******

***Het rechtsvermoeden van het bestaan***

***van een arbeidsovereenkomst bij***

***zelfstandigen zonder personeel***

**Afstudeeronderzoek**

**RE441C**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

Naam : Cansu Bekdur   
Studentennummer : 1059653

Begeleidend docent : De heer mr. V.A. Jongste   
Afstudeer Coördinator : Mevrouw mr. I.J.S van Mierlo-Groot

Opdrachtgever : Detailresult Groep N.V.

Inleverdatum : 6 oktober 2016

Collegejaar : 2016/2017

Reguliere kans

# Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport welke het resultaat is van mijn afstudeeronderzoek in het kader van mijn opleiding HBO-rechten aan de Hogeschool Leiden. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van Detailresult Services B.V. te Sassenheim.

In dit onderzoeksrapport staat het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW centraal. Aan de hand van de conclusies en aanbevelingen zal antwoord gegeven worden op de vraag wat Detailresult Groep N.V. in haar werkwijze kan verbeteren met betrekking tot het aanstellen van zelfstandigen zonder personeel, ten einde zoveel mogelijk te voorkomen dat laatstgenoemde met succes een beroep kan doen op het vermoeden van een arbeidsovereenkomst. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een analyse van wet- en regelgeving en literatuur en een praktijkonderzoek in de vorm van interviews en jurisprudentieanalyse.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken voor hun bijdrage aan de totstandkoming van dit onderzoeksrapport. Zo wil ik Peggy Castelein en Chantal Teske bedanken voor de gelegenheid die zij mij hebben gegeven om af te mogen studeren bij Detailresult Services B.V. en voor hun begeleiding en feedback. Daarnaast wil ik mijn afstudeerbegeleider Vincent Jongste bedanken voor zijn steun en motivatie tijdens mijn afstudeertraject en voor de juiste sturing en feedback. Tot slot wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor de steun die zij mij de afgelopen maanden hebben gegeven.

Cansu Bekdur  
Haarlem, 6 oktober 2016

# Samenvatting

In de praktijk komen afspraken en situaties met betrekking tot arbeidsrelaties voor waarvan niet of niet onmiddellijk vastgesteld kan worden hoe zij juridisch gekwalificeerd moeten worden. Voor de beantwoording van de vraag welke rechtsregels op de rechtsverhouding tussen een zzp’er en de opdrachtgever van toepassing zijn, is de kwalificatie van de overeenkomst van groot belang. In de praktijk komt het steeds vaker voor dat partijen in beginsel met elkaar in zee gaan als opdrachtgever en opdrachtnemer, maar dat zij zich in de praktijk gedragen als werkgever en werknemer.

De aanleiding van dit onderzoek is het feit dat Detailresult Groep N.V. haar interne HR-processen rond het inhuren van zzp’ers op orde wil brengen en streeft ernaar om zoveel mogelijk te kunnen voorkomen dat een zzp’er met succes beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Het Burgerlijk Wetboek kent drie soorten overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. De meeste arbeidsverhoudingen zijn juridisch gebaseerd op een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Uit de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst blijkt dat aan drie kenmerken moet voldoen, namelijk: arbeid, loon en gezag. Daarnaast kent de wet de overeenkomst van opdracht. De overeenkomst van opdracht is geregeld in art. 7:400 BW. De overeenkomst van opdracht wordt door de wet grotendeels vrijgelaten. Hoewel bij beide vormen van overeenkomsten sprake is van het verrichten van arbeid, is op de overeenkomst van opdracht het arbeidsrecht niet van toepassing. Dit houdt in dat de beschermende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht zoals opgenomen in titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn. We zien in hoofdstuk 2 dat de gezagsverhouding het meest onderscheidende kenmerk is tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht.

Een persoon die een arbeidsrelatie heeft waarbij er onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie kan zich beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst die is opgenomen in art. 7:610a BW. Ook een zzp’er die bij aanvang werkzaamheden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht kan zich beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, indien er onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie. Indien aan de voorwaarden van art. 7:610a BW is voldaan, namelijk als er gedurende drie maanden wekelijks of gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid is verricht, wordt vermoed dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is weerlegbaar. Dat wil zeggen dat het aan de opdrachtgever is om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Om vooraf meer duidelijkheid te krijgen over de soort arbeidsrelatie kon tot 1 mei 2016 gebruik worden gemaakt van de VAR. De VAR was een verklaring die op aanvraag van de zzp’er werd uitgegeven door de Belastingdienst. In de praktijk bleek echter dat de VAR onvoldoende zekerheid gaf over de vraag of er sprake was van loondienst of niet. De Belastingdienst gaf de VAR namelijk op basis van onbekende feiten en omstandigheden van een nog niet bestaande arbeidsrelatie. Op 1 mei 2016 is de Wet DBA in werking getreden ter vervanging van de VAR.

Met de invoering van de Wet DBA is de VAR vervangen door modelovereenkomsten van de Belastingdienst. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen nu een modelovereenkomst gebruiken om vooraf zekerheid te krijgen over de voorgenomen arbeidsrelatie. Door middel van de modelovereenkomst kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld kan worden dat er geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. Of de Wet DBA oplossing zal bieden in de praktijk, moet nog blijken.

In het tweede gedeelte van dit onderzoek zien we dat de binnen Detailresult Groep N.V. niet bewust omgegaan wordt met het risico dat zzp’ers zich met succes kunnen beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Vervolgens zien we in hoofdstuk 4 aan de hand van een jurisprudentieanalyse in welke gevallen de rechtsverhouding tussen een zzp’er en de opdrachtgever door de rechter gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst. De feiten en omstandigheden die hiertoe leiden is met name de aanwezigheid van een gezagsverhouding, de aanwezigheid van de verplichting tot persoonlijk arbeid en de economisch afhankelijkheid die ontstaat door het hebben van één opdrachtgever.

Aan het einde van dit onderzoek is een aantal aanbevelingen geformuleerd zodat Detailresult Groep N.V. haar werkwijze met betrekking tot het aanstellen van zzp’er kan verbeteren. Er is onder andere aanbevolen om gebruik te maken van een door de Belastingdienst beoordeelde overeenkomst en zorg te dragen dat de rechtsverhouding met de zzp’er zo min mogelijk de kenmerken van arbeidsovereenkomst bevat. Aan de hand van deze aanbevelingen kan Detailresult Groep N.V. voorkomen dat een zzp’er met succes beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW.

# Inhoudsopgave

[Voorwoord 2](#_Toc463446376)

[Samenvatting 3](#_Toc463446377)

[Inhoudsopgave 5](#_Toc463446378)

[Lijst van afkortingen 7](#_Toc463446379)

[Hoofdstuk 1 Het onderzoek 8](#_Toc463446380)

[1.1 Inleiding 8](#_Toc463446381)

[1.2 Aanleiding en probleemstelling 8](#_Toc463446382)

[1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen 10](#_Toc463446383)

[1.4 Methoden van onderzoek 10](#_Toc463446384)

[1.5 Operationalisering van de begrippen 11](#_Toc463446385)

[Hoofdstuk 2 Juridisch kader 12](#_Toc463446386)

[2.1 Inleiding 12](#_Toc463446387)

[2.2 Arbeidsovereenkomst versus overeenkomst van opdracht 12](#_Toc463446388)

[2.2.1 De arbeidsovereenkomst 12](#_Toc463446389)

[2.2.2 De overeenkomst van opdracht 15](#_Toc463446390)

[2.2.3 Het verschil tussen een werknemer en een zzp’er 17](#_Toc463446391)

[2.2.4 Samenvatting 18](#_Toc463446392)

[2.3 Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst 19](#_Toc463446393)

[2.3.1 Inleiding 19](#_Toc463446394)

[2.3.2 Artikel 7:610a BW 19](#_Toc463446395)

[2.3.3 Weerleggen 20](#_Toc463446396)

[2.3.4 Samenvatting 20](#_Toc463446397)

[2.4 De Wet DBA 21](#_Toc463446398)

[2.4.1 Inleiding 21](#_Toc463446399)

[2.4.2 VAR 21](#_Toc463446400)

[2.4.3 Wet DBA 22](#_Toc463446401)

[2.4.4 Fiscale gevolgen 24](#_Toc463446402)

[2.4.5 Samenvatting 25](#_Toc463446403)

[2.5 De arresten van de Hoge Raad 25](#_Toc463446404)

[2.5.1 Inleiding 25](#_Toc463446405)

[2.5.2 Groen/Schoevers 26](#_Toc463446406)

[2.5.3 ABN AMRO/Malhi 26](#_Toc463446407)

[2.5.4 Van der Male/Den Hoedt 27](#_Toc463446408)

[2.5.5 Diosynth/Groot 27](#_Toc463446409)

[2.5.6 Thuiszorg Rotterdam/PGGM 28](#_Toc463446410)

[2.5.7 UvA/Beurspromovendi 29](#_Toc463446411)

[2.5.8 Gouden Kooi 29](#_Toc463446412)

[2.6 Tussenconclusie 30](#_Toc463446413)

[Hoofdstuk 3 Resultaten: interviews 32](#_Toc463446414)

[3.1 Inleiding 32](#_Toc463446415)

[3.2 Interviews 32](#_Toc463446416)

[3.3 Werkwijze binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. 33](#_Toc463446417)

[3.3.1 Detailresult Productie B.V. 33](#_Toc463446418)

[3.3.2 Detailresult Services B.V. 34](#_Toc463446419)

[3.3.3 Detailconsult Personeel B.V. (Dirk van den Broek) en Deka Personeel B.V. (DekaMarkt) 34](#_Toc463446420)

[3.4 Samenvatting 35](#_Toc463446421)

[Hoofdstuk 4 Resultaten: jurisprudentieanalyse 36](#_Toc463446422)

[4.1 Inleiding 36](#_Toc463446423)

[4.2 Topics 36](#_Toc463446424)

[4.3 Beoordeling rechter 44](#_Toc463446425)

[4.4 Samenvatting 47](#_Toc463446426)

[Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen 48](#_Toc463446427)

[5.1 Conclusies 48](#_Toc463446428)

[5.2 Aanbevelingen 50](#_Toc463446429)

[Bronvermelding 53](#_Toc463446430)

[BIJLAGEN 56](#_Toc463446431)

[BIJLAGE 1 Interview 1 57](#_Toc463446432)

[BIJLAGE 2 Interview 2 60](#_Toc463446433)

[BIJLAGE 3 Interview 3 63](#_Toc463446434)

[BIJLAGE 4 Interview 4 67](#_Toc463446435)

[BIJLAGE 5 Uitspraken 70](#_Toc463446436)

[BIJLAGE 6 Matrix 71](#_Toc463446437)

[BIJLAGE 7 Schema 74](#_Toc463446438)

# Lijst van afkortingen

Art. Artikel

BW Burgerlijk Wetboek

Btw Belasting toegevoegde waarde

ECLI European Case Law Identifier

GH Gerechtshof

HR Hoge Raad

KvK Kamer van Koophandel

SER Sociaal Economische Raad

Rb Rechtbank

VAR Verklaring arbeidsrelatie

Wet DBA Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties

Wet IB Wet Inkomstenbelasting 2001

Zzp Zelfstandige zonder personeel

WML Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

# Hoofdstuk 1 Het onderzoek

## 1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen het onderwerp en de probleemstelling van dit onderzoeksrapport aan de orde. In paragraaf 1.2 worden de aanleiding en de probleemstelling van dit onderzoek behandeld. In paragraaf 1.3 komen de doelstelling van dit onderzoek, de centrale vraag en de deelvragen die zullen leiden tot de beantwoording van het centrale vraag aan bod. Vervolgens worden in paragraaf 1.4 de gekozen methoden van dit onderzoek toegelicht. Tot slot wordt in paragraaf 1.5 enkele begrippen gedefinieerd die van belang zijn voor het onderzoek.

## 1.2 Aanleiding en probleemstelling

Dit onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van de afdeling HR Arbeidszaken van Detailresult Services B.V. te Sassenheim. Detailresult Services B.V. is een bedrijfsonderdeel van Detailresult Groep N.V., die in 2008 is ontstaan uit een fusie van de twee Nederlandse supermarktketens DekaMarkt (Deka Personeel B.V.) en Dirk van den Broek (Detailconsult Personeel B.V.). Naast laatstgenoemde bedrijfsonderdelen omvat Detailresult Groep N.V. een slijterijketen, Dirck III B.V., Detailresult Productie B.V. en Detailresult Logistiek B.V.

Er werken ruim 20.000 medewerkers bij de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. Deze werknemers worden in dit onderzoek (ook omdat die term binnen de opdrachtgever wordt gehanteerd) ‘standaardmedewerkers’ genoemd. Detailresult Groep N.V. kent daarnaast zogenaamde ‘externe contracten’. Daaronder worden tijdelijke werknemers verstaan die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, zoals uitzendkrachten, gedetacheerden en zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp’ers).

De centrale afdeling HR Services van Detailresult Services B.V. verzorgt de personeels- en loonadministratie van de standaardmedewerkers die in dienst komen bij één van de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. Dit wordt centraal geregeld. Alle administratieve handelingen omtrent de externe contracten vinden decentraal plaats. Dit houdt in dat de decentrale HR-afdeling van ieder bedrijfsonderdeel dit zelf doet zonder tussenkomst van HR Services. Er vindt ook geen centrale registratie plaats. Hierdoor heeft HR Services geen sturing of controle op de administratieve afwikkeling, contractuele vastlegging en registratie van dergelijke contracten.

De aanleiding van dit onderzoek is het feit dat HR Services haar interne HR-processen rond het inhuren van zzp’ers op orde wil brengen. HR Services wil weten welke werkwijze de bedrijfsonderdelen hanteren bij het inhuren van zzp’ers alsmede of en zo ja op welke wijze de inhuur van zzp’ers contractueel wordt vastgelegd en geregistreerd. Daarnaast wil HR Services kennis vergaren omtrent de juridische eisen en eventuele risico’s van het inhuren van een zzp’er, waaronder het risico van het ontstaan van een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst.

Tevens wil HR Services kennis opdoen over de veranderingen die de nieuwe Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (hierna: Wet DBA) met zich meebrengen.

In samenhang met het bovenstaande is de aanleiding ook (en in het kader van deze scriptie: vooral) gelegen in het volgende. Steeds vaker ontstaat de discussie over de vraag of de rechtsverhouding tussen een opdrachtgever en een zzp’er, gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst. Eind 2015 zijn bij verschillende rechtbanken 19 procedures aanhangig gemaakt door zelfstandige pakketbezorgers tegen PostNL, wegens de beëindiging van hun overeenkomst[[1]](#footnote-1). De zelfstandige pakketbezorgers stellen zich op het standpunt dat zij, hoewel zij op papier een zogenoemde vervoersovereenkomst (overeenkomst van opdracht) hebben, werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.

De discussie of een rechtsverhouding tussen een opdrachtgever en een zzp’er gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst doet zich met name voor als sprake is van een langdurige samenwerking en deze samenwerking wordt beëindigd door de opdrachtgever. In art. 7:610a BW is opgenomen dat er een vermoeden van arbeidsovereenkomst ontstaat wanneer een persoon ten behoeve van een ander tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht. Indien een zzp’er in de praktijk te veel op een werknemer lijkt, bestaat de kans dat de overeenkomst gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst. Het gaat er dus niet alleen om wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hebben, maar ook om hoe zij daadwerkelijk invulling geven aan de overeenkomst. Als blijkt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan de zzp’er aanspraak maken op alle rechten die het Burgerlijk Wetboek en collectieve arbeidsovereenkomsten (cao’s) aan werknemers toekennen, zoals ontslagbescherming, vakantiegeld, vakantiedagen en loondoorbetaling bij ziekte.

De grens tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst blijkt in de praktijk niet altijd duidelijk te zijn. Uit diverse arresten van de Hoge Raad (zie paragraaf 2.5) blijkt dat het niet alleen gaat om wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hebben, maar ook hoe zij feitelijk uitvoering geven aan de overeenkomst[[2]](#footnote-2).

Gelet op het voorgaande is het voor Detailresult Groep N.V. des te meer van belang om het beleid inzake zzp’ers te onderzoeken. Er is op dit moment geen beleid aanwezig met betrekking tot het inhuren van zzp’ers, waaronder de wijze van waarop contractueel invulling wordt gegeven aan deze samenwerking alsmede de registratie hiervan. Dit houdt in dat op dit moment ieder bedrijfsonderdeel haar eigen werkwijze hanteert. HR Services is niet op de hoogte van deze werkwijzen. HR Services streeft ernaar om binnen Detailresult Groep N.V. één beleid te ontwikkelen en de interne ongelijkheid met betrekking tot het inhuren van zzp’ers die nu bestaat binnen de verschillende bedrijfsonderdelen weg te nemen.

## 1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

*Doelstelling*   
Het doel van dit onderzoek is om HR Services B.V. in staat te stellen een gedegen beleid op te stellen voor het inhuren van zzp’ers en de risico’s die samenhangen met het inhuren van zzp’ers zoveel mogelijk te voorkomen of te ondervangen. HR Services wil kunnen voorkomen dat een zzp’er een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zoals is omschreven in art. 7:610a BW en de fiscale gevolgen die dit heeft. Aan de hand van de aanbevelingen van dit onderzoek kan HR Services een beleid ontwikkelen met betrekking tot het inhuren van zzp’ers.

*Centrale vraag*

De centrale vraag luidt: *Wat kan Detailresult Groep N.V. verbeteren in haar werkwijze, blijkens wet- en regelgeving, jurisprudentie en interviews, met betrekking tot het aanstellen van zzp’ers, teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat laatstgenoemden met succes een beroep kunnen doen op het vermoeden van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610a BW?.*

*Deelvragen*

Ten behoeve van de beantwoording van de centrale vraag zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. Wat is het verschil tussen een werknemer en een zzp’er?
2. Wat houdt het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610a BW in?
3. Wat houdt de nieuwe Wet DBA in?
4. Wat is de huidige werkwijze binnen Detailresult Groep N.V. met betrekking tot het inhuren van zzp’ers?
5. Hoe oordeelt de rechter over de vraag of een rechtsverhouding tussen een opdrachtgever en een zzp’er gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst?

## 1.4 Methoden van onderzoek

Dit onderzoek is opgesplitst in twee onderzoeksgedeelten. Het eerste onderzoeksgedeelte bestaat uit een theoretisch-juridisch gedeelte. Middels literatuuronderzoek en een analyse van de wet- en regelgeving wordt het theoretisch-juridische gedeelte opgesteld. De deelvragen 1 tot en met 3 worden hierin beantwoord.

Het tweede onderzoeksgedeelte omvat het praktijkonderzoek door middel van interviews en jurisprudentieonderzoek. De deelvragen 4 en 5 worden in dit gedeelte beantwoord.

De eerste drie deelvragen worden beantwoord middels een analyse van wet- en regelgeving die van toepassing is op de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht. Daarnaast vindt literatuuronderzoek plaats. Aan de hand van de literatuur van onder andere Loonstra, Van der Grinten, Geugjes en Heerma van Voss wordt antwoord gegeven op de theoretisch-juridische deelvragen.

Voor de beantwoording van deelvraag 4 worden interviews gehouden. Tijdens de onderzoeksfase heeft een wijziging plaatsgevonden ten opzichte van het onderzoeksvoorstel. Volgens het onderzoeksvoorstel zouden er vier interviews plaats vinden met vier HR-managers van de verschillende bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. Tijdens de onderzoeksfase is gebleken dat binnen één bedrijfsonderdeel geen zzp’ers werkzaam zijn. Dit interview is wel afgenomen, maar daardoor heeft dit interview geen toegevoegde waarde voor het onderzoek. Om dit te ondervangen is ervoor gekozen om een interview te houden met een zzp’er die werkzaam is voor Detailconsult Personeel B.V. (Dirk van den Broek). Met behulp van deze interviews wordt de huidige werkwijze met betrekking tot het inhuren en werken met zzp’ers in kaart gebracht.

De beantwoording van deelvraag 5 vindt plaats aan de hand van een analyse van 25 rechterlijke uitspraken. Het gaat hierbij om recente uitspraken uit de periode van 2011 tot en met 2016 die afkomstig zijn van rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad. In deze uitspraken staat steeds de vraag centraal hoe de rechtsverhouding tussen een (aanvankelijke) zzp’er en de (aanvankelijke) opdrachtgever gekwalificeerd moet worden. Aan de hand van de jurisprudentieanalyse wordt onderzocht of bepaalde lijnen te herkennen zijn in de rechterlijke uitspraken bij de beantwoording van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen een (in aanvang) zzp’er en de (aanvankelijke) opdrachtgever gekwalificeerd moet worden.

Hiertoe zijn 10 topics opgesteld op basis van de verschillende feiten en omstandigheden die in die 25 uitspraken terugkomen. Aan de hand van deze topics wordt de vraag hoe de rechtsverhouding tussen een zzp’er en een opdrachtgever gekwalificeerd moet worden beantwoord. Alle uitspraken worden getoetst aan deze topics en aan de hand van tabellen geanalyseerd. De uitkomsten van deze analyse worden weergegeven in tabellen welke zijn weergegeven in bijlage 6.

Tijdens het jurisprudentieonderzoek heeft een aantal wijzigingen plaatsgevonden ten opzichte van het onderzoeksvoorstel. In het onderzoeksvoorstel was aangegeven dat Hoge Raad-arresten zoals Groen/Schoevers, Gouden Kooi, ABN AMRO/Mahli deel zouden uitmaken van het jurisprudentieonderzoek. Er is echter besloten om deze arresten, gelet op hun importantie voor de praktijk, reeds te gebruiken in het juridische kader. Deze uitspraken vormen immers de leidraad voor de ‘lagere rechtspraak’. Daarom zijn voor de jurisprudentieanalyse andere uitspraken geselecteerd en geanalyseerd.

## 1.5 Operationalisering van de begrippen

*Standaardmedewerkers*: is de term die binnen Detailresult Groep N.V. gehanteerd wordt voor medewerkers die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.

*Externe contracten*: is de benaming voor tijdelijke werknemers, die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, zoals uitzendkrachten, gedetacheerden en zzp’ers.

# Hoofdstuk 2 Juridisch kader

## 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader geschetst, hetgeen zal leiden tot de beantwoording van de theoretisch-juridische deelvragen. In paragraaf 2.2 wordt het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht uiteengezet. De grens tussen beide overeenkomsten blijkt erg dun te zijn, waardoor onduidelijkheid kan ontstaan. De overeenkomst van opdracht verschilt echter op bepaalde punten van de arbeidsovereenkomst, omdat aan de overeenkomst van opdracht minder beschermende of dwingende regels gebonden zijn. Om een compleet beeld te kunnen schetsen van het verschil tussen beide overeenkomsten komen in paragraaf 2.3 het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomsten en in paragraaf 2.4 de nieuwe Wet DBA aan bod. Tot slot wordt in paragraaf 2.5 een aantal arresten van de Hoge Raad behandeld die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen de zzp’er en de opdrachtgever gekwalificeerd moet worden.

## 2.2 Arbeidsovereenkomst versus overeenkomst van opdracht

### 2.2.1 De arbeidsovereenkomst

Het Burgerlijk Wetboek kent drie soorten overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. De meeste arbeidsverhoudingen zijn juridisch gebaseerd op een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Daarnaast kan arbeid worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) of een overeenkomst tot aanneming van werk (7:750 BW). De overeenkomst tot aanneming van werk komt in dit onderzoek verder niet aan de orde, omdat deze vorm binnen Detailresult Groep N.V. niet voorkomt.

De arbeidsovereenkomst is een civielrechtelijke overeenkomst die de basis vormt van de rechtsverhouding tussen een werkgever en een werknemer. Om als werknemer aangemerkt te kunnen worden, dient een natuurlijke persoon in een privaatrechtelijke dienstbetrekking te staan tot een werkgever[[3]](#footnote-3). Daarnaast kent de wet de publiekrechtelijke dienstbetrekking. Hieronder wordt een ambtelijke aanstelling verstaan. De publiekrechtelijke dienstbetrekking komt verder niet aan de orde in dit onderzoek.

Een overeenkomst is volgens art. 6:213 BW een tweezijdige rechtshandeling die door twee partijen tot stand wordt gebracht. In het geval van een arbeidsovereenkomst zijn dat de werkgever en werknemer. De arbeidsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst en is in de wet specifiek geregeld in Titel 10 van Boek 7, dat wil zeggen art. 7:610 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Op het aangaan van een arbeidsovereenkomst zijn in beginsel de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, namelijk de bepalingen van Boek 3 (rechtshandelingen) en Boek 6 (overeenkomstenrecht).

Zoals bij elke overeenkomst dient er bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst sprake te zijn van een aanbod en een aanvaarding in de zin van artikel 6:217 BW. De arbeidsovereenkomst komt tot stand op het moment dat partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over alle elementen van de overeenkomst[[4]](#footnote-4).

Een arbeidsovereenkomst kan schriftelijk of mondeling worden aangegaan. Om het bestaan van rechten en plichten te kunnen aantonen, is het echter raadzaam om de arbeidsovereenkomst schriftelijk aan te gaan[[5]](#footnote-5). Uit een arbeidsovereenkomst vloeien voor zowel de werknemer als de werkgever de nodige rechten en plichten voort.

De arbeidsovereenkomst is gedefinieerd in artikel 7:610 BW en de definitie luidt als volgt: “*De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten”.*

Uit de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst blijkt dat aan drie kenmerken moet voldoen, namelijk: arbeid, loon en gezag[[6]](#footnote-6). Het begrip ‘in dienst’ wordt namelijk vaak uitgelegd met de term gezagsverhouding. De wettelijke omschrijving bevat daarnaast de woorden ‘gedurende zekere tijd’*.* Dat de arbeid volgens de wettekst gedurende zekere tijd moet worden verricht speelt volgens Van der Grinten, Barentsen en Heerma van Voss in de praktijk geen rol. Deze woorden vormen geen zelfstandig element, omdat er geen minimumduur bestaat om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst[[7]](#footnote-7). Hieronder worden de 3 kenmerken van de arbeidsovereenkomst nader uiteengezet.

#### 2.2.1.1 Arbeid

Voo*r* het bestaan van een arbeidsovereenkomst dient er ten eerste sprake te zijn van het verrichten van arbeid[[8]](#footnote-8). Het begrip arbeid heeft een ruime strekking. De arbeid kan van geestelijke of lichamelijke aard zijn, het is niet van belang om welke aard het gaat. Van belang is dat de te verrichten arbeid voor de werkgever van waarde is[[9]](#footnote-9). Het is zelfs denkbaar dat een werknemer tijdens zijn slaap arbeid verricht[[10]](#footnote-10).

Op grond van art. 7:659 BW is de werknemer verplicht de arbeid zelf te verrichten. Dit houdt in dat de werknemer zich daarin niet zonder toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen. Daarom wordt dit kenmerk ook ‘persoonlijk arbeid’ genoemd. Wanneer is overeengekomen dat de werknemer de werkzaamheden ook aan anderen mag overlaten, dan zal er in het algemeen geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst[[11]](#footnote-11). Aangezien het begrip ‘arbeid’ in het kader van deze scriptie verder geen nadere toelichting behoeft volsta ik met bovenstaande.

#### 2.2.1.2 Loon

Met het tweede kenmerk van de arbeidsovereenkomst, loon, wordt gedoeld op de overeengekomen tegenprestatie voor de arbeid[[12]](#footnote-12). Onder loon in de zin van art. 7:624 BW wordt de vergoeding verstaan die die de werkgever is verschuldigd voor de verrichte arbeid. De benaming van de tegenprestatie is niet bepalend. Partijen zijn in principe vrij om de hoogte van het loon samen af te spreken. Die vrijheid wordt echter beperkt door het wettelijk minimumloon, de cao en de wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling[[13]](#footnote-13). Een werkgever is op grond van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) verplicht om zijn werknemers minstens het minimumloon te betalen. De werkgever dient een nettobedrag uit te betalen, dat wil zeggen dat bepaalde inhoudingen moet plaatsvinden, zoals loonbelasting en sociale premies.

Op grond van artikel 7:627 BW is de hoofdregel bij loonbetaling dat de werknemer geen recht op loon heeft als hij niet werkt, tenzij hij niet kan werken wegens ziekte, zwangerschap of bevalling. In artikel 7:629 BW is geregeld dat de werknemer in voornoemde gevallen ten minste 104 weken het recht behoudt op doorbetaling van (een deel van) zijn loon. Ook tijdens periodes van vakantie en verlof behoudt de werknemer het recht op loon behouden. In art. 7:628 BW is geregeld dat de werknemer zijn recht op loon behoudt indien de oorzaak van het niet-werken voor rekening van de werkgever behoort te komen[[14]](#footnote-14). Net als ik bij het begrip ‘arbeid’ al aangaf: aangezien het aspect ‘loon’ voor deze scriptie niet heel wezenlijk is volsta ik met de hierboven weergegeven informatie.

#### 2.2.1.3 Gezag

De gezagsverhouding is het meest onderscheidende en lastigste kenmerk van de arbeidsovereenkomst[[15]](#footnote-15). De werkgever heeft een wettelijk gezag over de werknemer en is bevoegd om de werknemer instructies te geven die de werknemer dient op te volgen. De bevoegdheid van de werkgever tot het geven van instructies is geregeld in art. 7:660 BW. De instructies kunnen betrekking hebben op de wijze van uitvoering van de arbeid en de plaats waar en de tijd waarop de werkzaamheden verricht moeten worden. Uiteraard dient de werkgever bij het uitoefenen van zijn instructiebevoegdheid binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst te blijven.

Bij steeds meer beroepen en functies heeft de werknemer een grote mate van zelfstandigheid bij het uitvoeren van de werkzaamheden. Volgens Barentsen en Heerma van Voss is het in de praktijk soms lastig te bepalen of er een gezagsverhouding is als er geen of weinig instructies worden gegeven[[16]](#footnote-16). Het gaat er echter niet om of aanwijzingen en instructies *worden* gegeven, maar of ze *kunnen worden* gegeven[[17]](#footnote-17). Het bestaan van de gezagsverhouding kan worden afgeleid uit het feit dat de werkgever degene is die het ondernemingsrisico draagt, die de vakantiedagen vaststelt en die belasting en premies voor de sociale verzekeringen afdraagt.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst indien voldaan is aan de drie kenmerken van de arbeidsovereenkomst, te weten arbeid, loon en gezag. Het meest kenmerkende van de arbeidsovereenkomst is dat er sprake is van een gezagsverhouding[[18]](#footnote-18). Het is in de praktijk echter niet altijd eenvoudig om te beoordelen of aan de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is voldaan. Omdat de wetgeving niet alleen uitkomst kan bieden bij de beantwoording van de vraag in welke gevallen er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft de Hoge Raad nadere richtlijnen gegeven ter zake de vraag hoe het begrip ‘gezag’ geduid moet worden. Gelet op de relevantie van deze vaste rechtspraak zal ik in paragraaf 2.5 nader ingaan op de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake.

### 2.2.2 De overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht is een overeenkomst tussen een opdrachtnemer en een opdrachtgever en is gericht op het buiten dienstbetrekking verrichten van werkzaamheden. Een zzp’er kan werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht of op basis van overeenkomst tot aanneming van werk[[19]](#footnote-19). In de meeste gevallen gaat het om een overeenkomst van opdracht.

Een opdrachtgever en een zzp’er kiezen vaak bewust voor een overeenkomst van opdracht en niet voor een arbeidsovereenkomst, omdat deze meer flexibiliteit biedt voor beide partijen en meer fiscale voordelen biedt aan de zzp’er. Alvorens in te gaan op de overeenkomst van opdracht wordt kort ingegaan op de betekenis van de term zzp’er.

Zelfstandige zonder personeel

Van de zzp’er bestaat geen formele juridische definitie. In de praktijk zijn uiteenlopende omschrijvingen in gebruik. De Sociaal Economische Raad (SER) heeft in een uitgebreid advies van 2010 ervoor gekozen om de definitie van de zzp’er aan te sluiten bij het begrip ‘ondernemer’, zoals dit is opgenomen in de belastingwetgeving, met name in art. 3.4 Wet IB. De definitie van de zzp’er die de SER hanteert, luidt:

*Een zzp’er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:*

* *Zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;*
* *Het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;*
* *Het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;*
* *Bekendmaking van het ondernemerschap;*
* *Het streven naar meerdere opdrachtgevers[[20]](#footnote-20).*

Hieruit kan geconcludeerd worden dat de zzp’er een ondernemer is die zijn arbeid als zelfstandige aanbiedt en niet als werknemer. In tegenstelling tot de werknemer is de zzp’er niet afhankelijk van een werkgever voor zijn inkomen en verricht hij de werkzaamheden voor eigen rekening en risico. Het risico van eventuele werkloosheid en aansprakelijkheid bij schade ligt (in beginsel) bij de zzp’er. Daarnaast dient de zzp’er gericht te zijn op het maken van winst, wisselende inkomsten en het hebben van meerdere opdrachtgevers. Een zzp’er kan binnen diverse rechtsvormen werken, namelijk een eenmanszaak, als vennoot bij een vennootschap onder firma, als maat bij een maatschap of als directeur-grootaandeelhouder van een besloten vennootschap[[21]](#footnote-21).

De overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht is een overeenkomst tot het verrichten van arbeid, maar anders dan bij de arbeidsovereenkomst wordt het werk in zelfstandigheid uitgevoerd. Er is sprake van zelfstandigheid wanneer de zzp’er zelf invulling kan geven aan de uitvoering van de opdracht. Dit houdt in dat er geen sprake is van een gezagsverhouding. Indien de zzp’er in grote mate gedetailleerde instructies krijgt van de opdrachtgever voor de uitvoering van de werkzaamheden, kan de zelfstandigheid ontbreken. Op grond van art. 7:402 BW is de opdrachtgever ook bevoegd de opdrachtnemer aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van de opdracht. De ruimte voor het geven van instructies is echter beperkt, aangezien bij de overeenkomst van opdracht vaak sprake is van specifieke beroepskennis en zelfstandigheid. Tot slot is er bij de overeenkomst van opdracht geen verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid.

Hoewel bij beide vormen van overeenkomsten sprake is van het verrichten van arbeid, is op de overeenkomst van opdracht het arbeidsrecht niet van toepassing. Dit houdt in dat de beschermende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht (zoals opgenomen in titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek) niet van toepassing zijn op de zzp’er. De overeenkomst van opdracht wordt door de wet grotendeels vrijgelaten. In het algemeen wordt er vanuit gegaan dat een opdrachtnemer minder afhankelijk is van de opdrachtgever dan een werknemer van zijn werkgever, omdat een opdrachtnemer als zelfstandige voldoende in staat is om zijn eigen belangen te behartigen[[22]](#footnote-22). Op de overeenkomst van opdracht is het algemene verbintenissenrecht, dat is geregeld in Boek 6 BW, van toepassing, aangevuld met een aantal bepalingen voor de opdracht, in art. 7:400 e.v. van Titel 7 van Boek 7 BW. De partijen zijn hierdoor vrij in het maken van onderlinge afspraken over de inhoud en uitvoering van de opdracht en de wijze van betaling en beëindiging van de overeenkomst. In artikel 7:400 BW wordt de overeenkomst van opdracht als volgt gedefinieerd:

De *overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.*

Bij de overeenkomst van opdracht moeten de werkzaamheden bestaan uit iets anders dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard[[23]](#footnote-23). De overeenkomst van opdracht heeft voornamelijk betrekking op werkzaamheden met een dienstverlenend karakter[[24]](#footnote-24). Hierbij kan gedacht worden aan de werkzaamheden die een arts, een jurist of een tandarts verrichten. In zijn algemeenheid is het verrichten van een dienst veelal een opdracht.

De overeenkomst van opdracht wordt ook wel een inspanningsovereenkomst genoemd[[25]](#footnote-25). De opdrachtnemer is verplicht zich in te spannen om de opdracht zo goed mogelijk uit te voeren, maar hij is niet verplicht een van tevoren bepaald resultaat te behalen. Dit houdt in dat de opdrachtnemer alleen de plicht heeft om zijn best te doen om het werk waarvoor hij is ingeschakeld, naar tevredenheid te verrichten. Het feit dat het verlangde resultaat niet wordt bereikt, levert niet automatisch een tekortkoming op.

### 2.2.3 Het verschil tussen een werknemer en een zzp’er

Bij het aangaan van een arbeidsrelatie met een zzp’er is het van belang om vast te stellen of er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Voor de beantwoording van de vraag welke rechtsregels op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing zijn, is de kwalificatie van de overeenkomst van groot belang. In de praktijk komt het steeds vaker voor dat partijen in beginsel met elkaar in zee gaan als opdrachtgever en opdrachtnemer, maar dat zij zich in de praktijk gedragen als werkgever en werknemer door bijvoorbeeld een gezagsverhouding te creëren[[26]](#footnote-26).

Vooral bij zzp’ers die gelijksoortige werkzaamheden verrichten als reguliere werknemers, bestaat de kans dat de overeenkomst achteraf (door de rechter) wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. De arbeidsrechtelijke regels die van toepassing zijn op een arbeidsovereenkomst gelden niet als er sprake is van zelfstandige arbeid, dus bij een overeenkomst van opdracht. Hierbij kan gedacht worden aan het ontslagrecht. Bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is het ontslagrecht van toepassing. Dit houdt in dat de werknemer ten opzichte van de werkgever een bescherming geniet en de werkgever niet zomaar tot ontslag van de werknemer kan overgaan. Bij zelfstandige arbeid is geen sprake van ontslagbescherming.

Bij een arbeidsovereenkomst is sprake van onzelfstandige arbeid[[27]](#footnote-27). Dit houdt in dat een werknemer economisch afhankelijk is van zijn werkgever, waardoor er sprake is van een machtsongelijkheid. Het arbeidsovereenkomstenrecht biedt compensatie voor deze machtsongelijkheid tussen de werkgever en werknemer. Dit wordt ook wel ‘ongelijkheidscompensatie’ genoemd. Ongelijkheidscompensatie is de basis van veel arbeidsrechtelijke regels die gelden als er sprake is van een arbeidsovereenkomst[[28]](#footnote-28). Hierbij kan gedacht worden aan ontslagbescherming. Bij het beëindigen van de overeenkomst dient de werkgever zich te houden aan de regels van het ontslagrecht.

Daarnaast zijn de werknemersverzekeringen zoals de Ziektewet, Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen, Werkloosheidswet en de WML van toepassing.

Tevens is er bij een arbeidsovereenkomst sprake van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen. Op grond van art. 7:658 BW is de werkgever aansprakelijk voor schade die de werknemer lijdt door een arbeidsongeval. Dit artikel ziet op de zorgplicht van de werkgever om arbeidsongevallen te voorkomen door een veilige werkomgeving te verschaffen. De opdrachtgever is dit in principe niet jegens de opdrachtnemer. In lid 4 van voornoemd artikel is echter opgenomen dat de werkgever ook de zorgplicht heeft jegens een persoon die gelijk staat aan een werknemer, dus iemand die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht. De Hoge Raad heeft in het Davelaar/Allspan-arrest[[29]](#footnote-29) bepaald dat ook de zzp’er dezelfde bescherming van art. 7:658 lid 4 BW kan genieten als een werknemer. Het feit dat de zzp’er geen arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten vormt geen belemmering om beroep te doen op dit artikel.

Als de zelfstandige niet in loondienst werkzaam wil zijn of de opdrachtgever niet te maken wil hebben met een dienstverband, is het belangrijk dat duidelijk wordt overeengekomen wat de bedoeling van deze partijen is bij het aangaan van de overeenkomst. Zij dienen zich daar in de praktijk naar te gedragen[[30]](#footnote-30). De kwalificatie van de overeenkomst is verder van belang, omdat de werkgever bij een arbeidsovereenkomst verplicht is om loonbelasting en premies werknemersverzekeringen af te dragen. In paragraaf 2.4 wordt dit onderwerp uiteengezet.

### 2.2.4 Samenvatting

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het belangrijkste verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht de gezagsverhouding is. Hoewel bij beide vormen van overeenkomsten sprake is van verrichten van arbeid, zijn op de overeenkomst van opdracht de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht niet van toepassing. De grens tussen beide overeenkomsten is niet altijd duidelijk. Er kan een geschil ontstaan over de status van de overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer de zzp’er arbeidsongeschikt wordt of als de overeenkomst tegen de wil van de zzp’er wordt beëindigd. De zzp’er zal dan vaak toch aanspraak willen maken op de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht. In zo’n geval kan de zzp’er zich beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW. In de volgende paragraaf komt dit rechtsvermoeden aan bod.

## 2.3 Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

### 2.3.1 Inleiding

In de praktijk komen afspraken en situaties met betrekking tot arbeidsrelaties voor waarvan niet of niet onmiddellijk vastgesteld kan worden hoe zij juridisch gekwalificeerd moeten worden[[31]](#footnote-31). Een persoon die een arbeidsrelatie heeft, waarbij onduidelijkheid bestaat over de aard ervan, kan zich beroepen op het rechtsvermoeden[[32]](#footnote-32). Ook kan er onduidelijkheid bestaan over de arbeidsduur. Om onduidelijkheden over de aard van de arbeidsrelatie of de omvang van de arbeidsduur die ten koste gaan van de werknemer weg te nemen, althans om de werknemer tegemoet te komen, heeft de wetgever het zogenoemde, rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst in het leven geroepen[[33]](#footnote-33). Hierna wordt uiteengezet wat het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst inhoudt.

### 2.3.2 Artikel 7:610a BW

Het kan in de praktijk voorkomen dat het niet duidelijk is wat de aard van de arbeidsrelatie is. Bij flexibele arbeid kan dit ook voorkomen. Een zzp’er die werkzaamheden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht kan zich beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst; bijvoorbeeld indien onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie[[34]](#footnote-34). Onduidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie kan ontstaan als de zzp’er in de praktijk wordt behandeld als een werknemer in loondienst. De zzp’er werkt bijvoorbeeld 40 uur per week op een vaste plek voor één opdrachtgever en kan zich niet vrij laten vervangen door een ander.

Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is neergelegd in art. 7:610a BW en luidt als volgt: “*Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst”.*

Indien een persoon gedurende drie maanden wekelijks of gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid verricht, wordt vermoed dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst[[35]](#footnote-35). Wanneer aan deze eisen wordt voldaan, hoeft het bestaan van een gezagsverhouding niet aangetoond te worden[[36]](#footnote-36).Naast het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst heeft de wetgever het rechtsvermoeden over de omvang van de arbeidsduur in het leven geroepen. Dit rechtsvermoeden is geregeld in art. 7:610b BW. Wanneer blijkt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst kan aan de hand van dit artikel de arbeidsomvang vastgesteld worden. Indien de arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, gaat de wet ervan uit dat de arbeidsomvang gelijk is aan de gemiddelde omvang van de afgelopen drie maanden[[37]](#footnote-37).

Met het invoeren van de bepalingen inzake het rechtsvermoeden werd beoogd om de positie van de ‘zwakkere partij’ te versterken, de werkgever te stimuleren om onzekere elementen in de arbeidsverhouding te voorkomen en het aantal schijnconstructies te verminderen[[38]](#footnote-38). Daarnaast werd beoogd om geschillen over de arbeidsverhoudingen zonder tussenkomst van de rechter op te lossen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 7:610a BW niet van toepassing is wanneer er geen onduidelijkheid bestaat over de aard van de relatie[[39]](#footnote-39).

### 2.3.3 Weerleggen

Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is weerlegbaar. Dat wil zeggen dat als aan een van de voorwaarden, wekelijks werken of ten minste twintig uur per maand, is voldaan, het in dit geval aan de werkgever is om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst[[40]](#footnote-40). Zoals opgenomen in art. 150 Rv is de hoofdregel in het procesrecht is: ‘wie stelt moet bewijzen’. Bij het rechtsvermoeden is de bewijslast echter omgekeerd, omdat de werkgever het vermoeden moet weerleggen. Wanneer de werknemer niet kan aantonen dat hij gedurende drie maanden wekelijks dan wel ten minste twintig uur per maand heeft gewerkt, dan geldt weer ‘wie stelt moet bewijzen’[[41]](#footnote-41).

Als voldaan wordt aan de criteria van het rechtsvermoeden, dan is het aan de opdrachtgever om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De opdrachtgever heeft de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. Dat kan bijvoorbeeld door te wijzen op de tekst van de overeenkomst of de manier waarop feitelijk is gewerkt. Daarnaast zou de opdrachtgever bijvoorbeeld kunnen aanvoeren dat het, gelet op de situatie, redelijk is rekening te houden met een andere dan wel langere referteperiode, bijvoorbeeld omdat de periode van drie maanden niet representatief is gelet op de omstandigheden binnen het bedrijf of omdat er sprake is van seizoensarbeid[[42]](#footnote-42). Ook was de aanwezigheid van de zogenoemde Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) een belangrijk middel om het rechtsvermoeden te weerleggen. De aanwezigheid van de VAR kon namelijk een aanwijzing zijn voor de overeenkomst van opdracht, maar dit is niet altijd doorslaggevend. De VAR is per 1 mei 2016 vervangen door de Wet DBA. Zoals aangegeven speelde de VAR ook een rol bij de beantwoording van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen een opdrachtgever en een zzp’er gekwalificeerd moet worden. Daarom wordt in paragraaf 2.4 ingegaan op de Wet DBA.

### 2.3.4 Samenvatting

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een beroep kan worden gedaan op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wanneer er onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie.

Indien een persoon gedurende drie maanden wekelijks of gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid verricht, wordt als vermoeden aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een zzp’er kan zich op het rechtsvermoeden beroepen als hij in de praktijk door de opdrachtgever behandeld wordt als een werknemer in loondienst.

Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is weerlegbaar. Dat wil zeggen dat als aan een van de voorwaarden is voldaan, het aan de opdrachtgever is om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

## 2.4 De Wet DBA

### 2.4.1 Inleiding

De vraag of de zzp’er op basis van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht, is uit fiscaaloogpunt van groot belang. In het fiscale recht en in het socialezekerheidsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen zzp’ers en werknemers. Dit onderscheid is in de praktijk van belang voor de vraag of er sprake is van inhoudings- en premieplicht voor de loonheffingen en een verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen[[43]](#footnote-43). Indien gedurende de opdracht blijkt dat de zzp’er toch op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht, dan kan dit voor zowel de opdrachtgever als de zzp’er fiscale gevolgen hebben.

### 2.4.2 VAR

Om vooraf meer duidelijkheid te krijgen over de soort arbeidsrelatie kon tot 1 mei 2016 gebruik worden gemaakt van de VAR. De VAR was een verklaring die op aanvraag van de zzp’er werd uitgegeven door de Belastingdienst. De VAR was onder andere bedoeld als hulpmiddel voor de beoordeling van een arbeidsrelatie. Zzp’ers konden de Belastingdienst door middel van de aanvraag van een VAR, vragen om op basis van de verstrekte informatie een oordeel vooraf te geven over de fiscale kwalificatie van hun inkomen voor de inkomstenbelasting[[44]](#footnote-44). In de praktijk bleek echter dat de VAR onvoldoende zekerheid gaf over de vraag of er sprake was van loondienst of niet. De Belastingdienst gaf de VAR namelijk op basis van onbekende feiten en omstandigheden van een nog niet bestaande arbeidsrelatie. Een andere belangrijke reden voor afschaffen van de VAR is dat deze door de Belastingdienst in de praktijk niet meer te handhaven was. De VAR werd namelijk te vaak afgegeven, waardoor controle daarop bijna onmogelijk was. Wettelijk was geregeld dat, als de opdrachtgever een VAR kon tonen, hij gevrijwaard was van het afdragen van loonheffingen voor de zzp’er. Alleen in situaties waarin de inspecteur kon bewijzen dat er sprake was van bewuste misleiding kon er een naheffing worden opgelegd[[45]](#footnote-45).

Zoals in subparagraaf 2.3.2 is benoemd, speelde de VAR los van het fiscale verhaal ook een grote rol in de jurisprudentie bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst. Het beschikken over een VAR wees namelijk meer op een overeenkomst van opdracht, dan op een arbeidsovereenkomst.

In het tweede gedeelte van dit onderzoek wordt in hoofdstuk 4 uitgebreider ingegaan op het belang van de VAR (in de relevante jurisprudentie. Eerst wordt de Wet DBA uiteengezet.

### 2.4.3 Wet DBA

Op 1 mei 2016 is de Wet DBA in werking getreden ter vervanging van de VAR. Met de invoering van de Wet DBA is de VAR vervangen door modelovereenkomsten van de Belastingdienst. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen nu een modelovereenkomst gebruiken om vooraf zekerheid te krijgen over de voorgenomen arbeidsrelatie. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat er geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. De vrijwaring geldt uiteraard alleen indien in de praktijk daadwerkelijk volgens de overeenkomst gewerkt wordt. Met de invoering van de Wet DBA worden de verantwoordelijkheden van de opdrachtnemer en de opdrachtgever bij het beoordelen van hun arbeidsrelatie meer in balans gebracht. Daarnaast wordt beoogd om schijnzelfstandigheid terug te dringen en de mogelijkheid van handhaving door de Belastingdienst te vergroten[[46]](#footnote-46). Het gebruik van een modelovereenkomst is niet verplicht. Zolang er geen onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie hoeven opdrachtgevers en zzp’ers geen modelovereenkomst te gebruiken. Opdrachtgevers en zzp’ers krijgen tot 1 mei 2017 de tijd om zo nodig hun werkwijze aan te passen. Er geldt wel een inspanningsverplichting in het implementatiejaar. Dit betekent dat de opdrachtgever en de opdrachtnemer actief bezig moeten zijn om te voorkomen dat er buiten dienstbetrekking gewerkt wordt[[47]](#footnote-47).

***Modelovereenkomst***  
De Belastingdienst biedt zowel algemene modelovereenkomsten als modelovereenkomsten voor branches en beroepsgroepen. Deze staan op Belastingdienst.nl. De algemene modelovereenkomsten zijn breed toepasbaar en dekken vrijwel alle soorten arbeidsrelaties waarin er geen sprake is van loondienst. Zo zijn er modelovereenkomst die gericht zijn op situaties waarin het werkgeversgezag ontbreekt of waarin is bepaald dat de arbeid niet persoonlijk hoeft te worden verricht. In de modelovereenkomsten voor branches en beroepsgroepen zijn specifiekere bepalingen verwerkt[[48]](#footnote-48).

Opdrachtgevers en zzp’ers zijn vrij om een aantal bepalingen in de overeenkomst aan te passen aan hun eigen situatie. In de modelovereenkomsten zijn de bepalingen die maken dat er geen sprake is van een loondienst geel gemarkeerd. Deze bepalingen mogen niet aangepast worden.

Zolang de geel gemarkeerde bepalingen niet aangepast worden, hoeven de aangepaste overeenkomsten niet door de Belastingdienst beoordeeld te worden.

***Eigen overeenkomst laten beoordelen***Opdrachtgevers en zzp’ers die geen gebruik willen of kunnen maken van de modelovereenkomsten, kunnen zelf een overeenkomst opstellen en deze voorleggen aan de Belastingdienst. Dat hoeft geen nieuwe overeenkomst te zijn. Ook de overeenkomst waarmee de opdracht is aangegaan kan worden beoordeeld door de Belastingdienst. De overeenkomst wordt binnen zes weken beoordeeld door de Belastingdienst. De beoordeling ziet alleen op welke gevolgen het werken volgens de eigen overeenkomst heeft voor de loonheffingen. Er zijn drie conclusies mogelijk:

1. Er is geen sprake van een dienstbetrekking (loondienst): de opdrachtgever hoeft geen loonheffingen in te houden en te betalen, tenzij er sprake is van een fictieve dienstbetrekking.
2. Er is wel sprake van een dienstbetrekking (loondienst): de opdrachtgever moet loonheffingen inhouden en betalen;
3. De Belastingdienst kan niet beoordelen of er sprake is van een dienstbetrekking (loondienst): de overeenkomst laat beide mogelijkheden open[[49]](#footnote-49).

De Belastingdienst bevestigt schriftelijk of uit de overeenkomst een verplichting tot het afdragen of voldoen van loonheffingen voortvloeit. Indien sprake is van een verplichting tot het afdragen van loonheffingen kan de overeenkomst in overleg met de Belastingdienst worden aangepast, zodat deze verplichting kan worden voorkomen. Net als bij de modelovereenkomsten geldt de vrijwaring alleen indien in de praktijk volgens de overeenkomst wordt gewerkt[[50]](#footnote-50). Indien bij een controle van de Belastingdienst blijkt dat er in de praktijk niet volgens die overeenkomst wordt gewerkt, geldt er geen vrijwaring voor de loonheffingen. De Belastingdienst beoordeelt de overeenkomst alleen op fiscaal relevante bepalingen op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden. Deze bepalingen zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een dienstbetrekking. De beoordeling van de Belastingdienst zegt niets over of de opdrachtnemer daadwerkelijk als ondernemer gezien wordt voor de inkomstenbelasting of de btw.

***Geen beoordeelde overeenkomst***Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen er ook voor kiezen om geen modelovereenkomst te gebruiken en ook geen eigen overeenkomst te laten beoordelen door de Belastingdienst. Zij dienen dan zelf te beoordelen of er sprake is van loondienst en de verplichting tot het inhouden van loonheffingen door de overeenkomst te toetsen aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Hierbij moet er wel opgelet worden dat er geen fictieve dienstbetrekking ontstaat. Een fictieve dienstbetrekking ontstaat op het moment dat de opdrachtgever de zzp’er behandelt als een werknemer in dienst. Ook als een arbeidsovereenkomst ontbreekt, kan er sprake zijn van een fictieve dienstbetrekking voor de loonbelasting, premie volksverzekeringen en/of de werknemersverzekeringen bij een overeenkomst van opdracht. De opdrachtgever is dan verplicht om voor het inhouden en betalen van loonheffingen dezelfde regels toe te passen als bij een echte dienstbetrekking.

Een fictieve dienstbetrekking ontstaat wanneer in de praktijk voldaan is aan de drie kenmerken van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW, te weten arbeid, loon en gezag. De Belastingdienst beoordeelt de bepalingen in de overeenkomst in onderling verband, waarbij gekeken wordt naar de aanwezigheid van de drie kenmerken van de arbeidsovereenkomst. Als minstens één voorwaarde ontbreekt, is volgens de Belastingdienst geen sprake van een echte dienstbetrekking[[51]](#footnote-51).

De Belastingdienst heeft in de Handreiking Wet DBA richtlijnen gepubliceerd voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De beoordeling vindt plaats aan de hand van drie stappen die voortvloeien uit de wet en de jurisprudentie, namelijk de beoordeling van de gezagsverhouding, van de verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid en van de verplichting om loon te betalen[[52]](#footnote-52).

### 2.4.4 Fiscale gevolgen

Indien in de praktijk afgeweken wordt van de beoordeelde overeenkomst en de Belastingdienst constateert dat er sprake is van een fictieve dienstbetrekking, dan kan dat fiscale gevolgen hebben voor zowel de opdrachtgever als de zzp’er. Volgens de Belastingdienst is er dan geen sprake van zelfstandig ondernemerschap, omdat de arbeidsrelatie de kenmerken van een arbeidsovereenkomst heeft.

De Belastingdienst kan in zo’n situatie aan de opdrachtgever een correctieverplichting of een naheffingsaanslag voor de loonheffingen opleggen[[53]](#footnote-53). De opgelegde loonbelasting en premie volksverzekeringen kan de opdrachtgever op de zzp’er verhalen. De loonbelasting en premie volksverzekeringen kan dan bij de zzp’er als voorheffing verrekend worden bij zijn aangifte inkomstenbelasting. De zzp’er is in zo’n geval dan ook verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet kan de opdrachtgever niet verhalen op de zzp’er. Tevens kan de zzp’er zijn positie als ondernemer verliezen. Dit betekent dat hij dan geen recht meer heeft op ondernemersfaciliteiten, zoals de zelfstandigenaftrek en de oudedagsreserve[[54]](#footnote-54). Dit betreffen ‘sancties’ van fiscale aard. Waar echter nog geen helderheid over is, simpelweg omdat de modelovereenkomst zo nieuw is, is hoe er in het arbeidsrecht wordt aangekeken tegen de modelovereenkomst. Zoals eerder gezegd: de VAR werd door de kantonrechter (in zaken waarbij een voormalig zelfstandige het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst inriep) betrokken in zijn oordeel over de vraag of er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Het valt te verwachten dat de modelovereenkomst op soortgelijke wijze betrokken zal worden in de toets door de kantonrechter.

Gelet op het feit dat daar nog geen ervaring mee is heb ik er voor gekozen om in het jurisprudentie-onderzoek nog mee te nemen hoe de rechter de aanwezigheid van een VAR beoordeelt. In hoofdstuk 4 daarover meer.

### 2.4.5 Samenvatting

De VAR is per 1 mei 2016 vervangen door de Wet DBA. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen nu een modelovereenkomst gebruiken om vooraf zekerheid te krijgen over de voorgenomen arbeidsrelatie. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat er geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen ervoor kiezen om een modelovereenkomst van de Belastingdienst te gebruiken of een zelf opgestelde overeenkomst te laten beoordelen door de Belastingdienst.

Het gebruik van een modelovereenkomst of het laten beoordelen van een modelovereenkomst is niet verplicht. Partijen kunnen de overeenkomst ook zelf toetsen aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst en beoordelen of er sprake is van loondienst en er een verplichting ontstaat tot het inhouden van loonheffingen. Hierbij dient er wel opgelet te worden dat er geen fictieve dienstbetrekking ontstaat.

De beoordeling van de Belastingdienst ziet alleen op fiscaal relevante bepalingen van de overeenkomst op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat er geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. De vrijwaring geldt alleen indien in de praktijk daadwerkelijk volgens de overeenkomst gewerkt wordt. Tot slot krijgen opdrachtgevers en zzp’ers tot 1 mei 2017 de tijd om zo nodig hun werkwijze aan te passen.

## 2.5 De arresten van de Hoge Raad

### 2.5.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is het verschil is tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht beschreven, is uiteengezet dat de zzp’er zich kan beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst en is aan de orde gekomen wat de nieuwe Wet DBA inhoudt. Zoals in subparagraaf 2.2.1 is aangegeven, is niet alleen de wet van belang bij het vaststellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, ook de rechtspraak speelt een rol. De Hoge Raad heeft hiertoe richtlijnen aan de rechtspraak gegeven. Hierna wordt een aantal belangrijke arresten besproken die invulling hebben gegeven aan de beantwoording van de vraag in welke gevallen er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.

### 2.5.2 Groen/Schoevers

Groen is een belastingadviseur die een belastingpraktijk uitoefent in de vorm van een commanditaire vennootschap (C.V.). Groen geeft op basis van een mondelinge overeenkomst parttime les bij Schoevers. Op initiatief van Groen factureert de C.V. inclusief btw op basis van gewerkte uren. Schoevers doet geen inhoudingen premies sociale verzekeringen en loonbelasting. Daarnaast wordt de arbeidsvoorwaardenregeling van Schoevers niet toegepast op Groen. Tevens ontvangt Groen geen vakantietoeslag of loonbetaling bij ziekte.

Als Schoevers de overeenkomst beëindigt, stelt Groen zich op het standpunt dat het contract als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst van opdracht. De Hoge Raad volgt de rechtbank hierin en oordeelt als volgt.

De Hoge Raad stelt dat doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag wat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst hebben beoogd, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend, maar dienen de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden in hun onderling verband te worden bezien. De Hoge Raad overweegt dat de tegenprestatie die Groen ontvangt zodanig afwijkt van wat gebruikelijk is in een arbeidsovereenkomst, dat er geen sprake is van loon als bij een arbeidsovereenkomst. Wat betreft de gezagsverhouding stelt de Hoge Raad dat ook een opdrachtgever bevoegd is om de opdrachtnemer aanwijzingen te geven. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van Groen. Naarmate de maatschappelijke positie van de belanghebbende sterker is, is de partijbedoeling minder van belang[[55]](#footnote-55).

De Hoge Raad gaat echter nog verder. Bij de vaststelling wat partijen hebben beoogd ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en hoe zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst moeten twee elementen worden bekeken. Ten eerste moet worden gekeken in hoeverre de overeenkomst lijkt op de arbeidsovereenkomst die gebruikelijk is tussen de werkgever en andere werknemers. Dit wordt het formele gezagscriterium genoemd. Ten tweede moet worden gekeken in hoeverre de werkgever bevoegd is eenzijdige instructies te geven. Dit wordt het materiële gezagscriterium genoemd[[56]](#footnote-56).

### 2.5.3 ABN AMRO/Malhi

Malhi is in dienst van een schoonmaakbedrijf en werkzaam als schoonmaker bij de ABN AMRO. In de loop van de jaren is zijn functie op verzoek van de ABN AMRO gewijzigd en is aan Mahli een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de cao. Malhi ontvangt een salaris op gelijk niveau met medewerkers van ABN AMRO die dezelfde werkzaamheden verrichten. Bij afwezigheid wegens ziekte of vakantie wordt Malhi niet vervangen door een werknemer van het schoonmaakbedrijf.

Na een aantal jaren beëindigd ABN AMRO de overeenkomst met zowel het schoonmaakbedrijf als Malhi. Malhi stelt dat er tussen hem en ABN AMRO een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

De Hoge Raad overweegt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Malhi en ABN AMRO. Het gaat in deze zaak niet om de vraag hoe partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding, maar of ABN AMRO en Malhi zich jegens elkaar verbonden hebben. Malhi is met zijn werkzaamheden bij ABN AMRO begonnen op grond van een arbeidsovereenkomst met het schoonmaakbedrijf. In een dergelijke situatie verzet de rechtszekerheid zich ertegen dat de relatie tussen partijen geruisloos wijzigt van een inleenverhouding naar een arbeidsovereenkomst.

### 2.5.4 Van der Male/Den Hoedt

Den Hoedt heeft na de echtscheiding een schriftelijk overeenkomst gesloten met Van der Male B.V. waarvan haar ex-man aandeelhouder en bestuurder is. Dit is gedaan als alternatief voor betaling van alimentatie. Partijen hebben de schriftelijke overeenkomst een arbeidsovereenkomst genoemd. In de overeenkomst is bepaald dat Den Hoedt als administratief medewerker in dienst zal treden bij Van der Male B.V. voor 15 uur per week tegen een brutosalaris per maand. De dienstbetrekking is aangegaan voor onbepaalde tijd. Den Hoedt is echter van het begin af aan vrijgesteld van arbeid en heeft nooit feitelijk de werkzaamheden verricht zoals overeengekomen in de overeenkomst. In het begin heeft Van der Male B.V. maandelijks salaris betaald, maar op een gegeven moment is de salarisbetaling stopgezet, omdat Den Hoedt een nieuwe partner heeft. Den Hoedt heeft vervolgens betaling van salaris gevorderd. Het Hof heeft geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Van der Male B.V. gaat in cassatie.

De Hoge Raad overweegt dat het hof onterecht doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de benaming van de overeenkomst. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst moet immers op alle omstandigheden van het geval gelet worden en niet alleen op de benaming van de overeenkomst. In dit geval hebben partijen nooit de bedoeling gehad aan de overeenkomst uitvoering te geven, zoals overeengekomen. Den Hoedt heeft namelijk nooit werkzaamheden verricht voor Van der Male B.V. en de overeenkomst is duidelijk aangegaan om Den Hoedt een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen. Hieruit kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van gezagsverhouding, waardoor de overeenkomst niet gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst[[57]](#footnote-57).

### 2.5.5 Diosynth/Groot

Groot is jarenlang werkzaam voor Diosynth als acquisitrice. Zij houdt zich bezig met de werving van zwangere vrouwen aan het programma ‘Moeders voor Moeders’. De werving vindt plaats door middel van bezoeken aan huisartsen, gynaecologen, verloskundigen en apotheken. De acquisitie-overeenkomst van Groot wijkt af van de gebruikelijke arbeidsovereenkomsten van Diosynth.

Groot heeft een beperkt vervangingsmogelijkheid en zij krijgt periodieke instructies ten aanzien van haar werkzaamheden. Groot wil op grond van een cao pensioenen genieten en stelt zij dat tussen haar en Diosynth een arbeidsovereenkomst is ontstaan. Volgens Diosynth is er sprake van een overeenkomst van opdracht, omdat het bij het aangaan van de overeenkomst niet de bedoeling was om een arbeidsovereenkomst te sluiten. De kantonrechter en de rechtbank oordelen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, wegens de aanwezigheid van een gezagsverhouding en zeer beperkte vervangingsmogelijkheden voor Groot.

De Hoge Raad overweegt dat de aard en inhoud van de instructies, de beperkte vervangingsmogelijkheden, de omvang van de feitelijke wekelijkse arbeidsduur van Groot en de feitelijke invulling van de overeenkomst tot de conclusie leidt dat de rechtsverhouding tussen Diosynth en Groot aangemerkt moet worden als een arbeidsovereenkomst[[58]](#footnote-58).

### 2.5.6 Thuiszorg Rotterdam/PGGM

Het pensioenfonds PGGM eist betaling van pensioenpremies van de Stichting Thuiszorg Rotterdam voor de bij haar werkzame directeur. De thuiszorginstelling stelt dat de directeur niet op basis van een arbeidsovereenkomst, maar op basis van een managementovereenkomst werkzaam is. Daarnaast stelt de thuiszorginstelling dat nu een derde en niet de bij de overeenkomst betrokken partijen stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, de criteria van het Groen/Schoevers-arrest niet van toepassing is. Partijen hebben immers bewust geen arbeidsovereenkomst gesloten om deelneming aan het pensioenfonds te vermijden en er is sprake van inlening via een managementbureau.

De Hoge Raad overweegt als volgt. Ook in een voornoemd geval moet aan de hand van de in het Groen/Schoevers-arrest vermelde criteria worden beoordeeld of tussen partijen een arbeidsovereenkomst is gesloten. Het feit dat partijen geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten, omdat zij de verplichte deelneming van de directeur in het pensioenfonds niet wensten, is niet voldoende om de aanwezigheid van de arbeidsovereenkomst te weerhouden. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, is immers niet alleen van belang wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Er moet worden gekeken naar onder andere de wijze van beloning, de mate van zelfstandigheid, de omvang van het ondernemingsrisico, de grootte van investeringen en naar de vraag wie zorg draagt voor de sociale zekerheid. De Hoge Raad heeft overwogen dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de thuiszorginstelling en de directeur, dat de directeur de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten en dat er sprake is van tegenprestatie voor de verrichte werkzaamheden. Op grond van deze feiten en omstandigheden komt het Hof tot het oordeel dat tussen de zorginstelling en de directeur sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW[[59]](#footnote-59).

### 2.5.7 UvA/Beurspromovendi

De belanghebbenden zijn als beurspromovendi werkzaam bij verschillende faculteiten van de Universiteit van Amsterdam (UvA). Zij houden zich bezig met het verrichten van onderzoeken. Met ieder van hen is schriftelijk overeengekomen dat de UvA aan hen een bijdrage in de kosten van levensonderhoud toekent om hen in de gelegenheid te stellen onderzoek te verrichten en dit onderzoek af te sluiten met promotie.

De Beurspromovendi stellen dat er tussen hen en de Uva sprake is van een arbeidsovereenkomst, waardoor dezelfde arbeidsvoorwaarden als die voor assistenten in opleiding van toepassing zijn. De kantonrechter wijst de vordering af, omdat er geen sprake zou zijn van arbeid in de zin van art. 7:610 BW. De rechtbank concludeert dat het vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet is weerlegd en vernietigd het besluit. Partijen gaan beide in cassatie.

De Hoge Raad overweegt dat de overeenkomst tussen de beurspromovendi en de UvA aangemerkt moet worden als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. De Hoge Raad overweegt dat er sprake is van het element arbeid, omdat de beurspromovendi zich jegens de UvA hebben verbonden tot het verrichten van een prestatie door het doen van een wetenschappelijk onderzoek. Hiermee draagt de beurspromovendi actief bij aan het realiseren van een doel van de UvA. Wat betreft het element loon overweegt de Hoge Raad dat de bijdrage in de kosten van levensonderhoud van de beurspromovendi moet worden beschouwd als tegenprestatie voor de verrichte arbeid. Met betrekking tot het element gezag overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank dat op grond van art. 7:610a BW de arbeid is verricht op basis van een arbeidsovereenkomst en dat dus sprake is van een arbeidsovereenkomst niet is weerlegd[[60]](#footnote-60).

### 2.5.8 Gouden Kooi

De belanghebbende (ook wel ‘Terror Jaap’ genoemd) heeft deelgenomen aan het televisieprogramma ‘De Gouden Kooi’ op grond van een overeenkomst tussen hem en Talpa Producties B.V. (Talpa). Op grond van de overeenkomst heeft de belanghebbende voor iedere maand dat hij in het huis verbleef een geldbedrag ontvangen. Daarnaast maakte hij kans op meerdere prijzen. Door middel van sms-stemming is belanghebbende winnaar geworden van het programma en heeft hij de hoofdprijs (een geldbedrag) gekregen. Talpa heeft op dat bedrag loonbelasting en premie volksverzekering ingehouden. De belanghebbende was het daar niet mee eens en heeft bezwaar gemaakt, dat door de Inspecteur is afgewezen. Tegen de afwijzing is de belanghebbende in beroep gegaan. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard en het Hof heeft die uitspraak bevestigd. Vervolgens heeft belanghebbende tegen de uitspraak van het Hof cassatie ingesteld. In cassatie wordt ontkent dat de arbeidsverhouding tussen Talpa en de belanghebbende moet worden aangemerkt als een dienstbetrekking. Er wordt echter opgekomen tegen het oordeel dat de prijs moet worden aangemerkt als loon.

De Hoge Raad overweegt als volgt. In de uitspraak van het Hof staat vast dat het recht op de prijs voortvloeit uit de tussen hem en Talpa geldende overeenkomst. Nu het ook vaststaat dat de overeenkomst tussen belanghebbende en Talpa aangemerkt moet worden als een arbeidsovereenkomst, volgt hieruit dat de prijs een tegenprestatie vormt dat Talpa als werkgever heeft verstrekt op grond van de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Deze tegenprestatie dient dus aangemerkt te worden als loon. Hierbij is het niet van belang dat of sprake was van een kansspel. bepaald dat het gaat om een totaaloordeel van de gezamenlijke omstandigheden.

Volgens dit arrest moet niet alleen gelet worden op datgene wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Daarbij moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan de rechtsverhouding hebben verbonden in onderling verband gezien worden[[61]](#footnote-61).

## 2.6 Tussenconclusie

Nu het juridisch kader beschreven is, kunnen de juridisch-theoretische deelvragen worden beantwoord.

De eerste deelvraag die beantwoord wordt, luidt: *Wat is het verschil tussen een werknemer en een zzp’er?* Uit hetgeen in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen, kan worden geconcludeerd dat de werknemer werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW en de zzp’er werkzaamheden verricht op basis van de overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW. Voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst dient aan drie kenmerken voldaan te zijn, namelijk arbeid, loon en gezag. In tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst is bij de overeenkomst van opdracht geen verplichting tot persoonlijke arbeid en is er geen sprake van een gezagsverhouding. De zzp’er is vrij in de uitvoering van de opdrachten en zou vrij moeten zijn om zich te laten vervangen door een ander. Kort samengevat kan gezegd worden dat de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht niet van toepassing zijn op de zzp’er. De zzp’er is werkzaam op eigen risico en voor eigen rekening.

In de praktijk is niet altijd duidelijk of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht. Om onduidelijkheden weg te nemen is het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in het leven geroepen. In paragraaf 2.3 wordt hiermee antwoord gegeven op de tweede deelvraag die als volgt luidt: *Wat houdt het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610a BW in?* Een persoon kan zich op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroepen wanneer er onduidelijkheid bestaat over de aard van de arbeidsrelatie. Het rechtsvermoeden is opgenomen in art. 7:610a BW. Ook bij flexibele arbeid is het mogelijk om beroep te doen op dit rechtsvermoeden. Indien de zzp’er in de praktijk door de opdrachtgever behandeld wordt als een werknemer in loondienst en gedurende drie maanden wekelijks of gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid verricht, kan als vermoeden worden aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is weerlegbaar. Dat wil zeggen dat als voldaan wordt aan de criteria van het rechtsvermoeden, dan is het aan de opdrachtgever om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De opdrachtgever heeft de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.

Met de aanwezigheid van de VAR kon een opdrachtgever het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst weerleggen. De VAR is echter per 1 mei 2016 vervangen door de Wet DBA. In paragraaf 2.4 is de nieuwe Wet DBA uiteengezet en zo is antwoord gegeven op deelvraag 3: *Wat houdt de nieuwe Wet DBA in?*

Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen nu een modelovereenkomst gebruiken om vooraf zekerheid te krijgen over de voorgenomen arbeidsrelatie. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat er geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen ervoor kiezen om een modelovereenkomst van de Belastingdienst te gebruiken of een zelf opgestelde overeenkomst te laten beoordelen door de Belastingdienst. De beoordeling van de Belastingdienst ziet alleen op fiscaal relevante bepalingen van de overeenkomst op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat geen sprake is van loondienst en dat de opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. De vrijwaring geldt alleen indien in de praktijk daadwerkelijk volgens de overeenkomst gewerkt wordt.

Tot slot is kan kort worden samengevat dat voor de beantwoording van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen partijen gekwalificeerd moet worden belangrijk is wat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst hebben beoogd, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend, maar dienen de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden in hun onderling verband te worden bezien.

# Hoofdstuk 3 Resultaten: interviews

## 3.1 Inleiding

Het praktijkonderzoek gedeelte van dit onderzoek wordt gevormd door twee delen. Het eerste gedeelte bestaat uit interviews die in dit hoofdstuk naar voren komen. Het tweede gedeelte van het praktijkonderzoek wordt gevormd door een analyse van rechterlijke uitspraken. De uitwerking hiervan komt in hoofdstuk 4 aan bod.

In paragraaf 3.2 wordt door middel van 4 interviews antwoord gegeven op deelvraag 4 die als volgt luidt: Wat is de huidige werkwijze binnen Detailresult Groep N.V. met betrekking tot het inhuren van zzp’ers? De uitwerking van de interviews zijn opgenomen in de bijlagen 1 tot en met 4.

## 3.2 Interviews

Zoals hiervoor aangegeven vindt de beantwoording van deelvraag 4 plaats aan de hand van 4 interviews. Deze interviews zijn afgenomen met de volgende personen:

* HR manager van Detailresult Productie B.V., Polo Pieters (BIJLAGE 1);
* HR adviseur van Detailresult Services B.V., Patricia van der Meij de Bie (BIJLAGE 2);
* HR manager van Detailconsult Personeel B.V. en Deka Personeel B.V., Martijn Sleven (BIJLAGE 3);
* HR functionaris van Detailconsult Personeel B.V., Ruben Prins (BIJLAGE 4).

Voordat ingegaan wordt op de beantwoording van de vraag welke werkwijze binnen Detailresult Groep N.V. gehanteerd wordt met betrekking tot het inhuren van zzp’ers, wordt eerst aangegeven hoeveel zzp’ers binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. werkzaam zijn. Binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V., conform de gegevens die door de opdrachtgever zijn verstrekt, zijn in totaal **21** zzp’ers werkzaam. Hiervan zijn **16** werkzaam voor Detailresult Productie B.V. Binnen Detailresult Services B.V. zijn **2** zzp’ers werkzaam en binnen de bedrijfsonderdelen Detailconsult Personeel B.V. en Deka Personeel B.V. **3**.Tot slot zijn er binnen Detailresult Logistiek B.V. geen zzp’ers werkzaam.

Hierna wordt aan de hand van de interviews per bedrijfsonderdeel uiteengezet op welke wijze de inhuur van zzp’ers contractueel wordt vastgelegd en geregistreerd en hoe invulling wordt gegeven aan de opdrachten.

## 3.3 Werkwijze binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V.

### 3.3.1 Detailresult Productie B.V.

Zoals hiervoor aangegeven zijn er binnen Detailresult Productie B.V. in totaal 16 zzp’ers werkzaam. Een groot deel van de zzp’ers wordt gevormd door monteurs van de afdeling Technische Dienst. De monteurs zijn verantwoordelijk voor het onderhoud en het oplossen van storingen van de machines binnen de bakkerij en de slagerij. Daarnaast zijn er zzp’ers werkzaam op de afdeling Finance, Planner en KAM (Kwaliteit, Arbo & Milieu). Van de 16 zzp’ers zijn er 2 zzp’ers rechtstreeks ingehuurd. De overige 14 via diverse bemiddelingsbureaus geworven.

De keuze om binnen Detailresult Productie B.V. te werken met zzp’ers is geboren uit noodzaak. Het bleek lastig te zijn een monteur in dienst te nemen, omdat monteurs hun diensten liever als zzp’er willen leveren en niet in dienst willen bij een werkgever.

Er is voor het inhuren van zzp’ers niet één persoon verantwoordelijk binnen Detailresult Productie B.V. In sommige gevallen wordt het inhuren georganiseerd door de HR-manager zelf, in andere gevallen door de afdeling Technische Dienst of vanuit Detailresult Services B.V. Bij aanvang van een opdracht wordt een overeenkomst van opdracht opgesteld, vervolgens wordt controle gedaan naar het identiteitsbewijs en daarna wordt een afschrift van de VAR opgevraagd. De controle op de VAR wordt jaarlijks herhaald. Er wordt verder geen aanvullende informatie opgevraagd, zoals over polisbladen en het aantal opdrachtgevers.

Aangezien de meeste zzp’ers via een bemiddelingsbureau ingehuurd worden, is er geen sprake van vrije vervanging. Indien een zzp’er niet beschikbaar is, wordt er een andere zzp’er ingehuurd.

De instructies die de zzp’ers krijgen zijn volgens de HR-manager gelijk aan de instructies die gegeven worden aan standaardmedewerkers. De monteurs werken aan de hand van dagelijks opgestelde werklijsten. Ook de controle die uitgevoerd wordt op de naleving van de instructies is niet anders dan gebruikelijk bij standaardmedewerkers.

De zzp’ers worden niet opgenomen in het digitale personeelsbestand. Dit betekent dat het niet mogelijk is om in één oogopslag te zien hoeveel zzp’ers binnen het bedrijfsonderdeel werkzaam zijn. Tevens is het niet mogelijk om de overeenkomst, VAR en kopie van het identiteitsbewijs digitaal te bekijken. Wel zijn er hardcopy dossiers aanwezig waar deze stukken in te vinden zijn.

De uitbetaling van de zzp’ers vindt door middel van facturen plaats op basis van de gewerkte uren. De zzp’ers die rechtstreeks ingehuurd zijn, sturen zelf een factuur op. De overige zzp’ers worden uitbetaald via de bemiddelingsbureaus. De zzp’ers worden bij ziekte en vakantie niet doorbetaald. Tevens vinden er geen inhoudingen van loonbelasting en premies plaats.

Binnen Detailresult Productie B.V. ligt het risico dat de overeenkomst gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst bij de monteur die als zzp’er al een aantal jaren werkzaam is voor Detailresult Productie B.V. Er bestaat onduidelijkheid over de vraag of er destijds een overeenkomst is gesloten en welke afspraken er zijn gemaakt.

De kans bestaat dat er in de loop van de jaren een fictief dienstverband is ontstaan en dat de zzp’er zich met succes zou kunnen beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3). De opdracht met deze monteurs betreffen langdurige opdrachten. Daarnaast worden bij de uitvoering van de opdracht instructies en aanwijzingen gegeven wat gebruikelijk is bij standaardmedewerkers. Hieruit kan geconcludeerd worden dat er enigszins sprake is van een gezagsverhouding.

### 3.3.2 Detailresult Services B.V.

Binnen Detailresult Services B.V. zijn 2 zzp’ers werkzaam. De HR-adviseur met wie het interview is gehouden, is daar één van. De andere zzp’er is werkzaam op de afdeling ICT. Omdat de HR-adviseur niet lang werkzaam is voor Detailresult Services B.V., kon zij niet met zekerheid vermelden welke werkwijze binnen het bedrijfsonderdeel gehanteerd wordt met betrekking tot inhuren van zzp’ers.

De reden om te werken met zzp’ers binnen Detailresult Services B.V. is gelegen in het vervullen van tijdelijke functies. Het is niet duidelijk bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor het inhuren van zzp’ers. Bij aanvang van een opdracht wordt een overeenkomst van opdracht opgesteld, een afschrift van de VAR opgevraagd en een controle gedaan op het identiteitsbewijs. De controle op de VAR wordt jaarlijks herhaald.

De zzp’ers zijn op schrift vrij om zich te laten vervangen door een ander. Dit is echter niet voorgekomen, waardoor niets gezegd kan worden over of dit in de praktijk ook daadwerkelijk mogelijk is. De zzp’ers worden bij Detailresult Services B.V. in het digitale personeelsbestand geregistreerd om toegang te kunnen verlenen tot het netwerk. Er vindt geen volledige registratie plaats, zoals bij een standaard medewerker. De belangrijke stukken zoals de overeenkomst, afschrift VAR en kopie identiteitsbewijs worden anders dan bij standaard medewerkers niet opgeslagen in het digitale personeelsbestand, maar bewaard in hardcopy dossiers. Tot slot vindt de uitbetaling van zzp’ers plaats middels facturen, op basis van de gewerkte uren.

### 3.3.3 Detailconsult Personeel B.V. (Dirk van den Broek) en Deka Personeel B.V. (DekaMarkt)

Binnen de bedrijfsonderdelen Detailconsult Personeel B.V.en Deka Personeel B.V. zijn er twee zzp’ers werkzaam. Beide opdrachten zijn aangegaan voor vervanging van zwangerschapsverlof, voor de duur van 16 weken. Eén daarvan is reeds met 8 weken verlengd. De keuze om binnen dit bedrijfsonderdeel te werken met zzp’ers is gemaakt, omdat het tijdelijk opengevallen functies betreffen.

De HR-manager is verantwoordelijk voor het inhuren van de zzp’ers. Bij aanvang van een opdracht wordt er een overeenkomst van opdracht opgesteld, controle gedaan naar het identiteitsbewijs en een afschrift van de VAR opgevraagd. De controle op de VAR wordt jaarlijks herhaald. Er wordt tussentijds niet nagevraagd of de zzp’ers meerdere opdrachtgevers hebben.

Het wordt de zzp’ers niet toegestaan om zich vrij te laten vervangen door een ander. Hieruit kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid. Als reden hiervoor wordt aangegeven dat het praktisch niet mogelijk is om iemand in te werken om de werkzaamheden voor een korte duur over te nemen.

De instructies die de zzp’ers krijgen is volgens de HR manager gelijk aan de instructies die gegeven worden aan standaardmedewerkers. Volgens de HR manager kan op deze manier bepaalde normen en waarden van de organisatie gewaarborgd worden. Daarom worden de zzp’ers niet anders behandeld dan standaardmedewerkers.

De zzp’ers worden in het personeelsbestand niet volledig geregistreerd. De registratie is bedoeld om toegang te verlenen tot het netwerk. De belangrijke stukken zoals, de overeenkomst, afschrift VAR en kopie identiteitsbewijs, worden anders dan bij standaardmedewerkers niet opgeslagen in het digitale personeelsbestand, maar bewaard in hardcopy dossiers. Tot slot vindt de uitbetaling van de zzp’er plaats door middel van facturen, op basis van de gewerkte uren.

Binnen dit bedrijfsonderdeel ligt het risico bij de marketing-manager. Het betreft een langdurige opdracht die wegens omstandigheden meerdere malen is verlengd. Er kan niet met zekerheid worden gezegd of er sprake is van gezagsverhouding. Wel bestaat wel het risico dat gedurende de opdracht een fictief dienstverband is ontstaan.

## 3.4 Samenvatting

Uit voorgaande kan worden samengevat dat binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. geen vaste werkwijze gehanteerd wordt met betrekking tot het inhuren van zzp’ers. Daarbij heeft ieder bedrijfsonderdeel andere motieven voor het inhuren van zzp’ers. Voor Detailresult Productie B.V. is dit uit noodzaak gebeurd en binnen de bedrijfsonderdelen Detailresult Services B.V., Detailconsult Personeel B.V. en Deka Personeel B.V. was de reden erin gelegen om tijdelijk opengevallen functies te vervullen.

Uit de interviews kan geconcludeerd worden dat er niet bewust omgegaan wordt met het risico op het bestaan van een fictief dienstverband en dat het risico bestaat dat de zzp’er zich met succes kan beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit blijkt uit onder andere de instructies die aan de zzp’ers worden gegeven. Dit is ongeveer gelijk aan de instructies die gebruikelijk zijn bij standaardmedewerkers. Ook dienen de zzp’ers zich te houden aan regels en werkwijzen die binnen de bedrijfsonderdelen gelden voor de standaard medewerkers. Zzp’ers kunnen niet op hun eigen manier invulling geven aan de opdrachten. Tevens wordt het de zzp’ers niet toegestaan om zich vrij te laten vervangen door een ander en wordt er soms niet nagegaan of een zzp’er meerdere opdrachtgevers heeft en/of houdt.

# Hoofdstuk 4 Resultaten: jurisprudentieanalyse

## 4.1 Inleiding

Voorgaande hoofdstuk vormt het eerste gedeelte van het praktijkonderzoek. Dit hoofdstuk betreft het tweede gedeelte van het praktijkonderzoek. In dit hoofdstuk vindt de beantwoording van deelvraag 5 plaats: Hoe oordeelt de rechter over de vraag of een rechtsverhouding tussen een opdrachtgever en een zzp’er gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht? De beantwoording van deelvraag 5 vindt plaats aan de hand van een analyse van 25 rechterlijke uitspraken. Het gaat hierbij om recente uitspraken uit de periode van 2011 tot en met 2016 afkomstig van rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad.

## 4.2 Topics

Zoals in paragraaf 2.2.1 is besproken wordt het toetsingskader voor de beoordeling van de vraag of een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht is gesloten, gevormd door artikel 7:610 BW. Volgens dit artikel is er sprake van een arbeidsovereenkomst, indien voldaan is aan drie kenmerken: arbeid, loon en gezag. Over het algemeen wordt aangenomen dat het gezagscriterium het meest onderscheidende criterium is voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het is echter niet altijd even eenvoudig om uit te maken of aan het gezagscriterium is voldaan.

In hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.5, zijn diverse standaardarresten van de Hoge Raad besproken waarin een aantal factoren een rol speelt bij de beantwoording van de vraag in welke gevallen er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. Uit deze arresten is gebleken dat een aantal factoren invloed heeft op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, zonder dat deze factoren van zichzelf een doorslaggevende invloed hebben. Aan de hand van de feiten en omstandigheden die voortvloeien uit de arresten zal hieronder door middel van topics een analyse worden weergegeven. In de jurisprudentieanalyse is onderzocht of bepaalde lijnen te herkennen zijn in de rechterlijke uitspraken. Relevante factoren die voortvloeien uit voornoemde arresten zijn vertaald naar 10 topics die hieronder zijn weergegeven en die de basis vormen van het onderzoek. Per topic wordt uitgelegd wat het belang ervan is en in hoeverre dit invloed heeft op de beslissing van de rechter. De 25 uitspraken die in bijlage 5 genummerd zijn van 1 t/m 25, zijn aan de hand van deze topics getoetst en tabellen geanalyseerd. De uitkomsten van deze analyse zijn weergegeven in tabellen die zijn opgenomen in bijlage 6.

**1. Partijbedoeling**  
Het eerste topic wordt gevormd door een belangrijke, maar niet het enige criterium uit het Groen/Schoevers-arrest, namelijk de partijbedoeling. In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de inhoud van de overeenkomst bepaald wordt door de partijbedoeling, mede in aanmerking genomen de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst[[62]](#footnote-62).

Van belang is in de eerste plaats wat beide partijen bij het sluiten van de overeenkomst tot doel hadden (de initiële bedoeling van partijen). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de titel die partijen geven aan de overeenkomst. Hoewel de benaming die aan de overeenkomst gegeven wordt niet doorslaggevend is voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan hieruit wel blijken wat de intentie van partijen is geweest bij het aangaan van de overeenkomst. Daarnaast kan de partijbedoeling blijken uit het weigeren van een aanbod om in dienst te treden bij de opdrachtgever.

In de 25 uitspraken is onderzocht wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst beoogd hebben. Daaruit is gebleken dat in 22 uitspraken: **1**, **2**, **3**, **4**, **6**, **7**, **8**, **10**, **11**, **12**, **14**, **15**, **16**, **17, 18**, **19**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25** partijen bij het aangaan van de overeenkomst, niet de intentie hebben gehad om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Dit blijkt onder andere door de aanwezigheid van de VAR, inschrijving KvK, meerdere opdrachtgevers en het weigeren van een aanbod. In uitspraak **13** is gebleken dat door de benaming die aan de overeenkomst is gegeven, partijen bij het aangaan van de overeenkomst een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. De benaming die aan de overeenkomst is gegeven is echter voor de rechter niet voldoende om te concluderen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Tot slot is gebleken dat in de uitspraken **5** en **9** dit topic niet aan de orde komt. De essentie van dit topic wordt in uitspraak **21** door de kantonrechter als volgt uitgelegd:

*Voorts acht de kantonrechter van groot belang dat [verzoeker] een arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen. Hij is hier echter niet mee akkoord gegaan omdat hij het salaris te laag vond – hij meende voor een salaris van € 1.750,00 bruto per maand in aanmerking te komen (één schaal of trede hoger) – en de omvang van de vergoeding die PostNL voor zijn bus wilde betalen voor hem onduidelijk was. Dit terwijl [verzoeker] uitdrukkelijk is gewezen op de gevolgen indien hij ervoor zou kiezen om als ZZP’er werkzaam te blijven (en dus niet in loondienst te treden), namelijk dat hij per 1 januari 2016 over een Eurovergunning moet beschikken[[63]](#footnote-63).*

**2. Maatschappelijke positie partijen**  
Het tweede topic wordt ook gevormd door een criterium van het Groen/Schoevers-arrest: de maatschappelijke positie van partijen. Volgens de Hoge Raad dient bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst rekening gehouden te worden met de maatschappelijke positie van partijen. Dit criterium is van belang, omdat in een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, meer gewicht moet worden toegekend aan de partijbedoeling dan in een situatie waarin sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid.

In de 25 uitspraken is een onderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre partijen als maatschappelijk en economisch gelijkwaardig beschouwd kunnen worden. Uit de analyse is gebleken dat in 14 uitspraken partijen niet als maatschappelijk en economisch gelijkwaardig beschouwd kunnen worden. Dit zijn de uitspraken: **6**, **9**, **13**, **14**, **15**, **16**, **18**, **19**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25**. Hierbij speelt het feit dat de zzp’er al langer zelfstandige is, dat hij juridisch wordt bijgestaan en zijn werk- en denkniveau een rol in.

Tevens is gebleken dat dit topic in **11** uitspraken niet aan de orde komt: uitspraken **1**, **2**, **3**, **4**, **5**, **7**, **8**, **10**, **11**, **12** en **17**. In uitspraak **16**, die illustratief is voor de wijze waarop de rechter tot het oordeel komt of partijen als maatschappelijk en economisch gelijkwaardig beschouwd kunnen worden, komt dit topic als volgt naar voren:

*In algemene zin kan worden gesteld dat ten aanzien van de subcontractors sprake is van ZZP-ers zonder eigen personeel met een lage opleidingsgraad, terwijl gesteld noch gebleken is dat zij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst juridisch of anderszins werden bijgestaan. De kantonrechter wil best aannemen dat [verzoeker] ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet op grond van zijn maatschappelijke of sociaal economische positie gedwongen was in te stemmen met de contractvoorwaarden (zie overwegingen Hof in de zaak Mikropakket). Wel betwijfelt zij ten zeerste of [verzoeker] zich bij het aangaan van de overeenkomst heeft gerealiseerd – en of dat van hem gelet op zijn maatschappelijke positie verwacht kan en mag worden – in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL, mede gelet op de door hem gedane investering ten behoeve van de bus. Dit gegeven, in combinatie met de aard van de arbeid, namelijk ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog “productiegehalte”, nodigt uit tot toepassing van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, en tot terughoudendheid waar het betreft het toekennen van gewicht aan de (op schrift geformuleerde) partijbedoeling[[64]](#footnote-64).*

**3. Kenmerken zelfstandig ondernemerschap**Het derde topic wordt gevormd door een aantal kenmerken, zoals inschrijving bij de KvK, btw-nummer en VAR, die wijzen op zelfstandig ondernemerschap. De feitelijke start om zzp’er te worden begint met de inschrijving in het Handelsregister van de KvK, vervolgens krijgt de zzp’er een btw-nummer. Ook de VAR is een belangrijk kenmerk van het zelfstandig ondernemerschap. Het beschikken over een VAR wordt als aanwijzing gezien dat de rechtsverhouding een overeenkomst van opdracht betreft. Met de invoering van de Wet DBA is de VAR per 1 mei 2016 vervangen door modelovereenkomsten, maar aangezien de uitspraken die zijn geselecteerd uitspraken betreffen van vóór de invoering van de Wet DBA, is dit kenmerk wel van belang voor de analyse.

In de uitspraken **1**, **2**, **4**, **7**, **8**, **10**, **11**, **16**, **17**, **18**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25** gaat het om zzp’ers die ingeschreven zijn in het Handelsregister en beschikken over een btw-nummer en VAR. Dit wijst erop dat zij daadwerkelijk gezien worden als een zzp’er en geen werknemer in dienst. In de uitspraken **5, 9** en **19** is gebleken dat er geen sprake is van inschrijving in het Handelsregister of het beschikken over een btw-nummer en VAR. In deze uitspraken kunnen de personen niet aangemerkt worden als zzp’ers. In de uitspraken **3**, **12**, **13**, **14** en **15** komt dit topic niet aan de orde. In uitspraak **22**, die verduidelijkend is wat het belang van de kenmerken van zelfstandig ondernemerschap is als volgt uitgelegd:

*Ten aanzien van de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden wijst hetgeen hiervoor onder 4.11, 4.12, 4.15 en 4.18. is overwogen (beloning, het hebben van bedrijfskapitaal namelijk twee bussen, een btw nummer, VAR-WUO, een inschrijving bij de Kamer van Koophandel en het genieten van fiscaal voordeel door [verzoeker] ) op zelfstandig ondernemerschap. Voorts heeft [verzoeker] extra investeringen gedaan om het werkaanbod met meerdere plaatsvervangers aan te kunnen en heeft [verzoeker] stappen ondernomen dan wel voorbereidingen getroffen (oprichting van een v.o.f.) die duiden op verdere uitbouw van zijn bedrijfsactiviteiten[[65]](#footnote-65).*

**4. Zzp’er is langer zelfstandige**  
Het vierde topic is ook een relevant onderwerp bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien de zzp’er al langere tijd als zzp’er werkzaamheden verricht, wordt door de rechter aangenomen dat deze bewust voor zelfstandig ondernemerschap heeft gekozen en bij het aangaan van de rechtsverhouding geen arbeidsovereenkomst heeft beoogd. Het is ingewikkeld aan te geven wat precies met langere tijd wordt bedoeld. In dit geval wordt ermee bedoeld dat de zzp’er vóór de aanvang van de opdracht al als zelfstandige werkzaamheden heeft verricht.

Uit de analyse is gebleken dat in 11 uitspraken de zzp’ers al langere tijd als zzp’er werkzaam zijn: **1**, **6, 7**, **11**, **16**, **17**, **18**, **20**, **23**, **24** en **25**. In 7 uitspraken is gebleken dat de zzp’ers kort voor aanvang van de opdracht zzp’er zijn geworden. Hiervan is sprake in de uitspraken **4,** **9**, **10**, **13**, **19**, **21** en **22**. Tot slot is gebleken dat dit topic in de uitspraken **2**, **3**, 5, **8**, **12**, **14** en **15** niet aan de komt. In uitspraak **25** wordt het belang van dit topic als volgt neergelegd:

*De kantonrechter overweegt dat uit de schriftelijke vervoersovereenkomst blijkt dat de bedoeling van partijen was om een overeenkomst van opdracht aan te gaan, geen arbeidsovereenkomst. Ter zitting heeft [verzoeker] aangegeven dat hij zijn eenmanszaak inderdaad een klein jaar eerder dan het sluiten van de overeenkomst tussen partijen heeft opgericht om via tussenkomst van een andere subcontractor van PostNL te kunnen rijden. Er mag daarom van worden uitgegaan dat [verzoeker] zijn onderneming niet ten behoeve van de vervoersovereenkomst tussen partijen heeft opgericht en dat hij kennelijk op enig moment – na bekend te zijn geraakt met de praktijk van PostNL – er bewust voor heeft gekozen direct met PostNL zaken te doen[[66]](#footnote-66).*

**5. Meerdere opdrachtgevers**

Het vijfde topic betreft het hebben van ‘meerdere opdrachtgevers’ te hebben. Dat een zzp’er meerdere opdrachtgevers heeft wijst erop dat er geen economische afhankelijkheid ontstaat, net als bij een medewerker in dienst[[67]](#footnote-67). Eén opdrachtgever hebben wijst niet direct op een arbeidsovereenkomst.Het speelt echter wel een grote rol indien er economische afhankelijkheid ontstaat. Een opdrachtgever mag de zzp’er niet verplichten om alleen opdrachten voor zichzelf uit te voeren.

Uit de analyse is gebleken dat in **3** uitspraken, namelijk uitspraken **1**, **4** en **20** zzp’ers meerdere opdrachtgevers hebben, waardoor er geen sprake is van economische afhankelijkheid. Vervolgens is gebleken dat in **11** uitspraken de zzp’ers niet meer dan één opdrachtgever hebben. De zzp’ers mogen bijvoorbeeld niet voor verschillende opdrachtgevers tegelijk werken. Dit komt voor in de uitspraken **5, 12**, **16**, **17**, **18**, **19**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25**.

Tot slot is gebleken dat dit topic in de uitspraken **2**, **3**, **6**, **7**, **8**, **9**, **10**, **11**, **13**, **14** en **15** niet aan de orde komt. In uitspraak **18** wordt het belang van het hebben van meerdere opdrachtgevers door de kantonrechter als volgt uitgelegd:

*In dit kader is het volgende van belang. [verzoeker] heeft gesteld a) dat hij in de praktijk – mede doordat zijn vervoerscontract een volle werkweek beslaat en als gevolg van de eisen die gesteld worden ten aanzien van de bus – net als veel andere subcontractors uitsluitend voor PostNL rijdt, en b) dat het hem niet was toegestaan om op de dagen dat hij voor PostNL werkte, tegelijkertijd vervoerswerkzaamheden voor andere opdrachtgevers uit te voeren. PostNL heeft beide stellingen onvoldoende gemotiveerd betwist. Bij de straatcontroles wordt gecontroleerd op de vraag of zich alleen “zendingen die behoren tot deze rit” in de auto bevinden, waaruit blijkt dat het niet de bedoeling is dat een subcontractor op zijn route zendingen van meerdere opdrachtgevers distribueert. Ook het vereiste dat de subcontractor aan zijn kleding herkenbaar moet zijn als medewerker van PostNL evenals zijn bus, wijst hierop. Uit het voorgaande kan in elk geval worden afgeleid dat het [verzoeker] niet was toegestaan om op de dagen dat hij werkzaam was voor PostNL, ook voor andere opdrachtgevers te rijden (stelling sub b). Ten aanzien van de stelling sub a wordt opgemerkt dat gesteld noch gebleken is dat er subcontractors zijn die slechts enkele dagen per week rijden voor PostNL. Nog los van de vraag of het [verzoeker] in theorie was toegestaan om op andere dagen voor andere opdrachtgevers te werken (daarover verschillen partijen van mening), zijn er voldoende aanwijzingen dat het feitelijk moeilijk, zo niet onmogelijk was om dat te doen.*

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

**6. Beloning anders dan loon**Bij een overeenkomst van opdracht dient de beloning van de zzp’er anders te zijn dan gebruikelijk is bij een arbeidsovereenkomst. Het verschil is dat de uitbetaling van een zzp’er idealiter, anders dan een werknemer in loondienst, plaatsvindt aan de hand van facturen (zie Groen/Schoevers). Daarnaast is een zzp’er zelf verantwoordelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies. Ook hoort de zzp’er bij ziekte en vakantie niet doorbetaald te krijgen.

In 18 uitspraken is gebleken dat de beloning anders is dan loon dat gebruikelijk is bij een arbeidsovereenkomst. Dit komt voor de in de uitspraken **1**, **2**, **4**, **6**, **7**, **8**, **10**, **11**, **12**, **16**, **17**, **18**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25**. In de uitspraken **3**, **5**, **9**, **13**, **14**, **15** en **19** is gebleken dat er wel sprake is van uitbetaling van loon dat gebruikelijk is bij een arbeidsovereenkomst. De opdrachtnemer krijgt bijvoorbeeld doorbetaald bij ziekte of vakantie. Het belang van dit topic wordt in uitspraak **1** als volgt uitgelegd:

*Partijen hebben naar het oordeel van de kantonrechter blijkens de inhoud van de in rechtsoverweging 2.2. vermelde brief, bij het aangaan van de overeenkomst niet bedoeld een arbeidsovereenkomst te sluiten. De door [gedaagde] voor het werk van [eiser] verschuldigde tegenprestatie wijkt blijkens die brief en de wijze waarop partijen vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst zodanig af van hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, dat die tegenprestatie niet als loon, passend bij een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt. Zo vermeldt de brief niets over bruto of nettoloon of over het inhouden van loonbelasting en premies, over doorbetaling bij ziekte, of over vakantietoeslag. Bovendien is [gedaagde] pas een tegenprestatie verschuldigd na ontvangst van een factuur van [eiser]. [eiser] heeft op briefpapier van zijn eenmanszaak facturen aan [gedaagde] gestuurd inclusief btw. Voorts is niet gebleken dat er door [gedaagde] loonbelasting en/of premies voor sociale verzekeringen zijn ingehouden op de aan [eiser] betaalde bedragen. Bovendien heeft [gedaagde] onbetwist aangevoerd dat [eiser] tijdens ziekte niet werd doorbetaald, hij geen vakantiegeld ontving en geen vakantiedagen opbouwde[[69]](#footnote-69).*

**7. Vrij in vervangen door een derde**Een ander relevant kenmerk van de overeenkomst van opdracht is dat de zzp’er zich vrij kan laten vervangen door een ander.. Er mag geen sprake zijn van verplichting tot het verrichten van persoonlijke arbeid. Een zzp’er kan zich niet altijd laten vervangen door een derde. Hierbij kan gedacht worden aan een artiest die als zzp’er opdrachten aanneemt. In zo’n geval kan een artiest zich niet laten vervangen door een ander. Hoewel vervanging door een derde niet altijd mogelijk kan zijn, moet de zzp’er zoveel mogelijk vrij zijn om zich te laten vervangen. Persoonlijk arbeid is immers een kenmerk van de arbeidsovereenkomst. De zzp’er moet zich naar eigen inzicht kunnen laten vervangen, zonder toestemming van de opdrachtgever. Volgens de Belastingdienst mag de opdrachtgever zelfs geen persoonlijke vaardigheden of ervaring eisen van de vervanger[[70]](#footnote-70).

Uit de analyse blijkt dat in 12 uitspraken de zzp’ers vrij zijn om zich te laten vervangen door een ander: **2**, **3**, **8** en **11**. In de uitspraken **5**, **9**, **12**, **13**, **14**, **15**, **16**, **17**, **18**, **19**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25** blijkt dat de zzp’er zich niet of alleen met toestemming van de opdrachtgever kan laten vervangen door een van te voren goedgekeurde persoon. Tot slot is gebleken dat dit topic in de uitspraken **1**, **4**, **6**, **7** en **10** niet aan de orde komt. Het belang van deze topic wordt door de kantonrechter in uitspraak **24** als volgt uitgelegd:

*Tot slot geldt dat [verzoeker] zich bij de uitvoering van zijn werkzaamheden niet structureel mocht laten vervangen. Althans volgens artikel 7.3 van de overeenkomst sluit PostNL dan een eigen overeenkomst met de vervanger. Ook incidentele vervanging is slechts beperkt toegestaan. Alleen de vervangers die vooraf zijn goedgekeurd door PostNL (na een ontvangen VOG, het rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test) kunnen als zodanig worden geregistreerd. Indien [verzoeker] zich liet vervangen moest dit vooraf worden medegedeeld aan medewerkers bij het depot.*

*Anders kreeg de vervanger de pakketten niet mee; een overigens zeer begrijpelijke handelwijze van PostNL, maar dat maakt het feit dat dit afbreuk doet aan de ondernemingsvrijheid niet anders[[71]](#footnote-71).*

**8. Instructies en controle op naleving van de instructies**Dit topic is een relevant onderwerp voor de vraag of er sprake is van gezagsverhouding tussen de zzp’er en de opdrachtgever. De overeenkomst van opdracht onderscheidt zich van de arbeidsovereenkomst met name door het ontbreken van de gezagsverhouding.

Een belangrijk kenmerk van zelfstandig ondernemerschap is zelfstandigheid. Dat wil zeggen dat de zzp’er vrij moet zijn in de wijze waarop hij invulling geeft aan de opdracht. De instructies die worden gegeven aan de zzp’er kunnen leiden tot de conclusie (van de rechter) dat er een gezagsverhouding aanwezig is, die dan weer kan duiden op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Gezag is immers belangrijk kenmerk van de arbeidsovereenkomst (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2). De gezagsverhouding dient dus bij de overeenkomst van opdracht zoveel mogelijk te ontbreken. Op grond van artikel 7:402 BW is echter ook de opdrachtgever bevoegd de opdrachtnemer aanwijzingen te geven over de uitvoering van de opdracht. In de analyse is gekeken in hoeverre het geven van instructies en de controle op de naleving daarvan invloed heeft op de beoordeling van de rechter bij de vaag of er, ondanks dat partijen hebben beoogd een opdracht overeen te komen, een arbeidsovereenkomst is ontstaan.

In 20 uitspraken is gebleken dat de zzp’ers instructies van de opdrachtgever krijgen en niet vrij zijn in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de opdracht. De opdrachtgever geeft instructies en aanwijzingen aan de zzp’er over bijvoorbeeld werktijden, omgang met klanten, kenbaarheid door middel van bedrijfskleding of logo’s op vervoermiddelen en visitekaartjes. De opdrachtgever geeft leiding en houdt toezicht op het werk van de zzp’er. Dit komt voor de in de uitspraken **2**, **4**, **6**, **8**, **9**, **12**, **13**, **14**, **15**, **16**, **17**, **18**, **19**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25**. In de uitspraken **1**, **3**, **5**, **7**, **10** en **11** is gebleken dat de zzp’ers vrij zijn in de wijze waarop zij invulling geven aan de opdracht. In uitspraak **18** komt het belang van dit topic als volgt naar voren:

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

*PostNL stelt in dit verband dat sprake is van Servicekaders die beogen te waarborgen dat voor klanten herkenbaar is dat [verzoeker] werkt in opdracht van PostNL, en die voorts voortvloeien uit de Postwet en het consumentenrecht. Ook indien dit juist is, doet dit niet af aan het gegeven dat het aan de subcontractors opleggen van dergelijke Servicekaders afbreuk doet aan hun ondernemersvrijheid. Terecht stelt de gemachtigde van PostNL dat in vele vormen van zelfstandige dienstverlening kaders worden opgelegd aan de opdrachtnemer, het gaat evenwel om de mate waarin dit gebeurt, in samenhang met de overige feiten en omstandigheden.*

*PostNL controleert op de naleving van deze instructies, onder meer door het houden van zogeheten “Straatcontroles”. Op het “Straatcontrole formulier” zijn vragen vermeld betreffende de aanwezigheid van alcohol en/of drugs in de bus. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de straatcontroles niet louter dienen ter waarborging van de juiste behandeling van de pakketten en de veiligheid van betrokkenen, maar ook strekken tot controle op naleving van de voorschriften door de subcontractors[[72]](#footnote-72).*

**9. Ondernemersvrijheid**Topic 9 wordt gevormd door de ondernemersvrijheid. Zoals in hoofdstuk 2, subparagraaf 2.2.2 is uitgelegd is de ondernemersvrijheid een belangrijk kenmerk van de zzp’er. Er is bijvoorbeeld sprake van ondernemersvrijheid indien de zzp’er vrij is in de wijze van uitvoering van de opdracht.

In de uitspraken **1**, **2**, **3**, **4**, **5**, **6**, **7**, **10**, **11**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25** is gebleken dat er sprake is van ondernemersvrijheid bij het uitvoeren van de opdrachten. In de uitspraken **12**, **14**, **16**, **17**, **18** en **20** blijkt dit echter niet het geval te zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de opdrachtgever de hoogte van de tegenprestatie bepaalt en dat de zzp’er geen of beperkt zeggenschap heeft over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Tot slot blijkt dat in de uitspraken **8**, **9**, **13**, **15** en **19** dit topic niet aan de orde komt. Het belang van ondernemersvrijheid komt in uitspraak **16** als volgt naar voren:

*De hiervoor weergegeven gedetailleerde wijze waarop PostNL instructies geeft ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving daarvan toeziet, laat zo weinig ruimte voor eigen invulling dat ondernemingsvrijheid nagenoeg geheel ontbreekt. Tot die vrijheid behoort het in elk geval ten dele naar eigen inzicht kunnen uitvoeren van de werkzaamheden en invloed kunnen uitoefenen op te behalen resultaten. Die mogelijkheid is er niet of nauwelijks. De stelling van PostNL dat op een aantal onderdelen wél onderhandelingsruimte bestaat (bijvoorbeeld ten aanzien van de tariefstelling en de route), is onvoldoende onderbouwd. Gesteld noch gebleken is bijvoorbeeld dat enige vorm van onderhandeling heeft plaatsgevonden tussen PostNL en [verzoeker] over tariefstelling, routes of andere onderdelen van de overeenkomst. Het enkele feit dat het tarief per stop in de loop der jaren is gestegen vormt geen bewijs voor de gestelde onderhandelingsvrijheid aan de zijde van [verzoeker][[73]](#footnote-73).*

**10. Ondernemingsrisico**Tot slot wordt het laatste topic gevormd door het ondernemingsrisico dat de zzp’er dient te dragen om gekenmerkt te kunnen worden als een ondernemer. Er is sprake van een ondernemersrisico indien de kans bestaat dat de opdrachtgever niet betaalt of dat de zzp’er afhankelijk is van de vraag naar en het aanbod op zijn diensten.

Uit de analyse is gebleken dat de zzp’er zelf het ondernemingsrisico draagt in **13** uitspraken. Dit komt voor in de uitspraken **7**, **10**, **11**, **12**, **16**, **17**, **18**, **20**, **21**, **22**, **23**, **24** en **25**. Ook is gebleken dat in de uitspraken **4**, **6**, **8**, **9**, **14**, **15** en **19** geen sprake is van ondernemingsvrijheid. Tot slot is gebleken dat dit topic in de uitspraken **1**, **2**, **3**, **5** en **13** niet aan de orde komt. In uitspraak **18** komt het belang van dit topic als volgt naar voren:

*Vast staat dat [verzoeker 2] niet werd beloond op basis van zijn inspanningen en/of op basis van gewerkte uren, maar op basis van het door hem geleverde resultaat. [verzoeker 2] ontving een vergoeding per succesvolle stop. Het risico van het niet bezorgen, en daarmee het risico ten aanzien van de beloning, lag dus bij [verzoeker 2] . De vervangers die [verzoeker 2] inzette werden door [verzoeker 2] betaald. In geval van ziekte of vakantie ontving [verzoeker 2] geen vergoeding.*

*[verzoeker 2] heeft zich bij het aangaan van de overeenkomst verplicht om voor de uitvoering van zijn werkzaamheden voor PostNL een bus aan te schaffen die moest voldoen aan door PostNL verschafte specificaties (wit, juiste maatvoering, representatief en op aangeven van PostNL voorzien van bepaalde stickers). [verzoeker 2] heeft deze bus zelf aangeschaft en gefinancierd. Hij draagt hiervan zelf het investeringsrisico[[74]](#footnote-74).*

## 4.3 Beoordeling rechter

Hierboven zijn alle factoren die van invloed zijn op de beoordeling van de rechter uiteen gezet. Aan de hand van de uitkomsten van de jurisprudentieanalyse besproken worden welke factoren tot de conclusie kunnen leiden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Uit de analyse is gebleken dat in 7 van de 25 uitspraken, namelijk de uitspraken **9**, **13**, **14**, **15**, **16** en **18,** de rechtsverhouding tussen partijen is gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 a BW. De feiten en omstandigheden die hiertoe hebben geleid komen hierna per uitspraak aan bod. De reden om alleen de uitspraken te behandelen waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst is omdat hieruit een conclusie getrokken kan worden over wat doorslaggevend is bij de beantwoording van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de zzp’er gekwalificeerd moet worden. Aan de hand daarvan wordt ook de laatste deelvraag beantwoord.

Gezag   
In uitspraak **9** heeft het Hof geconcludeerd dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat is voldaan aan de twee voorwaarden van de arbeidsovereenkomst: loon en arbeid.

De geïntimeerde moest de overeengekomen arbeid persoonlijk verrichten en mocht zich niet vrij laten vervangen. Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding heeft het Hof het volgende bepaald:

*Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding komt het erop aan of de ene partij (de werkgever) de bevoegdheid heeft om de andere partij (de werknemer) bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. Die bevoegdheid om aanwijzingen te geven hoeft geen betrekking te hebben op de inhoud van de bedongen arbeid. De aard van de werkzaamheden kan meebrengen dat degene die de arbeid verricht, bij de uitvoering daarvan een bepaalde mate van vrijheid en zelfstandigheid geniet. Ook indien dat het geval is, kan sprake zijn van een gezagsverhouding. Dat zal het geval zijn als de werkgever bevoegd is om aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen, kort gezegd, het werkverband.*

*Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval ook aan deze derde voorwaarde (gezagsverhouding) voldaan. Het hof concludeert daarom evenals de kantonrechter dat [geïntimeerde] bij [appellant] werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst[[75]](#footnote-75).*

In uitspraak **13** is de kantonrechter van oordeel dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en geen overeenkomst van opdracht. Partijen hebben bij aanvang de overeenkomst ‘arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht’ genoemd. Echter is dit niet voldoende om aan te nemen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter gaat na of er in de feitelijke situatie voldaan is aan de kenmerken van de arbeidsovereenkomst. Het feit dat er tegen beloning arbeid is verricht staat niet ter discussie en ook niet dat er gedurende zekere tijd werkzaamheden zijn verricht. De kantonrechter oordeelt dat er geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, omdat sieraden maken, wat in deze uitspraak het geval is, het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard betreft. Bij de overeenkomst van opdracht is er geen sprake van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. De vraag die in deze uitspraak centraal staat is of er sprake is van gezagsverhouding. De kantonrechter oordeelt hierover als volgt:

*Met de gezagsverhouding zoals vereist voor de arbeidsovereenkomst heeft de wetgever bedoeld: de omstandigheid dat de werknemer zich heeft verbonden onder de zeggenschap van de werkgever arbeid te verrichten. Werknemer is hierbij ondergeschikt aan werkgever. Uit de conclusies van beide partijen blijkt dat de [gedaagde] de bevoegdheid heeft [eiser] bij de uitvoering van het werk instructies of aanwijzingen te geven. [eiser] heeft bij de uitvoering van het werk geen grote eigen verantwoordelijkheid. De sieraden dienden te worden gemaakt op de door [gedaagde] aangegeven wijze. Uit de aard van de werkzaamheden vloeit daarom voort dat [eiser] aan de zeggenschap van [gedaagde] onderworpen is en er van een gezagsverhouding sprake is. De omstandigheid dat [eiser] volgens de arbeidsovereenkomst vrij is om te komen en te gaan maakt het voorgaande niet anders, aangezien de feitelijke situatie leidend is. Gelet op het aantal uren dat [eiser] feitelijk (wekelijks) gewerkt heeft en gelet op het gegeven dat zij [gedaagde] op de hoogte hield van ziekte of andere omstandigheden waardoor zij geen werk kon verrichten, was er van een volledige vrijheid te komen en te gaan wanneer zij wilde, geen sprake.*

*Gelet op al het voorgaande is aan alle elementen van artikel 7:610 BW voldaan. Bovendien is voldaan aan artikel 7:610a BW nu [eiser] gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks arbeid heeft verricht. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst[[76]](#footnote-76).*

In uitspraak **14** oordeelt de kantonrechter op grond van het volgende dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst: gelet op de benaming die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven lijkt het erop dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hebben gehad een overeenkomst van opdracht te sluiten. Tijdens de zitting is echter gebleken dat partijen voor deze formulering hebben gekozen om belastingtechnische redenen. De kantonrechter stelt vast dat voldaan is aan het kenmerk loon, omdat eiseres ook tijdens vakantie recht had op loon.

Ook het feit dat eiseres gedurende vaste tijden de werkzaamheden persoonlijk moest verrichten, wijst meer op een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelt hierover als volgt:

*Ook het gegeven dat [eiseres] gedurende vaste tijden de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten duidt veeleer op het bestaan van een arbeidsovereenkomst dan op een overeenkomst van opdracht. Het argument van de stichting dat [eiseres] nooit afwezig geweest is, zodat nimmer aan de orde is geweest of iemand anders de werkzaamheden zou moeten uitvoeren, miskent dat [eiseres] vanaf medio maart 2015 haar werkzaamheden beperkt heeft uitgevoerd. Gesteld noch gebleken is dat de resterende werkzaamheden die vanaf dat moment dus niet door [eiseres] verricht werden, door iemand anders zijn overgenomen. Nu de stichting daarover niets heeft gesteld, gaat de kantonrechter ervan uit dat er geen vervanger voor deze werkzaamheden is aangesteld, zodat de stelling van [eiseres] dat zij de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten voor juist gehouden moet worden. In ieder geval hebben partijen in de praktijk op die wijze uitvoering gegeven aan de overeenkomst[[77]](#footnote-77).*

Daarnaast heeft de kantonrechter geoordeeld dat sprake is van gezagsverhouding, omdat gedaagde, eiseres volledig op non-actief heeft gesteld en haar later heeft opgedragen de overeengekomen werkzaamheden beperkt uit te voeren. Dergelijke maatregelen gaan naar het oordeel van de kantonrechter verder dan gebruikelijk is bij een overeenkomst van opdracht. Tot slot is geoordeeld dat eiseres afhankelijk is van de maandelijkse betalingen van gedaagde, omdat eiseres alleen werkzaamheden verricht voor gedaagde. Hierdoor blijkt eiseres economisch afhankelijk te zijn van gedaagde, wat ook wijst naar het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

In uitspraak **16** en **18**  heeft de kantonrechter geoordeeld dat, hoewel een aantal aspecten duiden op zelfstandig ondernemerschap, er sprake is van een arbeidsovereenkomst en geen overeenkomst van opdracht. De volgende overwegingen zijn hierbij doorslaggevend. De gedetailleerde wijze waarop PostNL instructies geeft ten aan zien van de uitvoering van het werk en de naleving daarvan toeziet, laat naar het oordeel van de kantonrechter geen ruimte voor ondernemingsvrijheid. Daarnaast kon uit een aantal feiten afgeleid worden het de zzp’er niet was toegestaan om op de dagen dat hij werkzaam was voor PostNL, ook voor andere opdrachtgevers te rijden. Los van de vraag of het de zzp’er was toegestaan, waren er voldoende aanwijzingen dat het feitelijk niet mogelijk was. Hieruit heeft de kantonrechter geconcludeerd dat sprake is van economische afhankelijkheid. In hoeverre het hebben van 1 opdrachtgever wijst op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, legt de kantonrechter als volgt uit:

*Op zichzelf voert het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals de gemachtigde van PostNL terecht heeft betoogd. Wanneer echter deze ene opdrachtgever enerzijds zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen, ontstaat eerder het beeld van een gezagsverhouding dan dat van zelfstandig ondernemerschap[[78]](#footnote-78).*

## 4.4 Samenvatting

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat in 7 van de 25 uitspraken sprake is van een arbeidsovereenkomst. De feiten en omstandigheden die hiertoe leiden is voornamelijk de aanwezigheid van een gezagsverhouding, de aanwezigheid van de verplichting tot persoonlijk arbeid en de economisch afhankelijkheid die ontstaat door het hebben van één opdrachtgever. Het bestaan van de gezagsverhouding speelt een belangrijke rol in de beoordeling van de rechter, omdat het geven van instructies en aanwijzingen ten aanzien van het werk, weinig ruimte voor eigen invulling overlaat. Hierdoor ontbreekt de ondernemersvrijheid van de zzp’er. Daarnaast wijst het feit dat de zzp’er niet vrij is om zich te laten vervangen door een ander, op de aanwezigheid van persoonlijk arbeid. Tevens ontstaat er economische afhankelijkheid door het verrichten van werkzaamheden voor één opdrachtgever. Er kan geconcludeerd worden dat een combinatie van de factoren zoals besproken in paragraaf 4.2, namelijk het niet of alleen met toestemming van de opdrachtgever zich laten vervangen, het geven van leiding en het houden van toezicht, het niet mogen werken voor meerdere opdrachtgevers, doorbetaling bij ziekte of vakantie, maakt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor de rechter is het dus met name van belang dat de kenmerken van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW ontbreken.

# Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen

## 5.1 Conclusies

Nu in de voorgaande hoofdstukken de deelvragen beantwoord zijn, kan de conclusie van het onderzoek worden gegeven. Aan de hand daarvan zal de centrale vraag worden beantwoord, die als volgt luidt: *Wat kan Detailresult Groep N.V. verbeteren in haar werkwijze, blijkens wet- en regelgeving, jurisprudentie en interviews, met betrekking tot het aanstellen van zzp’ers, ten einde zoveel mogelijk te voorkomen dat laatstgenoemde met succes een beroep kan doen op het vermoeden van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610a BW?*

In paragraaf 2.2 is duidelijk geworden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, indien voldaan is aan drie kenmerken van de arbeidsovereenkomst, te weten: arbeid, loon en gezag. Een zzp’er werkt anders dan een werknemer op basis van een overeenkomst van opdracht. De overeenkomst van opdracht onderscheidt zich van de arbeidsovereenkomst met name door het ontbreken van de gezagsverhouding.

Indien een persoon gedurende drie maanden, wekelijks of gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid verricht, wordt als vermoeden aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Zoals in paragraaf 2.3 uiteengezet is kan de zzp’er zich beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW indien voldaan is aan deze eisen. Het rechtsvermoeden is weerlegbaar. Dat wil zeggen dat het aan de opdrachtgever is om te bewijzen dat niet is voldaan aan de voorwaarden van het rechtsvermoeden.

In paragraaf 2.4 is duidelijk geworden dat de VAR voor de opdrachtgever een belangrijk middel was om het rechtsvermoeden te weerleggen. De VAR is echter per 1 mei 2016 vervangen door de Wet DBA. Opdrachtgevers en zzp’ers kunnen kiezen om een standaard modelovereenkomst van de Belastingdienst te gebruiken of een zelf opgestelde overeenkomst te laten beoordelen door de Belastingdienst. De beoordeling van de Belastingdienst ziet alleen op fiscaal relevante bepalingen van de overeenkomst op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden. Op deze manier kan voor aanvang van de opdracht vastgesteld worden dat geen sprake is van loondienst en dat opdrachtgever geen loonheffingen hoeft in te houden. De vrijwaring geldt alleen indien in de praktijk daadwerkelijk volgens de overeenkomst gewerkt wordt.

Wat betreft de werkwijze die binnen Detailresult Groep N.V. gehanteerd wordt is in paragraaf 3.3 gebleken dat binnen de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. geen vaste werkwijze gehanteerd wordt met betrekking tot het inhuren van zzp’ers. Uit de interviews kan geconcludeerd worden dat er niet bewust omgegaan wordt met het risico van het ontstaan een fictief dienstverband en dat het risico bestaat dat de zzp’er zich kan beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit blijkt uit onder andere de instructies die aan de zzp’ers worden gegeven. Dit is ongeveer gelijk aan de instructies die gebruikelijk zijn bij standaardmedewerkers.

Ook dienen de zzp’ers zich te houden aan regels en werkwijzen die binnen de bedrijfsonderdelen gelden voor de standaard medewerkers. Zzp’ers kunnen niet op hun eigen manier invulling geven aan de opdrachten. Tevens wordt het de zzp’ers niet toegestaan om zich vrij te laten vervangen door een ander.

In hoofdstuk 2, paragraaf 2.5 hebben we gezien dat het Groen/Schoevers-arrest een belangrijk rol speelt in de beoordeling van de vraag hoe de rechtsverhouding tussen een zzp’er en de opdrachtgever gekwalificeerd moet worden. De Hoge Raad stelt dat doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag wat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst hebben beoogd, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend, maar dienen de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden in hun onderling verband te worden bezien[[79]](#footnote-79).

Na het analyseren van de rechterlijke uitspraken zoals opgenomen in paragraaf 4.3 kan geconcludeerd worden dat hoewel een aantal factoren wijzen op zelfstandig ondernemerschap, de rechter toch kan oordelen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een belangrijk factor die hierbij doorslaggevend is de bevoegdheid die de opdrachtgever heeft om instructies en aanwijzingen te geven bij de uitvoering van de opdracht. De instructies en aanwijzingen die worden gegeven ten aanzien van de uitvoering van de opdracht, laat namelijk zo weinig ruimte voor eigen invulling dat de ondernemingsvrijheid van de zzp’er geheel kan ontbreken. Daarnaast dient de verplichting tot het verrichten van persoonlijk arbeid, geheel te ontbreken. Het in de overeenkomst opnemen van een bepaling dat de zzp’er vrij is om zich te laten vervangen door een ander, blijkt niet voldoende te zijn. Het stellen van strenge eisen voor de vervanging of het niet gebruik willen maken van vervanging wijst in de meeste gevallen op het feit dat er sprake is van persoonlijk arbeid, zoals gebruikelijk is bij de arbeidsovereenkomst.

Het gaat er kortom om dat de kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk arbeid, loon en gezag moeten ontbreken. Daarnaast moeten de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers met een arbeidsovereenkomst niet van toepassing zijn op de zzp’er. Uit de analyse kan geconcludeerd worden dat naarmate de overeenkomst meer lijkt op de gebruikelijke arbeidsovereenkomst, de kans groter is dat de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de zzp’er gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst.

## 5.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf zal op basis van de bevindingen van het onderzoek praktisch bruikbare aanbevelingen worden gegeven aan Detailresult Groep N.V. Er worden aanbevelingen gegeven om te voorkomen dat een zzp’er met succes beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610a BW en dat er een verplichting ontstaat tot het afdragen van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen.

Om te voorkomen dat een zzp’er met succes beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, dient bij aanvang van de opdracht duidelijke afspraken gemaakt te worden ten aanzien van de uitvoering van de opdracht. Het enkel maken van duidelijke afspraken is echter niet voldoende. Gedurende de duur van de opdracht, dient er niet afgeweken te worden van de bepalingen die zijn opgenomen in de overeenkomst van opdracht. Hierna zullen de aanbevelingen opgesomd worden.

**Aanbeveling I. Inventarisatie**Zorg ervoor dat het altijd duidelijk is wie als zzp’er bij de bedrijfsonderdelen van Detailresult Groep N.V. werkzaam is. Beoordeel vervolgens de huidige opdrachten of en bij welke zzp’er er mogelijk twijfel is omtrent de aanwezigheid van een (fictief) dienstverband.

**Aanbeveling II. Registratie**Het is verstandig om de zzp’er te registreren in het digitale personeelssysteem. De verantwoordelijkheid van de decentrale HR-afdelingen met betrekking tot de administratieve handelingen van zzp’ers dient overgedragen te worden aan de centrale afdeling HR support. Hierdoor kan HR Services beter controle uitoefenen op de contractuele vastlegging, registratie en administratieve afwikkeling.

**Aanbeveling III. Modelovereenkomst**  
Maak bij aanvang van de opdracht altijd gebruik van een door de Belastingdienst beoordeelde overeenkomst van opdracht. Maak een door de Belastingdienst beoordeelde overeenkomst beschikbaar op intranet, zodat HR-managers deze kunnen raadplegen bij aanvang van nieuwe opdracht. Voor meer informatie over de modelovereenkomst zie paragraaf 2.4.

**Aanbeveling IV. Mogelijkheid om in dienst te treden**Geef de zzp’er zoveel mogelijk de keuze tussen het aangaan van een arbeidsovereenkomst en een opdrachtovereenkomst. We hebben in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2 onder het topic partijbedoeling gezien dat een zzp’er niet met succes een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, indien hij eenmaal een aanbod om in dienst te treden bij de opdrachtgever weigert.

**Aanbeveling V.1 Controle**

Doe altijd een controle op het identiteitsbewijs van de zzp’er, de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering en de aantal opdrachtgevers van de zzp’er. Verplicht de zzp’er wijzigingen in haar of zijn situatie te melden.

Het kan voorkomen dat de zzp’er wijzigingen niet zelf doorgeeft. Controleer daarom regelmatig of de situatie van de zzp’er is gewijzigd en of de overeenkomst van opdracht nog overeenkomt met de werkelijke situatie. Indien de mogelijk bestaat ga dan zoveel mogelijk opdrachten aan met zzp’ers die meer ervaring hebben als ondernemer.

**V.2 Verzekeringen**Ga alleen opdrachten aan met een zzp’er die een aansprakelijkheidsverzekering heeft en is verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid of werkloosheid. In hoofdstuk 2, subparagraaf 2.2.3 hebben we gezien dat de Hoge Raad in het Davelaar/Allspan-arrest[[80]](#footnote-80) heeft bepaald dat ook bij een opdracht de opdrachtgever aansprakelijk gesteld kan worden voor schade die de zzp’er lijdt door een arbeidsongeval en dat de zzp’er dezelfde bescherming van art. 7:658 BW kan genieten als een werknemer in loondienst.

**V.3 Meerdere opdrachtgevers**Voorkom dat de zzp’er in een economisch afhankelijk situatie verkeert. Het is daarom belangrijk om eens in de paar maanden te controleren of de zzp’er meerdere opdrachtgevers heeft. Verplicht de zzp’er om voor meerdere opdrachtgevers te werken en indien dit niet het geval is, dit tijdig door te geven. Ga geen opdrachten aan of beëindig de opdracht met zzp’ers die niet voor meerdere opdrachtgever willen werken.

**Aanbeveling VI.1 Kenmerken arbeidsovereenkomst**Het is belangrijk dat in de praktijk de kenmerken van de arbeidsovereenkomst ontbreken, namelijk arbeid, loon en gezag. Voorkomen dat de rechtsverhouding met de zzp’er dezelfde kenmerken bevat als een arbeidsovereenkomst. Hoewel de kenmerken van de arbeidsovereenkomst op zichzelf geen doorslaggevende invloed heeft op de kwalificatie van de rechtsverhouding, kan een combinatie van deze kenmerken ertoe leiden dat de rechtsverhouding met de zzp’er gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst.

**VI.2 Persoonlijk arbeid**Verplicht de zzp’er niet om de overeengekomen werkzaamheden persoonlijk te verrichten. In de overeenkomst van opdracht zal een bepaling opgenomen moeten worden dat regelt dat de zzp’er vrij is om zich te laten vervangen door een ander. Maak dit in de praktijk ook mogelijk en laat indien nodig de zzp’er zelf geschikte vervanging regelen.

**VI.3 Loon**De vergoeding aan de zzp’er dient plaats te vinden middels facturen op basis van de gewerkte uren. Er vindt geen doorbetaling bij ziekte en vakantie plaats.

**VI.4 Gezag**Voorkom dat er een gezagsverhouding ontstaat met de zzp’er. De zzp’er dient in hoge mate vrij te zijn in de wijze van uitvoering van de opdracht. Geef niet of zeer beperkt instructies ten aanzien van de uitvoering van de opdracht. Als opdrachtgever mag je alleen zeggenschap hebben over het resultaat. Daarnaast dient de zzp’er zoveel mogelijk vrij te zijn in het bepalen van eigen werktijden en vrij te zijn in het bepalen of hij in enige periode werkzaam is.

**Aanbeveling VII: Gebruik maken van schema**

Tot slot wil ik aanbevelen om bij het inhuren van zzp’ers gebruik te maken van de in bijlage 7 opgenomen schema.

# Bronvermelding

**Literatuurlijst**

**Barentsen & Heerma van Voss 2015**  
B. Barentsen, G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

**Van Genderen e.a. 2015**  
D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

**Geugjes & Wits 2015**  
H.C. Geugjes, E.B. Wits, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

**Van der Grinten 2015**  
Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht’*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Hollants 2015**  
M. Hollants, *Het nieuwe werken onder het arbeidsrecht. Een handleiding voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2015.

**Houweling & Van der Voet 2012**  
A.R. Houweling, G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

**Janssen 2016**L. Janssen, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

**Loonstra 2015**C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen: Noordhoff uitgevers 2015.

**Praktijkgids Arbeidsrecht 2016**PW De Gids, *Praktijkgids Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2016.

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

*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6.

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

*Kamerstukken II* 2014/15, 34 036 nr. 11.

**Overig**

**Belastingdienst**Belastingdienst, *Handreiking DBA Belastingdienst* 2016.

**Sociaal-Economische Raad 2010**

Sociaal-Economische Raad, *Zzp’ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel* 2010.

**Jurisprudentielijst**

* Hoge Raad 14 november 1997, NJ 198/149
* Hoge Raad 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186
* Hoge Raad 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444
* Hoge Raad 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651
* Hoge Raad 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722
* Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231
* Hoge Raad 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616.
* Hoge Raad 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5408
* Hoge Raad, 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019
* Rechtbank ’s-Gravenhage, 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837
* Rechtbank Haarlem, 13 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4099
* Rechtbank Amsterdam, 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213
* Gerechtshof ’s-Gravenhage, 2 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5984
* Centrale Raad van Beroep, 29 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6200
* Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5856
* Rechtbank Noord-Nederland, 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6064
* Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183
* Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979
* Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 12 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7769
* Gerechtshof Den Haag, 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3814
* Rechtbank Amsterdam, 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1480
* Rechtbank Midden-Nederland, 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461
* Rechtbank Limburg, 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8468
* Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226
* Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230
* Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232
* Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9863
* Rechtbank Midden-Nederland, 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85
* Rechtbank Midden-Nederland, 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103
* Rechtbank Oost-Brabant, 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81
* Rechtbank Oost-Brabant, 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83
* Rechtbank Amsterdam, 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153
* Rechtbank Amsterdam, 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521

**Digitale bronnen**

**Belastingdienst**

* ‘Opdrachtgever en zzp’er hebben 1 jaar voor implementatie DBA’, *Belastingdienst* 19 februari 2016, [www.belastingdienstinbeeld.nl](http://www.belastingdienstinbeeld.nl)
* ‘Modelovereenkomst zoeken’, *Belastingdienst*, [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl).
* ‘Uw eigen overeenkomst laten beoordelen’, *Belastingdienst*,[www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl).
* ‘Geen beoordeelde overeenkomst: wel of geen dienstbetrekking’, *Belastingdienst*, [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl).
* Factsheet ZZP/Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (DBA), *Belastingdienst* 10 augustus 2016,[www.belastingdienstinbeeld.nl](http://www.belastingdienstinbeeld.nl).

**PW De Gids**

* ‘Zo werkt de Wet DBA: tips voor HR’*, PW De Gids* 11 februari 2016, [www.pwdegids.nl](http://www.pwdegids.nl).

**De Rechtspraak**

* ‘Wel of geen arbeidscontract zelfstandige pakketbezorgers PostNL’, *de Rechtspraak* 15 januari 2016, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

1. ‘Wel of geen arbeidscontract zelfstandige pakketbezorgers PostNL’, *de Rechtspraak* 15 januari 2016, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). [↑](#footnote-ref-1)
2. HR 14 november 1997, JAR 1997/263. [↑](#footnote-ref-2)
3. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p. 13. [↑](#footnote-ref-3)
4. Van der Grinten 2015, p. 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p. 9. [↑](#footnote-ref-5)
6. Van der Grinten 2015, p. 4. [↑](#footnote-ref-6)
7. Van der Grinten 2015, p. 4.; Barentsen, Heerma van Voss 2015, p.33. [↑](#footnote-ref-7)
8. Van Genderen e.a. 2015 p. 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p.10. [↑](#footnote-ref-9)
10. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p. 10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Van Genderen e.a. 2015, p. 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Barentsen, Heerma van Voss 2015, p. 34. [↑](#footnote-ref-12)
13. Janssen 2016, p. 30. [↑](#footnote-ref-13)
14. Van Genderen e.a. 2015, p. 76. [↑](#footnote-ref-14)
15. Van Genderen e.a. 2015, p. 4. [↑](#footnote-ref-15)
16. Barentsen, Heerma van Voss 2015, p. 34. [↑](#footnote-ref-16)
17. Geugjes, Wits 2015, p. 55. [↑](#footnote-ref-17)
18. Hollants 2015, p. 96. [↑](#footnote-ref-18)
19. Hollants 2015, p. 95. [↑](#footnote-ref-19)
20. SER-advies 2010, p. 52. [↑](#footnote-ref-20)
21. Hollants 2015, p. 94. [↑](#footnote-ref-21)
22. Barentsen, Heerma van Voss 2015, p.37. [↑](#footnote-ref-22)
23. Loonstra 2015, p. 33. [↑](#footnote-ref-23)
24. Van Genderen e.a. 2015, p. 6. [↑](#footnote-ref-24)
25. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p. 151. [↑](#footnote-ref-25)
26. Houweling, Van der Voet 2012, p. 409. [↑](#footnote-ref-26)
27. Geugjes, Wits 2015, p. 52. [↑](#footnote-ref-27)
28. Geugjes, Wits 2015, p. 52. [↑](#footnote-ref-28)
29. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616. [↑](#footnote-ref-29)
30. Hollants 2015, p.97. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 5. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3. [↑](#footnote-ref-34)
35. Geugjes, Wits 2015, p. 63. [↑](#footnote-ref-35)
36. Barentsen, Heerma van Voss 2015, p. 65. [↑](#footnote-ref-36)
37. Barentsen, Heerma van Voss 2015, p. 65. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 5. [↑](#footnote-ref-38)
39. Van der Grinten 2016, p. 12; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 5. [↑](#footnote-ref-39)
40. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 5. [↑](#footnote-ref-40)
41. Geugjes, Wits 2015, p. 64. [↑](#footnote-ref-41)
42. Praktijkgids Arbeidsrecht 2016, p. 126. [↑](#footnote-ref-42)
43. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 036, nr. 3, p. 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 036, nr. 3, p. 1. [↑](#footnote-ref-44)
45. ‘Zo werkt de Wet DBA: tips voor HR’, *PW De Gids* 11 februari 2016, [www.pwdegids.nl](http://www.pwdegids.nl). [↑](#footnote-ref-45)
46. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 036 nr. 3. p. 4. [↑](#footnote-ref-46)
47. ‘Opdrachtgever en zzp’er hebben 1 jaar voor implementatie DBA’, *Belastingdienst* 19 februari 2016, [www.belastingdienstinbeeld.nl](http://www.belastingdienstinbeeld.nl). [↑](#footnote-ref-47)
48. ‘Modelovereenkomst zoeken’, *Belastingdienst*, [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl). [↑](#footnote-ref-48)
49. ‘Uw eigen overeenkomst laten beoordelen’, *Belastingdienst,* [*www.belastingdienst.nl*](http://www.belastingdienst.nl)*.*  [↑](#footnote-ref-49)
50. *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 036 nr. 11. p. 5. [↑](#footnote-ref-50)
51. ‘Geen beoordeelde overeenkomst: wel of geen dienstbetrekking’, *Belastingdienst*, [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl). [↑](#footnote-ref-51)
52. Handreiking DBA Belastingdienst 2016, p. 3. [↑](#footnote-ref-52)
53. *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 036 nr. 11. p. 6. [↑](#footnote-ref-53)
54. Factsheet ZZP/Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (DBA), *Belastingdienst* 10 augustus 2016,[www.belastingdienstinbeeld.nl](http://www.belastingdienstinbeeld.nl) [↑](#footnote-ref-54)
55. HR 14 november 1997, NJ 198/149. [↑](#footnote-ref-55)
56. Loonstra 2015, p. 37. [↑](#footnote-ref-56)
57. HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444. [↑](#footnote-ref-57)
58. HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651. [↑](#footnote-ref-58)
59. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231. [↑](#footnote-ref-59)
60. HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722. [↑](#footnote-ref-60)
61. HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5408. [↑](#footnote-ref-61)
62. HR 14 november 1997, NJ 198/149. [↑](#footnote-ref-62)
63. Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103. [↑](#footnote-ref-63)
64. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226. [↑](#footnote-ref-64)
65. Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81. [↑](#footnote-ref-65)
66. Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521. [↑](#footnote-ref-66)
67. Geugjes & Wits 2015, p. 52. [↑](#footnote-ref-67)
68. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232. [↑](#footnote-ref-68)
69. Rb. ’s-Gravenhage 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT5837. [↑](#footnote-ref-69)
70. ‘Geen beoordeelde overeenkomst: wel of geen dienstbetrekking’, *Belastingdienst*, [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl). [↑](#footnote-ref-70)
71. Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152. [↑](#footnote-ref-71)
72. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230. [↑](#footnote-ref-72)
73. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226. [↑](#footnote-ref-73)
74. Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83. [↑](#footnote-ref-74)
75. Hof ’s-Hertogenbosch 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979. [↑](#footnote-ref-75)
76. Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461. [↑](#footnote-ref-76)
77. Rb. Limburg 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8468. [↑](#footnote-ref-77)
78. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226. [↑](#footnote-ref-78)
79. HR 14 november 1997, NJ 198/149. [↑](#footnote-ref-79)
80. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616. [↑](#footnote-ref-80)