

MASTER'S THESIS

De rechtspositie van de zzp'er

Zondag, D.L.

Award date:

2024

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: 18. Mar. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



De rechtspositie van de zzp'er

The legal position of the self-employed person

Scriptie Rechtswetenschappen
Cursusnummer: RM9906-232422M

Naam: D.L. Zondag
Studentnummer: 852043928
Emailadres (privé): daphnezondag@hotmail.com
Emailadres (OU): daphne.zondag@student.ou.nl

Datum: 21 mei 2024
Woorden: 11040

Naam begeleider: dhr. mr. dr. A.H. Lamers
Naam examinerator: dhr. prof. Mr. J.G.J. Rinkes

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1. INLEIDING	4
1.1 INLEIDING.....	4
1.2 PROBLEEMANALYSE	5
1.2.1 <i>Het Europeesrechtelijk perspectief</i>	6
1.3 MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE.....	6
1.4 CENTRALE VRAAG EN DEELVRAGEN.....	7
1.5 ONDERZOEKSMETHODE	8
HOOFDSTUK 2. ORGANISATORISCHE INBEDDING VAN HET WERK	10
2.1 INLEIDING.....	10
2.2 DE NORM 'IN DIENST VAN' IN DE WET.....	10
2.2.1 <i>De arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst</i>	10
2.2.2 <i>De VAR en Wet DBA</i>	10
2.2.3 <i>Wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden'</i>	11
2.3 ORGANISATORISCHE INBEDDING VAN HET WERK	12
2.3.1 <i>Materieel gezag</i>	12
2.3.2 <i>Organisatorische inbedding van het werk</i>	12
2.3.3 <i>Het zelfstandig ondernemerschap</i>	13
2.4 DE EUROPEESRECHTELIJKE CONTEXT	14
2.4.1 <i>Het werknemersbegrip</i>	14
2.4.2 <i>Richtlijn ter verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk</i>	15
HOOFDSTUK 3. HET DELIVEROO-ARREST.....	18
3.1 INLEIDING.....	18
3.2 DE ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSpraak	18
3.2.1 <i>Het standaard-arrest Groen/Schoevers</i>	18
3.2.2 <i>De ommekeer van de Hoge Raad</i>	18
3.2.3 <i>De Uber-uitspraak</i>	19
3.3 HET DELIVEROO-ARREST	20
3.3.1 <i>Holistische toetsing</i>	20
HOOFDSTUK 4. DE ARBEIDSOVEREENKOMST	22
4.1 INLEIDING.....	22
4.2 NA HET DELIVEROO-ARREST	22
4.2.1 <i>Ontwikkelingen na Deliveroo</i>	22
4.2.2 <i>Rechtspraak na Deliveroo</i>	23
4.3 TOETSINGSKADER ARBEIDSOVEREENKOMST	23
4.3.1 <i>De toetsing van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst</i>	24
4.3.2 <i>De toetsing van de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst</i>	25
HOOFDSTUK 5. CONCLUSIE.....	26
5.1 INLEIDING	26
5.2 ORGANISATORISCHE INBEDDING VAN HET WERK	26
5.3 HET DELIVEROO-ARREST	27
5.4 DE ARBEIDSOVEREENKOMST.....	27
LITERATUURLIJST	30
JURISPRUDENTIELIJST	32
KAMERSTUKKEN EN RAPPORTEN	33
SAMENVATTING EN TREFWOORDEN.....	34

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Inleiding

Volgens artikel 7:610 lid 1 BW is er sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer de werknemer zich verbindt om in dienst van de werkgever, tegen loon en gedurende een zekere tijd arbeid te verrichten. Tot de jaren '90 van de vorige eeuw werd arbeid voornamelijk verricht door arbeidskrachten in vaste dienst bij de werkgever. Deze werknemers hadden een contract voor onbepaalde tijd en werken daardoor lange tijd voor een en dezelfde werkgever. In de jaren '90 ontstond een grotere behoefte aan het meer flexibel kunnen inrichten van arbeid. Mede daardoor is in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (1999) het zogenoemde uitzendwerk ontstaan en de ketenregeling verder ontwikkeld. Op basis van de ketenregeling kan met een werknemer maximaal drie tijdelijke contracten worden gesloten. Hiermee is ruimte gecreëerd om werk flexibeler te organiseren. De flexibele contracten voor uitzendwerk zorgde ervoor dat werknemers langdurig met tijdelijke contracten konden worden ingezet.¹

Het begrip 'zzp'er' doet vermoeden dat er een vorm van arbeidsrelatie kan bestaan die tussen een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW en de opdrachtovereenkomst 7:400 lid 1 BW staat. Het zzp-begrip heeft in het arbeidsrecht geen juridische basis.² Door de behoefte van de arbeidsmarkt voor meer flexibele arbeidsinzet werd het zelfstandig ondernemerschap en de keuze van werkers om niet meer voor een werkgever werkzaam te zijn getolereerd met de introductie van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR). De VAR bepaalde of een werker in fiscale zin als zelfstandige kon worden aangemerkt en richtte zich niet op het arbeidsrechtelijke perspectief. Om die reden was het de vraag of de werkers daadwerkelijk als zelfstandigen konden worden aangemerkt.³ De VAR gaf opdrachtgevers een vrijwaring van loonbelasting en premies en regelde fiscale voordelen zoals de zelfstandigenaftrek. Ook werden de zelfstandigen minder beschermd. De verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering werd afgeschaft, aangezien dit niet goed aansluit bij het zelfstandig ondernemerschap. Desondanks groeide het aantal zelfstandigen tussen 2003 en 2019 naar bijna 500.000, aangezien dit voornamelijk op korte termijn financieel aantrekkelijk is. In tegenstelling tot de zelfstandige werd de werknemer meer beschermd. In de Wet Flexibiliteit en Zekerheid ontstaat een ontslagbescherming en werkgevers worden verantwoordelijk gesteld bij ziekte en re-integratie. Deze ontwikkelingen zorgden voor een verschil in kosten voor het leveren van arbeid en de bescherming tussen werknemers en zelfstandigen.⁴

Deze jarenlange fiscale bevoordeling van zelfstandigen leidde tot de vervanging van vaste medewerkers door zelfstandigen.⁵ Reden hiervoor vanuit de werkgevers is de belasting die de arbeidsovereenkomst met zich meebrengt en het lage risico bij het contracteren van een zelfstandige. De groep werknemers met vaste contracten is kleiner geworden en de arbeidsovereenkomst is onder druk komen te staan.⁶ Ook laten deze ontwikkelingen zien dat een steeds groter deel van de beroepsbevolking wordt aangemerkt als zelfstandige. In 2023 zijn er naar schatting 1,6 miljoen zelfstandigen.⁷

Met de Wet werk en zekerheid (2015), de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (2016) en de Wet arbeidsmarkt in balans (2020) is geprobeerd deze verschillen tussen werkenden te herstellen. Gevolg is dat de verschillen tussen werknemers onderling zijn verkleind. Echter grote verschillen blijven bestaan in kosten en beschermingsniveaus tussen werknemers en zelfstandigen.⁸

¹ Commissie Borstlap 2020, p. 21.

² Lamers 2024, p. 7 en 11.

³ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁴ Commissie Borstlap 2020, p. 21-22.

⁵ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶ Boot 2016a, p. 3.

⁷ 'Schijnzelfstandigheid en wet DBA', belastingdienst.nl, geraadpleegd op 7 januari 2024.

⁸ Commissie Borstlap 2020, p. 22.

1.2 Probleemanalyse

Door recente ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, zoals de opkomst van platforms als Uber en Deliveroo, vervaagt het onderscheid tussen het werken als werknemer en het werken als zelfstandige.⁹ In praktijk blijkt dat de zelfstandige dezelfde arbeid verricht als de werknemer. De zelfstandige krijgt weinig vrijheid om zich als ondernemer te gedragen en de platforms kunnen eenzijdig de voorwaarden voor het verrichten van arbeid wijzigen.¹⁰ Bij deze platforms gaat het om de vraag of bezorgers/taxichauffeurs werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht. Het Gerechtshof heeft in de zaak tussen Uber en de FNV¹¹ prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad om duidelijkheid te verkrijgen omtrent het ‘ondernemersbegrip’ voor de beoordeling van een arbeidsrelatie. Hierin is nog geen uitspraak gedaan door de Hoge Raad. In de zaak van Deliveroo is reeds doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Zowel de kantonrechter¹² als het gerechtshof¹³ komen tot de conclusie dat de bezorgers werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad kwam in haar arrest¹⁴ tevens tot de conclusie dat de arbeidsrelatie tussen Deliveroo en haar bezorgers als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. In het arrest geeft de Hoge Raad een aantal overwegingen mee met betrekking tot de wijze waarop een arbeidsrelatie kan worden gekwalificeerd.¹⁵

De onjuiste kwalificatie van de overeenkomst zou tot gevolg kunnen hebben dat een zelfstandige als werknemer wordt gezien, waardoor hij werkzaam is met een arbeidsovereenkomst en recht heeft op onder andere loon overeenkomstig de cao, vakantiedagen en pensioenopbouw.¹⁶ Het kabinet heeft al meerdere pogingen gedaan om duidelijkheid te verschaffen met betrekking tot het gezagscriterium, onder andere met de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties en de daaropvolgende webmodule. Ook heeft zij andere wetsvoorstellen gedaan die niet het gewenste effect zouden hebben.¹⁷ De maatregelen moeten aan de ene kant schijnzelfstandigheid tegengaan en tegelijkertijd de ‘echte’ zelfstandige rechtszekerheid bieden over de juridische status van de arbeidsrelatie. Deze twee doelstellingen laten zich moeilijk met elkaar verenigen.¹⁸ Om deze doelstellingen te kunnen behalen moet er duidelijkheid komen over of de aangegane overeenkomst kan worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst waarbij een werknemer in dienst van een werkgever werkzaam is of als opdrachtovereenkomst waarbij een zelfstandige werkzaamheden uitvoert voor een opdrachtgever. In veel situaties is de scheidslijn wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst geheel onduidelijk.¹⁹

Op 16 december 2022²⁰ heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Financiën in de voortgangsbrief “Werken met en als zelfstandige” uiteengezet hoe de regels voor de beoordeling van de arbeidsrelatie en het rechtsvermoeden moeten worden verduidelijkt.²¹ Deze regels zijn uitgewerkt in het wetsvoorstel ‘Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’ dat per 1 januari 2025 in werking moet treden. In dit wetsvoorstel wordt het onderscheid tussen werken als werknemer en werken als zelfstandige verduidelijkt aan de hand van de herdefiniëring van de gezagsverhouding. In artikel 7:610 lid 1 BW is dit neergelegd in de open norm ‘in dienst van’. De

⁹ Alink 2023, p. 9.

¹⁰ Verhulp 2021, p. 16.

¹¹ Hof 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Uber/FNV*).

¹² Rb 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Maaltijdbezorger/Deliveroo*); Rb 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*).

¹³ Hof 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

¹⁴ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

¹⁵ Seghrouchni 2023, p. 71-73.

¹⁶ Verhulp 2023, p. 24.

¹⁷ Bij de Vaate 2023, p. 9.

¹⁸ Said 2020b, p. 3; *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, nr. 246, p.2.

¹⁹ Verhulp 2021, p. 17.

²⁰ *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, nr. 246, p.1-4.

²¹ Bij de Vaate 2023, p. 9.

norm zal verder worden ingevuld aan de hand van bestaande jurisprudentie en omvat drie hoofdelementen: de materiële ondergeschiktheid, de organisatorische inbedding van het werk en het zelfstandig ondernemerschap. Daarnaast zal vermoedelijk ook het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst worden gekoppeld aan een uurtarief (mogelijk tussen 30-35 euro). Dit houdt in dat wordt aangenomen dat de arbeidsrelatie is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst. De opdrachtgever moet aannemelijk maken dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer de opdrachtnemer hier een beroep op doet.²²

1.2.1 Het Europeesrechtelijk perspectief

Tevens bestaat in Europa discussie omtrent het werknemersbegrip en geeft hierdoor geen verduidelijking aan het nationale recht. Het werknemersbegrip wordt voor het eerst omschreven in een arrest over het vrije verkeer van werknemers: het Lawrie-Blum arrest²³. Hierin overwoog het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) dat het werknemersbegrip niet per lidstaat verschillend kan worden uitgelegd, aangezien het vrije verkeer van werknemers een van de grondbeginselen van de Europese Unie is. Het Hof benoemde de criteria: iemand levert gedurende een bepaalde tijd prestaties voor een ander, onder diens gezag en ontvangt als tegenprestatie een vergoeding. Volgens het Hof is met name de invulling van ‘gezag’ van belang. Het Hof interpreteert de term om werkenden bescherming van een EU-regeling te bieden telkens verschillend, waarbij vaak niet van belang is of de werkende een werkgever heeft. Het is om die reden mogelijk dat iemand voor de ene EU-regeling wél werknemer is en voor de andere niet. Het Europese werknemersbegrip heeft een ruimere toepassing: ook vrijwilligers, geestelijken, bestuurders van een vennootschap etc. kunnen onder het werknemersbegrip vallen wanneer zij aan de criteria voldoen. Het begrip beschermt dus niet alleen personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Dit kan daarom ook juist rechtsonzekerheid creëren voor zelfstandigen.²⁴

De Europese Commissie heeft op 9 december 2021 een voorstel ingediend voor de ‘Richtlijn ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk’.²⁵ Hierin heeft zij het rechtsvermoeden voor werknemerschap opgenomen. Het rechtsvermoeden bestaat uit het zeggenschap over de uitvoering van het werk door de platformwerker. De bewijslast dat er géén sprake is van een arbeidsovereenkomst ligt bij het platform. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de nationale wetgeving en de jurisprudentie van het Hof.²⁶ Hierbij is de partijbedoeling niet relevant. Het gaat om de feiten in verband met de daadwerkelijke uitvoering van het werk. Dit Europese rechtsvermoeden geldt alleen voor platformwerkers die werken voor een digitaal platform, terwijl in artikel 7:610a BW het gaat om een algemeen rechtsvermoeden.²⁷

1.3 Maatschappelijke relevantie

Werk is een essentieel onderdeel van het leven voor vele mensen. Werk voorziet in zowel financiële middelen voor het levensonderhoud als in mogelijkheden om deel te nemen aan de samenleving. Ook voor de maatschappij heeft werk een meerwaarde. Werk verhoogt de welvaart en biedt mogelijkheden om sociale zekerheden te organiseren.²⁸ Zelfstandigen kiezen vaak bewust voor het ondernemerschap, vanwege de regie die zij hebben met betrekking tot wat ze

²² Alink 2023, p. 10.

²³ HvJ EU 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*).

²⁴ Pennings 2021, p.10-16.

²⁵ Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762 final.

²⁶ Artikel 5 conceptrichtlijn.

²⁷ Bij de Vaate 2023, p. 14.

²⁸ Commissie Borstlap 2020, p. 17.

doen en hoe ze dat doen. Dat geeft hen mogelijkheden die werknemers niet hebben. Op die manier kunnen zelfstandigen een belangrijke bijdrage leveren aan de economie.²⁹

Echter zelfstandigen dragen relatief beperkt bij aan de financiering van de sociale zekerheid en het kost veel belastinggeld in de vorm van zelfstandigenaftrek. Het stijgende aantal zelfstandigen legt hierdoor een druk op het sociale en fiscale stelsel. Daar komt bij dat een deel van deze zelfstandigen een arbeidsovereenkomst behoort te hebben, volgens de geldende regels. Dit leidt tot oneerlijke concurrentie en tot risico's voor adequate bescherming van werkenden.³⁰

Het onderzoek naar de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zal bijdragen aan de bevordering van de rechtszekerheid. Partijen zullen door de duidelijkheid van het recht de juiste keuze maken voor de zelfstandige, de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd of de werknemer op uitzendbasis voor tijdelijk werk. Deze rechtszekerheid volgt uit de heldere criteria die ontstaan om de categorieën werkenden van elkaar te kunnen onderscheiden. Een mogelijk gevolg is dat gelijke behandeling van alle werkenden kan worden verzekerd. Doordat de regels kenbaar, duidelijk en handhaafbaar zijn, kunnen werknemers deze zelf opeisen bij de werkgever. Dit zal de gelijke behandeling tussen werknemers en zelfstandigen bevorderen.³¹

Door het creëren van deze rechtszekerheid is het mogelijk dat naar voren komt dat veel zelfstandigen eigenlijk werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, zoals onder andere ook uit het Deliveroo-arrest³² blijkt. Premies en belastingen zullen door meer werkenden moeten worden betaald. Hierdoor wordt de druk op de sociale zekerheid verlaagd en is een mogelijk toekomstperspectief dat de sociale zekerheid, ongeacht de contractvorm, bescherming biedt tegen de risico's als inkomensverlies door bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid.³³

1.4 Centrale vraag en deelvragen

Ruim zeven jaar na de inwerkingtreding van de Wet DBA is er nog altijd behoefte aan meer duidelijkheid over de vraag wanneer gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige. Het gaat hierbij voornamelijk om het gezagscriterium.³⁴ Voor het tegengaan van schijnzelfstandigheid moet de overeenkomst kunnen worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. Voor de kwalificatie is met name de gezagsverhouding van belang.³⁵ In de voortgangsbrief aan de Tweede Kamer³⁶ is er op hoofdlijnen uiteengezet hoe het wetsvoorstel Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden deze duidelijkheid moet geven aan werkenden en werkverschaffers. De gezagsverhouding zal drie hoofdelementen bevatten over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. De hoofdelementen zijn de organisatorische inbedding van het werk, de materiële ondergeschiktheid en het zelfstandig ondernemerschap.³⁷ Ook vanuit jurisprudentie³⁸ wordt hierover steeds meer duidelijkheid gegeven.

In deze thesis wordt de open norm 'in dienst van' uit artikel 7:610 lid 1 BW nader geanalyseerd, waarbij de nadruk wordt gelegd op het element 'organisatorische inbedding van het werk'. Er wordt onderzocht hoe het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' de rechtsonzekerheid kan wegnemen en de schijnzelfstandigheid kan tegengaan. Dit wordt vergeleken met die zienswijze van de Hoge Raad,

²⁹ Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 246, p 4.

³⁰ Boot 2016b, p. 3.

³¹ Commissie Borstlap 2020, p. 9-11.

³² HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

³³ Commissie Borstlap 2020, p. 12-13.

³⁴ Emmerig 2023, p. 4.

³⁵ Van der Neut 2023, p. 10-11; Verhulp 2021, p. 17.

³⁶ Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 246, p 16.

³⁷ Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 246, p. 16; Kamerstukken II 2022/23, 29 544, K, p. 14.

³⁸ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

zoals uiteengezet in het Deliveroo-arrest³⁹. Daarbij wordt naast de jurisprudentie van de Hoge Raad ook de jurisprudentie van het Hof geanalyseerd om te onderzoeken hoe het Europese werknemersbegrip en de ‘Richtlijn ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk’ moeten worden geïnterpreteerd in het nationale recht en of dit kan bijdragen aan de rechtszekerheid.

De centrale vraag van dit onderzoek is: *Op welke wijze zal het element ‘organisatorische inbedding van het werk’, als onderdeel van het gezagscriterium uit artikel 7:610 lid 1 BW, in combinatie met de criteria uit het Deliveroo-arrest moeten worden toegepast bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst?*

Ter beantwoording van de centrale vraag worden de volgende deelvragen beantwoordt:

- Op welke wijze zou de organisatorische inbedding van het werk kunnen worden toegepast bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst?
- Op welke wijze kunnen de criteria uit het Deliveroo-arrest worden toegepast?
- Wanneer kan een overeenkomst worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst?

1.5 Onderzoeksmethode

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden wordt er gebruik gemaakt van een normatief dogmatische onderzoeksmethode. Er zal een toetsingskader moeten worden ontwikkeld. Aan de hand van dit toetsingskader kan een oordeel worden geveld.⁴⁰ Bronnen die worden onderzocht zijn de geschreven nationale en Europese regels en rechterlijke uitspraken. Doel hiervan is om de inconsistenties in het geldende recht te verhelderen. Door de criteria van het Deliveroo-arrest en de open norm ‘in dienst van’ te onderzoeken kan worden gekeken hoe de arbeidsovereenkomst zou moeten worden gekwalificeerd. Bij de open norm ‘in dienst van’ zal het wetsvoorstel ‘Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’ ook worden onderzocht.

Hiervoor zal een theoretisch kader worden ontwikkeld op basis waarvan data kan worden gezocht en onderzocht. Dit theoretisch kader zal gericht zijn op een meer deductieve benadering van het onderzoek. Op basis van het proces van informatieverzameling en daarmee het vormen van een theoretisch kader van de tot nu toe bekende theorieën en recht, kunnen toetsbare criteria worden geformuleerd. Deze theorievorming is gericht op het toetsen en de doorontwikkeling van de theorie.⁴¹

Ter beantwoording van de centrale vraag volgt een analyse van het theoretisch kader. Het theoretisch kader bestaat uit juridische literatuur, jurisprudentie en een aantal kamerstukken. Het onderzoek richt zich op de criteria van de arbeidsovereenkomst, waarbij specifiek op het element ‘organisatorische inbedding van het werk’ wordt ingegaan. Hierbij worden de criteria loon en arbeid buiten beschouwing worden gelaten.

Voor wat betreft de juridische literatuur wordt gebruik gemaakt de Digitale Bibliotheek van de Open Universiteit en de database van Legal Intelligence. De zoektermen die worden gebruikt zijn: ‘Deliveroo-arrest’, ‘inbedding van het werk’, ‘kwalificatie arbeidsovereenkomst’, ‘gezagscriterium’, ‘organisatorische inbedding’ en ‘artikel 7:610 lid 1 BW’. Aan de hand van twee recente tijdschriftpublicaties⁴² is de sneeuwbalmethode toegepast voor het vinden van andere relevante tijdschriftartikelen. De literatuur is terug te vinden in de literatuurlijst en strekt zich voornamelijk uit over de periode 2016-2024, waarbij de begindatum duidt op de eerste geraadpleegde publicatie.

Met betrekking tot de jurisprudentie wordt specifiek de Nederlandse rechtspraak van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) geraadpleegd.

³⁹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

⁴⁰ Van Dijk, Snel & Van Golen 2023, p. 72-79.

⁴¹ Snel 2017, p.753.

⁴² Bij de Vaate 2023, p. 9-15; Verhulp 2021, p. 13-18.

De uitspraken die worden geraadpleegd hebben specifiek betrekking op de vraag of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De fictieve dienstbetrekking valt uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Naast de uitspraken van de Hoge Raad en HvJEU zijn ook de conclusies van de advocaat-generaal De Bock⁴³ van belang en de uitspraken van lagere rechters van het afgelopen jaar. Deze worden allen geraadpleegd via de officiële websites, www.rechtspraak.nl en www.curia.europa.eu. De jurisprudentie is terug te vinden in de voetnoten en in de jurisprudentielijst en strekt zich uit over de periode 1981-2023. Zoektermen zijn gelijk aan de zoektermen die hierboven zijn opgesomd.

Ook worden kamerstukken met betrekking tot het dossier over het ‘zelfstandig ondernemerschap’ en het dossier over het ‘arbeidsmarktbeleid’ worden geanalyseerd. Hier zijn de kamerbrieven en de bijlages van belang. De kamerstukken zullen worden geraadpleegd via de officiële website: www.zoek.officiëlebekendmakingen.nl.

⁴³ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*); Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 bij HR 6 november 2020, *NJ* 2021/116, m.nt. E. Verhulp (*Participatieplaats*).

Hoofdstuk 2. Organisatorische inbedding van het werk

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag op welke wijze de organisatorische inbedding van het werk zou kunnen worden toegepast bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

De open norm ‘in dienst van’ staat hierin centraal. Meer specifiek wordt allereerst ingegaan op hoe de arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst tot nu toe in de wet is geregeld (paragraaf 2.2). Daarbij wordt ook ingegaan op de ontwikkelingen in de afgelopen jaren zoals de Wet DBA, maar ook de meest recente ontwikkeling: het wetsvoorstel ‘Wet verduidelijk beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’. Paragraaf 2.3 gaat in op de toepassing van de inbedding van het werk in de organisatie. Paragraaf 2.4 gaat in op het Europese werknemersbegrip en de ‘Richtlijn ter verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk’.

2.2 De norm ‘in dienst van’ in de wet

2.2.1 De arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst

Artikel 7:610 lid 1 BW geeft nadrukkelijk aan wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Binnen de arbeidsrelatie moet aan drie eisen zijn voldoen: gezag, arbeid gedurende een zekere periode en loon. Hier kan niet zomaar van worden afgeweken, omdat het arbeidsrecht overwegend van dwingend recht is en het een beschermend karakter heeft. Uit het dwingendrechtelijk karakter volgt dat de arbeidsovereenkomst en de keuze om deze op een bepaalde wijze vorm te geven beperkt is. Er kan niet worden afgeweken van de arbeidsovereenkomst door een overeenkomst van opdracht ex 7:400 lid 1 BW aan te gaan en daarin uitdrukkelijk de arbeidsovereenkomst ex. 7:610 lid 1 BW uit te sluiten.⁴⁴ Uitgangspunt is dat als aan de criteria ‘gezag-loon-arbeid’ wordt voldaan, er sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁴⁵

Ondernemers zijn echter wel nodig op de arbeidsmarkt aangezien zij zorgen voor innovatiekracht en werkgelegenheid. Er moet worden voldaan aan regels die een bepaalde invulling van het ondernemerschap vereist. Deze regels zijn anders dan waar werknemers aan moeten voldoen die een gezag-loon-arbeid relatie hebben. Gelet op het beschermende karakter van de arbeidsovereenkomst zal in zijn algemeenheid terughoudendheid geboden moeten worden bij het aannemen dat er géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁴⁶ Dit helpt zelfstandigen aan de onderkant van de inkomensgrenzen, aangezien deze zelfstandigen zelden ‘voldoende’ ondernemer zijn en bijna altijd slecht af zijn als het gaat om sociale zekerheid.⁴⁷

2.2.2 De VAR en Wet DBA

De inzet van de zelfstandige suggereert dat er een vorm van een arbeidsrelatie tussen partijen kan bestaan die in het midden staat tussen een arbeidsovereenkomst ex. artikel 7:610 lid 1 BW en een overeenkomst van opdracht ex. 7:400 lid 1 BW (de ondernemer). Met de vraag of iemand zelfstandig (ondernemer) is, doet het er niet toe of deze wel of geen personeel heeft.⁴⁸

Sinds de introductie van het begrip ‘zelfstandige zonder personeel’ aan het einde van de vorige eeuw hebben partijen vele pogingen gedaan om aan het regime van artikel 7:610 lid 1 BW en 7:400 lid 1 BW te ontsnappen. Hierom wordt het ondernemerschap getolereerd en zelfs gefaciliteerd door de wetgever met de invoering van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) waarbij de Belastingdienst vooraf beoordeelde of een zelfstandige in fiscale zin als zelfstandige kon worden aangemerkt.⁴⁹

⁴⁴ Lamers 2024, p. 7.

⁴⁵ Verhulp 2021, p. 15.

⁴⁶ Verhulp 2021, p. 15; PHR 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:752.

⁴⁷ Lamers 2024, p. 7.

⁴⁸ Lamers 2024, p. 11.

⁴⁹ Commissie Borstlap, p. 22.

De VAR werd per 1 mei 2016 vervangen door de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (Wet DBA). De oorspronkelijke bedoeling van deze wet was het beter in balans brengen van de verantwoordelijkheden van opdrachtnemer en opdrachtgever, zodat schijnzelfstandigheid zou worden teruggedrongen.⁵⁰ Ook bij de Wet DBA blijft de primaire beoordeling van de arbeidsrelatie bij de Belastingdienst liggen. Het fiscale recht behoort het civiele recht te volgen. In artikel 2 lid 1 van de Wet Loonbelasting verwijst het belastingrecht met het begrip ‘dienstbetrekking’ naar het begrip ‘arbeidsovereenkomst’ in het BW.⁵¹ De Belastingdienst kan op basis van een gesloten modelovereenkomst niet bepalen wat de civiele rechtsverhouding tussen partijen is. Bovendien is dit systeem fraudegevoelig, aangezien partijen min of meer zelf kunnen ‘kiezen’ als het gaat om de aard van de arbeidsrelatie. Mede hierdoor zou een groot deel van de zelfstandigen zich eigenlijk als werknemer moeten kwalificeren.⁵² De handhaving is sinds de inwerkingtreding van de Wet DBA opgeschort en deze opschorting is in 2022 voor onbepaalde tijd verlengd. Dit fiscale gedoogbeleid biedt partijen de mogelijkheid om risicoloos de grenzen op te zoeken.⁵³

2.2.3 Wetsvoorstel ‘Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’

Het kabinet doet een poging om meer duidelijkheid te verschaffen met betrekking tot het gezagscriterium. In de voortgangsbrief van 16 december 2022⁵⁴ wordt op hoofdlijnen uiteengezet hoe duidelijkheid zal worden gegeven aan werkenden en werkverschaffers. Deze duidelijkheid ziet vooral op de open norm ‘in dienst van’ uit artikel 7:610 lid 1 BW door daarin op te nemen dat werken ‘in dienst van’ aan de orde kan zijn bij werk dat organisatorisch is ingebed in de onderneming van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht. Dit is één van de drie hoofdelementen die de nadere invulling geven aan de norm werken ‘in dienst van’.⁵⁵

Inmiddels ligt er het wetsvoorstel ‘Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’ voor dat voorziet om meerdere leden toe te voegen aan artikel 7:610 lid 1 BW die nader uitleg geven aan de criteria ‘gezag – arbeid – loon’. Voor wat betreft het gezag moet er sprake zijn van drie hoofdelementen: werkinhoudelijke aansturing door de werkgever (materieel gezag of instructiebevoegdheid), werk dat inhoudelijk is ingebed in de organisatie van de werkgever en de werkende verricht de arbeid niet voor eigen rekening en risico. Deze drie hoofdelementen zullen in een algemene maatregel van bestuur nader worden uitgelegd en zullen worden ingekleurd door de jurisprudentie, waarbij ook de beoordeling en onderlinge samenhang zal worden vastgesteld. Met deze maatregelen worden de voortdurende pogingen van contractspartijen om de begrippen anders uit te leggen beduidend beperkt.⁵⁶

Naast de toevoeging van deze hoofdelementen wil het kabinet ook voorzien in het wetsvoorstel in een civielrechtelijk rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst, dat wordt gekoppeld aan een uurtarief. Dit rechtsvermoeden houdt in dat wordt aangenomen dat de arbeidsrelatie is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer wanneer het uurtarief tussen de 30 en 35 euro ligt. Het zou er niet om moeten gaan hoeveel een persoon verdient bij de vraag of hij ondernemer is of niet, maar om de inbedding van de werkzaamheden en of die persoon zijn economisch functioneren heeft ingericht als ondernemer. Zoals Lamers terecht opmerkt is ondernemerschap niet iets wat een mens overkomt, maar waarnaar hij zijn carrière inricht.⁵⁷

⁵⁰ *Kamerstukken II 2014/15, 34036, nr. 3, p.1.*

⁵¹ *Emmerig 2023, p. 4.*

⁵² *Lamers 2024, p. 10.*

⁵³ *R.o. 6.3-6.8; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (Deliveroo).*

⁵⁴ *Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 246, p 25.*

⁵⁵ *Emmerig 2023, p. 4.*

⁵⁶ *Lamers 2024, p. 10.*

⁵⁷ *Lamers 2024, p. 10.*

2.3 Organisatorische inbedding van het werk

Bij de beantwoording van de vraag of de werkende een arbeidsovereenkomst heeft, draait het om de invulling van het gezagscriterium. De gezagsverhouding kan tot uiting komen in de werkinhoudelijke instructies ('materieel gezag') als in instructies van organisatorische aard ('formeel gezag'), maar ook door de mate waarin de werkende zich als ondernemer kan gedragen.⁵⁸ Bij het formeel gezag is het belangrijk dat het werk organisatorisch is ingebed in de onderneming van de werkverschaffer.

Als blijkt dat geen sprake is van inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer, is de werkende een ondernemer. Er zijn, volgens A-G De Bock in haar conclusie⁵⁹, slechts twee mogelijkheden: de werkende is ingebed in de organisatie óf de werkende is een zelfstandig ondernemer. Als de werkende geen zelfstandig ondernemer is, is het uitgangspunt dat sprake is van inbedding in de organisatie van de werkverschaffer en dat wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst. Zover wil de Hoge Raad niet gaan, aangezien de inbedding van het werk of zelfs de werkende slechts één van de omstandigheden is die een rol spelen bij de kwalificatievraag.⁶⁰

2.3.1 Materieel gezag

Bij het bepalen of sprake is van een gezagsverhouding is de instructiebevoegdheid van de werkverschaffer minder van belang geworden. Dit komt doordat de instructiebevoegdheid onvoldoende onderscheidend is. De gezagsverhouding bestaat niet alleen meer uit de bevoegdheid van de werkgever om instructies te geven. In de moderne gezagsverhouding aanvaardt de werker, die deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever, toepassing aan de door de organisatie vervaardigde regels en geldende gebruiken en gewoonten.⁶¹ Werknemers zijn zelfstandiger gaan werken, waardoor zij minder instructies nodig hebben en de instructies worden op minder traditionele wijze gegeven, zoals door software of via algoritmes. Daarnaast heeft de opdrachtgever bij de overeenkomst van opdracht, volgens artikel 7:402 lid 1 BW, een instructiebevoegdheid. Het is door deze factoren tegenwoordig niet goed meer vast te stellen of een werkende op basis van deze werkinhoudelijke instructies een gezagsverhouding heeft.⁶²

2.3.2 Organisatorische inbedding van het werk

Organisatorische inbedding van het werk betekent dat de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering in de organisatie van de werkverschaffer, ofwel wordt het werk verricht in dienst van een ander. Hierbij zal altijd moeten worden gekeken naar de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden.⁶³ Het is moeilijk voorstelbaar is dat er geen sprake is van gezag wanneer werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer vormen. Deze werkzaamheden worden de kernactiviteiten van de organisatie van de werkverschaffer genoemd.⁶⁴ Echter de feiten en omstandigheden die op inbedding, en dus op gezag, duiden, zoals werkzaamheden die een wezenlijk onderdeel zijn van de organisatie, kunnen ook worden verricht door een zelfstandig ondernemer. Ook de inbedding van de werkzaamheden of werkende sluiten, op zichzelf gezien, niet uit dat direct en enkel kan gaan om een werknemer.⁶⁵

De belangrijkste gezichtspunten bij de vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de organisatie van de werkverschaffer zijn: (i) is er sprake van het verrichten van

⁵⁸ Said 2020a, p. 16.

⁵⁹ R.o. 8.13-8.14; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶⁰ Heinen & Mauser 2023, p. 8.

⁶¹ Verhulp 2018, p. 4.

⁶² Commissie Borstlap 2020, p. 41; R.o. 8.9-8.10; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶³ R.o. 1.2-1.3; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶⁴ R.o. 8.8; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶⁵ Emmerig 2023, p. 8; Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272, RAR 2022/141.

kernactiviteiten; (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter; (iii) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden worden verricht.⁶⁶ Kernactiviteiten zijn bijvoorbeeld een docent bij een instelling voor inburgeringscursussen⁶⁷ of een aerobic-instructrice bij een sportschool⁶⁸. In deze gevallen is er sprake van kernactiviteiten en dus van een gezagsverhouding. Echter het enkele feit dat de werkzaamheden kernactiviteiten zijn is onvoldoende voor de vaststelling van een arbeidsovereenkomst. Werkzaamheden die incidenteel voorkomen vormen een aanwijzing dat die werkzaamheden geen wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering. Werkenden die worden ingeroosterd om te werken volgens een schema waarvan zij niet kunnen afwijken, kunnen wijzen op werkzaamheden die een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering.⁶⁹ De vrijheid van in het indelen van het werk blijft een belangrijk onderdeel of er een gezagsverhouding is.⁷⁰

2.3.3 Het zelfstandig ondernemerschap

De inbedding van de werkende zou logischerwijs moeten volgen uit de inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer, volgens A-G De Bock in haar conclusie bij het Deliveroo-arrest.⁷¹ Echter de Hoge Raad heeft in het Deliveroo-arrest beide begrippen genoemd en de Tweede Kamer verwijst naar de FNV/Kiem-uitspraak van het HvJ EU⁷² waarin voornamelijk belang wordt gehecht aan het feit of de werkende is ingebed in de organisatie. Het Kabinet geeft hiermee aan dat zowel moet worden gekeken naar de inbedding van het werk als naar de inbedding van de werkende, waarmee zij de lijn volgt van de Hoge Raad. Emmerig bepleit dat aan beide vereisten moet zijn voldaan voordat kan worden gesproken van organisatorische inbedding.⁷³

De Tweede Kamer verwijst ook naar het Allonby-arrest van het Hof⁷⁴. Hierin wordt beschreven dat het werkzaam zijn in de onderneming van de werkverschaffer, waarmee de werkende een economische eenheid vormt, duidt op de inbedding van de werkende. Een economische eenheid wordt gevormd wanneer de werkende zelf geen ondernemingsrisico's loopt voor het werk wat wordt verricht. De Europese jurisprudentie hecht een groot belang aan de inbedding van de werkende. Over inbedding van het werk wordt in de uitspraken van het HvJ EU niet expliciet gesproken.⁷⁵

Het werk kan sneller in een organisatie zijn ingebed dan degene die het werk doet. Een zelfstandige kan met werknemers aan dezelfde klus werken, bijvoorbeeld omdat hij specifieke expertise meebrengt voor deze klus. De werkzaamheden kunnen dan zijn ingebed in de organisatie van de opdrachtgever, maar de zelfstandige is niet ingebed in de organisatie. Deze afwezigheid van inbedding wegens specifieke expertise van de werkende heeft de rechtbank bevestigd in haar uitspraak van 29 november 2022⁷⁶. Zo kan het dus zijn dat de werkende is ingebed in de organisatie omdat hij kernactiviteiten van de onderneming verricht, maar dat hij toch zelfstandig ondernemer is. Andere omstandigheden leiden er dan toe dat er toch geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals het lopen van commercieel risico, het hebben van zeggenschap over de organisatie van het werk, de wijze waarop de contractuele verhouding tot stand is gekomen en de wijze waarop de beloning wordt uitgekeerd. Ook van belang is hoe de werkende in het economisch verkeer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven

⁶⁶ Saïd 2020a, p. 18-19; R.o. 8.6; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁶⁷ CRvB 19 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0715.

⁶⁸ Rb. Haarlem 26 oktober 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ1370.

⁶⁹ Handboek Loonheffingen 2023, p. 502-503.

⁷⁰ Saïd 2020a, p. 19.

⁷¹ R.o. 8.7; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, NJ 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁷² HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, NJ 2015, 205, m.nt. Mok (*FNV/Kiem*).

⁷³ *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, nr. 247; Emmerig 2023, p. 6.

⁷⁴ HvJ EU 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:18, NJ 2005, 48, m. nt. Mok (*Allonby*).

⁷⁵ Emmerig 2023, p. 6.

⁷⁶ Rb. Midden Nederland, 29 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5294.

van reputatie en klanten, de fiscale behandeling, het aantal opdrachtgevers en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.⁷⁷

2.4 De Europeesrechtelijke context

2.4.1 Het werknemersbegrip

In zowel artikel 45 VWEU als de secundaire wetgeving over het vrije verkeer is de ‘werknemer’ niet gedefinieerd. In het Lawrie-Blum-arrest⁷⁸ heeft het Hof voor het eerst het werknemersbegrip met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers omschreven. Het Hof overwoog dat het vrije verkeer een van de grondbeginselen van de Europese Unie is en daarom mag het werknemersbegrip door het nationale recht niet verschillend worden uitgelegd. Om deze reden moet het werknemersbegrip ruim worden uitgelegd: “iemand die gedurende een bepaalde tijd prestaties levert voor een ander en onder diens gezag en die als tegenprestatie een vergoeding ontvangt”.⁷⁹ Het Hof gebruikte hierbij organisatorische omstandigheden om het gezagscriterium te vervullen. De werkgever bepaalde de werkzaamheden en de werktijden en de werknemer moest de aanwijzingen opvolgen en de reglementen naleven.⁸⁰ Daarnaast is op te maken, uit het Agegate-arrest⁸¹, dat de kwalificatie als arbeidsovereenkomst per casus moet worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden die de verhouding tussen partijen kenmerken.

In de FNV/Kiem-uitspraak⁸² oordeelde het Hof dat iemand geen zelfstandige is als hij onder leiding en toezicht handelt van zijn werkgever, hij niet deelt in de commerciële risico’s van de werkgever en hij een economische eenheid vormt met de onderneming.⁸³ Het Hof bevestigt hiermee dat een werkende zijn hoedanigheid als zelfstandig ondernemer kan verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar afhankelijk is van zijn opdrachtgever. In het Yodel Delivery-arrest⁸⁴ vervolgt het Hof dat een werkende in de onderneming van de werkverschaffer, waarmee hij een economische eenheid vormt, van belang is voor het zijn van een werknemer. Bij een economische eenheid is de onderneming van de werkende geïntegreerd in de onderneming van de werkverschaffer. De werkende heeft zelf dan geen onderneming meer, omdat hij niet de commerciële risico’s van de werkverschaffer deelt en hij geen vrijheid heeft om zijn eigen tijdschema, plaats en inhoud van het werk te bepalen.⁸⁵

In het Allonby-arrest⁸⁶ overwoog het Hof dat de ‘werknemer’ geen eenduidig begrip is, waarbij rekening moet worden gehouden met de context en de doelstelling van het Verdrag of de Richtlijn waarin het begrip voorkomt. In de Uitzendrichtlijn wordt de uitzendkracht omschreven als een werknemer met een arbeidsovereenkomst óf arbeidsverhouding. Naast deze ruime omschrijving neemt het Hof ook de doelstellingen van de Richtlijn in acht bij de beoordeling. Om alleen personen met een arbeidsovereenkomst toe te rekenen tot de Richtlijn zou een afbreuk doen aan het nuttig effect ervan. Vandaar dat ook de arbeidsverhouding moet worden meegenomen. In het Ruhrlandkliniek-arrest⁸⁷ wordt daarentegen de beschrijving van de werknemer uit het Lawrie-Blum-arrest gebruikt om de arbeidsverhouding te omschrijven.

Het belang van het begrip ‘werknemer’ in de Europees rechtelijke context is vooral om de betrokkene toegang te geven tot de bescherming van een bepaalde EU-regeling en daarbij is niet van belang of hij een werkgever heeft. Zo kan iemand die voor nationaal recht geen werknemer

⁷⁷ Heinen & Mauser 2023, p. 8; Lamers 2024, p. 7; R.o. 8.16; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁷⁸ HvJ EU 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*).

⁷⁹ R.o. 17, HvJ EU 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*); Pennings 2021, p. 10.

⁸⁰ Pennings 2021, p. 10-11.

⁸¹ HvJ EG 18 mei 1989, C-3/87, ECLI:EU:C:1989:650 (*Agegate*).

⁸² HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, *NJ* 2015, 205, m.nt. Mok (*FNV/Kiem*).

⁸³ R.o. 8.17, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁸⁴ HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, *JAR*2020/145, m.nt. Said (*Yodel Delivery*).

⁸⁵ Said 2020a, p. 17.

⁸⁶ HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby*).

⁸⁷ HVJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandkliniek*).

is, dit wel zijn voor de Europese regeling.⁸⁸ Wanneer een bepaalde regeling het werknemersbegrip niet omschrijft, worden de criteria gehanteerd van het autonome werknemersbegrip uit het Lawrie-Blum-arrest.⁸⁹ Het Europese werknemersbegrip kan niet zomaar worden opgenomen in artikel 7:610 BW, omdat niet bij alle EU-instrumenten dezelfde definitie wordt toegepast. Daarnaast is het begrip vaag omschreven, waardoor elke situatie, in het nationale recht, de zelfstandig ondernemer zou kunnen worden onderscheiden van een werknemer. Het begrip heeft dus een ruim toepassingsbereik met een brede Europese sociale bescherming. Hierdoor kunnen ook bijvoorbeeld vrijwilligers, geestelijken en huishoudelijk werkers onder het begrip vallen en dus niet alleen de werkende met een arbeidsovereenkomst. Dit zou in het nationale recht veel rechtsonzekerheid creëren.⁹⁰

2.4.2 Richtlijn ter verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk

Momenteel ligt het voorstel voor de 'Richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk'⁹¹ voor. Een specifiek doel van dit richtlijnvoorstel is dat platformwerkers, ongeacht in welke lidstaat, de correcte arbeidsstatus hebben of kunnen verkrijgen die overeenkomt met hun daadwerkelijke verhouding tot het platform.⁹² Hierdoor kunnen zij toegang krijgen tot de toepasselijke arbeidsrechten en sociale bescherming.⁹³

Uit het richtlijnvoorstel volgt dat de gezagsverhouding ruim wordt geïnterpreteerd en meer omvat dan alleen de instructiebevoegdheid. Artikel 4 lid 1 van het richtlijnvoorstel bevat het rechtsvermoeden die naar het werknemerschap wijst. In lid 2 wordt voor de norm 'gezag' in vijf criteria uiteengezet. Het rechtsvermoeden voor werknemerschap ontstaat als aan twee van de vijf criteria is voldaan.⁹⁴ Dit kan er mogelijk toe leiden dat er meer echte zelfstandigen komen.⁹⁵ De vijf criteria voor het bestaan van een rechtsvermoeden van gezag zijn: (i) de beloning voor het werk kan niet zelf worden bepaald, (ii) het werk vindt in de organisatie van de werkverschaffer plaats, (iii) er wordt toezicht gehouden op de uitvoering en de kwaliteit van het werk, (iv) de vrijheid om het werk te organiseren op eigen wijze wordt beperkt en (v) de mogelijkheid om voor derden werk uit te voeren wordt beperkt.⁹⁶ Het rechtsvermoeden is wel weerlegbaar. Volgens artikel 5 van de Richtlijn ligt de bewijslast dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst bij het platform.⁹⁷ Voor de weerlegging van het rechtsvermoeden blijft de nationale wetgeving bepalend.

Veel platforms zijn werkzaam over de grenzen van de lidstaten. Per lidstaat bestaan verschillende kwalificaties of platformwerkers werknemers of zelfstandigen zijn en daardoor is het moeilijk om het toepasselijke socialezekerheidsrecht en belastingrecht vast te stellen.⁹⁸ De richtlijn beoogt deze problematiek voor platformarbeid op te lossen, omdat platformwerkers veelal niet over de kennis en informatie beschikken over de wijze waarop de gebruikte algoritmen werken, de wijze waarop zij worden gecontroleerd door die algoritmen en welke invloed hun gedrag heeft op algoritmische besluiten. De platformwerkers hebben geen volledig overzicht van alle feitelijke elementen die bepalend zijn voor de arbeidsverhouding.⁹⁹ Echter deze problematiek zal in een bredere context kunnen worden opgelost. Het is om die reden opmerkelijk dat de richtlijn alleen op platformwerk ziet. De platforms zijn namelijk niet de enige die aan de arbeidsrechtelijke regels proberen te ontkomen. Bij de implementatie zullen de

⁸⁸ Pennings 2021, p. 13-15.

⁸⁹ R.o. 5.15; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁹⁰ Pennings 2021, p. 16.

⁹¹ Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762 final.

⁹² R.o. 5.17; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁹³ Bij de Vaate 2023, p. 14.

⁹⁴ R.o. 5.21-5.24, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

⁹⁵ Pennings 2022, p. 2.

⁹⁶ Lamers 2024, p. 10.

⁹⁷ Bij de Vaate 2023, p. 14.

⁹⁸ Pennings 2022, p. 1.

⁹⁹ Bij de Vaate 2023, p. 14-15.

lidstaten het rechtsvermoeden moeten opnemen in hun wetgeving en regelen hoe het rechtsvermoeden kan worden weerlegd. Als de nationale wetgever ervoor kiest de Richtlijn alleen te vertalen naar nationale wetgeving met betrekking tot platformarbeid, is het lastig te voorspellen hoe de rechtspraak zal omgaan met wringende situaties die niet gaan over platformwerk.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Lamers 2024, p. 10-11.

Hoofdstuk 3. Het Deliveroo-arrest

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag op welke wijze de criteria uit het Deliveroo-arrest kunnen worden toegepast. Voornamelijk wordt hier gekeken naar de wijze waarop de organisatorische inbedding moet worden toegepast.

De Hoge Raad geeft hiervoor aanknopingspunten in het Deliveroo-arrest. Voor de toepassing van de criteria is het ook nodig om de eerdere (standaard-)arresten te analyseren, zoals Groen/Schoevers arrest, het Participatie-arrest en de Uber-uitspraak (paragraaf 3.2). In paragraaf 3.3 wordt vervolgens uitvoerig op het Deliveroo-arrest en de daaruit voortkomende criteria ingegaan.

3.2 De ontwikkelingen in de rechtspraak

3.2.1 Het standaard-arrest Groen/Schoevers

De Groen/schoevers uitspraak¹⁰¹ uit 1997 was het standaard-arrest voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Het ging in de zaak om belastingadviseur Groen, die in deeltijd onderwijs gaf aan Schoevers. Hij zond facturen aan Schoevers en Schoevers hield op de betalingen geen premies of loonbelasting in. De toepasselijke arbeidsvoorwaarden van Schoevers, zoals vakantiebijslag of uitbetaling bij ziekte, gold niet voor Groen. Op voorstel van Groen was dit in de overeenkomst afgesproken met Schoevers. Na beëindiging van de overeenkomst door Schoevers, stelde Groen zich op het standpunt dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft hierin overwogen dat gekeken dient te worden naar wat partijen, bij het sluiten van de overeenkomst, voor ogen stond en de wijze waarop zij in de praktijk uitvoering hebben gegeven aan de rechtsverhouding. Vanaf dit moment werd er een groot en doorslaggevend gewicht toegekend aan de partijbedoeling bij de kwalificatie van de overeenkomst.¹⁰²

In deze uitspraak heeft de Hoge Raad de ‘partijbedoeling’ geïntroduceerd, waarbij zij niet heeft voorzien dat dit begrip een geheel eigen leven zou gaan leiden. Er is dan ook over dit arrest in de afgelopen twintig jaar de nodige kritiek geuit. Dit heeft vooral te maken met het systeem van artikel 7:610 lid 1 BW jo artikel 7:400 lid 1 BW dat te omschrijven is nagenoeg gesloten en waarbij de partijbedoeling geen grote rol kan spelen.¹⁰³ Naar aanleiding van dit arrest is de rechtspraak en literatuur ten onrechte tot de conclusie gekomen dat de partijbedoeling een rol speelt bij de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹⁰⁴

3.2.2 De ommekeer van de Hoge Raad

Twee decennia later heeft de Hoge Raad op 6 november 2020¹⁰⁵ expliciet afstand genomen van de partijbedoeling en heeft aangegeven dat de partijbedoeling in zijn geheel niet relevant is voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. In deze zaak ging het over een mevrouw die voor een periode van twee keer een half jaar werkzaamheden verrichtte op een participatieplaats, met behoud van haar IOAW-uitkering. Zij ontving een stimuleringspremie. Mevrouw stelde zich op het standpunt dat zij een arbeidsovereenkomst had. De Hoge Raad overwoog dat de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst uit artikel 7:610 BW. Niet van belang hierbij was of de partijen daadwerkelijk de bedoeling hadden om de overeenkomst onder de wettelijke regeling te laten vallen.¹⁰⁶

¹⁰¹ HR 17 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, RvdW 1997/231 (*Groen/Schoevers*).

¹⁰² Heinen & Mauser 2023, p. 5.

¹⁰³ Lamers 2024, p. 9.

¹⁰⁴ Seghrouchni 2021c, p. 376.

¹⁰⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

¹⁰⁶ Heinen & Mauser 2023, p. 5-6.

Voor de kwalificatie van de overeenkomst moeten twee fasen worden onderscheiden. De eerste is de uitlegfase, waarbij op basis van de Haviltex-maatstaf¹⁰⁷ wordt vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen. Dit houdt in dat niet alleen kan worden gekeken naar de taalkundige uitleg van bepalingen in het contract, maar ook naar de betekenis die partijen redelijkerwijs mochten toekennen aan die bepalingen en wat zij van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van die partijen kan worden verwacht. Het gaat hierbij dus om de rechten en verplichtingen die partijen overeen zijn gekomen en niet zozeer of de partijen de bedoeling hadden om hun overeenkomst onder het bereik van artikel 7:610 BW te laten vallen.¹⁰⁸ Daarna wordt in de kwalificatiefase getoetst of de afgesproken rechten en plichten voldoen aan de definitie van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 lid 1 BW. Daarbij kan het mogelijk zijn dat bepalingen uit het contract buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat deze samenhangen met de partijbedoeling die in deze fase geen rol speelt, of omdat de bepalingen gaan over de gevolgen van de kwalificatie, maar deze geen element zijn in de kwalificatie. Naast de contractuele bedingen is de feitelijke uitvoering van de overeenkomst ook van belang voor de kwalificatie.¹⁰⁹

Dit arrest lijkt niet de gewenste duidelijkheid te hebben gebracht. Dat de partijbedoeling niet van belang is bij het hebben van een arbeidsovereenkomst is positief, maar het arrest heeft ook kritiek en vragen opgeroepen. Onder andere is de kritiek dat de Hoge Raad niet heeft verduidelijkt bij welke inhoud van de overeenkomst sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als het schriftelijke contract zo is vormgegeven dat de ‘rechten en verplichtingen die partijen zijn overeengekomen’ bij elkaar opgeteld niet alle kenmerken van een arbeidsovereenkomst hebben (eerste fase), kan er niet ontkomen worden aan de conclusie dat er géén sprake is van een arbeidsovereenkomst (tweede fase).¹¹⁰ In dit arrest heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten over de inbedding, hier komt zij pas aan toe bij het Deliveroo-arrest.

3.2.3 De Uber-uitspraak

Vervolgens wordt in de Uber-uitspraak¹¹¹ het begrip ‘moderne gezagsverhouding’ ingevuld door de rechter. De rechtbank overweegt dat in de ‘hedendaagse, door technologie beheerste tijd’ het gezagscriterium door een indirecte (vaak digitale) controle wordt ingevuld. Werknemers zijn zelfstandiger geworden en verrichten hun werk op meer wisselende (zelfgekozen) tijden. In de verhouding tussen Uber en de chauffeurs is sprake van deze ‘moderne gezagsverhouding’.¹¹² Deze invulling komt gedeeltelijk overeen met hetgeen A-G De Bock heeft betoogd in haar conclusie bij het Participatieplaats-arrest¹¹³. Echter de organisatorische inbedding van het werk wordt nog niet in deze uitspraak betrokken, wat afwijkt van zowel A-G De Bock en de Commissie Regulering van Werk¹¹⁴. De rechter vult de ‘moderne gezagsverhouding’ minder ruim in dan A-G De Bock en de Commissie Regulering van Werk. Hierdoor zijn verschillende omschrijvingen van het begrip ontstaan, wat de rechtszekerheid heeft doen afnemen.¹¹⁵ Opvallend in de uitspraak is dat de chauffeurs hebben aangegeven dat zij zelf geen arbeidsovereenkomst wilden aangaan, maar dat de rechter hierover oordeelt dat die wil moet worden genuanceerd aangezien Uber de sterkere partij is. Deze overweging lijkt te suggereren dat de partijbedoeling in de kwalificatiefase wel relevant zou kunnen zijn, terwijl de Hoge Raad in Participatieplaats-arrest duidelijk heeft gemaakt dat de partijbedoeling in de kwalificatiefase geen rol kan spelen.¹¹⁶

¹⁰⁷ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).

¹⁰⁸ R.o. 7.2-7.3, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹⁰⁹ Seghrouchni 2021c, p. 376; r.o. 7.10 en 7.24, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹¹⁰ R.o. 7.6-7.13, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹¹¹ Rb. Amsterdam, 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*FNV/Uber*).

¹¹² Seghrouchni 2021c, p. 378.

¹¹³ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 bij HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatie*).

¹¹⁴ Commissie Borstlap 2020, p.70.

¹¹⁵ Van der Neut 2021, p. 5-6.

¹¹⁶ Seghrouchni 2021c, p. 378-379.

3.3 *Het Deliveroo-arrest*

In een door de bezorger van Deliveroo aangespannen procedure moest de kantonrechter zich uitlaten over de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen een platformwerker en het platform Deliveroo. De rechter oordeelde in deze uitspraak dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en de bezorger dus een zzp'er was.¹¹⁷ Zes maanden later oordeelt dezelfde rechtbank in de procedure aangespannen door de FNV tegen Deliveroo dat er wel sprake was van een arbeidsovereenkomst.¹¹⁸ Tegen die uitspraak is verder geprocedeerd in hoger beroep¹¹⁹ en de Hoge Raad, waarin telkens is geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.¹²⁰

De Hoge Raad noemt in het Deliveroo-arrest¹²¹ voor het eerst dat het criterium inbedding van de werkzaamheden of de werkende in de bedrijfsvoering van de werkverschaffer van belang is bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹²² In de Deliveroo-zaak ging het met name om de invulling van het gezagscriterium. De bezorgers hadden de vrijheid om zich aan te melden wanneer zij dat wilden, ze konden opdrachten weigeren en konden zich laten vervangen. Dit duidde volgens het hof op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Echter andere overige omstandigheden wezen juist op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst, zoals de wijze van loonbetaling, de wijze waarop Deliveroo de werkzaamheden laat uitvoeren en vooral het gebrek aan ondernemerschap. Alle omstandigheden afwegend, is de conclusie dat de bezorgers werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst.¹²³ Volgens de Hoge Raad heeft het gerechtshof een juiste overweging gemaakt, waarin alle omstandigheden van het geval zijn meegenomen.¹²⁴

3.3.1 Holistische toetsing

De Hoge Raad heeft het arrest gebruikt om meer duidelijkheid te geven over invulling van het kwalificatievraagstuk. Wat niet nieuw is, is dat zij nogmaals onderschrijft dat bij de kwalificatie twee fasen van belang zijn, zoals zij al in het Participatieplaats-arrest heeft uitgelegd¹²⁵: de uitlegfase en kwalificatiefase. Het gaat in de eerste fase om niet meer dan het vaststellen welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen, aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Hier moet ook worden gekeken naar de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de overeenkomst.¹²⁶ Daarna kan worden gekeken of deze rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst (kwalificatiefase). De Hoge Raad herhaalt dat hierbij de bedoeling van partijen om wel of geen arbeidsovereenkomst te sluiten geen rol speelt.

De vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.¹²⁷ De Hoge Raad laat achterwege om te benoemen hoe die feiten en omstandigheden moeten worden gewogen. A-G De Bock beschrijft in haar conclusie bij het Deliveroo-arrest hoe naar haar mening de feiten en omstandigheden in onderling verband moeten worden bezien. Zij geeft aan dat niet alle feiten en omstandigheden even relevant zijn en dat het volgens haar er voornamelijk om gaat of het werk is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer.¹²⁸ Deze formulering bevestigt de holistische toets uit het arrest Groen/Schoevers, waarbij alle omstandigheden dienen te worden bekeken en

¹¹⁷ Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Maaltijdbezorger/Deliveroo*).

¹¹⁸ Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*).

¹¹⁹ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

¹²⁰ Seghrouchni 2021b, p. 202.

¹²¹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

¹²² Emmerig 2023, p. 8.

¹²³ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *JAR* 2021/62, m.nt. N.M.Q. van der Neut (*Deliveroo/FNV*).

¹²⁴ Heinen & Mauser 2023, p. 4.

¹²⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

¹²⁶ R.o. 7.16; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹²⁷ Heinen & Mauser 2023, p. 6.

¹²⁸ R.o. 12.3; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

in onderlinge samenhang te worden gezien. De Hoge Raad formuleert hierbij een aantal gezichtspunten. Te weten:

- de aard en duur van de werkzaamheden;
- de wijze waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald,
- de inbedding van het werk en de werkende die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van de werkverschaffer;
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- de hoogte van de beloning en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt.¹²⁹

De wet schrijft voor wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst. De gezichtspunten van de Hoge Raad kunnen allemaal worden herleid naar artikel 7:610 lid 1 BW, op één na: het zelfstandig ondernemerschap. Ook het Kabinet heeft in de voortgangsbrief¹³⁰ het ondernemerschap aangekondigd als de contra-indicatie voor de arbeidsovereenkomst, maar voegt deze toe aan de weging van de norm 'in dienst van'. Volgens de Hoge Raad moet de werkende zich in het economisch verkeer als ondernemer gedragen of kunnen gedragen, bijvoorbeeld door het verwerven van reputatie, acquisitie, de fiscale behandeling, het hebben van meerdere opdrachtgevers en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde werkverschaffer verbindt.¹³¹ In het FNV/Kiem arrest uit 2014¹³² volgde al dat er belang toekomt aan de omstandigheden die duiden op zelfstandig ondernemerschap en dat de echte zelfstandige een ondernemersrisico loopt met betrekking tot de werkzaamheden.

Deze benadering wijkt af van de conclusie van A-G De Bock, die het zelfstandig ondernemerschap tegenover de organisatorische inbedding van het werk zette. Volgens de A-G sluiten beide factoren elkaar uit. De Hoge Raad noemt echter dat de organisatorische inbedding van het werk of werkende omstandigheden zijn die van belang kunnen zijn.¹³³ Vanuit die benadering is het denkbaar dat een werkende arbeid of kernactiviteiten verricht die organisatorisch zijn ingebed, terwijl de werkende niet is ingebed én zich in het economisch verkeer als zelfstandige manifesteert. Dit betekent dat de interim-zelfstandige die kernactiviteiten verricht (bijv. ter vervanging bij zwangerschapsverlof), zelf niet hoeft te zijn ingebed in de organisatie. In dit geval hoeft er dus niet altijd direct sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst.¹³⁴

¹²⁹ Lamers 2024, p. 7; Seghrouchni 2023, p. 73-74.

¹³⁰ *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, nr. 246 p. 16-17.

¹³¹ Lamers 2024, p. 7; Seghrouchni 2023, p. 73.

¹³² HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, NJ 2015, 205, m.nt. Mok (*FNV/Kiem*).

¹³³ Van der Neut 2023, p. 9.

¹³⁴ Houweling 2023, par 2.2.

Hoofdstuk 4. De arbeidsovereenkomst

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag wanneer een overeenkomst kan worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Hierin wordt de combinatie van rechtspraak, het wetsvoorstel en het Europeesrechtelijke perspectief naast elkaar gelegd om tot eenduidige elementen te komen die op elkaar aansluiten.

Ingegaan wordt op de ontwikkelingen die zijn ontstaan na het Deliveroo-arrest, zoals het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' en de rechtspraak (paragraaf 4.2). In paragraaf 4.3 wordt het toetsingskader van de arbeidsovereenkomst uiteen gezet vanuit het perspectief van die rechtsontwikkelingen en hoe die moeten worden toegepast.

4.2 Na het Deliveroo-arrest

4.2.1 Ontwikkelingen na Deliveroo

In praktijk lijkt met name de holistische weging van het gezagscriterium bij de verschillende indicaties voor een arbeidsrelatie lastig.¹³⁵ De Hoge Raad had in het Deliveroo-arrest dan ook een meer concrete uitleg kunnen geven aan het criterium 'in dienst van', maar zij verwijst in rechtsoverweging 3.2.6 naar de ontwikkelingen op het wetgevingsterrein en wil er daarom niet verder op ingaan. De wetgever zal drie elementen bij het criterium centraal stellen: (i) materieel gezag, (ii) inbedding van arbeid in het bedrijf van de werkverschaffer en (iii) zelfstandig ondernemerschap. Deze introductie zal meer sturing geven aan de holistische weging van alle omstandigheden van het geval. Ook geeft de Hoge Raad niet in het arrest aan hoe de omstandigheden uit rechtsoverweging 3.2.5 zich tot elkaar verhouden. Dit biedt lagere rechters veel ruimte, waardoor rechtsonzekerheid en tegenstrijdige oordelen in gelijksoortige zaken kunnen ontstaan.¹³⁶ Hier komt volgens Houweling wel bij dat het Deliveroo-arrest, net als onder andere het Participatieplaats-arrest, een atypische zaak is wat werkenden betreft. De werkenden bestaan voor het merendeel uit bij-verdieners die vluchtig gebruik maakten van het platform. Houweling stelt hierbij terecht de vraag of we uit deze atypische werkomstandigheden algemene toetsingskaders mogen afleiden. Mijns inziens wel, aangezien de Hoge Raad deze kaders in het verlengde heeft omschreven zoals in de Europese regels naar voren komt en op gelijke voet met het Kabinet interpreteert.¹³⁷

Door de inbedding van het werk en de werkende te betrekken laat de Hoge Raad ruimte voor de werker die niet is ingebed terwijl het werk dat wel is. Dit is goed nieuws voor de interim-zelfstandigen die regelmatig kernactiviteiten (wegens zwagerschapsverlof of overbrugging van een vacature) verrichten, maar zichzelf niet inbedden in de organisatie door onder andere steeds verschillende klussen van tijdelijke aard aan te nemen. Hierin zijn na het Deliveroo-arrest nog steeds verschillende benaderingen mogelijk: is de werkende ondernemer in het economisch verkeer of is de werkende ondernemer in de arbeidsrelatie. In deze laatste benadering is er minder ruimte om bij ingebed werk de werker alsnog als ondernemer te kwalificeren, denk bijvoorbeeld aan de docent of zorgmedewerker die als zelfstandige fulltime en voor langere periode de kernactiviteit van de opdrachtgever vervult.¹³⁸ Ook dit maakt duidelijk dat de omstandigheden holistisch moeten worden getoetst om tot een juiste kwalificatie van de gesloten overeenkomst te komen.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 31 311, nr. 240, p. 6-9; R.o. 6.7; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹³⁶ Laagland 2023, p. 22; Seghouchni 2023, p. 75.

¹³⁷ Houweling 2023, par. 5.

¹³⁸ Houweling 2023, par. 5.

4.2.2 Rechtspraak na Deliveroo

Sinds de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest uitspraak heeft gedaan, hebben lagere rechters de rechtsoverwegingen uit dit arrest toegepast op verschillende zaken waarin de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst centraal stond. Tot en met april 2024 zijn er zes uitspraken¹³⁹ geweest van lagere rechters. In al deze uitspraken wordt de rechtsoverweging van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest aangehaald als startpunt voor de beoordeling. Daarbij wordt ook direct aangegeven dat de kwalificatie uit twee fasen bestaat: de kwalificatiefase en uitlegfase en dat de bedoeling van de partijen bij de kwalificatie niet van belang is. In elke uitspraak wordt vervolgens aan de hand van de door de Hoge Raad gewezen indicatoren die van belang kunnen zijn bij de kwalificatie uiteengezet welke feiten en omstandigheden van belang zijn in het specifieke geval. Daarna worden deze getoetst in hun onderling verband en samenhang, waardoor kan worden geconcludeerd of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht.

In de uitspraken wordt onder andere gekeken naar de gezagsverhouding en het zelfstandig ondernemerschap. Vooral de gezagsverhouding wordt verschillend geïnterpreteerd. In drie uitspraken is geconcludeerd dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van een werkende bij de Volkskrant, die zelf geen journalistieke taken verrichtte, maar wel meer dan een decennia een centrale rol innam op de eindredactie, waarbij de werkende ook in mailinglijsten was toegevoegd, kerstpakketten ontving en mocht mee-eten bij de late diensten, kwam de rechtbank tot de conclusie dat de werker gedurende langere tijd (jaren) meedraaide alsof hij in dienst was van de Volkskrant.¹⁴⁰ In deze uitspraak kijkt de rechtbank niet zozeer naar de ondergeschiktheid en de instructiebevoegdheid maar vooral naar de inbedding van het werk en de werker in de organisatie. In een andere uitspraak betreft de rechtbank wel de instructiebevoegdheid, maar overweegt vooral dat de activiteiten een wezenlijk onderdeel zijn binnen het organisatorisch kader van de werkgever.¹⁴¹ Ook wordt door de rechtbank gekeken naar het zelfstandig ondernemerschap binnen de arbeidsrelatie, bijv. doordat de werker geen investeringen hoeft te doen, een telefoon krijgt, de parkeerapp werd betaald en geen mensen mocht aannemen.¹⁴² In deze uitspraken is geoordeeld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.

In de andere uitspraken wordt door de rechter overwogen dat er geen sprake van inbedding van het werk in de organisatie en bedrijfsvoering kan zijn omdat de functie nieuw is in de organisatie¹⁴³ of omdat de werker meer vrijheid heeft in het verrichten van zijn werkzaamheden dan de werknemers, bijvoorbeeld door het zelf bepalen van de werktijden in plaats van ingeroosterd te worden of dat daarnaast ook voor andere ondernemingen werd gewerkt.¹⁴⁴ In deze uitspraken lijkt de holistische weg na het Deliveroo-arrest duidelijker te zijn geworden, waardoor nu goed gemotiveerd tot de conclusie arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht kan worden gekomen.

4.3 Toetsingskader arbeidsovereenkomst

Bij de vergelijking van de gezichtspunten van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest, het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelatie en rechtsvermoeden' én de 'Richtlijn betreffende verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk' valt op dat de werkinhoudelijke aansturing (materiële ondergeschiktheid), de inbedding in de gewone bedrijfsactiviteiten (organisatorische inbedding van het werk) en het verrichten van werkzaamheden voor eigen rekening en risico (zelfstandig ondernemerschap), gelijke

¹³⁹ Hof 'S-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419; Rb. Rotterdam 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118; Rb. Midden-Nederland 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218; Rb. Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513; Rb. Amsterdam 6 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:685; Rb. Midden-Nederland 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1673.

¹⁴⁰ R.o. 15, Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2024:685.

¹⁴¹ R.o. 4.6.13-4.7, Rb. Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2024:513.

¹⁴² R.o. 2.14-2.15, Rb. Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:12118.

¹⁴³ R.o. 3.9.4, Hof 'S-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419.

¹⁴⁴ R.o. 4.13-4.14, Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218.

gezichtspunten zijn, waarbij de eerste twee elementen duiden op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst en de laatste op de afwezigheid daarvan.¹⁴⁵ De Hoge Raad heeft nagelaten om aan te geven hoe de verhoudingen tot elkaar liggen, zodat het Kabinet deze invulling kan geven. Het kabinet beschouwt deze drie indicatoren als hoofdelementen en plaatst deze ook op gelijke voet met elkaar.¹⁴⁶ Dit laat zien dat het wetsvoorstel om tot een nadere inkadering te komen, goed aansluit bij de Europese ontwikkelingen. Met dit wetsvoorstel kunnen toekomstige ministers nadere regels stellen met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van werkinhoudelijke aansturing, organisatorische inbedding en het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico. Hierdoor zal de partijbedoeling tot de verleden tijd behoren, waardoor het mogelijk is geworden om enerzijds de arbeidsovereenkomst en anderzijds de opdrachtovereenkomst te behouden.¹⁴⁷

Bij de concrete uitwerking van het toetsingskader zijn de criteria loon, arbeid en een zekere duur vrij specifiek, dit blijft anders voor het criterium ‘in dienst van’. Zoals hiervoor aangegeven is met name de holistische weging van de verschillende indicaties en contra-indicaties voor een arbeidsrelatie lastig. De meerwaarde zou kunnen liggen in de beantwoording van de vraag welke elementen doorslaggevend zijn bij de beoordeling van de gezagsverhouding.¹⁴⁸ Uit de hiervoor genoemde uitspraken van de lagere rechtspraak in paragraaf 4.2.2, is goed af te lezen hoe de toetsing kan plaatsvinden. De beoordeling is onderverdeeld in de vier criteria van artikel 7:610 lid 1 BW waarbij per onderdeel wordt gekeken wat de relevante feiten en omstandigheden zijn en waarna geconcludeerd kan worden of de weging meer richting een arbeidsovereenkomst opvalt of juist naar het ondernemerschap wijst. Wanneer de inbedding van het werk meer wijst naar de arbeidsovereenkomst, zal de mate van zelfstandig ondernemerschap binnen de arbeidsrelatie ook ‘groter’ moeten zijn om te kunnen concluderen dat géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹⁴⁹ De zelfstandige heeft geen eigen rechtspositie maar neigt naar de zijde van de ondernemer. Een overeenkomst tot het verrichten van arbeid is een arbeidsovereenkomst of het is een overeenkomst van opdracht.¹⁵⁰

4.3.1 De toetsing van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst

Bij de vraag wanneer sprake is van ‘in dienst van’ kunnen vele omstandigheden relevant zijn voor de invulling hiervan en als gevolg hiervan ook voor de kwalificatie van de overeenkomst. Dit maakt het criterium tot nu toe vaag en onzeker. Met de uitleg in het Deliveroo-arrest is duidelijk geworden dat de criteria in hun onderlinge samenhang kunnen meebewegen met de economische realiteit¹⁵¹, zo blijkt ook uit de in deze thesis onderzochte uitspraken. In het wetsvoorstel zal de organisatorische inbedding van het werk het startpunt worden van de toetsing.¹⁵²

Zeggenschap over het werk is veel meer dan alleen de instructiebevoegdheid. Instructies worden op minder traditionele wijze gegeven en werknemers zijn zelfstandiger gaan werken. Hierdoor is het materiële gezag minder onderscheidend en minder van belang.¹⁵³ Bij de organisatorische inbedding van het werk moet worden gekeken of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering van de onderneming van de werkverschaffer. Hierbij is van belang of het kernactiviteiten zijn, de werkzaamheden een structureel karakter hebben en hoe de werkzaamheden organisatorisch zijn ingericht, bijvoorbeeld dat er gewerkt wordt via een schema waar de werkende niet van kan afwijken. Wanneer slechts één van deze

¹⁴⁵ Van der Neut 2023, p. 12.

¹⁴⁶ Laagland 2023, p. 22.

¹⁴⁷ Lamers 2024, p. 11.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 31 311, nr. 240, p. 6-9; R.o. 6.7; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

¹⁴⁹ Heinen & Mauser 2023, p. 9.

¹⁵⁰ Lamers 2024, p. 7.

¹⁵¹ Laagland 2023, p. 21.

¹⁵² *Kamerstukken II 2022/23*, 31 311, nr. 246, p. 16 en 19; *Kamerstukken II 2022/23*, 29 544, K, p. 14.

¹⁵³ Commissie Borstlap 2020, p. 41; R.o. 5.23-5.24, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ 2024/35*, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

feiten aanwezig is in de casus, bijvoorbeeld als alleen het materiële gezag aanwezig is, is dat onvoldoende om te kunnen spreken van een gezagsverhouding.¹⁵⁴

4.3.2 De toetsing van de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst

Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, zal moeten worden gekeken naar de inbedding van de *werkende* in de organisatie/bedrijfsvoering van de werkverschaffer. Ook het gedrag van de werkende in het economisch verkeer biedt een indicatie voor het zijn van een zelfstandig ondernemer. De Hoge Raad besteed overigens in het Deliveroo-arrest vrij veel aandacht aan het gedrag in het economisch verkeer. Hierdoor is het mogelijk dat lagere rechtspraak aan dit aspect te groot gewicht toekent in de holistische wegging.¹⁵⁵ Echter op het gedrag in het economisch verkeer zal niet te veel nadruk moeten worden gelegd bij de holistische wegging, aangezien net zoals bij artikel 7:610 BW, de arbeidsrelatie tussen de werkende en de werkverschaffer centraal staat.

Bij de holistische wegging is het gedrag van de werkende binnen de arbeidsrelatie daarom van groter belang. In dat kader zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn van bepaalde contractuele vrijheden binnen de arbeidsrelatie, zoals het kunnen dragen van een eigen logo en het gebruiken van eigen bedrijfsapparatuur. Andere indicaties kunnen zijn: zelf opstellen van facturen, een eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering en pensioenvoorziening, en het hebben van een onderhandelingspositie ten aanzien van zijn arbeidsvoorwaarden. Het gedrag van de werkende in het economisch verkeer kan wel een omstandigheid zijn die duidt op zelfstandig ondernemerschap en zal wel een rol kunnen spelen bij de uitlegfase.¹⁵⁶ Indicaties die wijzen op het zelfstandig ondernemerschap buiten de arbeidsrelatie zijn bijvoorbeeld dat de werkende ondernemersrisico heeft, verschillende opdrachtgevers heeft, zich niet voor langere tijd bindt aan één werkverschaffer en de werkende bouwt aan zijn eigen klantenkring. Deze indicaties voor het zijn van een zelfstandig ondernemer volgt de benadering van het FNV/Kiem-arrest.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Said 2020a, p. 18-19.

¹⁵⁵ Laagland 2023, p. 20-22.

¹⁵⁶ Van der Neut 2023, p. 12.

¹⁵⁷ R.o. 8.15-8.17, concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35, m.nt. E. Verhulp (*Deliveroo*).

Hoofdstuk 5. Conclusie

5.1 Inleiding

Zeven jaar na de inwerkingtreding van de Wet DBA is nog altijd onduidelijk wanneer sprake is van een gezagsverhouding binnen een arbeidsrelatie. In deze thesis is onderzocht op welke wijze het element 'organisatorische inbedding van het werk' als onderdeel van het gezagscriterium uit artikel 7:610 lid 1 BW, in combinatie met de criteria uit het Deliveroo-arrest moeten worden toegepast bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Uit het onderzoek volgt dat het element 'organisatorische inbedding van het werk' uiteenvalt in drie criteria: de materiële gezagsverhouding, de inbedding in de gewone bedrijfsactiviteiten en het zelfstandig ondernemerschap. Door de holistische weging van deze drie criteria kan tot de conclusie worden gekomen of de overeenkomst een arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 lid 1 BW) of een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 lid 1 BW) betreft. De figuur zzp'er heeft geen eigen rechtspositie in de wet. De zzp'er is een figuur die neigt naar de ondernemer en zal arbeid verrichten op basis van de overeenkomst van opdracht.

5.2 Organisatorische inbedding van het werk

A-G De Bock bepleitte in haar conclusie dat wanneer het werk organisatorisch is ingebed in de onderneming van de werkverschaffer, een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen. Als de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel vormen van de bedrijfsvoering, dan zal van organisatorische inbedding van het werk snel sprake zijn, aldus de A-G. Deze redenering is mijns inziens te kort door de bocht, om de reden dat de inbedding van het werk slechts een van de omstandigheden is die een rol speelt bij het gezagscriterium.

Zoals Commissie Borstlap en Verhulp schetsten bestaat de gezagsverhouding niet alleen meer uit de bevoegdheid van de werkgever om werkinhoudelijke instructies te geven. De werknemers zijn zelfstandiger geworden en de instructies worden op steeds minder traditionele wijze gegeven. Dit maakt dat de instructiebevoegdheid onvoldoende onderscheidend is om te kunnen spreken van een gezagsverhouding, en daardoor ook minder van belang is in de holistische weging bij de kwalificatievraag. Om te kunnen bepalen of het werk is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer moet worden beoordeeld of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering. Saïd benoemt meerdere gezichtspunten om tot een beoordeling te komen of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering: (i) is er sprake van kernactiviteiten, (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter en (iii) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden worden verricht. A-G De Bock onderschrijft terecht in haar conclusie deze benadering voor de beoordeling van het criterium de inbedding van het werk. De Hoge Raad en het Kabinet geven beide aan dat ook aandacht moet worden besteed aan de inbedding van de werkende. Het werk kan namelijk sneller zijn ingebed in de organisatie dan degene die het werk doet. De inbedding van de werkende kan worden getoetst aan feiten en omstandigheden zoals het lopen van commercieel risico en het kunnen gedragen als ondernemer zowel binnen de arbeidsrelatie als in het economisch verkeer.

In het Lawrie-Blum arrest uit 1986 heeft het Hof zich voor het eerst uitgesproken met betrekking tot het Europees werknemersbegrip. Volgens het Lawrie-Blum arrest is iemand werknemer wanneer gedurende een bepaalde tijd prestaties worden geleverd voor een ander en onder diens gezag en als tegenprestatie hiervoor een vergoeding ontvangt. Pennings heeft betoogd dat dit Europese werknemersbegrip niet zomaar kan worden opgenomen in artikel 7:610 BW. Het begrip is niet voor alle EU-instrumenten op dezelfde wijze gedefinieerd en de definitie is ook te vaag omschreven. Het begrip heeft een ruimer toepassingsbereik dan alleen werknemers in dienstbetrekking, waardoor het in het nationale recht rechtsonzekerheid zou creëren.

Toch zal het Europese recht wel in acht moeten worden genomen, met name het voorstel voor de 'Richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk'. Deze richtlijn had het probleem dat werkgevers proberen te ontkomen aan de arbeidsrechtelijke regels in brede context kunnen oplossen. De Europese wetgever heeft er echter voor gekozen om de richtlijn alleen te laten gelden voor platformwerkers. Desondanks sluit deze Europese regeling aan bij de holistische benadering, de gezichtspunten van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest en het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden'.

5.3 *Het Deliveroo-arrest*

In het arrest Groen/Schoevers heeft de Hoge Raad de partijbedoeling geïntroduceerd als een onderdeel van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Twintig jaar later heeft de Hoge Raad in het Particatieplaats-arrest afstand genomen van deze benadering. Volgens de Hoge Raad zijn er twee fasen relevant: (i) de uitlegfase, hierin wordt aan de hand van de Haviltex-maatstaf vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen. Belangrijk is dat het er niet om gaat of de partijen de bedoeling hadden om de overeenkomst onder het bereik van artikel 7:610 lid 1 BW te laten vallen. Vervolgens wordt in fase twee, de kwalificatiefase, getoetst of de afgesproken rechten en verplichtingen voldoen aan de definitie van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 lid 1 BW of opdrachtovereenkomst van artikel 7:400 lid 1 BW.

In het Deliveroo-arrest wordt door de Hoge Raad voor het eerst de inbedding van de werkzaamheden of de werkende benoemd bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dit arrest bevestigt de Hoge Raad de holistische toetsing uit het Groen/Schoevers-arrest. Alle feiten en omstandigheden van het geval dienen te worden beoordeeld en in onderling verband te worden gezien. De Hoge Raad formuleert hierbij een aantal gezichtspunten die kunnen meewegen in de toetsing: (i) aard en duur van de werkzaamheden, (ii) de wijze waarop de werkzaamheden worden bepaald, (iii) de inbedding van het werk én de werkende in de organisatie en bedrijfsvoering van de werkverschaffer, (iv) de wijze waarop de beloning wordt bepaald en uitgekeerd, (v) de hoogte van de beloning en (vi) de vraag of de werkende commercieel risico loopt voor de werkzaamheden.

Deze gezichtspunten kunnen allen herleid worden naar een van de criteria voor de arbeidsovereenkomst (gezag, loon en arbeid gedurende zekere tijd), behalve het zelfstandig ondernemerschap (punt vi). De Hoge Raad volgt het Hof in haar FNV/Kiem-uitspraak, waarbij belang is toegekend aan de omstandigheden die duiden op het zelfstandig ondernemerschap en het lopen van ondernemersrisico's met betrekking tot de werkzaamheden. Vanuit de holistische toets die de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest heeft uitgewerkt, is het denkbaar dat een werkende kernactiviteiten verricht die organisatorisch zijn ingebed, maar de werkende zelf niet is ingebed in de organisatie en zich daarnaast in het economisch verkeer als zelfstandige manifesteert. Volgens A-G De Bock is dit niet mogelijk. Zij betoogt dat wanneer het werk is ingebed, het gevolg is dat de werkende ook is ingebed en de enige mogelijkheid is dat de overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Mijns inziens is de visie van A-G De Bock in dit opzicht niet goed te volgen en moet de zienswijze van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest worden gevolgd, waarbij alle omstandigheden in hun onderling verband worden gezien. Vanuit die benadering kan het werk zijn ingebed maar hoeft de werkende dit niet te zijn en kan de werkende zich manifesteren in het economisch verkeer als ondernemer.

5.4 *De arbeidsovereenkomst*

De Hoge Raad geeft in het Deliveroo-arrest gezichtspunten die wijzen in de richting van een arbeidsovereenkomst en één gezichtspunt die moet wijzen op een ondernemer. De Hoge Raad laat de verdere invulling van deze gezichtspunten en de holistische weging over aan de wetgever. Na het Deliveroo-arrest zijn er door lagere rechters een aantal uitspraken gedaan waar de

holistische weging is gedaan met inachtneming van de Deliveroo-criteria. Het lijkt nog lastig te bepalen hoe de omstandigheden tot elkaar verhouden, maar uit deze uitspraken blijkt wel dat de toetsing van de arbeidsovereenkomst helderder is geworden. Waardoor mijns inziens in deze uitspraken telkens tot een juiste conclusie is gekomen. De kritische opmerking van Houweling is mijns inziens terecht. Het Deliveroo-arrest is, net zoals onder andere het Participatieplaats-arrest, een atypische zaak met atypische werkomstandigheden. Echter de gezichtspunten, die hieruit zijn voortgekomen, worden door de lagere rechters op een juiste wijze richting gegeven aan de holistische weging en gezagsverhouding in zaken met 'normale' werkomstandigheden die bij deze tijd passen.

Het kabinet beoogt in haar wetsvoorstel, onder andere naar aanleiding van het Deliveroo-arrest, het gezagscriterium in te vullen met drie hoofdelementen: (i) materieel gezag, (ii) inbedding van het werk en de werkende, en (iii) het zelfstandig ondernemerschap. Hierbij is de instructiebevoegdheid het minst van belang. Bij de organisatorische inbedding van het werk moet worden gekeken of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer. Om tot een conclusie te komen kunnen drie vragen worden gesteld: (i) zijn de werkzaamheden kernactiviteiten, (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter, en (iii) hoe zijn de werkzaamheden organisatorisch ingericht. Het element 'inbedding van de werkende' wijst naar het zelfstandig ondernemerschap. Deze toets bestaat uit twee onderdelen: enerzijds moet worden gekeken naar het zelfstandig ondernemerschap binnen de arbeidsrelatie, waarbij onder andere kan worden gekeken naar de contractuele vrijheden, gebruik van een eigen logo, de onderhandelingspositie en het hebben van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Anderzijds kan het zelfstandig ondernemerschap binnen het economisch verkeer een indicatie zijn. Hierbij wordt het FNV/Kiem-arrest gevolgd, waarbij onder andere het hebben van verschillende opdrachtgevers, het ondernemersrisico en een eigen klantenkring wijzen naar het zelfstandig ondernemerschap.

Wanneer het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' wordt vergeleken met het Deliveroo-arrest en de 'Richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk' kan worden geconcludeerd dat allen gelijke gezichtspunten hebben. Hieruit kan worden opgemaakt dat het wetsvoorstel goed aansluit bij de Europese ontwikkelingen. In het wetsvoorstel is opgenomen dat in de AMvB nadere regels worden gesteld. Deze kunnen naar aanleiding van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt worden bijgesteld en hierdoor zal eindelijk helderheid worden verschaft wanneer sprake is van een overeenkomst is voor de inzet van een zelfstandige. Hierdoor kan het systeem van enerzijds de arbeidsovereenkomst tegenover de opdrachtovereenkomst anderzijds zuiver blijven. De overeenkomst tot het verrichten van arbeid is een arbeidsovereenkomst óf een overeenkomst van opdracht. De zzp'er heeft in dit stelsel geen eigen rechtspositie en zal via een van deze twee overeenkomsten arbeid moeten verrichten.

Literatuurlijst

Alink 2023

E. Alink, 'Werken als zelfstandige: schijn of werkelijkheid?', *Vp-bulletin* 2023/20, p. 9-11.

Bij de Vaate 2023

D.M.A. bij de Vaate, 'De werking van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst nader bezien', *TRA* 2023/3, p. 9-15.

Boot 2016a

G.C. Boot, 'De rechtspositie van zelfstandigen', *AR* 2016, afl. 11, p. 3-4.

Boot 2016b

G.C. Boot, 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter', *TRA* 2016, afl. 5, p. 3-8.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2023

G. van Dijck, M. Snel & T van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

Emmerig 2023

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

Heinen & Mauser 2023

J.B.B. Heinen & P.J. Mauser, 'Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? – Over het kwalificatievraagstuk na Deliveroo', *TRA* 2023, afl. 4, p. 4-11.

Houweling

A.R. Houweling, 'Deliver-hoe of Deliver-moe? Het kwalificeren van arbeidsovereenkomst na Deliveroo', annotatie bij HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo/FNV*), *AR Updates* 2023-0400.

Laagland 2023

F.G. Laagland, 'Het Deliveroo-arrest: jongleren met alle omstandigheden van het geval', *TRA* 2023, afl. 5, p. 18-23.

Lamers 2024

A.H. Lamers, 'Deliveroo: overeenkomst van opdracht terug op de plaats waar het hoort', *Contracteren* 2024, afl. 1, p. 6-11.

Pennings 2021

F.J.L. Pennings, 'Bestaat er een Europees werknemersbegrip?', *TRA* 2021, afl. 1, p. 10-16.

Pennings 2022

F.J.L. Pennings, 'Bescherming van platformwerkers: door Europa of door lidstaten?', *TRA* 2022, afl. 3, p. 1-2.

Said 2020a

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

Said 2020b

S. Said, 'De opdrachtgeversverklaring en de webmodule: heiligt het doel de middelen?', *TRA* 2020, afl. 11, p. 3-10.

Seghrouchni 2021a

J. Seghrouchni, 'De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: de rol van de partijbedoeling na het arrest X/Amsterdam', *Bb* 2021, afl. 1, p. 4-7.

Seghrouchni 2021b

J. Seghrouchni, 'Deliveroo in hoger beroep: nieuwe ronde nieuwe kansen', *Bb* 2021, afl. 9, p. 202-206.

Seghrouchni 2021c

J. Seghrouchni, 'Het arbeidsrechtelijk lot van de Uberchauffeur: een rit naar de arbeidsovereenkomst?', *Bb* 2021, afl. 21, p. 376-380.

Seghrouchni 2023

J. Seghrouchni, 'Het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo: iets om bezorgd over te zijn?', *Bb* 2023, afl. 8, p. 71-75.

Snel 2017

M. Snel, 'De 'goede' onderzoeksopzet als succesfactor voor de juridische scriptie', *AA* 2017, afl. 9, p. 753.

Van der Neut 2021

N.M.Q. van der Neut, 'Kwalificeren op volle toeren: enkele opmerkingen in het licht van de Uberuitspraak', *AR* 2021, afl. 12, p. 3-7.

Van der Neut 2023

N.M.Q. van der Neut, 'De Hoge Raad 'delivers': een nieuw kwalificatiehoofdstuk', *AR* 2023, afl. 6/7, p. 8-12.

Verhulp 2021

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', *TRA* 2021, afl. 6/7, p. 13-18.

Verhulp 2023

E. Verhulp, 'Werknemer met terugwerkende kracht? Over de vorderingen van de geherkwalificeerde zzp'er', *TRA* 2023, afl. 5, p. 24-29.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).
HvJ EG 18 mei 1989, ECLI:EU:C:1989:650 (*Agegate*).
HvJ EU 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby*)
HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*).
HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).
HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel Delivery*).

Hoge Raad

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).
HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZCx2495 (*Groen/Schoevers*).
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).
HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

Parket bij de Hoge Raad

PHR 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:752.
Concl. A-G R.H. De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020, *NJ* 2021/116 m.nt. E.Verhulp (*Participatieplaats*).
Concl. A-G R.H. De Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578, bij HR 24 maart 2023, *NJ* 2024/35 m.nt. E.Verhulp (*Deliveroo*).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 19 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0715.

Gerechtshof

Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *JAR* 2021/62, m.nt. N.M.Q. van der Neut (*Deliveroo/FNV*).
Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419.
Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (*Uber/FNV*).

Rechtbank

Rb. Haarlem 26 oktober 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ1370.
Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Maaltijdbezorger/Deliveroo*).
Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*).
Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*FNV/Uber*).
Rb. Midden-Nederland, 29 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5294.
Rb. Rotterdam, 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118.
Rb. Midden-Nederland, 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218.
Rb. Limburg, 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513.
Rb. Amsterdam, 6 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:685.
Rb. Midden-Nederland, 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1673.

Kamerstukken en rapporten

Rapporten

E. Verhulp, *‘Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst’*, (Position paper op verzoek van ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 24 augustus 2018.

Eindrapport Commissie Regulering van Werk (Commissie Borstlap), *‘In wat voor land willen wij werken?’*, 23 januari 2020.

Handboek Loonheffingen 2023.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2014/15, 34 036, nr. 3.

Kamerstukken II 2020/21, 31 311, nr. 240.

Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 246.

Kamerstukken II 2022/23, 31 311, nr. 247.

Kamerstukken II 2022/23, 29 544, K.

Samenvatting en trefwoorden

Samenvatting

In deze thesis is onderzocht op welke wijze het element 'organisatorische inbedding van het werk' in combinatie met de gezichtspunten uit het Deliveroo-arrest moeten worden toegepast bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. De organisatorische inbedding van het werk valt, volgens het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, uiteen in drie criteria: materiële gezagsverhouding (instructiebevoegdheid), formele gezagsverhouding (organisatorische inbedding) en het zelfstandig ondernemerschap. Uit het Deliveroo-arrest komt naar voren dat de hiervoor genoemde elementen holistisch moeten worden gewogen, om tot een conclusie te kunnen komen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. Ook is hierbij de Richtlijn ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk geanalyseerd. In de Richtlijn worden gezichtspunten vastgesteld die gelijk zijn met het wetsvoorstel en het Deliveroo-arrest ten aanzien van het gezagscriterium. Uitgangspunt is dat als aan de criteria gezag-arbeid-loon wordt voldaan, er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De zzp'er heeft in het arbeidsrecht geen juridische rechtspositie. Arbeid wordt verricht middels een opdrachtovereenkomst of arbeidsovereenkomst.

Trefwoorden

Arbeidsovereenkomst
Rechtspositie zzp'er
Gezagscriterium
Organisatorische inbedding
Deliveroo-arrest
Platformwerk