

1 De arbeidsverhouding

1.1 Openingscasus – NEE tegen zzp

Erik en Abdel zijn allebei werkzaam als zorgmedewerker voor BeterThuis (een thuiszorgorganisatie). Zij werken op dit moment op basis van een overeenkomst van opdracht (als zzp'er) voor bepaalde tijd, maar deze loopt binnenkort af. BeterThuis wil de onderneming anders inrichten en biedt daarom met ingang van 1 januari 2024 de mogelijkheid om op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn. Erik lijkt dit wel aantrekkelijk, omdat hij dan verzekerd is van inkomsten bij ziekte en pensioen. Abdel ziet juist de voordelen van het zzp-schap, met name de hoge uurtarieven en veel vrijheid.

Lisa, de gezamenlijke vriendin van Erik en Abdel, vindt het merkwaardig dat Erik en Abdel als zzp'er andere rechten krijgen dan zij als werknemer hebben, temeer nu zij allebei dezelfde werkzaamheden uitvoeren voor dezelfde organisatie.

Wat kun je zeggen over de rechtspositie van Erik en Abdel ten opzichte van BeterThuis?

Na interimmers ook huisartsen bezorgd over conceptwet zzp

20 oktober 2023

Goed om te zien dat u mogelijk anderen inspireert met onze journalistieke content. We vragen u enkel voor persoonlijk gebruik onze content te kopiëren, om geen inbreuk te maken op onze Algemene Voorwaarden. Vraag anders naar onze

bedrijfslicenties via klanten@fdme-diagroep.nl ###

De zorg loopt vast als een nieuwe wet bedoeld tegen schijnzelfstandigheid wordt doorgevoerd, waarschuwen belangenorganisaties in de sector. Huisartsen kunnen dan geen ver-

vangingsregelen, terwijl de helft tot driekwart van de 200.000 zorgprofessionals die nu als zzp'er werken, dreigt op te stappen als ze verplicht worden tot een arbeidscontract.

'Deze wet veroorzaakt een zorginfarc', waarschuwt René Dongelmans van de onlangs opgerichte zzp-vereniging VZOZ. Brancheorganisatie voor zzp'ers in de zorg SoloPartners voorspelt eveneens een leegloop uit de sector. Ook in het interim-segment dreigt een kaalslag, waarschuwen zelfstandigenkoepels VZN en PZO al eerder.

Het demissionaire kabinet wil in 2024 een einde maken aan onduidelijkheid over wie zelfstandige is en wie niet. Een wetsvoorstel om dit te

regelen, ligt sinds een maand voor ter internetconsultatie. Wegens alle onrust die erover is ontstaan, heeft de Tweede Kamer verantwoordelijk minister Karien van Gennip (Sociale Zaken, CDA) gevraagd eerst de gevolgen in kaart te brengen. Daar wordt nu aan gewerkt, laat het ministerie weten.

Achtergrond

Lees het volledige artikel: <https://fd.nl/politiek/1493513/na-interimmers-ook-huisartsen-bezorgd-over-nieuwe-zzp-wet>

1.2 Inleiding

Naast de Boeken 3 (Vermogensrecht in het algemeen) en 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) kent het Burgerlijk Wetboek een Boek 7 getiteld 'Bijzondere overeenkomsten'. Een van deze bijzondere (benoemde) overeenkomsten is de arbeidsovereenkomst, geregeld in titel 10 (art. 7:610 e.v. BW). De arbeidsovereenkomst vormt de spil van het arbeidsrecht. De vele wetten en andere regelingen die we op het terrein van het arbeidsrecht kennen, zijn tot deze overeenkomst te herleiden en zijn juist vanwege deze overeenkomst tot stand gekomen.

1.3 Het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst

Het bijzondere van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van andere overeenkomsten, op grond waarvan een afzonderlijke bepaling in Boek 7 BW gerechtvaardigd is, blijkt uit de volgende omstandigheden:

1. Het personenrechtelijke element met zijn juridische ondergeschiktheid en economische afhankelijkheid is sterk in de individuele arbeidsrelatie aanwezig.

De werknemer staat in een relatie van ondergeschiktheid ten opzichte van zijn werkgever. We zeggen ook wel dat de werknemer in een *gezagsverhouding* ten

opzichte van zijn werkgever staat. Hij is juridisch aan zijn werkgever ondergeschikt. Voegen we daaraan toe dat de arbeidsovereenkomst een *duurovereenkomst* is en dus op continuïteit gericht, dan kunnen we constateren dat de werknemer zich vanwege de op continuïteit gerichte juridische ondergeschiktheidsrelatie in een kwetsbare positie bevindt. Daaraan kan worden toegevoegd dat de werknemer economisch van diezelfde werkgever afhankelijk is. Hij is namelijk doorgaans voor zijn levensonderhoud van hem afhankelijk. Deze dubbele kwetsbaarheid (juridische ondergeschiktheid én economische afhankelijkheid) treft men bij geen andere overeenkomst aan en rechtvaardigt een afzonderlijke behandeling in Boek 7 BW. De betreffende wettelijke bepalingen zijn dan ook gefundeerd in, zoals wordt genoemd, *het beginsel van de ongelijkheidscompensatie*. Vanwege de structureel ondergeschikte c.q. afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever zijn de wettelijke regels gericht op het creëren van een (beter) evenwicht tussen de contractspartijen: de feitelijke ongelijkheid wordt juridisch gecompenseerd.

2. Ten tweede spelen collectiviteiten (zoals vakbonden en de ondernemingsraad) in het arbeidsrecht een belangrijke rol. De door hen tot stand gebrachte regelgeving kan consequenties hebben voor de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst.

Vakbonden kunnen met werkgevers(organisaties) collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) sluiten. In deze cao's zijn voornamelijk de toepasselijke arbeidsvoorwaarden neergelegd die voor de komende periode zullen gelden. Uit deze cao's blijkt herhaaldelijk dat de onderhandelende partijen op grond van een daartoe door de wetgever verschaft bevoegdheid bewust een wettelijke regeling terzijde hebben geschoven. Zo'n afspraak kan op individueel niveau doorwerken. De inhoud van cao's heeft dus meestal een enorme uitwerking op het pakket arbeidsvoorwaarden dat op de individuele werkgever en werknemer van toepassing zal zijn. Ook de ondernemingsraad heeft in toenemende mate invloed op hetgeen tussen werkgever en werknemer zal gelden.

3. En ten derde de inbedding van de arbeidsovereenkomst in het grotere geheel, de arbeidsorganisatie. Dit heeft invloed op wat de individuele werknemer van zijn werkgever mag verwachten en andersom.

Een werkgever heeft dan ook in veel gevallen niet met een of enkele werknemers te maken, maar met een grote groep werknemers met ieder zijn eigen wensen en voorkeuren. De arbeidsorganisatie als geheel en de voortgang daarvan spelen uitdrukkelijk een rol bij de vraag wat partijen individueel van elkaar mogen verwachten. We noemen dit ook wel het '*institutionele karakter*' van het arbeidsrecht.

1.4 Kwalificatie van de overeenkomst

De arbeidsovereenkomst wordt wel *het entreebiljet* van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht genoemd. Dit is niet zonder reden. Als sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft de werknemer immers toegang tot tal van beschermende regels. Allereerst is titel 7.10 BW, de bijzondere titel inzake de arbeidsovereenkomst van het BW, van toepassing. Dit betekent dat de werknemer onder meer aanspraak kan maken op doorbetaling van loon bij ziekte, vakantiedagen, en dat hij ontslagbescherming geniet. Het werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst brengt de werknemer voorts onder de bescherming van tal van andere wetten, zoals de Arbeidstijdenwet, de Wet arbeid en zorg en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Ook leidt de arbeidsovereenkomst in veel gevallen tot bovenwettelijke aanspraken op grond van een toepasselijke cao, een niet-onbelangrijke aanvulling op de door de wet geboden bescherming. En ten slotte vormt de arbeidsovereenkomst de toegangspoort tot de werknemersverzekeringen: de Werkloosheidswet, de Ziektewet en de Wet WIA, op grond waarvan respectievelijk bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid een uitkering kan worden verkregen.

Kortom, voor het vaststellen van de rechtspositie van een persoon die voor een ander arbeid verricht, is het van groot belang te weten of hij werkzaam is krachtens een arbeidsovereenkomst. Indien dit niet het geval is, dan is de persoon werkzaam als zelfstandige, meestal op basis van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) of aanneming van werk (art. 7:750 BW). Is geen van de genoemde kwalificaties van toepassing, dan is sprake van een overeenkomst *sui generis*, een overeenkomst ‘van eigen aard’ waarvoor geen bijzondere wettelijke regeling bestaat. De overeenkomst wordt dan beheerst door het algemene overeenkomstenrecht (Boek 3 en 6 BW).

1.5 Werknemer of zelfstandige?

In deze paragraaf worden allereerst de elementen voor een arbeidsovereenkomst besproken, zoals geformuleerd in artikel 7:610 BW. Vervolgens wordt kort stilgestaan bij de kwalificatie van zelfstandige.

1.5.1 De elementen van artikel 7:610 BW

Artikel 7:610 BW bepaalt wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst. 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. Hieruit vallen een viertal voorwaarden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst te herleiden:

1. de **verplichting tot** het verrichten van **arbeid**;
2. de **verplichting tot** het betalen van **loon**;
3. **gedurende een zekere tijd**;
4. **in dienst van** de andere partij.

Deze voorwaarden komen in de literatuur in verschillende volgorde langs, maar de volgorde zelf is niet belangrijk. Bovendien valt op dat schriftelijkheid geen voorwaarde is die wordt genoemd in artikel 7:610 BW. Ook een mondelinge overeenkomst kan dus kwalificeren als arbeidsovereenkomst. Onderstaand worden de elementen nader besproken.

Ad 1. De verplichting tot het verrichten van (persoonlijke) arbeid

Naar het oordeel van de Hoge Raad is sprake van arbeid *indien een bijdrage wordt geleverd aan het primaire doel van de onderneming*. Het element ‘arbeid’ levert in de regel geen problemen op. Dát er arbeid moet worden verricht, is immers de aard van de prestatie. De omvang en de aard van de arbeidsprestatie doen er niet toe. Arbeid kan zowel actief als passief van aard zijn. Ook het verrichten van arbeid als slaapwacht in een verzorgingstehuis – waarbij het grootste gedeelte van de arbeid bestaat uit passief zijn, namelijk slapen – is arbeid in voornoemde zin. Daarentegen zal het werk van een stagiair in de regel niet in het kader van een arbeidsovereenkomst worden verricht, omdat de werkzaamheden voornamelijk gericht zijn op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring, vaak in het kader van een bepaalde opleiding.

In het *Beurspromovendi*-arrest heeft de Hoge Raad de vraag beantwoord of zogenoemde beurspromovendi – academici die zich op basis van een begeleidingsovereenkomst gedurende vier tot zes jaar bezighouden met het doen van wetenschappelijk onderzoek, uitmondend in een dissertatie – arbeid in de zin van artikel 7:610 BW verrichten.¹ De Hoge Raad overwoog dat de rechtbank in hoger beroep deze vraag terecht bevestigend had beantwoord. Relevante omstandigheden waren dat promoties actief bijdragen aan het *primaire doel* van de universiteit, dat de universiteit een *financieel belang* heeft bij het realiseren van promoties, dat haar *status* daardoor mede wordt bepaald en dat zij daarbij een *economisch belang* heeft (intellectuele eigendomsrechten). In gelijke zin is het deelnemen aan een televisie(spel)programma aan te merken als ‘arbeid’, indien daarmee invulling wordt gegeven aan het ‘primaire doel van de onderneming’. Dit is aan de orde gekomen in een uitspraak ten aanzien van een deelnemer aan het programma ‘De Gouden Kooi’.

Van belang is dat de arbeid *persoonlijk* wordt verricht. Dit blijkt niet alleen uit de zinsnede ‘*zich verbinden*’ uit artikel 7:610 lid 1 BW, maar ook uit artikel 7:659 lid 1 BW. De werknemer mag zich alleen maar door een ander laten vervangen indien de werkgever daarmee instemt. Dit impliceert dat alleen natuurlijke personen als werknemer een arbeidsovereenkomst kunnen hebben (en rechtspersonen niet). Kan een werker zich zonder toestemming laten vervangen, dan heeft hij geen arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft in 2023 verduidelijkt dat deze

1 HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119, *JIN* 2006/226 m.nt. Houweling (*Beurspromovendi*).