

MASTER'S THESIS

De rechtsbescherming van de schijnzelfstandige in het arbeidsrecht

Huisman, M.E.

Award date:

2023

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 17. Feb. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl





De rechtsbescherming van de schijnzelfstandige in het arbeidsrecht

The social protection and representation of
the false self-employed in employment law

Naam : M.E. Huisman
Studentnummer : 851945696
Cursusnummer : Scriptie (RM9906212244M)
Begeleider : mr. dr. A.H. Lamers
Examinator : prof. mr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden : 11240 woorden
Inleverdatum : 31 augustus 2023

Inhoud

1.	Inleiding	3
1.1.	Onderzoeksonderwerp.....	4
1.2.	Doelstelling en maatschappelijke relevantie	5
1.3.	Onderzoeksmethode	5
2.	Beoordeling elementen artikel 7:610 BW	6
2.1.	Inleiding	6
2.1.1.	Achtergrond artikel 7:610 BW.....	6
2.1.2.	Kwalificatie van de arbeidsovereenkomst	6
2.1.3.	Het element loon.....	7
2.1.4.	Het element arbeid	8
2.1.5.	Het element gezag.....	9
2.1.6.	Het element ‘gedurende een zekere tijd’	10
2.2.	Onderscheid arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht.....	10
2.3.	Rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst	11
3.	Groen/Schoevers en recente rechtsontwikkelingen.....	12
3.1	Inleiding	12
3.1.1	Groen/Schoevers	12
3.1.2	Participatieplaats- arrest	12
3.1.3	Deliveroo	13
3.2	De ‘tweefasenleer’	13
3.3	Holistische benadering	15
4.	Toetsing element gezag.....	18
4.1	Inleiding	18
4.1.1	De achtergrond van het element gezag	18
4.1.2	Formeel gezagscriterium	18
4.1.3	Materieel gezagscriterium.....	19
4.2	Invulling van het gezagscriterium nader beschouwd	19
4.2.1	Moderne invulling gezagsbegrip	20
4.3	Het element ‘in dienst van’	21
5.	Het nadeel van de schijnzelfstandige onder artikel 7:610 BW.....	23
5.1	Inleiding	23
5.1.1	Kwalificatie schijnzelfstandigheid.....	23
5.1.2	Jurisprudentie schijnzelfstandigheid	24
5.1.3	Schijnzelfstandigheid en artikel 7:610 BW	25
5.2	Nadere aanpak schijnzelfstandigheid.....	26

Conclusie	28
Literatuurlijst	30
Jurisprudentie lijst	35
Samenvatting.....	38
Trefwoorden.....	39

1. Inleiding

De arbeidsmarkt is in beweging en is historisch krap.¹ Waarbij 'arbeidsmarkt' niet zelden gedacht wordt aan de werknemer zoals bedoeld in artikel 7:610 van ons Burgerlijk Wetboek dient in de praktijk eveneens gedacht te worden aan een andere categorie werkenden zoals de zzp'er. Dit begrip kent echter geen grondslag in de wet maar biedt een kader waarin partijen kunnen afspreken wat zij willen terwijl van ondernemerschap geen sprake is en dus geen aansluiting gezocht kan worden bij het ondernemingsrecht.² Een zzp'er wordt ook wel aangemerkt als een zelfstandige zonder personeel en een natuurlijk persoon wordt op grond van het Wetboek van Koophandel als eenmanszaak gezien, maar kan ook als ander rechtspersoon uitvoering geven aan zijn werkzaamheden.³ Hij voert echter werkzaamheden als zelfstandige uit en werkt in beginsel nochtans onder zeggenschap van een werkgever.⁴

Volgens het interdepartementale beleidsonderzoek van de Rijksoverheid is een zzp'er een ondernemer welke voor eigen rekening en risico werkzaamheden verricht en zelf verantwoordelijk is voor het regelen van aanvullende voorzieningen zoals verzekeringen.⁵ De zzp'er vindt zijn oorsprong in de bouwrijverheid en werd in de jaren '90 al onderwerp binnen het arbeidsrecht.⁶

In Nederland is het ondernemerschap jarenlang gestimuleerd waardoor een groei heeft plaatsgevonden.⁷ In het derde kwartaal van 2022 is het aantal zzp'ers zelfs gegroeid naar ruim 1,2 miljoen.⁸ Achter de definitie van de zzp'er schuilt een breed scala aan hoedanigheden. Enerzijds bestaan er de goedbetaalde advocaten, interimmanagers en projectleiders. Anderzijds zijn er de slecht betaalde voedsel- en postbezorgers en schoonmakers. Hoewel voordelen zitten aan het zijn van een zzp'er, zoals een hoger uurloon en fiscale voordelen, zijn er ook nadelen. Tussen de zzp'er en de opdrachtgever bestaat een 'asymmetrische machtspositie' en niet elke zelfstandige is zich van de risico's bewust, hetgeen verstrekkende gevolgen kan hebben.⁹

Van schijnzelfstandigheid is sprake wanneer een zzp'er formeel gezien in een dienstbetrekking werkt en gezien moet worden als een werknemer in de zin van artikel 7:610 BW.¹⁰ De positie van deze schijnzelfstandige is bezwaarlijk omdat deze eveneens toegang tot het arbeidsrecht zou moeten krijgen, maar dit niet krijgt.¹¹ De schijnzelfstandige heeft een zwakkere positie ten opzichte van de werkgever, maar staat in een gezagsverhouding ten opzichte van een werkgever en is niet in staat om op gelijkwaardigheid te onderhandelen.¹² De problematiek rond deze schijnzelfstandige speelt al vele jaren en niet alleen in Nederland. In 2006 heeft de Europese Commissie al vragen gesteld over het feit of de definities van arbeid in loondienst en arbeid als ZZP'er, de overeenkomst van opdracht¹³, nadere verduidelijking verdienen. De International Labour Organization heeft destijds de aanbeveling gedaan een ruimer begrip van de arbeidsrelatie te hanteren om schijnzelfstandigheid tegen te gaan.¹⁴ Toch bestaat er bijna twintig jaar later nog veel discussie en onduidelijkheid over deze schijnzelfstandigheid. De laatste jaren is het vraagstuk betreffende de schijnzelfstandigheid veelvuldig aan de orde geweest in de rechtspraak, denk aan de Uber en Deliveroo zaken waardoor de bekendheid en de actualiteit van het vraagstuk groter is geworden.

Het belang van de kwalificatievraag bij een overeenkomst, is de eerdergenoemde bescherming van de in de titel 7:10 BW opgenomen bepalingen voor een werknemer. Een werknemer heeft onder andere recht op loondoorbetaling tijdens ziekte¹⁵, vakantie¹⁶ en een minimumloon.¹⁷ Tevens geniet een werknemer ontslagbescherming¹⁸ en geldt voor een werkgever een verzekeringsplicht voor de WW (Werkloosheidswet), ZW (Ziektewet) en de WIA

¹ Kamerstukken II 2022/23, 36200, nr. 1, p. 23.

² Lamers & Ermers 2014.

³ Lamers & Ermers 2014.

⁴ Heijden, *NJB*, 1997/40.

⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34000, nr. 2.

⁶ Heijden, *NJB*, 1997/40.; Houweling 2016

⁷ Steenbergen, van & Wits, *TRA 2020/91*.

⁸ Aantal zzp'ers gegroeid naar 1,2 miljoen in derde kwartaal van 2022, cbs.nl

⁹ Graef & Boom, van den, *MSR* nr.78/2021, Klosse, *WRR* 2017.; Wielers, *TvA* 2019 (35) 2.

¹⁰ Steenbergen, van & Wits, *TRA 2020/91*.

¹¹ Beltzer, Verhulp, Boonstra, Christe & Riphagen, *MSR* nr. 24 2002.p. 14.

¹² Beltzer, Verhulp, Boonstra, Christe & Riphagen, *MSR* nr. 24 2002., p. 14.

¹³ Artikel 7:400 lid 1 BW.

¹⁴ *PbEU*, 2013/C 161/03.

¹⁵ Artikel 7:629 BW.

¹⁶ Artikel 7:634 BW.

¹⁷ Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

¹⁸ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; Pennings 2018, par. 5.1.

(Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen).¹⁹ Bescherming welke op grond van de overeenkomst van opdracht ontbreekt.

Opdrachtgevers menen een overeenkomst van opdracht te sluiten met de schijnzelfstandige met daarbij behorende voordelen.²⁰ Voor deze opdrachtgevers kan het voordeliger zijn om een zelfstandige in te zetten dan een dure werknemer, omdat zij deze zelfstandige flexibeler kunnen inzetten en daardoor kunnen inspelen op eventuele fluctuerende werkdruk.²¹ Wanneer sprake is van een 'gebruikelijke' overeenkomst van opdracht bepaalt de zelfstandige zelf hoe hij zijn werk inricht, onder welke voorwaarden en met wie hij zaken doet. Hiervan is geen sprake bij schijnzelfstandigheid, omdat de schijnzelfstandige één opdrachtgever heeft, onder het gezag van de opdrachtgever werkt en niet zelf de voorwaarden waaronder hij werkt bepaalt.²² Een bepaling welke bij schijnzelfstandigheid door opdrachtgever wordt opgenomen in de overeenkomst van opdracht is dat uitdrukkelijk geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Zodoende wordt geprobeerd om de arbeidsrechtelijke bepalingen buiten beschouwing te laten.²³

Het gezagscriterium is het element dat een overeenkomst van opdracht onderscheidt van een arbeidsovereenkomst en is dan ook van cruciale betekenis bij de vraag of een schijnzelfstandige als werknemer gezien moet worden.²⁴ In de praktijk blijkt het in toenemende mate lastig te zijn om vast te stellen of sprake is van het uitoefenen van een gezagsverhouding door een werkgever.²⁵ De rechtspraak is zeer casuïstisch, de enkele conclusie welke getrokken kan worden is dat het gezag zich op verschillende wijze kan tonen.²⁶ De instructiebevoegdheid en organisatorische omstandigheden spelen een rol, maar de vraag is of deze twee gegevens het element gezag verduidelijken.²⁷

Centraal in dit onderzoek staat de arbeidsrechtelijke bescherming van de schijnzelfstandige. De tegenwoordige arbeidsmarkt is aan verandering onderhevig, de rechtspraak draait op volle toeren en schijnzelfstandigen lopen financiële risico's. Biedt het element gezag uit artikel 7:610 BW nog voldoende houvast voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst? En is de huidige ontwikkeling daarnaast wat betreft de 'moderne invulling' van het gezagscriterium een oplossing voor de discussies welke nu bestaan.

1.1. Onderzoeksonderwerp

In dit onderzoek zal de volgende hoofdvraag centraal staan:

'Biedt het element gezag uit artikel 7:610 BW nog voldoende houvast voor de eenduidige kwalificatie van een arbeidsovereenkomst?'

Onderstaande deelvragen dienen ter beantwoording van de hoofdvraag:

- Welke elementen kent artikel 7:610 BW en hoe worden deze uitgelegd?
- Hoe dient het element 'gezag' te worden uitgelegd?
- Is de holistische benadering nog relevant?
- Welk nadeel ondervindt een schijnzelfstandige onder het huidig artikel 7:610 BW?
- Wat wordt verstaan onder een 'moderne invulling' van het gezagscriterium?
- Biedt een 'moderne invulling' van het gezagscriterium voldoende rechtszekerheid voor een schijnzelfstandige?

¹⁹ Wet financiering sociale verzekeringen.

²⁰ Artikel 7:400 BW.

²¹ Dekker & de Beer, *Tijdschrift voor HRM*, 2/2015, p. 3.

²² Wielers, *TvA* 2019 (35) 2.

²³ Lamers, *RSV* 2020/233.

²⁴ Berg, van den, *AR Updates*, 2016-0046.

²⁵ Heijden, *NJB*, 1997/40, p. 1840.; Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*); Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (*Helping*); Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*).

²⁶ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 m.nt. de Bock, r.o. 8.4. (*Deliveroo/FNV*). PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, m.nt. A.G.de Bock, r.o. 9.9. (*Participatieplaats*).

²⁷ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 41.

1.2. Doelstelling en maatschappelijke relevantie

Dit onderzoek dient ten doel duidelijkheid te geven over de bescherming van de schijnzelfstandige op grond van artikel 7:610 BW. Duidelijk dient te worden op welke wijze de elementen van artikel 7:610 BW moeten worden uitgelegd en of het gezagscriterium van doorslaggevende betekenis is. Daarnaast zal de 'moderne invulling' van het gezagscriterium onderzocht worden waardoor inzicht gegeven wordt wat hieronder wordt verstaan en of dit criterium discussie kan gaan voorkomen.

De maatschappelijke relevantie van dit onderzoek blijkt uit het feit dat de rechtspraak op volle toeren draait betreffende de schijnzelfstandigheid. Grote bedrijven zoals Uber en Deliveroo maken gebruik van zelfstandigen maar gedragen zich als werkgever. Een onwenselijke situatie welke aandacht verdient. Er vinden ontwikkelingen plaats in de rechtspraak welke aandacht en verduidelijking verdienen. De gevolgen van het werken als schijnzelfstandige kan groot zijn en het is dan ook doel om meer duidelijkheid en inzicht te geven in deze materie.

1.3. Onderzoeksmethode

Ter beantwoording van de hoofd- en deelvragen is een kwalitatief literatuuronderzoek verricht. Ter wetenschappelijke onderbouwing zijn daarvoor de volgende bronnen geraadpleegd; (online) bibliotheken, wetten, parlementaire geschiedenis, nationale en internationale jurisprudentie, boeken en arbeidsrechtelijke tijdschriften. Om de slag naar de praktijk te maken en daarbij het doel van het onderzoek in oog te houden is een rol toegeschreven aan de visie van A.G. de Bock met haar noot bij de uitspraak van het Hof Amsterdam inzake Deliveroo en haar maaltijdbezorgers.

2. Beoordeling elementen artikel 7:610 BW

2.1. Inleiding

Het individuele arbeidsrecht ziet op het materiële arbeidsrecht, oftewel de inhoudelijke normen welke tussen werkgever en werknemer gelden.²⁸ Wanneer partijen een overeenkomst sluiten hetgeen een arbeidsovereenkomst is, dan is titel 7:10 BW (arbeidsovereenkomstenrecht) en andere wet- en regelgeving welke de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt nemen van toepassing.²⁹ Arbeid kan ook op zelfstandige basis worden uitgevoerd waar in een hoofdstuk 5 verder inhoudelijk op in wordt gegaan. Het belang van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst is tweeledig. Enerzijds brengt titel 7:10 BW bescherming met zich mee voor de werknemer. Anderzijds bestaat er een verzekeringsplicht voor sociale verzekeringen (WW, WIA en ZW) en een fiscale inhoudingsplicht inkomstenbelasting bij de arbeidsovereenkomst.³⁰ De jurisprudentie over de kwalificatievraag is aanzienlijk, een reden hiervoor is onder andere door de verscheidenheid aan betrokkenen, namelijk; de werkgever, werknemer, het UWV, de Belastingdienst en een eventuele pensioenverstrekker en daarnaast ook de belangen van deze betrokkenen.³¹

In volgende paragrafen worden de elementen uit artikel 7:610 BW nader beschouwd waarbij eerst wordt ingegaan op de achtergrond van het artikel en vervolgens op de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

2.1.1. Achtergrond artikel 7:610 BW

In het eerste Burgerlijk Wetboek was geen specifiek artikel opgenomen dat zag op de arbeidsovereenkomst zoals wij deze nu kunnen. Deze regeling was zeer beperkt en bestond uit slechts 5 artikelen.³² In titel VII van het Burgerlijk Wetboek van 1838 waren twee soorten overeenkomsten opgenomen, waarbij één van deze twee overeenkomsten zag op de overeenkomst van de huur van diensten, werk en nijverheid.³³ Omdat de groep werkenden die voor een 'baas' gingen werken groeide door de industriële revolutie, begon ook de noodzaak voor inhoudelijke regelgeving te groeien.³⁴ Daarnaast werd de werkende als 'zwakkere' partij gezien nu deze in een hiërarchisch onderschikte verhouding stond ten opzichte van de sterkere 'baas'.³⁵ Destijds was de nieuwe regeling dus al toegespitst op de machtsverhouding tussen werkgevers en werknemers.³⁶ Pas in 1909 is op 1 februari de 'Wet op de arbeidsovereenkomst' in werking getreden.³⁷ Dit artikel luidde als volgt; '*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst, waarbij de eene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, den werkgever, tegen loon, gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*'. Hetgeen dezelfde inhoud betreft als het huidige artikel 7:610 BW; '*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, tegen een loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*'.³⁸ Bij wet van 6 juni 1996 is de huidige titel 7.10 BW (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek vastgesteld.³⁹ De regeling is grotendeels dwingend recht.⁴⁰

2.1.2. Kwalificatie van de arbeidsovereenkomst

Bij de kwalificatievraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst dient allereerst worden uitgegaan van de tekst van de arbeidsovereenkomst. De bedoeling van betrokken partijen wordt weergegeven in deze arbeidsovereenkomst, maar de arbeidsovereenkomst is echter vormvrij wat

²⁸ Drongelen & Fase 2015, p. 25.

²⁹ Drongelen & Fase 2015, p. 32.

³⁰ Lamers & Ermers 2014.

³¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 m.nt. Lamers (*Participatieplaats*).

³² Said, *ArA* 2017.

³³ Art. 1583 BW 1838.

³⁴ Lamers.

³⁵ Lamers, *RSV* 2020/233; Verhulp, *AA* 2005/5.

³⁶ Said 2022, p. 33.

³⁷ Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

³⁸ Said, *ArA* 2017.; Artikel 7:610 BW.

³⁹ Wet van 6 juni 1996, Stb. 1996/406, in werking getreden op 1 april 1997 (Stb. 1997/37).

⁴⁰ Verhulp 2003.

betekent dat partijen eveneens mondeling een arbeidsovereenkomst kunnen sluiten.⁴¹ Of partijen zich hebben willen verbinden aan elkaar dient te worden getoetst aan de wilsvertrouwensleer.⁴² Oftewel het antwoord hangt af van wat partijen over en weer verklaarden alsook zij uit elkaars verklaringen en gedragingen afleidden én redelijkerwijs mochten afleiden. Wanneer vastgesteld kan worden dat partijen de overeenkomst zo hebben ingevuld dat de ene partij zich heeft verbonden arbeid te verrichten tegen betaling van de andere partij komt men aan bij de vraag of er dan ook sprake is van een arbeidsovereenkomst. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst zal onder andere aan de hand van het Haviltex- arrest moeten worden getoetst waarin is bepaald dat niet enkel naar de letter van de overeenkomst gekeken dient te worden, maar ook naar wat partijen over en weer naar elkaar hebben verklaard en hetgeen zij redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten.⁴³

Wanneer aan alle elementen uit artikel 7:610 BW wordt voldaan is in beginsel sprake van een arbeidsovereenkomst. In het artikel is het volgende bepaald; '*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, tegen een loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten*'.⁴⁴ Hieruit kan men de volgende cumulatieve voorwaarden teruglezen;

- De werkgever dient *loon* te betalen.
- De werknemer is verplicht de *arbeid* persoonlijk te verrichten.
- De arbeid wordt verricht 'in dienst van' de werkgever. In de literatuur wordt gesproken van het criterium van *gezag*.⁴⁵

Niet van belang is daarnaast of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten.⁴⁶ Oftewel; de bedoeling van partijen dient te worden getoetst aan de Haviltex- maatstaf waardoor vervolgens de overeenkomst kan worden gekwalificeerd.⁴⁷ Op deze benadering wordt later in hoofdstuk 3 verder ingegaan.

Wanneer men voorgaande leest zal denken dat de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst eenvoudig is, maar niets is minder waar en er bestaat veel discussie hetgeen terug te vinden is in de vele jurisprudentie en literatuur over het vraagstuk. Zo overweegt Trap dat wanneer partijen uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend geen arbeidsovereenkomst sluiten, het een logisch gevolg is dat de werkende geen aanspraak kan maken op de regels omtrent de arbeidsrechtelijke bescherming. De maatschappelijke positie van de werkende zou tevens geen rol moeten hebben nu deze Multi-interpretabel is. Hij stelt daarbij wel dat de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer het aannemen van een arbeidsovereenkomst wel zou kunnen versnellen.⁴⁸ Lamers en Ermers geven over het eerste punt terecht aan dat dit wel heel optimistisch gedacht is, nu een werknemer in een afhankelijkheidsrelatie staat waardoor zijn onderhandelingspositie als werknemer ondergeschikt is.

Voorgaande is een korte en onvolledige vooruitblik op de pijnpunten welke bestaan omtrent de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en dat dit niet eenvoudig is zal in het vervolg van dit stuk duidelijk worden waarbij het element gezag uitdrukkelijk inhoudelijk zal worden beoordeeld en in hoofdstuk 4 nader worden beschouwd.

2.1.3. Het element loon

Een werkgever is op grond van artikel 7:610 BW verplicht de werknemer loon te betalen als tegenprestatie voor het verrichten van werkzaamheden. Het Burgerlijk Wetboek bevat geen definitie van het element loon, maar is in de rechtspraak gedefinieerd als '*de vergoeding door den werkgever aan den werknemer verschuldigd ter zake van den bedongen arbeid*'.⁴⁹ Hoewel dus geen definitie is opgenomen in het wetboek, bevat deze wel nadere regels over de vorm. Het loon kan een geldelijke vorm hebben, maar mag ook op andere wijze worden voldaan, op grond van artikel 7:617 BW bestaat een limitatieve mogelijkheid hiervoor. Zo kan het loon ook bestaan uit zaken voor persoonlijk gebruik van de werknemer, denk daarbij aan het gebruik van een woning

⁴¹ Drongelen & Fase 2015, p. 32

⁴² HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Mahli*).

⁴³ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

⁴⁴ Artikel 7:610 BW.

⁴⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015 nr. 20.

⁴⁶ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

⁴⁷ Verhulp, *TRA* 2021/55.

⁴⁸ Trap, *AR* 2007/23; Lamers & Ermers 2014.

⁴⁹ Said 2022, p. 67. HR 18 december 1853, ECLI:NL:HR:1953:219, tevens NJ 1954, 242 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Zaal/Gossink*).

of effecten.⁵⁰ Wanneer er bijvoorbeeld een loon in natura wordt afgesproken als tegenprestatie voor het verrichten van werkzaamheden wordt dit dus ook als loon gezien.⁵¹

Wanneer van geen tegenprestatie sprake is kan ook geen sprake zijn een arbeidsovereenkomst.⁵² Er kan echter wel discussie ontstaan of de tegenprestatie welke partijen afspreken loon is, zo heeft een winnaar van het televisieprogramma Expeditie Robinson geen loon ontvangen omdat het prijzengeld geen tegenprestatie was voor de 'bedongen arbeid' en zodoende kon dan ook geen sprake van een arbeidsovereenkomst zijn.⁵³ Bij een ander televisieprogramma 'De Gouden Kooi' werd het verdiende prijzengeld echter wel als loon gezien nu Talpa de prijs heeft verstrekt op grond van de arbeidsovereenkomst.⁵⁴ Een vrijwilliger of een stagiair heeft echter ook geen arbeidsovereenkomst nu een onkostenvergoeding niet als loon gezien kan worden.⁵⁵

2.1.4. Het element arbeid

Een werknemer is verplicht om als tegenprestatie voor het loon persoonlijk arbeid te verrichten.⁵⁶ Het begrip 'arbeid' moet ruim worden uitgelegd en kan van zowel lichamelijke als geestelijke aard zijn.⁵⁷ Hoewel arbeid dus ruim uitgelegd moet worden is het wel noodzakelijk om aan een aantal voorwaarden te voldoen om van arbeid in de zin van artikel 7:610 BW te kunnen spreken.⁵⁸ Arbeid betekent niet dat ook daadwerkelijke activiteit wordt verwacht hoewel een bepaalde mate van activiteit vereist is, beschikbaarheids- en slaapdienst kunnen bijvoorbeeld ook als arbeid gezien worden.⁵⁹ Daarnaast dient een werknemer werkzaamheden voor de werkgever uit te voeren en niet ten behoeve van hemzelf, anderzijds is het niet noodzakelijk dat de werknemer gedurende zijn dienstverband altijd concreet werkzaamheden verricht zodat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een werknemer kan tijdens zijn dienstverband wegens ziekte uitvallen of werkgever kan een werknemer op non-actief stellen, hetgeen niet betekent dat van geen arbeidsovereenkomst meer sprake is.⁶⁰

In de praktijk zijn verschillende soorten arbeid te verrichten, zo dient ook een onderscheid gemaakt te worden tussen wel en niet productieve arbeid.⁶¹ De vraag naar de productieve arbeid doet zich met name voor bij werk-leerovereenkomsten waarbij een leerelement bestaat, maar wat niet betekent dat de overeenkomst uitsluit dat de arbeid ook enige economische waarde heeft voor de organisatie en er dus sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.⁶² In het arrest Hesseling/Ombudsman is overwogen dat in dat geval dient te worden onderzocht of en in hoeverre werkzaamheden gericht zijn op het uitbreiden van de kennis en ervaring en het voltooien van de opleiding van de werkende.⁶³ Het enkele feit dat arbeid economische waarde heeft voor de organisatie betekent dus niet sprake is van arbeid in de zin van artikel 7:610 BW.⁶⁴ Het leer-element brengt anderzijds niet direct mee dat er geen sprake is van arbeid in de zin van artikel 7:610. Zo werd van belang geacht dat promotieonderzoeken bijdragen aan de maatschappelijke doelstelling en de financiële voordelen voor de universiteit bij het realiseren van promoties.⁶⁵

Zoals hierboven aangegeven dient een werknemer de arbeid persoonlijk te verrichten. Uit artikel 7:659 lid 1 BW blijkt daarnaast dat hij zich zonder toestemming van werkgever niet kan laten vervangen. Deze verplichting is pas terug te lezen in afdeling 7 van Titel 7.10 BW waardoor afgevraagd kan worden of het persoonlijke verrichten van arbeid als grond voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst moet worden gezien.⁶⁶ A.G. de Bock heeft in haar recente conclusie opgewerkt dat wanneer een werknemer zich wel zondermeer zou kunnen laten vervangen erin

⁵⁰ Artikel 7:617 lid 1 sub a t/m e BW.

⁵¹ HR 12 oktober 2001, L/JN ZC3681.

⁵² Said 2022, p. 67. Ktr. Groningen 24 november 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU9610, tevens JAR 2012/23, r.o. 4.4.

⁵³ Rb. Zeeland-West-Brabant 16 april 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1847.

⁵⁴ HR. 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5409 r.o. 3.3.1. (*Terror Jaap*); Lamers & Ermers 2014.

⁵⁵ Alt, MSR 2017/17.

⁵⁶ Artikel 7:659 lid 1.

⁵⁷ Drongelen & Fase 2015, p. 33.

⁵⁸ Said 2022, p. 60.

⁵⁹ Said 2022, p. 60. HvJ EG, 9 september 2003, C-151/02. Alt, MSR 2017/17.

⁶⁰ Drongelen & Fase 2015, p. 33.

⁶¹ Said 2022, p. 60.; Wolff AR 2012/16.

⁶² Said 2022, p. 60.

⁶³ Said 2022, p. 60; HR 29 oktober 1982, L/JN AC0442, NJ 1983, 230 r.o. 2.3 (*Hesseling/Ombudsman*).

⁶⁴ Said 2022, p. 60; HR 29 oktober 1982, L/JN AC0442, NJ 1983, 230 r.o. 2.3 (*Hesseling/Ombudsman*); HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (UvA/ Beurspromovendi).

⁶⁵ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (UvA/ Beurspromovendi).

⁶⁶ Said 2022, p. 63.; Bartens, TvAO 2019/1

beginsel ook geen sprake zou kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst.⁶⁷ De Bock stelt dat het om een wederzijdse verplichting van werkgever en werknemer gaat. Voorgaande zou overigens niet betekenen dat wanneer een werknemer zich wél kan laten vervangen geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bartens is een andere mening aangedaan en betoogt dat bij de kwalificatievraag alle feiten en omstandigheden dienen te worden meegewogen waarbij het persoonlijk verrichten van arbeid eveneens een rol kan spelen.⁶⁸ De Hoge Raad heeft onlangs nog overwogen in haar *Deliveroo*- arrest dat de vervangingsmogelijkheid voor de bezorgers in dat geval zeer gering was en dat de bezorgers wegens alle overige omstandigheden van het geval wel werkzaam waren onder een arbeidsovereenkomst.⁶⁹ Ook hier bleek de vervangingsmogelijkheid en het persoonlijk verrichten van arbeid dus geen constitutief vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Ook in de Europese rechtspraak heeft het HvJ overwogen dat de mogelijkheid voor een werkende om zich te laten vervangen of in te schakelen een reden is dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Hierbij dient voorafgaand echter wel worden nagegaan of geen sprake is van schijnzelfstandigheid en volgens A.G. de Bock ondergeschiktheid van de werkende aan de werkverschaffer.⁷⁰

2.1.5. Het element gezag

Een werknemer verricht werkzaamheden onder het gezag van de werkgever en dit element vloeit voort uit de woorden 'in dienst van' in artikel 7:610 BW. Dit element onderscheidt een arbeidsovereenkomst ook van de overeenkomst van opdracht en is sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 het meest onderscheidende element bij de kwalificatievraag van de arbeidsovereenkomst.⁷¹ In de memorie van toelichting van de Wet op de Arbeidsovereenkomst wordt het gezagselement verbonden aan het voor werkgever komende rekening en risico dat behoort bij economische resultaten van een werknemer.⁷² Anderzijds staat een werknemer in een hiërarchische verhouding met werkgever en de werknemer dient aanwijzingen en instructies betreffende de inhoud van de werkzaamheden in beginsel op te volgen.⁷³ Het is echter niet noodzakelijk dat een werkgever ook daadwerkelijke instructies geeft, maar van belang is dat de werkgever de instructies kan geven.⁷⁴

In de literatuur wordt het 'in dienst van' uit artikel 7:610 BW vaak op dezelfde wijze beoordeeld als het 'gezag'.⁷⁵ Ook bij dit element wordt geen definitie gegeven door de wetgever, maar een gezagsverhouding zou op grond van de volgende punten kunnen worden aangenomen; namelijk voor wiens risico het werk wordt verricht, of sociaalrechtelijke premies worden afgedragen of dat de werkende btw afdraagt, of dat de werkende vakantiedagen krijgt, wordt het werk binnen organisatorisch verband verricht en of er bijvoorbeeld sprake is van duurzame of incidentele arbeid.⁷⁶ Van belang is dat al deze punten worden meegewogen en dat niet één element van doorslaggevende betekenis is.

De maatschappelijke en economische ontwikkelingen hebben een invloed op de uitleg van het gezagscriterium. In de rechtspraak en in de literatuur blijkt nog veel discussie betreffende dit criterium en A.G. de Bock constateert dan ook dat dit criterium duidelijkheid verdient.⁷⁷ Hoewel het meest onderscheidende element, blijkt dit ook het meest ter discussie staande element. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op het gezagscriterium.

⁶⁷ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 onder 7.7-7.15. (*Participatieplaats*); HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*); HR 21 maart 1969, NJ 1969/321 (*Heger/De Geïllustreerde Pers*).

⁶⁸ Said 2022 p. 63, Bartens, *TvAO* 2019/1, p. 7-15.

⁶⁹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).r.o.3.2.5.; Huisman, *TAP*, 2019/278.

⁷⁰ HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*); HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*), r.o. 9.6.

⁷¹ Artikel 7:400 BW.; Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324). Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 39.; Meijers 1923-1924.

⁷² Zwemmer 2018 (Position Paper), p. 1.; Bles 1907-1909 I/IV.

⁷³ Artikel 7:660 BW.; Ook in artikel 7:659 BW is het gezag van werkgever terug te vinden namelijk de toestemming van werkgever bij de vervangingsmogelijkheid van werknemer, zie ook paragraaf 2.2.4.

⁷⁴ HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653. (*Prostituees*).

⁷⁵ PHR 28 oktober 20220, ECLI:NL:PHR:2022:1095 m.nt. Van Peursesem (*Treffina*); HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0280, NJ 1992/173 (*Kruis/Christelijk Gereformeerde Kerk*)

⁷⁶ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020; PHR 28 oktober 20220, ECLI:NL:PHR:2022:1095 m.nt. Van Peursesem (*Treffina*).

⁷⁷ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (*Deliveroo*) r.o. 8.2.

2.1.6. Het element 'gedurende een zekere tijd'

De essentie van de arbeidsovereenkomst is dat een werknemer 'gedurende zekere tijd' arbeid verricht voor een ander onder zijn gezag en daarvoor loon ontvangt. De wet biedt geen invulling van dit element, maar conform Memorie van Toelichting is dit element opgenomen om de duurzaamheid van de rechtsbetrekking uit te leggen en daarbij de arbeidsovereenkomst te onderscheiden van een overeenkomst voor de uitvoering van diensten.⁷⁸

Er bestaan ook verschillende visies in de literatuur of dit element wel een rol van betekenis speelt bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Zo is Verhulp van mening dat deze bewoordingen geen betekenis dienen te hebben⁷⁹, maar Loonstra & Zondag van mening waren dat deze woorden de duurzaamheid van de relatie benadrukken.⁸⁰ Hoewel er verschillende inzichten bestaan over de rol van betekenis van het element is de heersende opvatting dat het element niet van doorslaggevende betekenis is bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst hetgeen.⁸¹ Opvallend is echter wel dat de Hoge Raad in haar recente Deliveroo- arrest het element wel meeneemt in haar beoordeling bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.⁸²

Wat exact wordt bedoeld met 'gedurende een zekere tijd' is onduidelijk. De wet geeft niet aan dat wanneer een werknemer bijvoorbeeld 8 uur per week werkt dit een indicatie is voor het voldoen aan het element 'gedurende een zekere tijd'.⁸³ Wanneer hobbymatig eens in de zoveel tijd een huisdier wordt uitgelaten en er niet uitgegaan kan worden van een structureel inkomen, dan is de verrichte arbeid van dusdanig incidentele aard, dat niet gesproken kan worden van arbeid 'gedurende een zekere periode'.⁸⁴ In artikel 7:610a BW is echter een bewijsvermoeden opgenomen waarin een rechtsvermoeden is neergelegd en waar is bepaald dat: *'Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.'*⁸⁵ Dit betekent echter niet dat wanneer een dienstverband een lagere arbeidsomvang heeft geen sprake kan van een arbeidsovereenkomst.⁸⁶ De wetgever heeft deze 'gedurende zekere tijd' willen behouden wanneer het gezagscriterium te weinig 'relief' biedt. Bennaars heeft voorgesteld, dat wanneer bij platformwerk het gezag niet van doorslaggevende betekenis kan zijn, het element 'gedurende zekere tijd' meer invloed zou moeten bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.⁸⁷

Het element 'gedurende zekere tijd' kan ook van belang zijn bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst wanneer het gezagscriterium onvoldoende houvast biedt. Zo is in het Appellukkers arrest overwogen dat of er sprake is van een gezagsverhouding niet enkel van belang is wanneer werknemers vrijheid hebben in het komen en gaan, zeker niet wanneer het om incidenteel en het gedurende een korte periode verrichten van arbeid.⁸⁸

2.2. Onderscheid arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht

Op grond van artikel 7:400 lid 1 BW is *'de overeenkomst van opdracht overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken'*. In dit artikel wordt dus uitdrukkelijk uitgesloten dat wanneer sprake is van een overeenkomst van opdracht er nimmer sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. In lid 2 van artikel 7:400 BW is een door de literatuur genoemde uitschakelbepaling opgenomen waaruit blijkt dat partijen zich niet kunnen onttrekken aan de dwingendrechtelijke bepalingen uit Titel 10:7 BW

⁷⁸ Kamerstukken II 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

⁷⁹ Verhulp, TRA 2014/24.

⁸⁰ Loonstra & Zondag 2010.

⁸¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 5.5. m.nt. A.G. de Bock (*Participatieplaats*); Asser/Heerma van Voss 7-V 2015 nr. 20.; zie HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149.

(*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.; zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2017/371, r.o. 3.5. (*Care4Care*).

⁸² HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.2. (*Deliveroo*).

⁸³ Loonstra & Zondag 2010; Meijers 1923-1924

⁸⁴ Kruit & Ouwehand, TRA 2018/58.

⁸⁵ Artikel 7:610a BW.

⁸⁶ Kamerstukken II 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

⁸⁷ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 5.5. m.nt. A.G. de Bock (*Participatieplaats*); Kamerstukken II 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.; Said, ArA 2017/01. Bennaars 2018 (Position Paper).

⁸⁸ HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165, BNB 1997/273 m.nt. J. Brunts, r.o. 4.3. (*Appellukkers*).

en daarbij Titel 7:7 BW buiten toepassing kunnen verklaren op gesloten overeenkomst.⁸⁹ Met de combinatie van de leden 1 en 2 van artikel 7:400 BW heeft de wetgever gemeend een vangnetregeling op te stellen waarbij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht enkel en alleen te beoordelen is aan de hand van artikel 7:610 lid 1 BW, en dus de daarin opgenomen elementen.⁹⁰ Niet mogelijk is dat partijen op eigen gezag besluiten dat sprake is van een overeenkomst van opdracht terwijl de gesloten overeenkomst aan de elementen van artikel 7:610 lid 1 voldoet.⁹¹ Is de overeenkomst een overeenkomst van opdracht, dan zijn de bepalingen van art. 7:401 tot en met 7:413 BW van toepassing. Niet al deze bepalingen zijn van dwingend recht waardoor partijen mogen afwijken.

De kwalificatievraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst of van een overeenkomst van opdracht is om in ieder geval twee redenen van belang. Het belang van de kwalificatievraag bij een overeenkomst, is de eerdergenoemde bescherming van de in de titel 7:10 BW opgenomen bepalingen voor een werknemer. Een werknemer heeft onder andere recht op loondoorbetaling tijdens ziekte⁹², vakantie⁹³ en een minimumloon.⁹⁴ Tevens geniet een werknemer ontslagbescherming⁹⁵ en geldt voor een werkgever een verzekeringsplicht voor de WW (Werkloosheidswet), ZW (Ziektewet) en de WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen).⁹⁶ Bescherming welke op grond van de overeenkomst van opdracht ontbreekt.

2.3. Rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst

Ter vermindering van het gebruik van schijnconstructies en ter bevordering van het onderling oplossen van geschillen over de aard van de arbeidsverhouding is artikel 7:610a BW opgenomen ten tijde van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid.⁹⁷ In dit artikel is bepaald dat *'Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste 20 uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst'*⁹⁸. Het beoogde doel van het opnemen van dit artikel was tweeledig. Zo volgt uit de Memorie van Toelichting dat het artikel enerzijds houvast moet bieden wanneer de arbeidsomvang niet of onvoldoende is overeengekomen en anderzijds wanneer er structureel meer dan de overeengekomen arbeidsduur wordt gewerkt.⁹⁹ Wanneer geen onduidelijkheid bestaat over het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst, kan ook geen beroep gedaan worden op artikel 7:610a BW.¹⁰⁰ In het recente Deliveroo- arrest is door de FNV ook aangevoerd dat de gemiddelde duur van de opdrachten het beroep door de bezorgers op 7:610a BW rechtvaardigt. Dit is door het Hof erkend, maar was niet van doorslaggevende betekenis bij het eindoordeel.¹⁰¹

⁸⁹ Lamers & Ermers 2014.

⁹⁰ Lamers & Ermers 2014.

⁹¹ Lamers & Ermers 2014.; Verhulp, *TRA* 2014/24.

⁹² Artikel 7:629 BW.

⁹³ Artikel 7:634 BW.

⁹⁴ Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁹⁵ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; Pennings 2018, par. 5.1.

⁹⁶ Wet financiering sociale verzekeringen.

⁹⁷ Said 2022, p. 52.; *Kamerstukken II* 1996/97, nr. 3, p. 4-5 (Memorie van Toelichting).

⁹⁸ Art. 7:610a BW.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, nr. 3, p. 22-23.

¹⁰⁰ Beltzer, Verhulp, Boonstra, Christe & Riphagen, *MSR* nr. 24 2002.

¹⁰¹ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:39, r.o. 3.10.1. (*Deliveroo/FNV*).

3. Groen/Schoevers en recente rechtsontwikkelingen

3.1 Inleiding

Zoals hierboven besproken vormen de elementen 'loon, arbeid en gezag' de kernbegrippen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Voorts bestaat echter nog veel discussie over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en de vraag is dan ook of deze kernbegrippen voldoende duidelijk zijn. Het 'in dienst van' oftewel de gezagsverhouding heeft de meeste discussie opgeleverd en levert nog steeds discussie op. Sinds het Groen/Schoevers arrest van 14 november 1997 is echter meer duidelijkheid gekomen in deze discussie ware het niet dat recente rechtspraak en maatschappelijke ontwikkelingen de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst een heet hangijzer laten zijn. De ruimte welke het Groen/Schoevers heeft gelaten betreffende de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst heeft er in de praktijk ertoe geleid dat veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de overeenkomst van opdracht waarbij uitdrukkelijk wordt opgenomen dat van geen arbeidsovereenkomst sprake kan zijn.¹⁰² De Hoge Raad heeft in 2020 in het Participatieplaats- arrest nadere duidelijkheid gegeven over de wijze waarop het Groen/Schoevers- arrest moet worden uitgelegd. De recente rechtsontwikkelingen zien op de schijnzelfstandige platformwerkers waarbij het de vraag is of zij terecht onder een overeenkomst van opdracht werken of dat zij als kwetsbare werkenden ook de bescherming van het arbeidsrecht verdienen. Op 24 maart 2023 heeft de Hoge Raad hierin uitspraak gedaan in het Deliveroo-arrest.

In de volgende paragrafen zullen er drie arresten worden besproken in volgorde van oud naar meest recent. Vervolgens zal ingegaan worden op de uit deze arresten voortvloeiende 'tweefasenleer' en de holistische weging.

3.1.1 Groen/Schoevers

Het Groen/Schoevers- arrest is een klassieker bij de kwalificatievraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dit arrest stond de vraag centraal of docent Groen in een gezagsverhouding stond tot Schoevers (opleidingsinstituut). Ingevolge het Groen/Schoevers arrest dienen voor de kwalificatievraag alle relevante feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang te worden bezien waarbij geen enkel feit op zichzelf staand van doorslaggevende betekenis is. Niet enkel en alleen van belang is daarnaast wat partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden, maar eveneens op welke wijze partijen feitelijk uitvoering en invulling hebben gegeven aan de overeenkomst.¹⁰³ De Groen/Schoevers visie is dus tweeledig.¹⁰⁴ Het aspect waarbij alle relevante feiten en omstandigheden dienen worden te bekeken wordt ook wel de holistische benadering genoemd waarover in paragraaf 3.3 meer. Het tweede aspect ziet op de partijbedoeling en de precieze verhouding en feitelijke uitvoering tussen partijen. De Hoge Raad heeft in het Groen/Schoevers arrest overwogen; *'Hiermee heeft de Rechtbank kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'*.¹⁰⁵ Uit voorgaande blijkt dat de partijbedoeling een rol zou moeten spelen bij de kwalificatievraag en niet enkel de feitelijke uitvoering van partijen.¹⁰⁶ In paragraaf 3.2 zal hier verder op in worden gegaan.

3.1.2 Participatieplaats- arrest

In dit hiervoor kort genoemde arrest stond wederom de kwalificatievraag centraal. In deze zaak werkt een IOAW- uitkeringsgerechtigde vrouw gedurende 2 keer 6 maanden op een participatieplaats bij de gemeente Amsterdam. Zij blijft gedurende de werkzaamheden haar IOAW- uitkeringen ontvangen en nadien ontvangt zij een zogenoemde stimuleringspremie. Mevrouw stelt zich na afloop van deze periode op het standpunt dat zij dezelfde werkzaamheden

¹⁰² Lamers, RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.14; Peters, TRA 2020/52.

¹⁰³ HR 14 november 1997, NJ 1998/149, (Groen/Schoevers).; Said, TAP 2019/152.

¹⁰⁴ Jansen & Loonstra, TAP, 2010/1.

¹⁰⁵ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 r.o. 3.5. (Groen/Schoevers).

¹⁰⁶ Boot, AR 2015/14.

verrichte als een uitzendkracht en dat om die reden sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst en vordert vervolgens nabetaling van loon. Rechtbank en hof wijzen haar vorderingen af en het hof overwoog onder andere dat het nimmer de bedoeling van partijen is geweest een arbeidsovereenkomst te sluiten. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en heeft vervolgens overwogen dat het er bij de kwalificatievraag om gaat of de overeengekomen rechten en verplichten voldoen aan de wettelijke omschrijving van artikel 7:610 BW.¹⁰⁷ Het is daarbij niet van belang of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst te sluiten.¹⁰⁸

In het Participatieplaats- arrest werd tevens duidelijk dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen de uitleg van de arbeidsovereenkomst en de kwalificatie van de overeenkomst. Aan de hand van de Haviltex- maatstaf dient te worden bepaald welke rechten en verplichtingen partijen over een weer zijn overeengekomen.¹⁰⁹ Dit wordt ook wel de 'tweefasenleer' genoemd waardoor blijkt dat partijen onderling de kwalificatie van de overeenkomst niet in eigen hand hebben.¹¹⁰ Hierover in paragraaf 3.2 meer.

3.1.3 Deliveroo

Ook in deze zaak was het de vraag of de bezorgers van Deliveroo werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst.¹¹¹ De zaak zag met name op de vraag of voldaan werd aan het gezagscriterium en in verband daarmee de betekenis van het ondernemerschap van de bezorgers. In het volgende hoofdstuk zal uitgebreid stilgestaan worden bij de invulling van gezagscriterium.

Sinds 2005 dreef Deliveroo een digitaal platform waarop klanten bij verschillende onafhankelijke restaurants eten konden bestellen en waarbij deze bestelling en betaling via het platform verliep. Sinds juli 2018 besloot Deliveroo om de bezorgers via een, in hun ogen, overeenkomst van opdracht te laten werken en de bezorgers per afgeleverde bestelling te betalen. Bezorgers waren zelf verantwoordelijk voor hun facturering, fiets en smartphone, maar zij konden zich ook laten vervangen en waren dus niet verplicht om persoonlijk arbeid te verrichten.¹¹² Het FNV kwam tegen voorgaande in verzet en stelde zich op het standpunt dat nog steeds sprake van een hiërarchische verhouding en dat dus sprake was van een arbeidsovereenkomst. Hierbij was volgens het FNV onder meer van belang dat geen sprake was van een onderhandelbare overeenkomst. De rechtbank ging mee in de visie van het FNV en oordeelde vervolgens dat nog steeds sprake was van een werkgever en werknemer verhouding.¹¹³ Het hof concludeerde in haar arrest dat het feit dat de bezorgers vrij waren zich te vervangen eerder op afwezigheid van een arbeidsovereenkomst wijst, maar dat de overige omstandigheden van het geval wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst.¹¹⁴ De Hoge Raad heeft de uitleg van het hof bevestigd en overweegt of sprake is van een arbeidsovereenkomst moet worden getoetst aan de hand van alle omstandigheden van het geval en deze dienen in onderling verband worden gezien.¹¹⁵

3.2 De 'tweefasenleer'

Hiervoor is al kort verwezen naar de 'tweefasenleer' welke enerzijds bestaat uit de uitlegfase en aan andere kant de kwalificatie fase. Hoewel deze wijze van onderscheid in twee fasen ook terug is te lezen in het Groen/Schoevers arrest heeft de Hoge Raad deze twee fasen pas in het Participatieplaats- arrest uitdrukkelijker gemaakt.¹¹⁶

In het arrest Groen/Schoevers leek bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst de partijbedoeling een rol toegespitst, zelfs zo groot dat wanneer partijen de arbeidsovereenkomst

¹⁰⁷ Heinen & Mauser, *TAP 2023/4*.

¹⁰⁸ Heinen & Mauser, *TAP 2023/4*; HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 r.o. 3.2.2. (*Participatieplaats*). Said 2022, p. 101.

¹⁰⁹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 r.o. 3.2.2. (*Participatieplaats*). ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).

¹¹⁰ Said 2022, p. 93.

¹¹¹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

¹¹² HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

¹¹³ Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*).

¹¹⁴ Heinen & Mauser, *TAP 2023/4*; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/62, m.nt. N.M.Q. van der Neut.

¹¹⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.12.1 (*Deliveroo*).

¹¹⁶ Said 2022, p. 92.; Conclusie A-G De Bock 17 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, waarbij De Bock verwijst naar het Inscharing- arrest waarbij de Hoge Raad overwoog of partijen de bedoeling hadden gehad een pachtovereenkomst te sluiten. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*).

hadden uitgesloten in de overeenkomst hier door feitenrechtters gewicht aan werd toegekend.¹¹⁷ Hetgeen vervolgens ook heeft geleid tot meer flexibiliteit op de arbeidsmarkt, in 2022 hadden meer dan 2,7 miljoen werkenden een flexibele arbeidsrelatie.¹¹⁸ En wanneer het hier gaat om de zogenoemde schijnzelfstandigen wordt het gebrek aan sociaalrechtelijke bescherming en de gevolgen daarvan als problematisch gezien waardoor verandering noodzakelijk lijkt.¹¹⁹

Ook door de Hoge Raad werd de partijbedoeling gewicht toegekend. Onder andere in het arrest Diosynth/Groot is dit bevestigd dan wel de indruk gewekt dat de partijbedoeling een rol zou moeten hebben bij de vraag of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst te hebben willen sluiten. In voorgaand arrest hebben opdrachtgever Diosynth en opdrachtnemer, mevrouw Groot, een overeenkomst van opdracht gesloten waaruit de bedoeling van partijen zou blijken dat geen sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad kende dit dusdanig gewicht toe en besloot dat van geen arbeidsovereenkomst sprake kon zijn.¹²⁰

In het Groen/Schoevers arrest heeft de Hoge Raad echter niet gesteld dat de partijbedoeling van doorslaggevende betekenis zou zijn bij de kwalificatievraag, maar heeft juist ruimte gelaten om deze partijbedoeling van betekenis te laten zijn.¹²¹ Volgens de Hoge Raad was datgene wat partijen voor ogen hadden bij het aangaan van de overeenkomst van doorslaggevende betekenis, en daarbij dient mede in aanmerking te worden genomen op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.¹²² Hierin leest met het onderscheidt tussen de fases, de uitleg- en kwalificatievraag terug. Het 'mede in aanmerking genomen' kan op tweeërlei wijze worden uitgelegd. Aan de ene kant kan worden gesteld dat van de partijbedoeling moet worden uitgegaan en dat deze bedoeling van partijen mede wordt bepaald door de wijze waarop uitvoering is aan de overeenkomst. Aan de andere kant dient de volledigheid tussen partijen worden meegewogen dus de partijbedoeling en daarnaast mede in aanmerking genomen de feitelijke uitvoering van de overeenkomst.¹²³

Over of de partijbedoeling überhaupt zou moeten worden meegewogen bij de kwalificatievraag wordt sinds Groen/Schoevers verschillend gedacht en waardoor de Hoge Raad ook ruimte is gelaten. Zo waren in de literatuur Jansen en Loonstra van mening dat de partijbedoeling een rol zou moeten spelen bij de kwalificatievraag, maar was Verhulp van mening dat de partijbedoeling van ondergeschikt belang is en Trap en Alt waren van mening dat zowel de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering parallel dienden te lopen.¹²⁴ In de rechtspraak is daarnaast door de Hoge Raad tot 2004 de rechtsoverweging maar eenmaal volledig woordelijk herhaald in het hiervoor aangehaalde Diosynth/Groot arrest en in overige rechtspraak is tot 2007 naar de rechtsoverweging betreffende de partijbedoeling slechts gedeeltelijk verwezen.¹²⁵

Uit latere rechtspraak is wat betreft de feitelijke uitvoering van werkzaamheden nog steeds de regel dat 'wezen voor schijn' gaat. Dit betekent dat als in de feitelijke arbeidsverhouding sprake is van loon, arbeid en gezag, er sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹²⁶ Het Hof van Justitie gaat op basis van de feitelijke situatie na of iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander tegen vergoeding en onder gezag prestaties levert.¹²⁷

In het besproken participatieplaats- arrest is de onduidelijkheid betreffende de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering, de invulling en de samenhang daarvan zo goed als weggenomen. De 'tweefasenleer' is hier uitdrukkelijk genoemd en heeft verduidelijking gegeven. De Hoge Raad overwoog dat de kwalificatievraag, of de overeengekomen rechten en verplichtingen overeenkomen aan artikel 7:610 BW, na de vraag dient te komen welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen (de uitlegfase). Wat partijen over en weer hebben afgesproken dient aan de hand van de Haviltex- maatstaf worden beantwoord.¹²⁸ Vervolgens kan beoordeeld

¹¹⁷ HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2024, JAR 2020/52.

¹¹⁸ 'Meer flexcontracten met zekerheid, maar ook meer zzp'ers', Cbs, laatst bijgewerkt op 14 februari 2023.

¹¹⁹ Said 2022, p.2.

¹²⁰ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*); Mauser, *AR* 2019/45; Said 2022, p. 90.

¹²¹ Lamers, *RSV* 2020/233.

¹²² Jansen & Loonstra, *TAP*, 2010/1.

¹²³ Said 2022, p. 95.

¹²⁴ Jansen & Loonstra, *TAP*, 2010/1; Verhulp 2018 (position paper); Verhulp, *AA* 2005/05.; Said 2022, p. 97, Alt *ORP* 2018/86, p. 24.

¹²⁵ Said 2022, p. 95.; HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, r.o. 3.5 (*Diosynth/Groot*); HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Mahli*).HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*).

¹²⁶ HR 14 april 2006, JAR 2006, 119 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*); Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

¹²⁷ HvJEEG 3 juli 1986, zaak C-66/86 (Lawrie Blum), punt 17.; Laagland 2018, p. 6.

¹²⁸ ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*)

worden of de overeenkomst voldoet aan rechten en verplichtingen uit artikel 7:610 BW (kwalificatie- fase).

Bij de toepassing van Groen/Schoevers werd gedacht dat alle omstandigheden in onderling verband zouden moeten worden gezien, dus de bedoeling van partijen, de feitelijke uitvoering en de maatschappelijke positie van partij van belang. Sinds het participatieplaats- arrest wordt de 'werkelijke' partijbedoeling waarbij voorgaande als één geheel dient te worden gezien van belang geacht bij de uitlegfase. Wat betekent dat niet enkel geldt hetgeen dat partijen in overeenkomst hebben bepaald, maar ook de wijze waarop feitelijk uitvoering wordt gegeven aan datgene wat is opgenomen in de arbeidsovereenkomst.¹²⁹ De uitlegfase uit het Groen/Schoevers is in het verleden aangeduid als het '*Haviltex-plus criterium*' wat nu ook wel degelijk gegrond lijkt.¹³⁰

A-G. de Bock heeft in lijn met haar conclusie in het participatieplaats- arrest in haar lezenswaardige advies aan de Hoge Raad bepleit dat de partijbedoeling niet meer relevant zou moeten zijn bij de kwalificatievraag, maar enkel hoe partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.¹³¹ De Hoge Raad heeft de Bock hier in zekere mate gevolgd en heeft geoordeeld dat bij de kwalificatievraag dient worden nagegaan of wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van artikel 7:610 BW. Daarbij is niet van belang of partijen ook een arbeidsovereenkomst voor ogen hebben gehad.¹³²

Voorgaande is onlangs tevens opnieuw bevestigd door de Hoge Raad in haar recente Deliveroo- arrest.¹³³ Heinen en Mauser stellen daarbij dat de uitlegfase niet teveel aandacht verdient en dat enkel en alleen aan de hand van de Haviltex- maatstaf moeten worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen overeengekomen zijn.¹³⁴ Zij merken daarbij wel op dat hetgeen wat na het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen mede bepalend kan zijn bij de uitleg van de overeenkomst, daarbij verwijzen en sluiten zij zich aan bij de conclusie van de A-G de Bock behorende bij het Deliveroo- arrest.¹³⁵

De Hoge Raad bevestigt vervolgens wat betreft de kwalificatiefase dat de bedoeling van partijen geen rol speelt of de overeengekomen overeenkomst onder het wettelijk kader van artikel 7:610 BW valt.¹³⁶ Naast de toetsing aan het wettelijk kader moet bij de kwalificatievraag gebruik worden gemaakt van de holistische benadering waar in de volgende paragraaf verder op in wordt gegaan.

3.3 *Holistische benadering*

Bij de kwalificatievraag, aldus de tweede vraag van de 'tweefasenleer', dient krachtens het hierboven besproken Groen/Schoevers- arrest bij de kwalificatievraag allereerst worden vastgesteld welke wederzijdse rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Hoewel de holistische benadering gekoppeld is aan het Groen/Schoevers arrest is deze term niet genoemd in dit arrest, maar is deze voor het eerst bijna tien jaar later benoemd door A-G Huydecoper in zijn conclusie bij het arrest UvA/Beurspromovendi.¹³⁷

Bij de holistische benadering gaat het om de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Aan de hand van de op die manier vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan vervolgens worden bepaald of de overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst bevat, of bijvoorbeeld die van een overeenkomst van opdracht. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend.¹³⁸ Naast voorgaand aspect bleek ook uit het Groen/Schoevers arrest dat niet één element van de arbeidsverhouding doorslaggevend zou zijn bij de kwalificatievraag, maar dat alle elementen in gezamenlijk verband dienen worden genomen inclusief de maatschappelijke positie van partijen.¹³⁹ Dat deze benadering tot veel discussie leidt

¹²⁹ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 39-42.

¹³⁰ Said 2022, p. 94; Alt, *ORP* 2018/86 p. 24; Jansen & Loonstra, *TAP*, 2010/1.

¹³¹ ECLI:NL:PHR:2020:698 conclusie A.G. de Bock (*Participatieplaats*).

¹³² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.2. (*Participatieplaats*). Seghrouchni, *Bb* 2023/20.

¹³³ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.3 en r.o. 3.2.4. (*Deliveroo*).

¹³⁴ Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4.

¹³⁵ Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4.; PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (*Deliveroo*). A-G de Bock in haar conclusie in de Deliveroo zaak § 7.16.

¹³⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.4. (*Deliveroo*).

¹³⁷ Said 2022, p. 1123; PHR 14 april 2006 ECLI:NL:PHR:2006:AU9722. (*UvA/Beurspromovendi*).

¹³⁸ Kruit, *MR online*, 9/2021.; Rechtbank Amsterdam 13 september 2021; ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.;

ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*)

¹³⁹ ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, *RvdW* 1997/231 (*Groen/Schoevers*).; Said, *TAP* 2019/152.; Jansen & Loonstra, *TAP*, 2010/1; Seghrouchni, *Bb* 2023/20.

blijkt wel uit de literatuur en de daarin terug te vinden verscheidenheid aan visies.¹⁴⁰ Deze discussies vloeien mede voort uit de verschillende arbeidsrelaties welke zijn ontstaan en bijvoorbeeld de schijnzelfstandigheid die daar soms uit voortvloeit.¹⁴¹ Volgens Duk is de problematiek rondom de kwalificatievraag niet los te zien van de holistische benadering en de Bock is van mening dat de holistische weging met name tot verwarring leidt en niets toevoegt.¹⁴² Zwemmer stelt dat er afscheid genomen dient te worden van deze holistische benadering, hij stelt dat het werk zelf, hoe de arbeid feitelijk wordt uitgevoerd bepalend moet zijn.¹⁴³ Dat deze benadering echter nog steeds wordt toegepast en relevant is blijkt wel uit het recente Deliveroo-arrest van de Hoge Raad waarin wordt bevestigd dat *'alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien'* moeten worden gewogen om een overeenkomst te kwalificeren.¹⁴⁴ De Hoge Raad heeft daarnaast een aantal concrete gezichtspunten genoemd welke moeten bijdragen aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst:

- *'De aard en duur van de werkzaamheden;*
- *De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;*
- *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;*
- *Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;*
- *De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen;*
- *De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt;*
- *De hoogte van de beloningen;*
- *De vraag of de werkende zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen.'*

Daarnaast dient mede in beschouwing te worden genomen dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding mede afhangt van de mate waarin deze bepaling daadwerkelijk betekenis heeft voor de werkende.¹⁴⁵ Door het geven van bovenstaande gezichtspunten heeft de Hoge Raad duidelijkheid proberen te even waarnaar in de praktijk moet worden gekeken bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Opvallend daarbij is echter wel dat de Hoge Raad de gezichtspunten niet direct koppelt aan de elementen loon, arbeid, gezag en 'gedurende een zekere tijd' uit artikel 7:610 BW en is dan ook onduidelijk in welk verband de gezichtspunten moeten worden getoetst.¹⁴⁶ Dit is in tegenstelling tot A-G de Bock die in haar conclusie de genoemde omstandigheden van de Hoge Raad koppelde aan het gezagscriterium.¹⁴⁷ Heinen en Mauser volgen de Hoge Raad hierin nu zij eveneens van mening zijn dat niet elk element uit artikel 7:610 BW concreet aan een omstandigheid gekoppeld kan worden. Dit lijkt terecht nu het bijvoorbeeld lastig lijkt om een element te koppelen aan de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen.

Hoewel de holistische benadering dus nog steeds wordt toegepast en onlangs bevestigd is bestaat er veel discussie over deze holistische benadering in de literatuur en dan met name wat betreft het gezagscriterium nog steeds veel discussie.¹⁴⁸ Hetgeen ook niet vreemd is nu de invulling hiervan voor meerdere uitleg vatbaar is en waardoor van duidelijkheid en rechtszekerheid niet in mindere mate sprake is. In hoofdstuk 4 zal nader bij het element gezag worden stilgestaan.

¹⁴⁰ Zwemmer 2018 (Position Paper), p. 6.

¹⁴¹ Said, TAP 2019/152.; Bennaars, AR 2018/28.

¹⁴² Duk 2018 (Position Paper).; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, m.nt. A.G.de Bock, r.o. 6.4- 6.9. (*Participatieplaats*).

¹⁴³ Zwemmer 2018 (Position Paper).

¹⁴⁴ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

¹⁴⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

¹⁴⁶ Heinen & Mauser, TAP 2023/4.. Laagland, TRA 2023/50

¹⁴⁷ Heinen & Mauser, TAP 2023/4.Zie ook conclusie A-G de Bock van 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698 (*Participatieplaats*) § 9.1 e.v.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2021, 144981.

4. Toetsing element gezag

4.1 Inleiding

In Nederland zijn ruim 2,7 miljoen werken met een flexibele arbeidsrelatie, wat betekent dat een groot deel van de werkenden in Nederland niet werkt onder een arbeidsovereenkomst.¹⁴⁹ Zoals in paragraaf 2.2.5 besproken is het element gezag het meest onderscheidende element van een arbeidsovereenkomst en is deze terug te lezen in 'in dienst van' uit artikel 7:610 BW. In de literatuur bestaat discussie over het element gezag reden waarom verder inhoudelijk wordt stilgestaan bij dit element.

In de volgende paragrafen zal worden stilgestaan worden bij het onderscheid tussen formeel en materieel gezag, de invulling van het gezagscriterium en de moderne invulling van gezagscriterium.

4.1.1 De achtergrond van het element gezag

Sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst is het gezagsbegrip onderdeel van het huidige artikel 7:610 BW en het meest onderscheidende element bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.¹⁵⁰ Door de arbeidsrechtelijke wijzigingen en economische en maatschappelijke ontwikkelingen bestaat er tegenwoordig veel onduidelijkheid over het element gezag. Opvallend detail omtrent dit element is dat ten tijde van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in de Memorie van Toelichting is geschreven dat het gezagsbegrip tot weinig discussie zou leiden.¹⁵¹ De gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer wordt daarnaast in de Memorie van Toelichting verbonden aan het economisch resultaat van de werknemer voor de onderneming en het feit dat werkgever daarbij het behorende het rekening en risico aanvaard.¹⁵² Door de aanvaarding van het voor rekening en risico komen van het economisch resultaat van werknemer door werkgever wordt de gezagsverhouding daarmee eigenlijk vergoelikt.¹⁵³

Tot begin jaren zestig zag het gezagsbegrip met name op het feitelijk gezag, de instructies op gedane arbeid.¹⁵⁴ Dit verschoof door de jaren heen totdat wanneer feitelijk gezag zou ontbreken er alsnog 'enige zeggenschap' door werkgever zou moeten zijn overeengekomen om van een gezagsverhouding te kunnen spreken.¹⁵⁵ In de jaren '70 bij de totstandkoming van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek zou door de verschuiving naar en de ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht het zwaartepunt van de arbeidsovereenkomst meer zijn verschoven naar het duurelement.¹⁵⁶ Later, begin twintigste eeuw, ontstond er meer kritiek op het gezagsbegrip. De organisatorische ontwikkelingen, professionalisering en toenemende zelfstandigheid van werknemers leidden volgens Van der Heijden tot 'erosie van het begrip ondergeschiktheid'.¹⁵⁷ Wat volgde was vele jaren met onduidelijkheid rondom het gezagsbegrip waar in paragraaf 4.2 verder bij wordt stilgestaan.

4.1.2 Formeel gezagscriterium

Het formeel gezagsbegrip ziet op de organisatorische instructies welke de onderneming dienen te bevorderen.¹⁵⁸ Het formele gezagsbegrip dat door Jansen en Loonstra tot stand is gebracht ziet volgens hen zowel op inbedding van arbeid als op de werkrelatie. De werktijden, het rekening houden met vakanties en beschikbaarheid en de regelmaat van het verrichten van arbeid zouden naast de instructies een indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn.¹⁵⁹ Zo overwoog de Hoge Raad dat een Imam onder een gezagsverhouding werkte terwijl inhoudelijke instructies omtrent de werkzaamheden ontbraken, maar werkgever wel instructies gaf over

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2018, 31311.; Steenberghe, van & Wits, *TRA 2020/91.*;

¹⁵⁰ Zwemmer 2018 (Position Paper). Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).; Meijers 1923-1924

¹⁵¹ Zwemmer 2012, p. 18; Bles 1907-1909, p. 320.

¹⁵² Zwemmer 2018 (Position Paper).; Bles 1907-1909, p. 320.; Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 70.

¹⁵³ Zwemmer 2018 (Position Paper); Bles 1907-1909, p. 320.

¹⁵⁴ HR 1 december 1961, NJ 1962/79.

¹⁵⁵ Zwemmer 2018 (Position Paper).; HR 8 mei 1998, NJ 2000/81.

¹⁵⁶ Said 2022, p. 69; Van Haaren, *SMA 1972*, p. 785 e.v.

¹⁵⁷ Zwemmer 2018 (Position Paper).; Van der Heijden 1997, Said 2022, p. 70.

¹⁵⁸ Said 2022, p. 69.; Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 41.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2018, 31311.; Jansen & Loonstra 1997.

wanneer de Imam vakantie kon opnemen en op welke tijden hij moest werken.¹⁶⁰ Daarnaast is er van formeel gezag sprake wanneer de werkzaamheden een elementair onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering.¹⁶¹

4.1.3 Materieel gezagscriterium

Materieel gezag kan worden verstaan als het gezag dat ziet op het geven van werkinhoudelijke instructies over de wijze waarop de werkzaamheden verricht dienen te worden.¹⁶² Door het aannemen van het materiële gezag is de ene partij bevoegd om de andere partij tijdens de uitvoering van haar werkzaamheden instructies te geven over de wijze waarop de werkzaamheden uitgevoerd dienen te worden. De mogelijkheid om instructies te kunnen geven wordt als voldoende gezien om het materiële gezag te aanvaarden, de bevoegdheid om deze te geven is voldoende.¹⁶³ In sommige gevallen zullen de werkzaamheden minder instructies nodig hebben dan andere werkzaamheden, een chirurg heeft bijvoorbeeld minder instructies nodig omdat deze specialistische zorg uitvoert.¹⁶⁴

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat niet is vereist dat wordt voldaan aan het materiële en formele gezagsbegrip om van gezag bedoelt in artikel 7:610 BW te spreken.¹⁶⁵ Hoewel Jansen en Loonstra van mening zijn dat wanneer er voldaan is aan het materiële en formele gezagsbegrip sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan Boot zich hier niet in vinden. Deze stelt dat de maatschappelijke positie van doorslaggevende betekenis kan zijn.¹⁶⁶

4.2 Invulling van het gezagscriterium nader beschouwd

Zoals aangegeven wordt het element gezag als het meest onderscheidende element gezien uit artikel 7:610 BW. De gevolgen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn daarnaast niet onbetekenend, er ontstaan zowel civiel-fiscaal- en sociaalrechtelijke rechten en verplichtingen.¹⁶⁷

Wanneer men de jurisprudentie betreffende de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst bestudeerd zal opvallen dat de hierboven besproken materiële en formele gezagscriteria uitdrukkelijk hierin terugkomen. Tot 1970 was het materiële gezag het element dat van doorslaggevende betekenis werd gezien.¹⁶⁸ De maatschappelijke en economische ontwikkelingen hebben er echter aan bijgedragen dat de gezagsbegrip onduidelijker is geworden.¹⁶⁹ Door bijvoorbeeld het ontstaan van het platformwerk en het thuiswerken door COVID-19 is de gezagsverhouding afgenomen doordat werkenden niet meer aanwezig hoeven te zijn op een kantoor en het werk anders wordt georganiseerd.¹⁷⁰ Sinds de jaren '80 lijkt de Hoge Raad naast de instructiebevoegdheid ook de organisatorische omstandigheden mee te wegen bij de interpretatie van het gezagsbegrip.¹⁷¹ Van der Heijden en Noordam menen dat het gezagsbegrip formeel moet worden opgevat, waarvoor zij bijval krijgen van Jansen & Loonstra doordat zij stellen dat wanneer door een werkende arbeid wordt verricht in ondergeschiktheid, dit automatisch leidt tot een aan een werkverschaffer toekomende instructiebevoegdheid.¹⁷²

In 2018 zijn position papers verschenen waaruit blijkt dat het gezagsbegrip minder bruikbaar lijkt bij de kwalificatievraag, zo blijkt uit de position paper van Bennaars dat in zowel een arbeidsrechtelijke en opdrachtrechtelijke verhouding instructies gegeven kunnen worden en dat aan de hand van omstandigheden van het geval (holistische benadering) moet worden bezien of sprake is van een gezagsverhouding.¹⁷³ Volgens Duk mist duidelijkheid wat betreft de mate van gezag, maar Verhulp stelt dat dit niet het probleem is. Hij stelt dat de ondernemers de kwalificatie

¹⁶⁰ HR 17 juni 1994, JAR 1994/52 (*Imam*).

¹⁶¹ Lamers & Ermers 2014.

¹⁶² Said 2022, p. 69.

¹⁶³ HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653 (*Prostituees*).

¹⁶⁴ Steenberghe, van & Wits, *TRA 2020/91*; Said 2022, p. 69; PHR 13 december 2012, BY8742.

¹⁶⁵ Said 2022, p. 69.

¹⁶⁶ Jansen & Loonstra 1997, p. 97.; Boot, p. 10.

¹⁶⁷ Lamers & Ermers 2014.

¹⁶⁸ Zwemmer 2018 (Position Paper); *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41.

¹⁶⁹ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41.

¹⁷⁰ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41.

¹⁷¹ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41.; Zwemmer 2018 (Position Paper); *Rapport Onderzoek Varianten Kwalificatie Arbeidsrelatie 2017*.

¹⁷² Said 2022, p. 70. Van der Heijden & Noordam 2001, p. 17-19. Jansen & Loonstra 1997.

¹⁷³ Said 2022, p. 71. Bennaars 2018 (Position Paper).

niet accepteren omdat zij het arbeidsrecht zoveel mogelijk buiten toepassing proberen te verklaren.¹⁷⁴

Geconcludeerd kan worden dat de invulling van het gezagsbegrip (terecht) nog tot veel discussie leidt. Hieronder zal verder worden ingegaan over de 'moderne invulling' van het gezagsbegrip.

4.2.1 Moderne invulling gezagsbegrip

Dat het tijd is voor een herijking van het gezagsbegrip is duidelijk en heeft de aandacht van zowel de Nederlandse als de Europese wetgever, er wordt daarnaast gepleit voor een moderne invulling van het gezagsbegrip.¹⁷⁵ Dat het gezagsbegrip verduidelijking verdient is evident, de rechtspraak van de Hoge Raad is zeer casuïstisch en uit deze rechtspraak kan niet worden opgemaakt dat één element van doorslaggevend betekenis is bij de vraag naar de gezagsverhouding.¹⁷⁶ Doordat de jurisprudentie dusdanig casuïstisch is levert dit rechtsonzekerheid en onvoldoende houvast op.¹⁷⁷ Ook uit de praktijk komen signalen dat behoefte is aan meer duidelijkheid omtrent het gezagsbegrip en dan met name welke punten van doorslaggevend betekenis kunnen zijn bij de beoordeling van het gezag.¹⁷⁸

Doordat er steeds meer vrijheid komt om werkzaamheden zelfstandig in te richten en de formele instructiebevoegdheid als minder doorslaggevend wordt gezien, komt er in de literatuur meer nadruk te liggen op de 'organisatorische inbedding van het werk'.¹⁷⁹

De organisatorische inbedding is echter niet nieuw. Bij de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is voorgesteld om het '*in dienst van*' te vervangen door '*arbeid verrichten in een bedrijf of huishouding van een ander*'.¹⁸⁰ Ondanks dat deze zinsnede niet is overgenomen werd destijds dus al wel gedacht dat wanneer werkzaamheden binnen de organisatie werden verricht, een mate van ondergeschiktheid aanwezig was.¹⁸¹ Deze gedachte is in het sociaalzekerheids- en de fiscaalrechtelijke uitspraak teruggekomen waarin bij de kwalificatievraag wordt onderzocht of de werkende werkzaamheden uitvoert '*welke onderdeel zijn van de bedrijfsvoering*'.¹⁸²

In de hiervoor aangehaalde position papers zijn verscheidene voorstellen gedaan voor de invulling van het gezagsbegrip en de daarmee in verband staande 'organisatorische inbedding'. Volgens Verhulp zou de gezagsverhouding niet meer zien op het geven van instructies, maar meer op het feit de werkende deel uitmaakt van de organisatie van werkgever en de werkende de daar geldende regels, gebruik en gewoonten, aanvaardt.¹⁸³ Deze zienswijze is terug te lezen in de Europese rechtspraak en wel in het FNV/Kiem- arrest waarbij het Hof van Justitie zich heeft uitgelaten of sprake was schijnzelfstandigheid en waarbij de mate afhankelijkheid van de opdrachtgever, de commerciële en/of financiële risico's en de vrijheid van het inrichten van het werk naar tijd en plaats moet worden meegewogen.¹⁸⁴ In 2016 adviseerde de Commissie Boot dat wanneer werkzaamheden tot de core business van de organisatie behoorden dit een indicatie zou zijn voor een gezagsverhouding.¹⁸⁵

Dat het gewenst is dat gezagscriterium verduidelijkt wordt is ook erkend door de Commissie Borstlap waardoor is geadviseerd dat voor de Hoge Raad een rol weggelegd is voor een 'eigentijdse' uitleg en dat daarbij de organisatorische inbedding een startpunt zou zijn.¹⁸⁶ A-G de Bock heeft in haar conclusie bij het Participatieplaats- arrest betoogt dat deze inbedding centraal zou moeten komen te staan bij de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst en de vraag of sprake is van arbeidsrechtelijk gezag.¹⁸⁷ Zij stelt dat wanneer de werkzaamheden een

¹⁷⁴ Said 2022, p. 71: Duk 2018 (Position Paper); Zwemmer 2018 (Position Paper).

¹⁷⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.6. RAR 2023/73 (*Deliveroo*); Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën 16 december 2022; Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid; Richtlijnvoorstel betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk. PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.31 e.v.; *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 70; Verhulp 2018 (Position Paper), p. 5.

¹⁷⁶ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 8. (*Deliveroo*).

¹⁷⁷ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 8.

¹⁷⁸ Zevende voortgangsbrief 'werken als zelfstandige', p. 6.

¹⁷⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698 m.nt. de Bock (*Participatieplaats*).

¹⁸⁰ Meijers 1972 (Toelichting) p.1040; Said, *TRA* 2020/14.

¹⁸¹ Said, *TRA* 2020/14.

¹⁸² Said, *TRA* 2020/14.

¹⁸³ Verhulp 2018 (Position Paper)

¹⁸⁴ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).

¹⁸⁵ Rapport Commissie (Model) overeenkomsten in het kader van de wet DBA 2016, p. 5.

¹⁸⁶ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 88.

¹⁸⁷ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 1.2 8.6- 8.7 (*Deliveroo*): Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4.

'wezenlijk' onderdeel uitmaken van de kernactiviteit van de organisatie, er snel sprake is van een organisatorische inbedding en dus gezag.¹⁸⁸ Het Hof Amsterdam heeft verwezen naar het Ponstypiste- arrest waarbij is overwogen of de verrichte arbeid tot de kernactiviteit van de werkverschaffer behoorde.¹⁸⁹ Of werk een wezenlijk onderdeel van de organisatie is kan worden getoetst door de volgende gezichtspunten; 1) worden kernactiviteiten verricht; 2) zijn de werkzaamheden structureel van aard, 3) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden worden verricht?¹⁹⁰ Tevens moet voldoende duidelijk zijn wat exact de bedrijfsvoering van de werkverschaffer is. In het recente Deliveroo- arrest was duidelijk dat de bezorger een wezenlijk onderdeel uitmaakte van de kernactiviteit doordat deze onder andere bestaat uit het bezorgen van een maaltijd.¹⁹¹

A-G de Bock stelt daarnaast dat wanneer arbeid niet is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer er sprake is van ondernemerschap bij de werkende en de kwalificatievraag zou dan op dat moment ook omgedraaid kunnen worden; is de werkende een zelfstandig ondernemer, dan kan er geen sprake zijn van inbedding in de organisatie.¹⁹²

En toch heeft de Hoge Raad voorgaande niet overgenomen en heeft zich niet laten verleiden tot een cruciale uitspraak. Dat de Hoge Raad niet de ruimte heeft genomen om het gezagsbegrip te verduidelijken is teleurstellend. Zeker nu de duidelijkheid welke gewenst zou zijn, namelijk de inkleuring van het gezagsbegrip, afhankelijk is van jurisprudentie. Uit de Voortgangsbrief 'werken met en als zelfstandige(n)' van 16 december 2022 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën, waarnaar de Hoge Raad in voetnoot 8 verwijst, blijkt namelijk dat de minister de norm, '*werken in dienst van*' wil verduidelijken en inkleuren aan de hand van jurisprudentie.¹⁹³

Hoewel het terecht lijkt om de organisatorische inbedding van betekenis te laten zijn wordt door de Hoge Raad 'de inbedding in de organisatie' als één van de gezichtspunten gezien welke meegewogen kunnen worden en van belang kunnen zijn, maar niet als startpunt zoals de Bock heeft voorgesteld.¹⁹⁴ Hiernaast noemt de Hoge Raad ook de bedrijfsvoering in haar opgesomde gezichtspunten waarbij het relevant lijkt, in lijn met het Hof Amsterdam en A-G de Bock, dat de werkzaamheden onderdeel vormen van de bedrijfsvoering en de werkzaamheden een kernactiviteit vormen van de onderneming.¹⁹⁵

Het lijkt terecht om naast de organisatorische inbedding, het formele gezagscriterium nog steeds van belang te achten. Zoals eerder aangegeven is dit criterium van grotere betekenis geworden dan het materieel gezagscriterium nu deze in belang afneemt en de werkenden een grotere mate van autonomie hebben in de uitvoering van hun werkzaamheden en zij minder instructies nodig hebben.¹⁹⁶

Geconcludeerd kan worden is dat de invulling van het moderne gezagscriterium kan bijdragen aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar of nu op voorhand eenvoudiger kan worden gezien of sprake is van een arbeidsovereenkomst valt, gelet op voorgaande, te bekijken.

4.3 Het element 'in dienst van'

In artikel 7:610 wordt naast de elementen, loon, arbeid en zekere duur, ook het element 'in dienst van' genoemd. Dit element biedt ruimte voor invulling en flexibiliteit wat niet gewenst is nu een maatschappelijk belang gekoppeld is aan de kwalificatievraag.¹⁹⁷

Opvallend is dat het kabinet in haar de Voortgangsbrief 'werken met en als zelfstandige(n)' van 16 december 2022 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën over een 'open norm' spreekt terwijl het een bepalend vereiste is voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Feit is echter wel dat dit element ruim

¹⁸⁸ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 1.2 Deliveroo); Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4.

¹⁸⁹ Seghrouchni, *Bb* 2023/20; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/62 (*Deliveroo/FNV*).

¹⁹⁰ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 1.2 8.13 (Deliveroo), Ruizeveld, *TRA* 2023/70.; Laagland, *TRA* 2023/50.

¹⁹¹ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 1.2 8.12 (Deliveroo); Bennaars & Grosheide, *TAC* 2019/1.

¹⁹² PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 m.nt. de Bock § 1.2 8.6- 8.7 (Deliveroo).

¹⁹³ Ruizeveld, *TRA* 2023/70; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).; Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatssecretaris van Financiën 16 december 2022.

¹⁹⁴ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

¹⁹⁵ Ruizeveld, *TRA* 2023/70.; Laagland, *TRA* 2023/50; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5.; RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

¹⁹⁶ Jansen & Loonstra 1997.; Zwemmer 2012.; Zwemmer 2018 (Position Paper).; Van der Heijden 1997, Said 2022, p. 70.

¹⁹⁷ Laagland, *TRA* 2023/50;

in te vullen is.¹⁹⁸ Uit de Voortgangsbrief blijkt daarnaast dat het kabinet bij de beoordeling van ‘in dienst van’ drie elementen centraal wil stellen. Dit zijn; het materieel gezag, inbedding van de arbeid en het zelfstandig ondernemerschap. Met name de eerste is opvallend nu, zoals hierboven ook aangegeven, het materiële gezag in belang afneemt terwijl het kabinet deze nu gelijkstelt met de twee andere elementen.¹⁹⁹ Het kabinet blijft in het geval van het centraal stellen van hoofdelementen alle omstandigheden van het geval meewegen, maar deze omstandigheden dienen ter invulling van de hoofdelementen.²⁰⁰ Het centraal stellen van hoofdelementen zou tot verduidelijking kunnen leiden en meer sturing kunnen geven aan de holistische weging van alle omstandigheden van het geval. Zoals gezegd kan de opsomming van de gezichtspunten richting geven, maar is het onduidelijk wat de onderlinge verhouding en weging van deze omstandigheden zou moeten zijn.

Een nadere invulling van het element ‘in dienst van’ zou kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid van de werkenden nu de invulling van dit element en de verantwoordelijkheid daarvan aan de zijde van de werkende ligt. Laagland acht het bij de invulling van de hoofdelementen wel essentieel welke omstandigheden onder welk hoofdelement zouden moeten vallen waarbij aansluiting gezocht kan worden bij Europese en Nederlandse rechtspraak.²⁰¹ Een verdedigbaar punt, waar verdere rechtsonzekerheid mee kan worden voorkomen.

¹⁹⁸ Laagland, *TRA* 2023/50; Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën 16 december 2022.;

¹⁹⁹ Laagland, *TRA* 2023/50; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).; Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën 16 december 2022.

²⁰⁰ Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën 16 december 2022.; *TRA* 2023/70.; Laagland, *TRA* 2023/50.

²⁰¹ Laagland, *TRA* 2023/50.

5. Het nadeel van de schijnzelfstandige onder artikel 7:610 BW

5.1 Inleiding

In Nederland is de laatste jaren het aantal zelfstandigen gegroeid.²⁰² Hoewel de zelfstandige niet nader is omschreven in de wet, wordt deze zelfstandige geassocieerd met de ondernemer zoals bedoeld in het ondernemingsrecht.²⁰³ Jarenlang is het ondernemerschap gestimuleerd en gefaciliteerd hetgeen ook heeft geleid tot een groei van het aantal schijnzelfstandigen.²⁰⁴ Ook deze groep werkenden is de laatste jaren steeds meer in de aandacht gekomen zowel in de media als in de literatuur.²⁰⁵ Een werkende is een schijnzelfstandige wanneer een arbeidsrelatie als zelfstandige arbeid wordt gepresenteerd, maar dat in de praktijk de feiten en omstandigheden een ander beeld laten zien, namelijk dat er sprake is van werknemerschap.²⁰⁶ Deze schijnzelfstandigheid komt ondermeer voor in de zorg, het onderwijs, de kinderopvang en de platformarbeid. In de praktijk ziet men dat de schijnzelfstandigheid voorkomt aan de onderkant van de arbeidsmarkt waarbij de werkenden geen inspraak hebben op de inhoud van de overeengekomen overeenkomst en waardoor geen sociaal vangnet overblijft wanneer dit nodig is, een zorgwekkende ontwikkeling.²⁰⁷ Het nadeel dat geleden wordt door een schijnzelfstandige wordt zowel door overheid als door rechtspraak erkend. Onlangs (oktober 2022) is er nog een oproep gedaan door een aantal Europese landen waarbij worden aangedrongen op een effectieve aanpak van schijnzelfstandigheid bij platformwerk.²⁰⁸

5.1.1 Kwalificatie schijnzelfstandigheid

Zoals hierboven genoemd is een schijnzelfstandige een werkende welke conform overeenkomst een zelfstandige is, maar in de praktijk een werknemer blijft te zijn. Deze schijnzelfstandige blijkt een negatief effect te hebben op de groei van onze arbeidsproductiviteit in onze samenleving als geheel.²⁰⁹ Dat wij als Nederland zijnde een groot en zelfs groeiend aantal zelfstandigen hebben is op zijn minst opzienbarend te noemen als je naar de landen om ons heen kijkt. Zo is hier in Denemarken en het Verenigd Koninkrijk geen sprake van terwijl deze cultureel gezien toch vergelijkbaar zijn.²¹⁰

Verhulp stelt terecht dat de groei van het aantal zelfstandigen problematisch is, nu onze openbare instellingen ingesteld zijn op de arbeidsovereenkomst.²¹¹ Schijnzelfstandigheid brengt eveneens als probleem mee dat een schijnzelfstandige behandeld wordt als een zelfstandige en daardoor wordt zowel het collectief als de zelfstandige benadeeld, zodoende ontstaat oneerlijke concurrentie en geen gelijk loon en werk.²¹²

Een schijnzelfstandige werkt niet onder een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 BW, maar conform een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW. De benadeling voor de zelfstandige ziet niet enkel op het loon, maar ook op de arbeidsrechtelijke bescherming. Een werknemer heeft onder andere recht op loondoorbetaling tijdens ziekte²¹³, vakantie²¹⁴, ontslagbescherming²¹⁵ en geldt voor een werkgever een verzekeringsplicht voor de WW (Werkloosheidswet), ZW (Ziektewet) en de WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen).²¹⁶ Hoewel een schijnzelfstandige niet bewust kiest voor het zelfstandig ondernemerschap, is er ook een groep zelfstandigen die dat wel doet. Zo is er een verschil tussen de onafhankelijke en de afhankelijke zelfstandige. De onafhankelijke zelfstandige is tevreden met verhouding tussen zijn opdrachtgever en hem ondanks dat hij werk uitvoert welke voorheen conform arbeidsovereenkomst werd verricht.²¹⁷ Daarnaast ziet de onafhankelijke zelfstandige de

²⁰² Aantal zzp'ers gegroeid naar 1,2 miljoen in derde kwartaal van 2022, cbs.nl

²⁰³ Lamers & Ermers 2014.

²⁰⁴ Steenbergen, van & Wits, *TRA* 2020/91.

²⁰⁵ Van der Koot – Putte, *MSR* 2020/42.

²⁰⁶ Steenbergen, van & Wits, *TRA* 2020/91.

²⁰⁷ Rapport WRR, het betere werk 2019, p. 88.

²⁰⁸ Oproepingsbrief 'Oproep voor effectieve aanpak schijnzelfstandigheid bij platformwerk'.

²⁰⁹ Steenbergen, van & Wits, *TRA* 2020/91. Pr Rapport Productivity Slowdown CPB 2017.

²¹⁰ Alt, *TRA* 2018/36

²¹¹ Verhulp 2019, p. 255-263.

²¹² *Kamerstukken II* 2014/14 29544, nr. 558.

²¹³ Artikel 7:629 BW.

²¹⁴ Artikel 7:634 BW.

²¹⁵ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; Pennings 2018, par. 5.1.

²¹⁶ Wet financiering sociale verzekeringen.

²¹⁷ Boot, *TRA* 2012/84

voordelen van het ondernemerschap, hij kan zelf zijn eigen tijd indelen, heeft fiscale voordelen, een betere concurrentiepositie en is vrij om zelf een opdracht aan te nemen. Ook is deze zelfstandige zicht bewust van de risico's welke horen bij het ondernemerschap.²¹⁸ De afhankelijke zelfstandige aan de andere kant heeft vaak maar één opdrachtgever, is zich niet bewust van de risico's en is ongewild zelfstandige.²¹⁹ Of sprake is van een afhankelijke zelfstandige kan aan de hand van een aantal gezichtspunten worden getoetst zoals; de verplichting tot het volgen van aanwijzingen van de opdrachtgever, geen vervangingsmogelijkheid, aanvaarding ongewenst werk, zelf geen werktijden vast mogen stellen en geen arbeidsongeschiktheidsverzekering hebben terwijl de zelfstandige dit wel graag zou willen.²²⁰ Daarnaast wordt een werknemer bij een eventuele onderhandeling beschermd door het wettelijk minimumloon of bijvoorbeeld een cao, in het geval van de afhankelijke schijnzelfstandige is er sprake van een 'asymmetrische machtspositie' waarbij de zelfstandige nergens door beschermd wordt.²²¹ In de praktijk blijkt dat zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt, zonder specifieke kennis en ervaringen onvoldoende op de hoogte zijn van de risico's welke bij het ondernemerschap horen. Zo treffen zij geen voorzieningen voor een verzekering tijdens ziekte, arbeidsongeschiktheid en verdisconteren zij geen vakantie, leegloop of pensioen in hun tarieven.²²² Voor werkgevers/opdrachtgevers kan het voordeliger zijn om een zelfstandige in te zetten dan een dure werknemer, omdat zij deze zelfstandige flexibeler kunnen inzetten en daardoor kunnen inspelen op eventuele fluctuerende werkdruk.²²³

De afhankelijke zelfstandige wordt gezien als de schijnzelfstandige waar inmiddels veel over is geschreven in de literatuur en wat terugkeert in de rechtspraak.

5.1.2 Jurisprudentie schijnzelfstandigheid

Zoals aangegeven in de inleiding, is schijnzelfstandigheid een heet hangijzer. De gevolgen van het niet zijn van een werknemer in de zin van artikel 7:610 BW zijn groot en om die reden lijkt het terecht dat er behoefte is naar duidelijkheid omtrent dit vraagstuk.

Het FNV Kiem-arrest is één van de eerste arresten betreffende de schijnzelfstandigheid waarbij een mededingingsrechtelijke achtergrond speelt. Het ging in deze zaak om het volgende: FNV Kiem was in 2006 met de werkgeversvereniging een cao voor remplaçanten (invalers) van orkestleden overeengekomen. Deze remplaçanten kunnen hun werkzaamheden op grond van een overeenkomst van opdracht uitvoeren. In de cao is een minimumtarief afgesproken voor deze remplaçanten, maar de vraag is of dat wel verenigbaar met het mededingingsrecht nu dat als uitgangspunt prijsafspraken tussen bedrijven verbiedt. FNV Kiem vorderde om die reden bij de Rechtbank Den Haag een verklaring voor recht dat het Nederlandse mededingingsrecht zich niet verzet tegen de remplaçanten-cao. Anders dan FNV Kiem had bepleit, is het Hof van Justitie echter niet van oordeel dat de cao zonder meer in overeenstemming is met het (Europese) mededingingsrecht en overweegt dat indien de remplaçanten beschouwd moeten worden als ondernemer, de cao met dat mededingingsrecht in strijd is. Dat ligt anders wanneer zelfstandige remplaçanten moeten worden beschouwd als schijnzelfstandigen. In dat geval is de cao wel toegestaan.²²⁴ Gezichtspunten welke het HvJ hanteerde om te bepalen of er sprake is van een werknemer of zelfstandige zijn:

- De mate van afhankelijkheid van de opdrachtgever;
- Het al dan niet dragen van commerciële en financiële risico's;
- De mate van gelijkheid met werknemers welke in dienst zijn bij de organisatie;
- De vrijheid om het tijdschema, de plaats en de inhoud van het werk te kiezen.²²⁵

Het HvJ stelt echter dat als hoofdcriteria geldt dat 'een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning'.²²⁶ Tevens overweegt zij wanneer een zelfstandige (naar nationaal recht) in Europees verband een werknemer zou kunnen zijn wanneer er sprake is van een fictieve arbeidsverhouding. Het HvJ schrijft dus een objectieve maatstaf voor

²¹⁸ Wielers, *TvA* 2019 (35) 2.;

²¹⁹ Boot & Damsteegt, *MSR* 2014/64.

²²⁰ Boot & Damsteegt, *MSR* 2014/64.; Boot, *TRA* 2012/84.

²²¹ IBO- rapport 2015, p. 54. ; Graef & Boom, van den, *MSR* nr.78/2021.

²²² IBO- rapport 2015, p. 45.

²²³ Artikel 7:400 BW.; Graef & Boom, van den, *MSR* nr.78/2021.; Dekker & de Beer, *Tijdschrift voor HRM*, 2/2015.

²²⁴ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).

²²⁵ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).; Boot, *AR* 2015/14.

²²⁶ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).; HvJ EU 10 september 2014, C-270/13. (*Haralambidis*); Boot, *AR* 2015/14.

welke zou moeten bijdragen aan de ongelijkheidscompensatie.²²⁷ Hierin is terug te lezen dat in Europees verband wezen ook voor schijn gaat.²²⁸

De schijnzelfstandigheid bleek ook bij pakketbezorgers te bestaan en wel bij PostNL. Een heel aantal pakketbezorgers werkten als zelfstandigen, het werk droogde op en waardoor de pakketbezorgers moesten proberen via de rechter werknemersbescherming af te dwingen.²²⁹ Dit lukt niet altijd, maar in een drietal zaken lukte het de pakketbezorgers wel om de werknemersbescherming af te dwingen, waarbij door rechters gekeken werd naar elke situatie en alle feiten en omstandigheden in dat geval.²³⁰ Door de PostNL zaken kwam de aandacht van de minister vervolgens te liggen op de inkomenspositie van de postbezorgers waren de aanleiding voor de indiening van het wetsvoorstel Wet minimumloon en vakantiebijslag.²³¹

De meest recente rechtspraak ziet op de maaltijdbezorgers en dan met name op de maaltijdbezorgers van Deliveroo, hetgeen waar al meerdere malen naar verwezen is en juridisch interessant blijft omdat dit de eerste keer was dat de Hoge Raad zich heeft uitgelaten omtrent deze zogenaamde platformwerkers. In deze zaak ging het om de vraag of de maaltijdbezorgers werknemers waren en dus op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam waren. Omdat hier in overige hoofdstukken al verder inhoudelijk bij is stilgestaan wordt hier volstaan met het enkele feit dat de Hoge Raad het oordeel van het Hof Amsterdam in stand heeft gelaten waarin is geoordeeld dat de maaltijdbezorgers, anders dan is overeengekomen, werkzaam zijn geweest op grond van een arbeidsovereenkomst.²³²

5.1.3 Schijnzelfstandigheid en artikel 7:610 BW

Wanneer sprake is van schijnzelfstandigheid wordt geen arbeidsovereenkomst gesloten in de zin van artikel 7:610 BW, maar wordt een overeenkomst van opdracht gesloten in de zin van artikel 7:400 BW. De schijnzelfstandige maakt daardoor geen aanspraak op de arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke bescherming en voordelen, terwijl deze dit recht wel zou moeten hebben. In de praktijk wordt in de overeenkomst van opdracht vaak afgesproken dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. In artikel 7:400 lid 2 is echter een uitschakelbepaling opgenomen waaruit blijkt dat partijen zich niet kunnen onttrekken aan de dwingendrechtelijke bepalingen uit Titel 10:7 BW en daarbij Titel 7:7 BW buiten toepassing verklaren op gesloten overeenkomst.²³³

Wanneer het vermoeden bestaat dat sprake is van schijnzelfstandigheid zal de overeenkomst getoetst moeten worden aan de elementen uit artikel 7:610 BW. Of arbeid wordt verricht zal niet snel ter discussie staan. Wat wel ter discussie kan staan is de mogelijkheid dat de schijnzelfstandige zich kan laten vervangen en dat dit ertoe kan leiden dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.²³⁴ Hier hoeft echter geen sprake van te zijn zo oordeelde Hoge Raad onlangs in het Deliveroo- arrest. De Hoger Raad overwoog dat het niet onverenigbaar is met het bestaan van een arbeidsovereenkomst als de zelfstandige wel de mogelijkheid heeft om zich te laten vervangen.²³⁵ Het Hof had in haar Deliveroo- arrest eenzelfde visie en was van mening dat van een arbeidsovereenkomst sprake kon zijn wanneer in het geval dat Deliveroo toestemming gaf en zicht had op de vervangingsmogelijkheid.²³⁶ A-G de Bock stelt daarnaast dat het onjuist is om de verplichting tot het persoonlijke verrichten van arbeid als element te zien nu deze niet is terug te lezen in artikel 7:610 BW. Het kabinet lijkt zich eveneens aan te sluiten bij deze visie.²³⁷

Het element loon lijkt ook niet snel ter discussie te komen staan. Het enkele feit dat betaald wordt voor de uitvoering van werkzaamheden is echter onvoldoende, mede van belang is hoe partijen de tegenprestatie hebben vormgegeven en op welke wijze de betaling plaatsvindt.²³⁸ Het

²²⁷ Ait, *TRA* 2018/36.

²²⁸ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).; Boot, *AR* 2015/14.; HR 14 april 2006, *JAR* 2006, 119 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, *JAR* 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*).; Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

²²⁹ Klosse, *WRR* 2017.; Zie bijvoorbeeld Rb. Noord Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:11226, 11230 en 11232; Rb. Oost Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2015:83.

²³⁰ Klosse, *WRR* 2017.; Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.

²³¹ Berg, van den, *AR Updates*, 2016-0046.; *Kamerstukken II* 2012/13, 33623.

²³² HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

²³³ Lamers & Ermers 2014, p. 147.

²³⁴ Ait, *MSR* 2017/17

²³⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 r.o. 3.7.5. – r.o. 3.7.8. (*Deliveroo*)

²³⁶ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.7.5.

²³⁷ PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 r.o. 9.33 (*Deliveroo*); Bartens, *TvAO* 2019/1; Steenberghe, van & Wits, *TRA* 2020/91.

²³⁸ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 r.o. 15.3 (*Deliveroo*)

Hof heeft daarnaast in haar Deliveroo- arrest overwogen dat wanneer van een automatische tweewekelijkse betaling sprake is, dit lijkt op een loon betaling zoals bedoeld in artikel 7:610 BW. Zeker gelet op het feit dat wanneer sprake is van een zelfstandige deze uit eigen beweging dient te factureren naar zijn opdrachtgever en niet automatisch betaalt wordt.²³⁹

Het element gezag is zoals eerder genoemd het meest onderscheidende element bij de kwalificatievraag.²⁴⁰ In haar Deliveroo- arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de vrije- vervangingsmogelijkheid en het feit dat bezorgers tegelijk voor concurrerende onderneming werkzaam mochten zijn onterecht geen aandacht heeft gekregen voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding.²⁴¹ In de literatuur, erkend door het kabinet en bevestigd door de Hoge Raad gaat het bij het gezagscriterium niet enkel meer op het bestaan van een instructiebevoegdheid, maar moet meer gekeken worden naar de inbedding in de organisatie.²⁴² Daarbij is tevens van belang dat moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval of de werkzaamheden van de werker een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering of dat er sprake is van ondernemerschap.²⁴³ Van ondernemerschap is sprake wanneer deze zelf de regie in handen heeft genomen om een eigen vak of bedrijf uit te oefenen, heeft niet slechts één of een beperkt aantal opdrachtgevers en biedt de opdrachtgever specialistische werkzaamheden aan welke de opdrachtgever niet in huis heeft.²⁴⁴

Wellicht overbodig om te benoemen, maar de partijbedoeling is niet relevant bij de kwalificatievraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor de schijnzelfstandige.²⁴⁵

5.2 Nadere aanpak schijnzelfstandigheid

In de voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' van 16 december 2022 worden een aantal maatregelen aangekondigd om schijnzelfstandigheid aan te pakken. Zo dient onder meer duidelijkheid geboden te worden over de vraag wanneer gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige en moet er verbetering komen op de handhaving van schijnzelfstandigheid.²⁴⁶ Zo is het kabinet voornemens de open norm 'werken in dienst van uit artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek te verduidelijken waarin paragraaf 4.1.6. al inhoudelijk op in is gegaan. Handhaving van schijnzelfstandigheid vindt nu volgens de beoordeling op de kwalificatie arbeidsrelatie voor de loonheffingen plaats. Dat betekent dat enkel corrigerend wordt opgetreden als sprake is van een bewust onjuiste kwalificatie van de arbeidsrelatie of wanneer de Belastingdienst erop wijst dat sprake is van een dienstbetrekking en aanwijzingen niet binnen redelijke termijn zijn opgevolgd door een werkgever. De handhaving zou onder andere moeten verbeteren door goede samenwerking tussen Belastingdienst en markt. Voornoemde maatregelen zouden begin 2024 volledig uitgewerkt moeten zijn waardoor wetgeving voor 1 januari 2025 gepubliceerd zou kunnen worden.²⁴⁷ Een streven dat niet onaardig is en tot meer duidelijkheid, bescherming en rechtszekerheid zou kunnen leiden. Tevens werkt het kabinet aan een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst waarbij zij stellen dat een onder andere een tariefgrens een goede indicatie zou zijn om schijnzelfstandigheid aan te nemen waarbij het rechtsvermoeden met name gericht op werkenden met een minder goede onderhandelingspositie.²⁴⁸ De Commissie Borstlap kwam in haar onderzoek ook tot een advies dat een rechtsvermoeden zou kunnen bijdragen aan de handhaving van de schijnzelfstandigheid.²⁴⁹ Zij adviseert dat wanneer de arbeid persoonlijk en tegen beloning wordt verricht, sprake is van een werknemer, tenzij door opdrachtgever anders kan worden aangetoond. Het bewijsvermoeden wordt op deze manier op de 'sterkere' opdrachtgever gelegd waardoor de eventuele zwakkere zelfstandige beschermd wordt.²⁵⁰

²³⁹ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.8.1.

²⁴⁰ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 39.; Meijers 1923-1924.

²⁴¹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 r.o. 16.3 (*Deliveroo*)

²⁴² *Kamerstukken II 2020/21*, 29 544 nr., 1028.; Rapport Commissie Regulering van werk 2020; Verhulp, *TRA 2021/55*; Heinen & Mauser, *TAP 2023/4*.

²⁴³ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 r.o. 16.4 (*Deliveroo*)

²⁴⁴ Steenbergen, van & Wits, *TRA 2020/91*.

²⁴⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 r.o. 3.2.2. (*Participatieplaats*)

²⁴⁶ Voortgangsbrief 16 december 2022.

²⁴⁷ Voortgangsbrief 16 december 2022.

²⁴⁸ Voortgangsbrief 16 december 2022.

²⁴⁹ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 69-70

²⁵⁰ Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 69-70

Naast voorgaande is op 21 juni 2022 het wetsvoorstel Implementatie EU-Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden aanvaard door de Eerste Kamer.²⁵¹ De richtlijn beoogt het werk vooraf transparanter en voorspelbaarder te maken door onder andere minimumvereisten voor arbeidsvoorwaarden te bepalen, informatievoorziening te verplichten, beperking verbod op nevenwerkzaamheden en bescherming tegen wisselende roosters. Tevens moet een werknemer op verzoek recht heeft op voorspelbare en zekere arbeidsvoorwaarden (denk daarbij aan tijdstippen, loon en roosters).²⁵²

²⁵¹ Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, L-186/105.
Kamerstukken II 2021/22, 35962 nr. 2.

²⁵² Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, L-186/105, artikel 4-14 van de Richtlijn; *Kamerstukken II 2021/22*, 35962 nr. 2.

Conclusie

Van een arbeidsovereenkomst is sprake wanneer de ene partij zich in dienst van de andere partij verplicht om gedurende een zekere tijd arbeid te verrichten tegen betaling van loon.²⁵³ Wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft dit arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke gevolgen. Voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zijn de volgende elementen relevant; arbeid, loon gezag en 'gedurende een zekere tijd'. Omdat het element gezag gezien wordt als het meest onderscheidende element van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van bijvoorbeeld een opdrachtovereenkomst levert dit element de meeste discussie op.

Sinds het Groen/Schoevers arrest was bij de kwalificatievraag de partijbedoeling een grote rol toegespitst.²⁵⁴ Over het meewegen van deze partijbedoeling werd sindsdien in de literatuur echter verschillend gedacht en in participatieplaats- arrest is de onduidelijkheid betreffende de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering, de invulling en de samenhang daarvan zo goed als weggenomen. In het recente Deliveroo arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat voor de kwalificatievraag niet van belang is of partijen de bedoeling hadden om de overeenkomst onder artikel 7:610 BW te laten vallen.²⁵⁵ Voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is het daarnaast van belang om twee fasen te onderscheiden; de uitlegfase en de kwalificatiefase.²⁵⁶ In de uitlegfase moet aan de hand van de Haviltex- maatstaf worden vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen waarbij moet worden gekeken naar hetgeen in de gegeven omstandigheden partijen over en weer hebben afgesproken en wat zij op grond daarvan mochten verwachten.²⁵⁷ In de kwalificatiefase moeten de vastgestelde rechten en verplichtingen worden getoetst aan het wettelijk kader van artikel 7:610 BW. De partijbedoeling speelt ook hier geen rol. De Hoge Raad heeft in haar recente Deliveroo- arrest bevestigd dat bij de kwalificatietoets nog wel gebruik gemaakt moet worden van de uit de Groen/Schoevers voortvloeiende holistische benadering waarbij het gaat om de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Aan de hand van de op die manier vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan vervolgens worden bepaald of de overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst bevat, of bijvoorbeeld die van een overeenkomst van opdracht. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend.²⁵⁸ De Hoge Raad heeft daarnaast een aantal concrete gezichtspunten genoemd welke moeten bijdragen aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst waarbij ook mede in beschouwing te worden genomen dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding mede afhangt van de mate waarin deze bepaling daadwerkelijk betekenis heeft voor de werkende.²⁵⁹ De Hoge Raad koppelt de gezichtspunten, in tegenstelling tot A-G de Bock welke de genoemde omstandigheden koppelde aan het gezagscriterium, niet direct aan de elementen loon, arbeid, gezag en 'gedurende een zekere tijd' uit artikel 7:610 BW waardoor onduidelijk is hoe de gezichtspunten zich tot elkaar verhouden en op welke wijze deze gewogen moeten worden, wat veel vrijheid geeft aan rechters en wat weer tot veel verschillende uitkomsten kan leiden.²⁶⁰ Toch lijkt de visie van de Hoge Raad niet onterecht nu het bijvoorbeeld lastig lijkt om een element te koppelen aan de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen.²⁶¹ Een uit het FNV Kiem- arrest voortvloeiende objectieve maatstaf voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zou kunnen bijdragen aan ongelijkheidscompensatie,²⁶² net zoals de gezichtspunten welke voortvloeien uit het recente Deliveroo- arrest.²⁶³

Uit de literatuur blijkt dat bij het gezagscriterium niet enkel meer op het bestaan van een instructiebevoegdheid moet worden getoetst, maar meer moet worden gekeken naar de inbedding in de organisatie.²⁶⁴ Daarbij is tevens van belang dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of de werkzaamheden van de werker een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering of dat er sprake is van ondernemerschap.²⁶⁵ Hetgeen ook terugkomt in het voorstel van het kabinet dat bij de beoordeling van het 'in dienst van' in artikel

²⁵³ Artikel 7:610 BW.

²⁵⁴ HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2024, JAR 2020/52.

²⁵⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.4. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

²⁵⁶ ECLI:NL:PHR:2020:698 conclusie A.G. de Bock (*Participatieplaats*).

²⁵⁷ ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*)

²⁵⁸ Kruit, *MR online*, 9/2021.; Rb. Amsterdam 13 september 2021; ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.;

ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*). Seghrouchni, *Bb* 2023/20.

²⁵⁹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

²⁶⁰ Ruizeveld, *TRA* 2023/70.; Laagland, *TRA* 2023/50; Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4; Laagland, *TRA* 2023/50.

²⁶¹ Heinen & Mauser, *TAP* 2023/4;

²⁶² Ait, *TRA* 2018/36.

²⁶³ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 r.o. 3.2.5. RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

²⁶⁴ *Kamerstukken II* 2020/21, 29 544 nr. 1028.; Rapport Commissie Regulering van werk 2020

²⁶⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 r.o. 16.4 (*Deliveroo*)

7:610 BW drie elementen centraal wil stellen. Dit zijn: het materieel gezag, inbedding van de arbeid en het zelfstandig ondernemerschap.²⁶⁶ Het centraal stellen van hoofdelementen zou tot verduidelijking kunnen leiden en meer sturing kunnen geven aan de holistische wegging van alle omstandigheden van het geval. Zoals gezegd kan de opsomming van de gezichtspunten richting geven, maar is het onduidelijk wat de onderlinge verhouding en wegging van deze omstandigheden zou moeten zijn.

Door een nadere invulling van het element 'in dienst van' zou dit kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid van de werkenden nu de invulling van dit element en de verantwoordelijkheid daarvan niet aan de zijde van de werkende ligt. Laagland acht echter terecht dat het bij de invulling van de hoofdelementen wel essentieel is welke omstandigheden onder welk hoofdelement zouden moeten vallen waarbij aansluiting gezocht kan worden bij Europese en Nederlandse rechtspraak.²⁶⁷

²⁶⁶ Laagland, *TRA* 2023/50; HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).; Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën 16 december 2022.

²⁶⁷ Laagland, *TRA* 2023/50.

Literatuurlijst

Alt, MSR 2017/17

H.J.W. Alt, 'Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht', *Monografieën Sociaal Recht*, 2017/17

Alt, TRA 2018/36

H.J.W. Alt, 'De gedwongen vrijheid van de maaltijdbezorger en de plannen van het kabinet Rutte III', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2018/36.

Alt, ORP 2018/86

H.J.W. Alt, 'Kwalificatie en uitleg van arbeidsovereenkomst: het kan beter en eerlijker'. *ORP* 2018/86.

Bartens, TvAO 2019/1

P.R. Bartens, 'Vrije vervanging' en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid', *TvAO* 2019/1.

Beltzer, Verhulp, Boonstra, Christe & Riphagen, MSR nr. 24 2002

R.M. Beltzer, E. Verhulp, K. Boonstra, D. Christe & J. Riphagen, 'Flexibele arbeidsrelaties', *Monografieën Sociaal Recht*, nr. 25, 2002.

Bennaars 2018 (Position Paper)

J.H. Bennaars, 'Verduidelijken gezagscriterium', Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 24 augustus 2018.

Bennaars, AR 2018/28

J.H. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', *ArbeidsRecht* 2018/28;

Bennaars & Grosheide, TAC 2019/1

J.H. Bennaars & E.F. Grosheide, 'Platformwerkers: sociale noodopvang door de EU?', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 2019/1.

Berg, van den, AR Updates, 2016-0046

L. van den Berg, 'Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers', *AR- Updates*, 2016- 0046, par. 5.

Bles 1907-1909 I/IV

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der wet van 13den juli 2907 (Staatsblad n. 193)*, 's-Gravenhage 1907-1909, deel I-IV

Boot 2004

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004.

Boot, TRA 2012/84

G.C. Boot, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/84.

Boot & Damsteegt, MSR 2014/64

G.C. Boot & A.C. Damsteegt, 'Onafhankelijke en afhankelijke zzp'er' *Monografieën Sociaal Recht*, 2014/64.

Boot, AR 2015/14

G.C. Boot, 'Groen/Schoers op losse schroeven', *ArbeidsRecht*, 2015/14.

Boot 2018 (Position Paper)

G.C. Boot, *Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 23 augustus 2018.

Dekker & de Beer Tijdschrift voor HRM 2/2015

F. Dekker & P. de Beer, 'Flexibele arbeid en het HRM-beleid van werkgevers', *Tijdschrift voor HRM* 2/2015.

Drongelen & Fase 2015

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht. Deel 1 'De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en Verlof'*, Zutphen: 2015.

Duk 2018 (Position Paper)

R.A.A. Duk, *Position paper van Mr. R.A.A. Duk inzake gezagscriterium in art. 7:610 BW*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Graef & Boom, van den, MSR nr.78/2021

I. Graef & J. van den Boom, 'Platformwerkers en het mededingingsrecht; Vloek of zegen voor de sociale bescherming', *MSR*, nr. 78/2021.

Asser/Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2020.

Van Haaren, SMA 1972, p. 785 e.v.

I.A.C. van Haaren, 'De betekenis van de arbeidsovereenkomst in deze tijd', *SMA* 1972, p.785 e.v.

Van der Heijden 1997

P.F. van der Heijden, *Ongelijkheden in beweging in: L. Betten e.a. (red.), Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor prof.mr. M.G. Rood*. Deventer:Kluwer 1997, p. 53-65

Van der Heijden, NJB, 1997/40

P. F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', *Nederlands Juristenblad* 1997/40.

Van der Heijden & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over de beginselen van sociale rechtsvormen en hun werking*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Heinen & Mauser, TAP 2023/4

J.B.B. Heinen & P.K. Mauser, 'Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws?- Over het kwalificatievraagstuk na Deliveroo', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2023/4

Hessels & Vroonhof 2003

S. Hessels & P. Vroonhof. 'Zelden zo populair: het zzpschap'. *Zelfstandigen zonder personeel in de literatuur*. Zoetermeer: EIM 2003.

Houweling 2016

R. Houweling. 'Dé ZZP'er bestaat niet. Empirische, statistische en arbeidsrechtelijke beschouwing over de zelfstandige zonder personeel.' In B. ter Weel (red.), *De flexibele arbeidsmarkt in beweging* (pp. 69-88). Sdu Uitgevers 2016.

Huisman, TAP, 2019/278

L. Huisman, 'Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, Tijdschrift ArbeidsrechtPraktijk, 2019/278.

Jansen & Loonstra 1997

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, '*Functies onder spanning, een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*', Kluwer, Deventer 1997.

Jansen & Loonstra, TAP, 2010/1

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling' *Tijdschrift ArbeidsrechtPraktijk*, 2010/1.

Klosse, WRR 2017

S. Klosse, 'Flexibele arbeid, gebalanceerde bescherming', in: M. Kremer, R. Went, A. Knottnerus, *Voor de zekerheid: De toekomst van flexibel werkenden en moderne organisatie van arbeid*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid: Den Haag 2017.

Van der Koot – Putte, MSR 2020/42

E. Koot – van der Putte, 'De schijnzelfstandige', *Monografieën Sociaal Recht*, 2020/42.

Kruit & Ouwehand, TRA 2018/58

P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2018/58.

Kruit 2021

P. Kruit, 'Over de platformoorlog en de platformmedewerker', *Mr Online*, Haarlem, Mr. (online bijgewerkt op 20 september 2021).

Laagland 2018

F.G. Laagland. Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip. Een Europese analyse van de zzp-plannen van het Nederlandse kabinet, Nijmegen 2018.

Laagland, TRA 2023/50

F.G Laagland, 'Het Deliveroo- arrest: jongleren met alle omstandigheden van het geval'. *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2023/50.

Lamers & Ermers 2014

A.H. Lamers & J.H. Ermers, '*De mythe van flexibele arbeid*', in: *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving* (Red. A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmaekers), Zutphen: Juridische Uitgeverij Paris 2014.

Lamers, RSV 2020/233

A.H. Lamers, 'Kwalificatie arbeidsovereenkomst – partijbedoeling geen rol', *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 2020/233.

Loonstra, SR 2005/17

C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2005/17.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010.

Mauser AR 2019/45

P.J. Mauser, 'Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019/45.

Meijers 1923-1924

E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1923-1924.

Pennings 2018

F.J.L. Pennings, 'Zelfstandigen zonder personeel', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

Peters, TRA 2020/52

S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/52.

Ruizeveld, TRA 2023/70

M.D. Ruizeveld, 'Deliveroo: de kwalificatievraag is nog niet definitief beantwoord', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2023/70.

Said, ArA 2017/01

S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!: de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het arbeidsrecht, sociale zekerheidsrecht en fiscaal recht'. *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2017.

Said, TAP 2019/152

S. Said, 'Holistisch wegen van feiten en omstandigheden: legt de maatschappelijke positie van partijen nog voldoende gewicht in de schaal?', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2019/52.

Said, TRA 2020/14

S. Said; Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen? *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2020/14.

Said 2022

S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip*, Deventer: Kluwer 2022.

Seghrouchni, Bb 2021/2

J. Seghrouchni, 'De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: de rol van de partijbedoeling na het arrest X/Amsterdam', *Bedrijfsjuridische berichten*, 2021/2.

Seghrouchni, Bb 2023/20

J. Seghrouchni, 'Het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo: iets om bezorgd over te zijn?' *Bedrijfsjuridische berichten* 2023/20.

Smitskam 1989

C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 1989.

Steenbergen, van & Wits, TRA 2020/91

H. van Steenbergen, & E.B. Wits; Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen'. *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/91.

Trap, AR 2007/23

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers, What's new?', *ArbeidsRecht* 2007/24

Verhulp 2003

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA 11 oktober 2002), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

Verhulp, AA 2005/5

E. Verhulp, 'Is de opdrachtovereenkomst een arbeidsovereenkomst?' HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (Diosynth/Groot)', *Ars Aequi* 2005/5.

Verhulp, TRA 2014/24

E. Verhulp, 'De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na inwerkingtreding Wetsvoorstel Werk en Zekerheid?'. *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2014/24.

Verhulp 2018 (Position Paper)

E. Verhulp, *Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Verhulp 2019

E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 6 in: L.J.A. Holtus (red.), in *Deining*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019.

Verhulp, TRA 2021/55

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit!: over het belang van de bedoeling van partijen, het arbeidsrecht en de vormgeving van de overeenkomst voor de kwalificatie'. *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2021/55.

Wolff AR 2012/16

D.J.B. de Wolff, 'Arbeid, opleiding of re-integratie: de reikwijdte van artikel 7:610 BW' *ArbeidsRecht* 2012/16.

Wielers, TvA 2019 (35) 2.

R. Wielers, 'Platform en bestel', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2019, (35) 2.

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2012.

Zwemmer 2018 (Position Paper)

J.P.H. Zwemmer, *Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Jurisprudentie lijst

Hoge Raad

HR 18 december 1853, ECLI:NL:HR:1953:219, NJ 1954, 242 (*Zaal/Gossink*).
HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*).
HR 1 december 1961, NJ 1962/79.
HR 21 maart 1969, NJ 1969/321 (*Heger/De Geïllustreerde Pers*).
HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).
HR 29 oktober 1982, LJV AC0442, NJ 1983, 230 (*Hesseling/Ombudsman*).
HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0280, NJ 1992/173 (*Kruis/Christelijk Gereformeerde Kerk*).
HR 8 mei 1998, NJ 2000/81.
HR 17 juni 1994, JAR 1994/52 (*Imam*).
HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165 (*Appelplukkers*).
HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).
HR 12 oktober 2001, LJV ZC3681.
HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Mahli*).
HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).
PHR 14 april 2006 ECLI:NL:PHR:2006:AU9722. (*UvA/Beurspromovendi*)
HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*).
ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).
HR 15 december 2007, JAR 2008,19 (*Van Houdts/BBO*).
HR. 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5409 (*Terror Jaap*).
PHR 13 december 2012, BY8742.
HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653. (*Prostituees*).
HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 (*Care4Care*).
PHR 19 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:752, 17/04606.
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*).
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).
PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698 (*Participatieplaats*).
HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2024, JAR 2020/52.
PHR 28 oktober 20220, ECLI:NL:PHR:2022:1095 (*Treffina*).
HR 28 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1095. (*Treffina*).
PHR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (*Deliveroo*).
HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 RAR 2023/73 (*Deliveroo*).

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/62 (*Deliveroo/FNV*).

Rechtbanken

Rb. Groningen 24 november 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU9610.
Rb. Noord Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:11226, 11230 en 11232.
Rb. Oost Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2015:83.
Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152
Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (*Helping*)
Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*)
Rb. Zeeland-West-Brabant 16 april 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1847.
Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*)

Europese rechtspraak

HvJ EG 3 juli 1986, zaak C-66/86 (*Lawrie Blum*),
HvJ EG, 9 september 2003, C-151/02.
HvJ EU 10 september 2014, C-270/13. (*Haralambidis*)
HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*).
HvJ EU 20 december 2017, NJ 2018/361 (*Uber Spain*)
HvJ EU 10 april 2018, NJ 2019/3 (*Uber France*)
HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*)

Parlementaire stukken

Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

Wet van 6 juni 1996, Stb. 1996/406, in werking getreden op 1 april 1997 (Stb. 1997/37).

Meijers 1972 (Toelichting): E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong. Toelichting Vierde Gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf 1972.

Aanbeveling (EU) 2013/C 161/03 van het Europees Economisch en Sociaal Comité over misbruik van de status van zelfstandige. (*PbEU*, 2013/C 161/03).

Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, L-186/105.

Richtlijnvoorstel betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk. COM(2021) 762.

Zevende voortgangsbrief 'werken als zelfstandige', Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst, 29 september 2021, 2021-0000144981.

Hoofdpijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 5 juli 2022, 2022-0000148422.

Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige', Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatsecretaris van Financiën, 16 december 2022, 2022-0000292130.

Kamerstukken II 1993-1994, 23438, nr. 3,

Kamerstukken II 1996/97, nr. 3.

Kamerstukken II 2012/13, 33623.

Kamerstukken II 2014/15, 29544, nr. 558.

Kamerstukken II 2014/15, 34000, nr. 2.

Kamerstukken II 2018,19, 31311, nr. 212.

Kamerstukken II 2020/21, 29 544 nr. 1028.

Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr. 237

Kamerstukken II 2021/22, 35962 nr. 2

Kamerstukken II 2022/23, 36200, nr. 1

Rapportenlijst

IBO-rapport 2015

Rapport Interdepartementaal Beleidsonderzoek, 'Zelfstandigen zonder personeel', april 2015.

Rapport Commissie (Model) overeenkomsten in het kader van de wet DBA 2016

Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA, officiële bekendmakingen, november 2016.

Rapport Productivity Slowdown CPB 2017.

Rapport *Productivity Slowdown- Evidence for the Netherlands*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis 7 maart 2017.

Rapport Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie 2017

Rapport: 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie', Flier e.a., 2017.

Rapport WRR, het betere werk 2019

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rapport: het betere werk*, 2019.

Rapport Commissie Regulering van werk 2020

Commissie Regulering van werk, Rapport: *'In wat voor land willen wij werken? Discussienota van de commissie Regulering van werk over toekomstbestendig arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit'*. 23 januari 2020.

Samenvatting

Wanneer aan alle elementen uit artikel 7:610 BW wordt voldaan is in beginsel sprake van een arbeidsovereenkomst. In het artikel is het volgende bepaald; *'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, tegen een loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'*. Een werknemer verricht werkzaamheden onder het gezag van de werkgever en dit element vloeit voort uit de woorden *'in dienst van'*. Dit element onderscheidt een arbeidsovereenkomst van de overeenkomst van opdracht en is sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 het meest onderscheidende element bij de kwalificatievraag van de arbeidsovereenkomst.

De arbeidsmarkt is de laatste jaren in beweging en werkenden werken niet enkel en alleen meer onder een arbeidsovereenkomst. Steeds meer werkenden kiezen ervoor om als ondernemer te gaan werken. In het derde kwartaal van 2022 is het aantal zzp'ers zelfs gegroeid naar ruim 1,2 miljoen. Hoewel voordelen zitten aan het zijn van een zzp'er, zoals een hoger uurloon en fiscale voordelen, zijn er ook nadelen. Tussen de zzp'er en de opdrachtgever bestaat een 'asymmetrische machtspositie' en niet elke zelfstandige is zich van de risico's bewust, hetgeen verstrekende gevolgen kan hebben. Van schijnzelfstandigheid is sprake wanneer een werkende formeel gezien in een dienstbetrekking werkt en gezien moet worden als een werknemer in de zin van artikel 7:610 BW. De positie van deze schijnzelfstandige is bezwaarlijk omdat deze eveneens toegang tot het arbeidsrecht zou moeten krijgen, maar deze niet krijgt. De problematiek rond de schijnzelfstandige speelt al vele jaren. Het belang van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is groot gelet op voorgaande problematiek rondom de schijnzelfstandigen.

In het arrest Groen/Schoevers leek bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst de partijbedoeling een rol toegespitst, zelfs zo groot dat wanneer partijen de arbeidsovereenkomst hadden uitgesloten in de overeenkomst hier door feitenrechtters gewicht aan werd toegekend. In het participatieplaats- arrest is de onduidelijkheid betreffende de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering, de invulling en de samenhang daarvan vervolgens zo goed als weggenomen. De 'tweefasenleer' is hier uitdrukkelijk genoemd en heeft verduidelijking gegeven. De Hoge Raad overwoog dat de kwalificatievraag, of de overeengekomen rechten en verplichtingen overeenkomen aan artikel 7:610 BW, na de vraag dient te komen welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen (de uitlegfase). Wat partijen over en weer hebben afgesproken dient aan de hand van de Haviltex- maatstaf worden beantwoord. Vervolgens kan beoordeeld worden of de overeenkomst voldoet aan rechten en verplichtingen uit artikel 7:610 BW (kwalificatie- fase).

A-G. de Bock heeft in lijn met haar conclusie in het participatieplaats- arrest in haar lezenswaardige advies aan de Hoge Raad bepleit dat de partijbedoeling niet meer relevant zou moeten zijn bij de kwalificatievraag, maar enkel hoe partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. De Hoge Raad heeft de Bock hier in zekere mate gevolgd en heeft geoordeeld dat bij de kwalificatievraag dient worden nagegaan of wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van artikel 7:610 BW. Daarbij is niet van belang of partijen ook een arbeidsovereenkomst voor ogen hebben gehad.

Voorgaande is onlangs tevens opnieuw bevestigd door de Hoge Raad in haar recente Deliveroo- arrest. Heinen en Mauser stellen daarbij dat de uitlegfase niet teveel aandacht verdient en dat enkel en alleen aan de hand van de Haviltex- maatstaf moeten worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen overeengekomen zijn. Zij merken daarbij wel op dat hetgeen wat na het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen mede bepalend kan zijn bij de uitleg van de overeenkomst, daarbij verwijzen en sluiten zij zich aan bij de conclusie van de A-G de Bock behorende bij het Deliveroo- arrest. De Hoge Raad bevestigt vervolgens wat betreft de kwalificatiefase dat de bedoeling van partijen geen rol speelt of de overeengekomen overeenkomst onder het wettelijk kader van artikel 7:610 BW valt. Naast de toetsing aan het wettelijk kader moet bij de kwalificatievraag gebruik worden gemaakt van de holistische benadering.

De Hoge Raad heeft daarnaast een aantal concrete gezichtspunten genoemd welke moeten bijdragen aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst waarbij ook mede in beschouwing te worden genomen dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding mede afhangt van de mate waarin deze bepaling daadwerkelijk betekenis heeft voor de werkende. Een uit het FNV Kiem- arrest voortvloeiende objectieve maatstaf voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zou daarnaast kunnen bijdragen aan ongelijkheidscompensatie, net zoals de gezichtspunten welke voortvloeien uit het recente Deliveroo- arrest.

Uit de literatuur blijkt dat bij het gezagscriterium niet enkel meer op het bestaan van een instructiebevoegdheid moet worden getoetst, maar meer moet worden gekeken naar de inbedding

in de organisatie. Daarbij is tevens van belang dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of de werkzaamheden van de werker een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering of dat er sprake is van ondernemerschap. Hetgeen ook terugkomt in het voorstel van het kabinet dat bij de beoordeling van het 'in dienst van' in artikel 7:610 BW drie elementen centraal wil stellen. Dit zijn: het materieel gezag, inbedding van de arbeid en het zelfstandig ondernemerschap. Het centraal stellen van hoofdelementen zou tot verduidelijking kunnen leiden en meer sturing kunnen geven aan de holistische wegging van alle omstandigheden van het geval. Zoals gezegd kan de opsomming van de gezichtspunten richting geven, maar is het onduidelijk wat de onderlinge verhouding en wegging van deze omstandigheden zou moeten zijn.

Door een nadere invulling van het element 'in dienst van' zou dit kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid van de werkenden nu de invulling van dit element en de verantwoordelijkheid daarvan niet aan de zijde van de werkende ligt. Laagland acht echter terecht dat het bij de invulling van de hoofdelementen wel essentieel is welke omstandigheden onder welk hoofdelement zouden moeten vallen waarbij aansluiting gezocht kan worden bij Europese en Nederlandse rechtspraak.

Trefwoorden

Arbeidsovereenkomst
Schijnzelfstandigheid
Gezagscriterium
Holistisch wegen
Ondernemerschap
Inbedding