) en de werkzaamheden duidelijk ingebed zijn in de organisatie. Verder speelde de wijze waarop de contractuele regeling tot stand kwam in deze uitspraak een rol (de bestuurder was niet in de positie om te onderhandelen over het aanbod van de Volksbank).

Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272, RAR 2022/141.

In het arrest van 19 juli 2022 van het hof Den Haag ging het om de vraag of een ingenieur werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst of niet. Het hof overwoog daartoe dat geen sprake was van inbedding in de organisatie. Er was bij de werkgevende namelijk überhaupt geen werkorganisatie met werknemers. Specifiek wordt benoemd dat er bij de werkgevende geen personeel aanwezig was aan wie kerstpakketten zouden worden uitgedeeld. Dat er regelmatig telefonisch overleg was of door de ingenieur gebruik werd

gemaakt van een mailadres van de werkgevende maakt dat volgens het hof niet anders. De ingenieur was “*de technische man achter de ontwikkeling van de magneetkoppeling*”. Daarbij past het volgens het hof dat er regelmatig contact is en dat maakt nog niet dat sprake is van organisatorische inbedding. Daarnaast zou de ingenieur zich als ondernemer gedragen. De ingenieur werkte via een eenmanszaak en factureerde zijn werkzaamheden en kosten aan de werkgevende. De ingenieur droeg btw af en genoot van de fiscale voordelen van het ondernemerschap.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11051, AR-Updates.nl 2023-0009.

In dit arrest ging het om een zzp’er, werkzaam in de bouw, die werkzaam was via ‘Bouwprofs’. Het hof oordeelde dat sprake was van een overeenkomst van opdracht en niet van een arbeidsovereenkomst. Van belang achtte het hof dat de zzp’er niet verplicht was de arbeid persoonlijk te verrichten en vrij was om zich te laten vervangen. Ook de hoogte van de beloning (35 euro per uur) en de manier waarop deze werd uitgekeerd, speelden een significante rol in de beoordeling van het hof. Tot slot was het hof van mening dat de zzp’er zich als ondernemer gedroeg (hij werkte voor meerdere opdrachtgevers en was ingeschreven bij de KVK) en commercieel risico liep bij het uitvoeren van de werkzaamheden (dit zag op de aansprakelijkheid van de zzp’er).

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:786, AR-Updates.nl 2023-0154.

Op 17 januari 2023 wees het hof arrest in de zaak van een bron- en contactonderzoeker bij de GGD. Om tot de uitspraak te komen achtte het hof de aard van de werkzaamheden van belang. De werkzaamheden betroffen callcenterwerkzaamheden en waren gelijk aan de werkzaamheden die door personen werden verricht die wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam waren. Verder stond voor het hof vast dat de werkende zich niet als ondernemer gedroeg en geen commercieel risico liep. Zo stond zij niet ingeschreven in de KVK en had zij geen btw-nummer. Daarnaast is niet gebleken dat de werkende heeft kunnen onderhandelen over de hoogte van de beloning (zevende gezichtspunt) of over enige andere bepaling in de overeenkomst (gezichtspunt 5). Daarmee komt het hof tot het oordeel dat geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, maar van een arbeidsovereenkomst.

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3701, AR-Updates.nl 2023-0542.

In de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 2 mei 2023 stond de vraag centraal of beurspromovendi van de Rijksuniversiteit Groningen met de universiteit een arbeidsovereenkomst hadden of dat tussen hen een opleidingsovereenkomst bestond. Volgens het hof zijn de werkzaamheden van de beurspromovendi organisatorisch ingebed binnen de universiteit en wijst ook de aard van de werkzaamheden op een

arbeidsovereenkomst. Het hof komt op basis daarvan tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419, AR-Updates.nl 2023-0586.

In deze uitspraak van het hof 's Hertogenbosch stond de vraag centraal of de Global Sales Manager van een bedrijf dat printers verkoopt op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was of dat tussen partijen een managementovereenkomst (lees: overeenkomst van opdracht) bestond. De wijze waarop de beloning werd uitgekeerd was van belang. Voor het hof stond namelijk vast dat sprake was van een “*ondernemer met een factuur relatie*”. Daarnaast liep de werkende bij de uitvoering van zijn werkzaamheden kennelijk commercieel risico. Tevens stond voor het hof vast dat de werkende zich gedroeg als ondernemer aangezien hij bezig was met het verwerven van reputatie. Dit zou ook blijken uit de fiscale behandeling. Op basis van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar van een managementovereenkomst/overeenkomst van opdracht.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180, AR-Updates.nl 2023-0767.

In de uitspraak van het Arnhem-Leeuwarden van 20 juni 2023 verzocht een beveiligder het hof voor recht te verklaren dat hij werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst en niet op basis van een overeenkomst van opdracht, zoals door de werkgevende wel werd betoogd. Voor het hof staat vast dat de beveiligder niet in de positie is geweest om met de werkgevende te onderhandelen over de overeenkomst. Tevens diende de beveiligder wat betreft werktijden zich te schikken naar de wil van de werkgevende en verder diende hij diens kledinginstructies op te volgen. De beveiligder droeg geen ondernemingsrisico en gedroeg zich ook in andere opzichten niet als ondernemer. Zo werkte hij niet voor andere opdrachtgevers en werkte hij onder de vergunning van de werkgevende. Daarnaast waren de werkzaamheden organisatorisch ingebed en wees ook de aard van de werkzaamheden op een arbeidsovereenkomst. Het hof komt dan ook tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en niet van een overeenkomst van opdracht.

Rechtbank

Rb. Rotterdam 8 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:777, AR-Updates.nl 2022-0166.

Op 8 februari 2022 wees de rechter van de rechtbank Rotterdam vonnis in een zaak waarin een directeur/mede-eigenaar van een bedrijf in stalen funderingsmaterialen aanspraak maakte op een arbeidsovereenkomst. De rechter oordeelde dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en achtte daarvoor allereerst van belang de manier waarop de werkzaamheden werden bepaald. De werkende had een ruime bevoegdheid om de eigen werkzaamheden te kiezen en in te vullen. Ook de wijze waarop de beloning werd bepaald was van belang. Deze was niet afhankelijk gesteld van de arbeidsprestatie, maar was puur afhankelijk van de omzetrealisatie van de onderneming. Daarmee liep de werkende ook een

commercieel risico. Tot slot gedroeg de werkende zich als ondernemer, dat bleek met name uit de fiscale behandeling en het feit dat de werkende investeerde in het verwerven van een reputatie.

Rb. Noord-Holland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2021, NLF 2022/0609.

In deze zaak gaat het om een werkende die voor een vennootschap onder firma werkzaam is. De werkende is de echtgenote van een van de vennoten van de vennootschap onder firma. De vraag is of in deze zaak sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Volgens de rechtbank staat vast dat de werkende een ruime vrijheid had in het bepalen van haar eigen werktijden, daarnaast had de werkende ruime vrijheid in het opnemen van verlof en van huisregels waar de werkende zich aan moest houden zou niets zijn gebleken. Daarom acht de rechtbank het niet aannemelijk dat bij de uitvoering van de administratieve werkzaamheden door werkende sprake is van (formeel) werkgeversgezag. Tevens zijn de werkzaamheden niet ingebed. Op basis van het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Zeeland-West-Brabant 24 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:919, NLF 2022/0554.

Deze zaak draait om een zzp'er die voor een onderneming hydraulische onderdelen op vrachtwagens monteert, bouwt en repareert. De (beperkte) aard van de werkzaamheden speelde volgens de rechtbank een belangrijke rol bij de beoordeling of al dan niet sprake was van een arbeidsovereenkomst. Ook dat de zzp'er veel vrijheid had in het bepalen van zijn werktijden werd van belang geacht. Verder was belangrijk dat de zzp'er zich ook daadwerkelijk als ondernemer gedroeg. Voor de rechtbank staat vast dat de zzp'er zich te veel ondernemer voelde om op basis van een dienstbetrekking werkzaam te zijn en zo (o.a.) gebonden te zijn aan vakantiedagen om naar het buitenland te reizen, waar hij vaak verbleef. Ook de wijze waarop de beloning werd vastgesteld (offerte) en werd uitgekeerd (na ontvangst factuur) waren belangrijke aanwijzingen. De rechtbank komt tot de slotsom dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Den Haag 30 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2997, AR-Updates.nl 2022-0403.

In deze uitspraak over de rechtsrelatie die de werkgevende was aangegaan met een beroepsaansprakelijkheidsjurist oordeelde de rechtbank dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Op dit oordeel baseerde de rechter met name de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden werden bepaald. De werkende werkte meestal op vaste dagen op kantoor, moest overleggen met de werkgevende over wanneer zij wel of niet moest werken (er moest altijd iemand aanwezig zijn) en ook moest zij toestemming vragen aan haar leidinggevende om vakantie te nemen. Binnen die kaders had zij echter wel veel vrijheid in het bepalen van haar eigen werktijden, zo erkent ook de kantonrechter. Dit en dat haar arbeidspatroon wezenlijk afweek van haar directe collega's doet volgens de rechtbank niet af

aan het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Van een ervaren beroepsaansprakelijkheidsjurist mag nu eenmaal veel zelfstandigheid verwacht worden. Voor de rechter speelde verder nog mee de wijze waarop de beloning werd uitgekeerd (er werden loonstroken verstrekt en er werden geen facturen opgemaakt) en het feit dat de werkende zich niet als ondernemer gedroeg (zo stond de werkende niet ingeschreven als ondernemer in het handelsregister en werden werknemerspremies ingehouden).

Rb. Amsterdam 9 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3266, AR-Updates.nl 2022-0682.

Op 9 juni 2022 deed de rechtbank Amsterdam uitspraak in de zaak tussen een Portugees-Israëliëse Gemeente (kerkgenootschap) en een rabbijn. De kantonrechter is van oordeel dat partijen de bedoeling hadden zo min mogelijk belasting en sociale premies te betalen. Voor de kantonrechter blijkt daaruit het ondernemerschap van de rabbijn. Volgens de kantonrechter blijkt uit de feitelijke uitvoering van de overeenkomst niet dat partijen de bedoeling hadden een andere rechtsverhouding overeen te komen dan hoe zij zelf de overeenkomst hebben gekwalificeerd, namelijk als een overeenkomst van opdracht. Volgens de kantonrechter is daarnaast nog onderhandeld bij de totstandkoming van de overeenkomst, hetgeen volgens de rechter bijdraagt aan het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Tot slot achtte de rechtbank het nog relevant dat er geen werkinhoudelijke aansturing plaatsvond en dat de rabbijn volledig vrij was om zijn eigen werktijden te bepalen. Op basis van het voorgaande komt de kantonrechter tot het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Amsterdam 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6002, AR-Updates.nl 2022-1153.

Op 17 oktober 2022 werd door de rechtbank Amsterdam vonnis gewezen in een zaak waarbij de vraag centraal stond of depothouders voor Mediahuis werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst. Voor de beoordeling daarvan achtte de rechter van belang dat de werkzaamheden en de werktijden eigenlijk geheel door Mediahuis werden bepaald. Ook van belang was volgens de rechter dat de werkzaamheden die de depothouders uitvoerden behoorden tot de kernactiviteiten van Mediahuis, waardoor er volgens de rechtbank sprake was van organisatorische inbedding. De derde belangrijke omstandigheid was dat de depothouders geen commercieel risico liepen bij de uitvoering van de werkzaamheden. Tot slot hadden zij geen invloed op de hoogte van de beloning, die werd vastgesteld door Mediahuis. Dit wordt bevestigd door het feit dat de depothouders op enig moment een staking hebben uitgeroepen. Daarmee staat voor de rechtbank Amsterdam vast dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de depothouders enerzijds en Mediahuis anderzijds.

Rb. Midden-Nederland 29 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5294, AR-Updates.nl 2022-1396.

In de uitspraak van 29 november 2022 van de rechtbank Midden-Nederland stond de vraag centraal of een voetbaltrainer een arbeidsovereenkomst was aangegaan met een voetbalvereniging waarvoor hij werkzaamheden verrichtte, of dat hij werkzaam was op basis van een overeenkomst van opdracht. Volgens de rechter was geen sprake van organisatorische inbedding. De trainer was daarvoor te weinig gebonden aan de organisatie en de regels van de voetbalvereniging, voor zover die bestonden. De trainer had veel vrijheid in het bepalen van zijn eigen werkzaamheden en werktijden. Dit past volgens de rechter ook niet binnen een typische gezagsverhouding. Tot slot is de rechter ook nog van mening dat de voetbaltrainer zich als ondernemer gedroeg. Hij had een eigen website voor zijn eenmanszaak en trad naar buiten als zelfstandige sportconsulent/coach. Daarnaast bracht hij btw in rekening en droeg hij btw af. Verder werden er geen werknemerspremies ingehouden door de voetbalvereniging. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Amsterdam 14 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1165, AR-Updates.nl 2023-0366.

Op 14 februari 2023 deed de rechtbank Amsterdam uitspraak in de zaak van twee eisers welke werkzaam waren als omroepmedewerkers. Omdat de rechtbank voor elke eiser een aparte beoordeling heeft gemaakt, zijn deze twee opgesplitst en als aparte uitspraken meegenomen in het onderzoek.

Eiser 1

Voor eiser 1 vond de rechtbank van belang dat de werkende zich niet zomaar kon laten vervangen, er bestond dus een verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid. Verder heeft de werkende feitelijk niet kunnen onderhandelen bij de totstandkoming van de overeenkomst. De werkzaamheden van de werkende behoren voorts tot de kernactiviteiten van de werkgevende en daarmee is de rechtbank van mening dat sprake is van organisatorische inbedding. Tot slot wijst ook de duur van de werkzaamheden en het dienstverband volgens de rechter op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De rechter komt dan ten aanzien van eiser 1 ook tot de slotsom dat sprake is van een (uitzend)arbeidsovereenkomst.

Eiser 2

Voor eiser 2 vond de rechtbank van belang dat de hoogte van de beloning eerder wees op een arbeidsovereenkomst dan dat het erop zou wijzen dat de werkende als zzp'er werkzaam zou zijn. Bovendien wijst de aard van de werkzaamheden daar volgens de rechter op, aangezien de werkzaamheden van eiser 2 in grote lijnen overeenkomen met werkzaamheden die worden uitgevoerd door werknemers van de werkgevende. Ook in de beoordeling van eiser 2 is de rechter van oordeel dat sprake is van organisatorische inbedding. Daarmee komt de rechter ook in de zaak van eiser 2 tot het oordeel dat sprake is van een (uitzend)arbeidsovereenkomst.

Rb. Overijssel 21 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:879, AR-Updates.nl 2023-0335.

De rechtbank Overijssel oordeelt op 21 februari 2023 dat een werkende in de functie van Officieel assistent voor de NVWA werkzaam is op basis van een overeenkomst van opdracht en niet op basis van een arbeidsovereenkomst. Volgens de rechtbank is onder andere de aard van de werkzaamheden daarvoor een aanwijzing. Zo heeft de opdrachtgever geen invloed op de werkzaamheden tijdens het volgen van de opleiding die officiële assistenten moeten volgen. Ook de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald was voor de rechtbank een aanwijzing dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Verder was van belang dat geen verplichting bestond de arbeid persoonlijk te verrichten (de werkende kon zich vrij laten vervangen) en dat de vergoeding op factuurbasis werd betaald (de wijze waarop de beloning wordt betaald en uitgekeerd). Tot slot was de rechtbank nog van mening dat de werkende zich gedroeg als ondernemer (er werden geen werknemerspremies en loonbelasting ingehouden en de werkende droeg wel btw af) en daarmee komt de rechtbank tot het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Noord-Holland 24 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1561, AR-Updates.nl 2023-0253.

Op 24 februari 2023 wees de rechtbank Noord-Holland vonnis in de zaak van een ruïne opzichter. De opzichter maakte aanspraak op een arbeidsovereenkomst. De rechter oordeelt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst op de volgende gronden. Volgens de rechter bestond geen verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid (de werkende kon zich vrij laten vervangen). De opzichter werkte voor meerdere werkgevers en droeg btw af, hetgeen voor de rechter een aanwijzing was dat de opzichter zich meer gedroeg als een ondernemer dan als een werknemer. Het feit dat de opzichter een commercieel risico liep (dit blijkt uit dat de hoogte van de vergoeding afhankelijk was van de gerealiseerde omzet) en dat hij bijna geheel vrij was in het bepalen van zijn eigen werktijd wijst voor de rechtbank op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst.

Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, AR-Updates.nl 2023-0485.

Voor de rechtbank Limburg diende een zaak over een online apotheker en de tussen werkende en werkgevende gesloten managementovereenkomst. Deze overeenkomst was verbonden met de (ver)koopovereenkomst van de onderneming waarin een earn-out regeling was opgenomen. Op grond van deze overeenkomst liep de werkende een commercieel risico. Verder gedroeg de werkende zich hoofdzakelijk als ondernemer. Dit blijkt volgens de rechtbank onder meer uit het feit dat er geen loonheffing heeft plaatsgevonden en er geen sociale premies zijn ingehouden op de management fee. Uit de managementovereenkomst blijkt volgens de kantonrechter overigens ook dat de werkende een (zeer) grote mate van vrijheid had. Dat er enige kaders bestonden waarbinnen instructies werden gegeven door de werkgevende doet daar volgens de rechter niets aan af, aangezien de mogelijkheid tot het geven van instructies ook mogelijk is bij een overeenkomst van opdracht. Tot slot was nog van belang dat de uitkering van de beloning plaatsvond op factuurbasis en dat geen loonstrook

werd verstrekt. Om die redenen komt de rechtbank tot het oordeel dat de managementovereenkomst niet als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

Rb. Noord-Nederland 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, AR-Updates.nl 2023-0882.

In deze zaak stond de vraag centraal of een chauffeur voor een transportbedrijf werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst of als zzp'er op basis van een overeenkomst van opdracht. In het uitgebreid gemotiveerde vonnis van de rechtbank Noord-Nederland lezen we dat de rechtbank het met name belangrijk vond dat de werkende weinig vrijheid had bij het bepalen van de werkzaamheden. De route en de manier waarop de chauffeur zijn werkzaamheden diende uit te voeren werden volledig voor hem ingevuld. Er bestond een verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid, wat betekent dat de werkende zich niet vrij mocht laten vervangen. De uitbetaling van de beloning gebeurde niet op factuurbasis en ook werd geen btw in rekening gebracht en/of afgedragen. De aard van de werkzaamheden is in de loop van de tijd niet veranderd, terwijl de werkende eerst wel werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. Bovendien verrichtte de werkende in wezen de reguliere bedrijfsarbeid, op grond waarvan de rechtbank vindt dat sprake is van organisatorische inbedding. Ook het feit dat de vergoeding een vast bedrag per maand (hoogte steeds gelijk) bedroeg wees volgens de rechtbank niet op ondernemerschap aan de zijde van de werkende. De rechtbank is verder van oordeel dat de werkende geen commercieel risico loopt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden en vindt dat de werkende zich niet als ondernemer gedraagt (de werkende doet niets aan acquisitie, heeft geen andere opdrachtgevers en werkt duurzaam voor één en dezelfde opdrachtgever). De rechtbank komt daarmee tot het oordeel dat wel sprake is van een arbeidsovereenkomst.