

Augustus 2024

Genoteerd

Deliveroo toegepast in
de lagere rechtspraak:
een overzicht

loyensloeff.com



Nummer 164



In deze uitgave

1. Inleiding. [Lees hier >](#)
2. Het Deliveroo-arrest. [Lees hier >](#)
3. De aard en duur van de werkzaamheden. [Lees hier >](#)
4. De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald. [Lees hier >](#)
5. De inbedding van het werk en van degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht. [Lees hier >](#)
6. Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren. [Lees hier >](#)
7. De wijze waarop de contractuele regeling tussen partijen is tot stand gekomen. [Lees hier >](#)
8. De wijze waarop de beloning wordt bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd. [Lees hier >](#)
9. De hoogte van deze beloningen. [Lees hier >](#)
10. De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt. [Lees hier >](#)
11. Ondernemerschap. [Lees hier >](#)
12. Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding. [Lees hier >](#)
13. Hoe wordt er door de Belastingdienst en het UWV omgegaan met de Deliveroo-criteria? [Lees hier >](#)
14. Tips voor de praktijk. [Lees hier >](#)

Over Loyens & Loeff

Deliveroo toegepast in de lagere rechtspraak: een overzicht

1. Inleiding

Het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad¹ (**HR**) heeft veel stof doen opwaaien in arbeidsrechtland. De HR formuleert in dat arrest een aantal criteria op grond waarvan beoordeeld moet worden of iemand werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of op basis van een overeenkomst van opdracht. Na het arrest van de HR zien we dat lagere rechters bij de beoordeling van die kwalificatievraag de Deliveroo-criteria redelijk consequent toepassen zodat we langzaam maar zeker een beeld krijgen van de concrete invulling van die criteria. In dit artikel zullen we eerst de Deliveroo-criteria bespreken zoals de HR die heeft geformuleerd. Vervolgens zullen we ingaan op de invulling van die criteria door de lagere rechters na het Deliveroo-arrest. Daarna zullen we kort bespreken hoe er vanuit fiscaal oogpunt wordt omgegaan met de Deliveroo-criteria.

2. Het Deliveroo-arrest

De kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2019 dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers aangemerkt moest worden als een arbeidsovereenkomst.² Dat vonnis werd in 2021 door het gerechtshof Amsterdam bekrachtigd.³ Deliveroo stelde daarop beroep in cassatie in en voerde in de kern aan dat de vrijheid die de bezorgers hadden om zich te laten vervangen en om al dan niet te werken onverenigbaar is met een arbeidsovereenkomst. De HR laat het arrest van het gerechtshof in stand. De HR

past om te beginnen de zogenoemde tweefasenleer toe. Eerst moet worden vastgesteld welke rechten en plichten partijen zijn overeengekomen, waarbij alle omstandigheden van het geval in onderling verband moeten worden gezien. Dit is de zogenoemde uitlegfase. In deze fase wordt de Haviltex-maatstaf toegepast en speelt de bedoeling van partijen mede een rol. Vervolgens worden, in de tweede fase, de overeengekomen rechten en plichten bekeken om te beoordelen of ze doorslaan richting de arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht. Dit is de zogenoemde kwalificatiefase. In deze fase speelt de partijbedoeling geen rol meer.⁴ Om te beoordelen of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst kunnen volgens de HR onder meer de volgende omstandigheden van belang zijn:

- (i) de aard en duur van de werkzaamheden,
- (ii) de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald,
- (iii) de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht,
- (iv) het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren,
- (v) de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen,
- (vi) de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd,
- (vii) de hoogte van deze beloningen,
- (viii) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt,

¹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

² Rechtbank Amsterdam, 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

³ Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

⁴ Onjuist is dan ook de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 8 mei 2024, ECLI:NL:RBNNO:2024:1781.

- (ix) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen (het ondernemerschap) en
- (x) het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding.

Art. 7:610 BW is het artikel dat ziet op de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst en bepaalt, kort gezegd, dat als aan de elementen loon, arbeid en gezag is voldaan er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Art. 7:610 BW is op zichzelf niet holistisch; dat wil zeggen dat niet gezegd kan worden dat als er één element ontbreekt (bijvoorbeeld loonbetaling), dit gecompenseerd kan worden door een ander element (bijvoorbeeld met veel gezagsuitoefening), om daarmee uiteindelijk toch te komen tot een arbeidsovereenkomst. De invulling van de elementen loon, arbeid en gezag aan de hand van de hierboven genoemde omstandigheden is wel holistisch. Dat is nu nog een keer bevestigd in het arrest van de HR.⁵

De gezichtspunten worden ook gebruikt in het kader van de duiding bij zogenoemde driehoeksrelaties, zoals bij de vraag of er sprake is van een uitzendovereenkomst. De uitzendovereenkomst is immers een bijzondere variant van de arbeidsovereenkomst.⁶

Wij zullen hierna wat uitgebreider stilstaan bij de door de HR genoemde omstandigheden en daarbij tevens ingaan op de invulling van die omstandigheden door lagere rechters na het Deliveroo-arrest.

3. De aard en duur van de werkzaamheden

Als het gaat om de aard van de werkzaamheden rijst de vraag of bepaalde soorten werkzaamheden per definitie bij een arbeidsovereenkomst horen en andere bij een overeenkomst van opdracht. Dat kan men in het algemeen niet zo stellen. Er wordt soms wel betoogd dat als de werkverschaffer geen economisch of commercieel belang heeft bij haar doelstellingen, er bij die werkverschaffer door de werker geen arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst verricht kan worden. Dat is echter een onjuiste aanname gebleken. Een werker kan heel wel arbeid verrichten in de zin van art. 7:610 BW, bijvoorbeeld voor een stichting die geen winstoogmerk heeft.⁷ De aard van de werkzaamheden kan ook van belang zijn om te bepalen wat de waarde is van de afwezigheid van instructies. De afwezigheid van instructies wordt namelijk nog wel eens als argument gebruikt om te betogen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als het gaat om simpel werk zijn er doorgaans weinig instructies nodig, maar dat betekent niet per definitie dat er dan sprake is van een overeenkomst van opdracht.⁸

Als het gaat om de duur van de werkzaamheden wordt het wat minder duidelijk. Art. 7:610 BW heeft het weliswaar over het “gedurende een zekere tijd” arbeid verrichten, maar die tijd kan zeer kort zijn. Zo wordt wel aangenomen dat een arbeidsovereenkomst van een dag of zelfs van enkele uren mogelijk is.⁹ Dus waar moeten we de grens dan trekken? Wel zien we dat de rechter soms het feit dat de werkzaamheden al een lange duur hebben, aangrijpt als argument voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.¹⁰ De lange

⁵ Zie ook J. Seghrouchni, Het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo: iets om bezorgd over te zijn? BB 2023/20.

⁶ Zie hiervoor Rechtbank Amsterdam 10 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3987, waar de Rechtbank de volgende twee gezichtspunten in aanmerking nam om het formele werkgeversgezag van Temper te bepalen: (i) de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald en (ii) de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen.

⁷ Zie b.v. Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513.

⁸ Zie Rechtbank Noord-Nederland, 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, waar het chauffeurswerkzaamheden in het vrachtwagentransport betrof.

⁹ Zie E. Herlaar in SDU T&C Artikelsgewijs en E. Verhulp in T&C Arbeidsrecht van Kluwer.

¹⁰ Zie b.v. Rechtbank Rotterdam, 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118, waar de werker al 4 jaar werkzaam was voor de werkverschaffer. In Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513 was de werker 9 jaar werkzaam voor de werkverschaffer.

duur verhoudt zich in het algemeen slecht tot de figuur van de overeenkomst van opdracht omdat een opdracht doorgaans binnen een bepaalde periode dient te worden volbracht.

4. De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald

Hierbij is het dus niet de vraag over welke werkzaamheden of welke werktijden het gaat, maar over de wijze waarop die zijn bepaald.

Als het gaat om het bepalen van de werkzaamheden is van belang of de werker in belangrijke mate zelf kan bepalen, waar¹¹ en op welke wijze hij/zij de werkzaamheden kan verrichten. Als er bijvoorbeeld regelmatig evaluatie- functionerings- en voortgangsgesprekken worden gevoerd, dan kan dat een indicatie zijn voor een arbeidsovereenkomst.¹² Soms verricht de werker dermate hoog gespecialiseerde werkzaamheden dat de werkverschaffer niet of nauwelijks inhoudelijke werkinstructies kan geven, maar kan het nog steeds zo zijn dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst als de werkverschaffer kan bepalen waar en wanneer er gewerkt wordt en de kaders vaststelt hoe het werk moet worden uitgeoefend.¹³ Het kan zijn dat de werkomstandigheden dusdanig zijn dat de werker daardoor niet of nauwelijks zelf kan bepalen op welke manier hij/zij het werk verricht.¹⁴ Daarnaast kan van belang zijn of de werkverschaffer instructies geeft over hoe de werker moet handelen wanneer hij/zij ziek is¹⁵ of andere gedragsregels oplegt.¹⁶ De werkinstructies hoeven niet door de werkverschaffer zelf te worden gegeven.

Het kan ook voorkomen dat de werkverschaffer dit heeft opgedragen/overgelaten aan een ander.¹⁷ Anderzijds kan het feit dat met de werker een duidelijk resultaat is afgesproken waarbij de werker in belangrijke mate zelf bepaalt hoe hij/zij dat resultaat bereikt, een indicatie zijn voor het bestaan van een overeenkomst van opdracht.¹⁸

Als het gaat om de werktijden is het van belang in hoeverre de werkverschaffer rekening houdt met de wensen van de werker. Als de werker bijvoorbeeld zijn/haar beschikbaarheid doorgeeft en op grond daarvan de werkplanning wordt gemaakt dan is dat een indicatie met betrekking tot de vraag of er al dan niet sprake is van een gezagsverhouding.¹⁹ Als er bij het vastleggen van de werktijden specifiek rekening is gehouden met het feit dat de werker nog andere werkzaamheden heeft ten behoeve van andere werkverschaffers, kan dat eveneens een indicatie zijn voor het zijn van zelfstandig ondernemer.

5. De inbedding van het werk en van degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht

De inbedding is een nieuw gezichtspunt in de jurisprudentie van de HR en valt in feite uiteen in twee componenten. Ten eerste de inbedding van het werk en ten tweede de inbedding van de werker in de organisatie van de werkverschaffer.

¹¹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231.

¹² Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3701.

¹³ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zeeland-West-Brabant 4 juli 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4597.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waar de looproute van krantenbezorgers was vastgelegd, waarvan niet afgeweken kon worden.

¹⁵ Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waar de werker zich aan een uitgebreid handboek moest conformeren.

¹⁷ Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3.

¹⁸ Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404, waar het iemand betrof die zich bezighield met camerawerk voor televisieprogramma's.

¹⁹ Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218.

Bij de inbedding van het werk zal het doorgaans gaan om werkzaamheden die tot de normale bedrijfsvoering van de werkverschaffer.²⁰ Het werk van een glazenwasser zal bijvoorbeeld niet tot de normale bedrijfsvoering van een advocatenkantoor behoren. Behoren de werkzaamheden niet tot de normale bedrijfsvoering van de werkverschaffer dan zal de werker sneller als zelfstandig ondernemer gezien worden.²¹ Maar ook dat zal niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen. In de literatuur wordt het voorbeeld genoemd van een werker die als docent aan de universiteit werkt; dat werk is duidelijk ingebed. Maar diezelfde werker zou ook op de HR-afdeling van die universiteit kunnen werken. Ook dat werk is ingebed in de organisatie van (een deel van) de universiteit.²² Als het gaat om een hele nieuwe functie binnen een organisatie kan dat een omstandigheid zijn om aan te nemen dat het werk niet is ingebed.²³ Ook relevant kan zijn of de functie van de werker door zijn/haar collega's bij die werkverschaffer verricht wordt op basis van een arbeidsovereenkomst.²⁴

Als het gaat om de inbedding van de werker kan het zo zijn dat hij/zij weliswaar werkzaamheden uitvoert die tot de normale bedrijfsvoering van de werkverschaffer behoren, maar hij/zij toch niet in de organisatie van die werkverschaffer is ingebed. Bijvoorbeeld omdat de werker geen vaste toegangspas voor het bedrijf heeft,

geen verlofregelingen heeft, geen werkinstrumenten zoals laptop, Iphone etc krijgt, geen vermelding op de website van het bedrijf heeft, geen bedrijfsmail heeft²⁵, een eigen vergunning heeft om het werk uit te voeren of niet verplicht is om deel te nemen aan bepaalde bedrijfsactiviteiten²⁶ of cursussen die voor werknemers van de werkverschaffer wel verplicht zijn en deze bovendien zelf betaald moeten worden als de werker er wel aan deelneemt.²⁷ Het feit dat een werker soms verplicht bepaalde bedrijfskleding en bepaalde bedrijfsmiddelen moet gebruiken, hoeft niet te duiden op een arbeidsovereenkomst als daar een objectieve reden voor is die samenhangt met de aard van het bedrijf.²⁸ Niet is uitgesloten dat een opdrachtgever een opdrachtnemer voor het werk basisregels voorschrijft en daarop controleert.²⁹ Andersom kan het feit dat de werker zich op geen enkele wijze onderscheidt van de werknemers van de werkverschaffer sterk duiden op een arbeidsovereenkomst.³⁰ Ook kan van belang zijn of een werker zichzelf nadrukkelijk aanduidt als bijvoorbeeld zzp'er.³¹

Ten slotte is het mogelijk dat zowel het werk als de werker zijn ingebed en er toch nog steeds geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Denk aan een partner van een advocatenkantoor. Het lopen van commercieel risico en het hebben van grote

20 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220 (chauffeurs bij Uber). Zie ook Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513 (handballer bij een stichting die de bevordering van het handbal als doelstelling had) en Rechtbank Noord-Nederland, 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863 (vrachtwagenchauffeur bij een transportbedrijf).

21 Rechtbank Midden-Nederland 29 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5294.

22 A.R. Houweling, Kwalificeren na Deliveroo. In: ArA, 2023 (20) 2, p. 33.

23 Gerechtshof Den Bosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419.

24 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 7 mei 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:4468 waar de werker als portier werkte en waarbij de andere portiers bij die werkverschaffer allemaal op basis van een arbeidsovereenkomst werkten.

25 A.R. Houweling, Kwalificeren na Deliveroo. In: ArA, 2023 (20) 2, p. 32..

26 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 15 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6072.

27 Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404.

28 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404. Hier ging het om een werker die camera- en studiowerkzaamheden verrichtte, waarbij ze donkere kleding moest dragen en bepaalde apparatuur moest gebruiken. Dit had te maken met de uiteindelijke beeldkwaliteit. Zie verder Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218, waar het ging om een werker van een beveiligingsbedrijf en die werker bepaalde bedrijfskleding moest dragen omdat dit richting klanten professioneler over zou komen.

29 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zeeland-West Brabant 26 april 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:3259 waar het ging om werk in de beveiliging.

30 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180.

31 Rechtbank Midden-Nederland 15 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6072.

zeggenschap over de organisatie en zijn/haar eigen werk maakt dat er toch geen sprake hoeft te zijn van een arbeidsovereenkomst.³²

Bij dit “inbeddings-criterium” kan mogelijk inspiratie worden ontleend aan de jurisprudentie op grond van de sociale zekerheids- en fiscale wetgeving. In de fiscale jurisprudentie was de CRvB tot 1 januari 2006 nog de hoogste instantie die moest oordelen of er sprake was van een dienstbetrekking in de zin van de socialezekerheidswetgeving. Sinds 1 januari 2006 is dat de HR geworden omdat de premies voor de sociale zekerheid sindsdien niet meer aan het UWV, maar aan de Belastingdienst moeten worden afgedragen. Emmerig³³ heeft op basis van de jurisprudentie van de CRvB en de lagere rechtspraak een overzicht gemaakt van omstandigheden die kunnen duiden op een inbedding van de werker/het werk, waarvan we inmiddels ook al een aantal terugzien in de civielrechtelijke jurisprudentie van na Deliveroo. Hij noemt onder andere de volgende omstandigheden:

- a. De werker werkt (nagenoeg) fulltime voor één werkverschaffer.
- b. De werker verricht soortgelijke werkzaamheden als de werknemers van de werkverschaffer³⁴ of heeft voorheen hetzelfde werk verricht op basis van een arbeidsovereenkomst.³⁵
- c. De werkzaamheden passen bij de kernactiviteiten van de werkverschaffer.³⁶
- d. De werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorische kader van de werkverschaffer.
- e. De werkzaamheden zijn onderdeel van het primaire productie- of dienstverleningsproces van de werkverschaffer.³⁷
- f. De werkzaamheden worden regelmatig, structureel en stelselmatig verricht.

- g. De werker neemt deel aan intern overleg, bijvoorbeeld MT-vergaderingen, en overleg met klanten.
- h. De werker is veelvuldig aanwezig op het kantoor van de werkverschaffer.
- i. De werker neemt deel aan teamuitjes.
- j. De werker stemt vakantie en andere afwezigheid af met de werkverschaffer.
- k. De werker maakt gebruik van de bedrijfssystemen en faciliteiten van de werkverschaffer en heeft niet of nauwelijks eigen bedrijfsmiddelen.³⁸
- l. De werker volgt op kosten van de werkverschaffer opleidingen, cursussen, congressen e.d.
- m. De werker vult tijdelijk een bestaande (werknemers)vacature in.
- n. Met de werker worden functioneringsgesprekken gevoerd.
- o. De door de werkverschaffer uitgevaardigde regels en ontstane gebruiken en gewoontes gelden ook voor de werker.
- p. De werker werkt binnen een team van de werkverschaffer.

6. Het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren

De verplichting om het werk al dan niet persoonlijk uit te voeren, is nu slechts één van de gezichtspunten geworden, waar dit voorheen wel als een zelfstandig criterium werd beschouwd. De HR benadrukt dat de vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen en om opdrachten te accepteren (ook wel het “vrijevervangingsbeding” genoemd), op zichzelf het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uitsluit. Andersom kan het ook zo zijn dat de afspraak dat het werk persoonlijk moet worden uitgevoerd niet meteen wijst op het

³² J.B.B. Heinen en P.J. Mauser, Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? – Over de kwalificatievraagstuk Deliveroo. In: TAP nr. 4, juni 2023, p. 8.

³³ B. Emmerig, Inbedding als hoofdelement van de dienstbetrekking. In: WFR 2023/249.

³⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180.

³⁵ Rechtbank Noord-Nederland 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863.

³⁶ Zie Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3 (depothouder bij een krantenuitgeverij).

³⁷ De Rechtbank Amsterdam 6 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:685, achtte het bijvoorbeeld van belang dat een corrector bij de Volkskrant gedurende meer dan een decennium kennelijk een centrale rol innam op de eindredactie.

³⁸ Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3..

bestaan van een arbeidsovereenkomst. Die afspraak kan immers ook in het kader van een overeenkomst van opdracht worden gemaakt.³⁹ Denk bijvoorbeeld aan de opdracht aan een portretschilder die al een zekere reputatie heeft. De opdrachtgever zal waarschijnlijk eisen dat de schilder het portret zelf schildert, terwijl dan nog geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Bij een vrijevervangingsbeding dient wel aangetekend te worden dat de betekenis van een dergelijk beding mede afhangt van de daadwerkelijke betekenis daarvan voor de werker (zie ook hierna de bespreking van het laatste criterium dat de HR hanteert). Met andere woorden: heeft een werker zelf daadwerkelijk belang bij de vrije vervanging? De HR vervolgt door te zeggen dat het uiteindelijk aankomt op de vraag of de werker (a) zich permanent met toestemming van de werkverschaffer laat vervangen, (b) zich tegelijkertijd door verschillende vervangers kan laten waarnemen, en (c) (daardoor) een verdienmodel kan maken van de vrijevervangingsclausule. Dat kan samenhangen met de hoogte van de beloning. Als die erg laag is dan is de kans kleiner dat er een verdienmodel van te maken valt.⁴⁰ Ook is niet snel sprake van vrije vervanging als de werkverschaffer bepaalt wie de vervanger is.⁴¹ Als er allerlei subjectieve eisen worden gesteld door de werkverschaffer aan de vervanging kan de rechter eveneens oordelen dat de overeengekomen vrije vervanging een lege huls is.⁴² In andere gevallen heeft de werkverschaffer geen keuze en moeten er

wel bepaalde objectieve eisen worden gesteld. Immers, voor het uitoefenen van sommige werkzaamheden is een specifieke vergunning/diploma/certificering vereist. Denk aan werkzaamheden als beveiliger, taxichauffeur, vrachtwagenchauffeur of de medische beroepen. In een dergelijk geval kan de rechter oordelen dat het stellen van dergelijke eisen door de werkverschaffer op zichzelf niet zoveel zegt over het criterium of de arbeid al dan niet persoonlijk moet worden verricht.⁴³

Soms wordt geoordeeld dat het feit dat een werker zich nooit heeft laten vervangen een sterke aanwijzing is voor een arbeidsovereenkomst⁴⁴, maar die redenering wordt soms ook andersom toegepast: omdat iemand zich *de facto* niet heeft laten vervangen, zegt dit weinig over de vraag of iemand verplicht was om het werk persoonlijk uit te voeren (en er dus sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst).⁴⁵

7. De wijze waarop de contractuele regeling tussen partijen is tot stand gekomen

Bij de wijze waarop de contractuele regeling tussen partijen is tot stand gekomen, kan de maatschappelijke positie van partijen een rol spelen.⁴⁶ Ook is van belang of sprake is geweest van een gelijkwaardige onderhandelingspositie tussen de werkverschaffer en de

39 Zie Rechtbank Midden-Nederland 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1673, waar het een werker betrof die COO was bij de werkverschaffer.

40 A.R. Houweling, M.M.W.D. Merckx en T. El Ouardi, Deliveroo in perspectief. In: MBB Belasting Beschouwingen nr. 9, juni 2023, p. 10.

41 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waar de vervanger uit een vaste pool van 4 mensen moest komen.

42 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513 waar de werkverschaffer had bepaald dat de werker een "legitieme" reden moest hebben voor het inschakelen van een vervanger. De werkverschaffer bepaalde per situatie wat die legitieme reden was.

43 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220, waar het ging om chauffeurs van Uber, die dus een chauffeursdiploma moesten hebben.

44 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waar de werker zich in 20 jaar tijd slechts 2 keer had laten vervangen.

45 Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231. In deze zaak wezen veel Deliveroo-criteria naar een overeenkomst van opdracht. De "vervangings-argumentatie" lijkt in deze zaak dan ook een beetje op een doelredenering. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 15 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6072.

46 In Rechtbank Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514 droeg het feit dat de werker eigenaar was van het bedrijfspand en de omliggende grond en daarvoor huur ontving bij tot de conclusie dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

werker.⁴⁷ Heeft de werker simpelweg een standaardcontract te accepteren of is er echt onderhandeld over de arbeidsvoorwaarden⁴⁸ of heeft de werker op zijn minst aantoonbaar de mogelijkheid gehad om te onderhandelen?⁴⁹ Nu kan natuurlijk ook bij een echte arbeidsovereenkomst flink onderhandeld zijn over bepaalde arbeidsvoorwaarden (denk aan bonusbepalingen, restrictieve bedingen etc.).⁵⁰ Als dat het geval is, dan zal dus acht geslagen moeten worden op de andere door de HR genoemde gezichtspunten om te beoordelen of er toch geen sprake is van een overeenkomst van opdracht.

Het feit dat een werker mede-aandeelhouder wordt van het bedrijf van de werkverschaffer hoeft niet altijd te betekenen dat er een overeenkomst van opdracht is. Dit hangt ook af van de redenen om mede-aandeelhouder te worden en van de vraag hoeveel er verandert ten opzichte van de situatie dat de werker in loondienst zou zijn gebleven.⁵¹

In dit kader is het ook van belang om op te merken dat als een aantal bepalingen in de overeenkomst erg lijkt op bepalingen die ook in een arbeidsovereenkomst voorkomen of

dezelfde juridische gevolgen hebben als die in het arbeidsrecht gelden, dit een aanwijzing kan zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁵²

8. De wijze waarop de beloning wordt bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd

Bij de wijze waarop de beloning is bepaald, kan gedacht worden aan de manier hoe er al dan niet overeenstemming is ontstaan over de hoogte van de beloning, bijvoorbeeld of er wordt onderhandeld over de hoogte van de beloning.⁵³

De wijze waarop loon wordt uitgekeerd (gefactureerd door of vanuit een onderneming van de werker) of juist niet wordt betaald (denk aan doorbetaling tijdens ziekte en vakantie) geeft inkleuring aan de elementen loon respectievelijk gezag.⁵⁴ Het feit dat de werker maandelijks facturen stuurt en BTW in rekening brengt, kan duiden op ondernemerschap.⁵⁵ Hetzelfde geldt wanneer geen loonheffing en geen premies worden ingehouden op het

-
- 47 In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023 wees het feit dat sprake was van gelijkwaardige partijen, (namelijk dat de werker zich vanaf het begin profileerde als zelfstandige ondernemer, en dat de werker het initiatief nam in de onderhandelingen), erop dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. In Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513, duidde het feit dat (met uitzondering van de hoogte van de beloning) niet was onderhandeld over de inhoud van de overeenkomst, en dat de bepalingen op initiatief van de werkverschaffer in de overeenkomst werden opgenomen, erop dat er juist geen sprake was van een gelijkwaardige onderhandelingspositie.
- 48 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180, waar de overeenkomst aan de werker werd voorgelegd tijdens de nachtdienst van de werker als portier bij een café, terwijl hij daar aan de deur stond. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3701
- 49 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404, waar bleek dat andere zelfstandigen wel daadwerkelijk onderhandeld hadden en de kantonrechter dus concludeerde dat deze werker dus ook die mogelijkheid gehad moet hebben.
- 50 J.B.B. Heinen en P.J. Mauser, Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? – Over de kwalificatievraagstuk Deliveroo. In: TAP nr. 4, juni 2023, p. 8.
- 51 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland, 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, waar de kantonrechter oordeelde dat het enige verschil tussen de arbeidsovereenkomst en het mede-aandeelhouderschap in deze casus een verschil in fiscale behandeling van de onkosten was. Voor het overige was alles hetzelfde gebleven ten opzichte van de situatie toen de werker nog in loondienst was.
- 52 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waarin een opzegtermijn erg leek op een termijn als bedoeld in art. 7:672 BW en een bepaling inzake aansprakelijkheid erg leek op die van art. 7:661 BW.
- 53 Zie Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231, waar jaarlijks opnieuw werd onderhandeld over de hoogte van de beloning. In Rechtbank Rotterdam, 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118 betoogde de werkverschaffer dat alle opdrachtnemers hetzelfde uurtarief kregen. Dat was voor de kantonrechter een indicatie dat onderhandelen over het uurtarief, wat duidt op zelfstandigheid, kennelijk geen optie was.
- 54 Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231. Zie ook A.R. Houweling, Kwalificeren na Deliveroo. In: ArA, 2023 (20) 2, p. 28 en 30.
- 55 Gerechtshof Den Bosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419. Op de facturen stond ook als omschrijving vermeld: "Advanced Management Fee", omdat de werker duidelijk de intentie had om aandeelhouder te worden van het bedrijf van de werkverschaffer. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218 en Rechtbank Midden-Nederland 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1673

uitgekeerde bedrag.⁵⁶ Andersom kan het feit dat de werkverschaffer de betaling via de loonadministratie laat lopen weer duiden op een arbeidsovereenkomst.⁵⁷ Soms neemt een rechter aan dat het feit dat er (deels) niet betaald wordt als er niet gewerkt wordt, een indicatie is voor het feit dat het uitoefenen van de werkzaamheden niet vrijblijvend is en er dus sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁵⁸ Dat lijkt een beetje op een doelredenering want anderzijds kan men ook goed betogen dat een overeenkomst van opdracht nu net gekenmerkt wordt door het feit dat er niets betaald wordt als er niet wordt gewerkt.

9. De hoogte van deze beloningen

Bij de hoogte van de beloningen kan de vraag rijzen of de beloning dusdanig is dat de werker die als zelfstandige wil kwalificeren daar zijn eigen verzekeringen, pensioen en dergelijke van kan betalen. Als de hoogte van de beloning niet of nauwelijks afwijkt van de beloning van de werknemers van de werkverschaffer die nagenoeg hetzelfde werk doen als de werker kan dat een indicatie zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Andersom kan het feit dat de werker voor hetzelfde werk aanzienlijk meer krijgt dan de werknemers het tegenovergestelde indiceren.⁵⁹

10. De vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt

Bij een overeenkomst van opdracht wordt doorgaans een bepaald eindresultaat overeengekomen en wordt afgesproken dat als dat eindresultaat niet (geheel) binnen een bepaalde periode wordt gehaald, er geen of minder beloning zal worden betaald. Dat is een wezenlijk verschil met een arbeidsovereenkomst waar de werkgever op grond van art. 7:628 BW gehouden is tot loonbetaling, ook als er niet wordt gewerkt, tenzij de werkgever kan aantonen dat het niet werken voor rekening en risico van de werknemer komt. De vraag is dus of de werker een commercieel risico loopt dat er bijvoorbeeld in kan resulteren dat hij/zij in een bepaalde periode geen loon krijgt of zelfs moet bijstorten bijvoorbeeld in geval van een tegenvallende omzet, hoge kosten, operationele risico's, markt en/of concurrentie.⁶⁰ Ook het feit dat de werker een aansprakelijkheidsverzekering moet afsluiten van zijn opdrachtgever en gebruik maakt van de Kleine Ondernemersregeling zijn indicaties dat er commercieel risico wordt gelopen.⁶¹

Als de werkverschaffer echter kosten maakt ten behoeve van de werker zonder deze kosten door te berekenen, kan dat wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁶²

⁵⁶ Rechtbank Midden-Nederland 15 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6072. Zie ook Rechtbank Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514. In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, r.o. 3.9.7 wees ook het feit dat geen afspraken over pensioen en vakantie werden gemaakt erop dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

⁵⁷ In dit kader kan ook van belang zijn of loonstrookjes zijn verstrekt, of jaaropgaves zijn ontvangen en of (ooit) een werkgeversverklaring is verstrekt. Zie ook Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513.

⁵⁸ Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513. Dat die afspraak in strijd was met art. 7:650 BW vond de kantonrechter niet relevant.

⁵⁹ Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6218 en Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231 en Rechtbank Midden-Nederland 15 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6072.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1673, waar de werker eigen geld in de onderneming van de werkverschaffer had gestopt. Zie verder Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419. Zie ook Rechtbank Noord-Nederland, 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, waarin afgesproken was dat als de werker als mede-aandeelhouder extra belasting moest betalen, de werkverschaffer dit zou bijstorten. Dat was dus een contra-indicatie voor het zijn van ondernemer.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zeeland-West Brabant 26 april 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:3259.

⁶² Zie Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waar de werkverschaffer een ongevallenverzekering ten behoeve van de werker had gesloten.

11. Ondernemerschap

Ook het ondernemerschap is een nieuw criterium dat hier door de HR wordt geïntroduceerd. De HR kleurt het ondernemerschap een beetje in door te zeggen dat ondernemerschap kan blijken uit het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie de werker werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij/zij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt. Ook het ingeschreven staan in de KvK met bijvoorbeeld een eenmanszaak of een B.V. kan duiden op ondernemerschap.⁶³ Evenals het feit dat iemand (oorspronkelijk) op basis van een VAR (Verklaring Arbeidsrelatie) werkte of op basis van modelovereenkomsten van de Belastingdienst.⁶⁴ Een werker kan bijvoorbeeld verschillende opdrachtgevers naast elkaar bedienen en op grond daarvan beperkt beschikbaar zijn voor de werkverschaffer, maar kan ook op basis van zijn historie aantonen dat hij ondernemend is. Bijvoorbeeld door middel van een trackrecord van een aantal opdrachten in de afgelopen drie jaar.⁶⁵ In een zaak die diende bij het gerechtshof Den Bosch profileerde de werker zich duidelijk als ondernemer in reactie op een vacature (waarin overigens om een werknemer werd gevraagd).⁶⁶ In dit kader kan ook van belang zijn of de werker huur moet betalen om van de arbeidsplaats gebruik te maken,⁶⁷ heeft geïnvesteerd in eigen bedrijfsmiddelen en of de werker bij de uitvoering van de werkzaamheden gebruik maakt van die bedrijfsmiddelen.⁶⁸ Het feit dat een werker geen andere opdrachtgevers heeft, is weer een indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zeker als de werker dermate veel uren voor

één werkverschaffer werkt dat het hebben van andere opdrachtgevers in feite illusoir is.⁶⁹ Of als uit bijvoorbeeld de website van de werker blijkt dat die dermate verouderd is dat hieruit blijkt dat de werker nauwelijks ondernemersactiviteiten verricht.⁷⁰ Een restrictief beding kan duiden op een verhindering om zich als ondernemer te gedragen omdat de werker daardoor immers beperkt wordt in de mate waarin hij andere opdrachtgevers kan bedienen.⁷¹

De HR noemt “zich gedraagt of kan gedragen als ondernemer”. Oftewel, tijdens de uitoefening van een bepaalde opdracht moet de werker zich kunnen blijven profileren en manifesteren als ondernemer door in staat te zijn telefoontjes van potentiële nieuwe opdrachtgevers aan te nemen, netwerkbijeenkomsten op eigen titel bij te wonen, enzovoort. In de benadering van de Hoge Raad is denkbaar dat de werker arbeid verricht die organisatorisch is ingebed, terwijl diezelfde werker zich in het economisch verkeer als zelfstandige manifesteert. In de literatuur wordt het voorbeeld van een IT-er genoemd die bij een bank werkzaamheden verricht die organisatorisch zijn ingebed binnen de organisatie van de bank. De IT-er verricht het werk voor 25 uur per week, maar heeft daarnaast twee andere IT-opdrachten, investeert in een eigen website en zijn professionele ontwikkeling via cursussen, neemt deel aan tal van acquisitieactiviteiten en staat bij de Belastingdienst als zelfstandig ondernemer geregistreerd. Het is zelfs denkbaar dat twee werkenden hetzelfde werk binnen het bedrijf verrichten waarbij de een werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de ander op basis van een

63 Zie Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404 en Rb. Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231. Inschrijving heeft overigens weer geen betekenis als die inschrijving is gedaan op instigatie van de werkverschaffer. Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180

64 Rechtbank Limburg 16 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3404.

65 A.R. Houweling, Kwalificeren na Deliveroo. In: ArA, 2023 (20) 2, p. 34.

66 Gerechtshof Den Bosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1419.

67 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118, waar de werker dat niet hoefde te betalen en de kantonrechter uiteindelijk concludeerde dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.

68 Zie Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3, waarin werd geoordeeld dat het aanschaffen van een brommer en een computer niet kan worden gezien als grote investeringen van de werker. Zie Rechtbank Noord-Nederland, 11 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2863, waar werd geoordeeld dat de vrachtwagen waar de werker in reed eigendom bleef van de werkverschaffer.

69 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 5 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12118, waar de werker 28 uur per week werkte voor één werkverschaffer.

70 Rechtbank Amsterdam 6 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:685.

71 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 5 februari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:513. Zie ook gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180.

opdrachtovereenkomst, enkel vanwege hun gedrag in het economische verkeer en dus hun gedrag buiten de betreffende arbeidsrelatie om.⁷² De HR lijkt in Deliveroo dus te kijken naar het ondernemerschap in algemene zin en niet per se in de rechtsverhouding werker-werkverschaffer.⁷³ Mogelijk heeft de HR tot uitdrukking willen brengen dat als de werker zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt, partijen vermoedelijk eerder voor ogen hebben gehad dat de rechtsverhouding als een overeenkomst van opdracht was bedoeld en niet als een arbeidsovereenkomst.⁷⁴ Het gerechtshof Amsterdam⁷⁵ heeft daarom prejudiciële vragen gesteld aan de HR hierover. Het gerechtshof vroeg of het mogelijk is dat, als men het ondernemerschap buiten beschouwing zou laten, iemand als werknemer zou kunnen kwalificeren terwijl als men het ondernemerschap wel meeneemt, diezelfde werker als opdrachtnemer kwalificeert. En als dat zo is, kan het dan zijn dat twee werkers die bij dezelfde werkverschaffer precies hetzelfde doen, verschillend kunnen kwalificeren (de ene als werknemer en de andere als opdrachtnemer) vanwege het feit dat één van beide als ondernemer kwalificeert, aldus de vraag van het gerechtshof?⁷⁶

In de literatuur wordt aangegeven dat het louter zijn van ondernemer een merkwaardig gezichtspunt is in het licht van art. 7:610 BW. Welk element van art. 7:610 BW wordt hier immers mee ingevuld of kleur gegeven? “Gezag”, is dan wellicht het antwoord. Maar geeft de omstandigheid dat iemand zich als ondernemer gedraagt of kan gedragen inderdaad invulling aan het element ‘gezag’ in relatie tot de te beoordelen contractuele verhouding met de werkverschaffer? Immers het zijn van ondernemer in het economisch verkeer sec, zegt nog niet zoveel. Sterker, veel moderne werkers zijn ook een beetje ondernemer.

Zij werken een paar dagen in dienstbetrekking en hebben een eigen webshop of betaalde hobby (fotograaf, redactiewerk, schminkjuffrouw voor kinderfeestjes enzovoort). Zijn zij, omdat ze buiten de werkkring om ‘ondernemer’ zijn, minder snel werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst?⁷⁷.

12. Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding

Aan allerlei contractuele rechten en plichten die het tegendeel van de arbeidsovereenkomst omschrijven, maar voor de werker geen “betekenis” hebben, zal volgens de HR minder of geen gewicht toekomen. Wij bespraken dit al kort bij het criterium “al dan niet persoonlijk arbeid verrichten”. Sommigen beschouwen deze omstandigheid als een correctiemechanisme waarmee kan worden voorkomen dat met een aantal puur strategisch ingestoken afspraken het arbeidsrecht buiten de deur kan worden gehouden.⁷⁸ De inhoud van de afspraak als zodanig staat dan niet ter discussie, maar slechts de waarde van die afspraak.⁷⁹ In de literatuur wordt overigens wel de terechte vraag gesteld wat de HR nu precies met “betekenis” bedoelt. Is dit bedoeld als “realiteitswaarde” of meer als “belangrijk” voor de werker?⁸⁰

72 F.G. Laagland, Het Deliveroo-arrest: jongeren met alle omstandigheden van het geval. In: TRA 2023/50

73 De Rechtbank Midden-Nederland (Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1231), overwoog bijvoorbeeld dat aan andere ondernemingsactiviteiten niet zoveel betekenis toegekend hoeft te worden wanneer deze activiteiten niet zien op het soort werkzaamheden dat in essentie voor de werkverschaffer wordt verricht.

74 N.M.Q. van der Neut, De Hoge Raad ‘delivers’: een nieuw kwalificatiehoofdstuk. In: ArbeidsRecht 2023/29.

75 Gerechtshof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220.

76 Zie de kritische noot van Jansen en van der Neut bij dit arrest in JAR 2023/268.

77 A.R. Houweling, M.M.W.D. Merx en T. El Ouardi, Deliveroo in perspectief. In: MBB Belasting Beschouwingen nr. 9, juni 2023, p. 9. Zie verder het artikel van M. de Zwart, Bezorgt Deliveroo ondernemerschap? In Ars Aequi, januari 2024.

78 J.B.B. Heinen en P.J. Mauser, Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? – Over de kwalificatievraagstuk Deliveroo. In: TAP nr. 4, juni 2023, p. 7.

79 J.B.B. Heinen en P.J. Mauser, Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? – Over de kwalificatievraagstuk Deliveroo. In: TAP nr. 4, juni 2023, p. 8.

80 J. Seghrouchni, Het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo: iets om bezorgd over te zijn? BB 2023/20.

13. Hoe wordt er door de Belastingdienst en het UWV omgegaan met de Deliveroo-criteria?

De vraag hoe de Belastingdienst omgaat met de criteria uit het Deliveroo-arrest, zal waarschijnlijk pas vanaf 1 januari 2025 duidelijk beantwoord kunnen worden. Op dit moment geldt namelijk nog de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA). Nadat per 1 januari 2016 de VAR was afgeschaft, heeft de Belastingdienst zogenoemde modelovereenkomsten gepubliceerd, met de invoering van de Wet DBA. Indien partijen van een dergelijke modelovereenkomst gebruik maken en daar ook naar handelen in de praktijk, is duidelijk dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. In de praktijk echter, werd en wordt er niet altijd gewerkt conform hetgeen overeengekomen is in de modelovereenkomsten. Dus ontstaat ook fiscaalrechtelijk een risico, namelijk dat er achteraf toch sprake blijkt te zijn van een dienstbetrekking en er dus alsnog tot loonheffing en betaling van sociale zekerheidspremies moet worden overgegaan. De Belastingdienst heeft echter op 18 november 2016 besloten om een handhavingsmoratorium in te stellen. Het handhavingsmoratorium houdt concreet in dat binnen de inzet van handhavinginstrumenten alleen corrigerend wordt opgetreden (bestaande uit het opleggen van correctieverplichtingen, naheffingen en eventueel boetes) in onderstaande twee situaties:

1. Er is sprake van kwaadwillendheid. Hieronder wordt verstaan dat opdrachtgevers opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laten ontstaan of voortbestaan.
2. Opdrachtgevers volgen aanwijzingen van de Belastingdienst niet (of in onvoldoende mate) binnen een redelijke termijn op. De Belastingdienst geeft expliciet aan op basis van welk samenstel van feiten de Belastingdienst van mening is dat sprake is van een dienstbetrekking. Er dient dan vervolgens een aanpassing van de werkwijze

of overeenkomst plaats te vinden om buiten dienstbetrekking te werken of dat de arbeidsrelatie in de loonadministratie moet worden opgenomen.

Het kabinet heeft de ambitie om op 1 januari 2025 het handhavingsmoratorium volledig op te heffen. Vanaf die datum zal de Belastingdienst bij een onjuiste kwalificatie van een arbeidsrelatie zich niet meer beperken tot het geven van een aanwijzing waarmee de werkverschaffer maatregelen kan nemen om te voorkomen dat naheffing van loonheffingen door de Belastingdienst zal plaatsvinden. Wij verwachten dat de Belastingdienst (en ook de fiscale rechter) vanaf 1 januari 2025 ook de Deliveroo-criteria zal gebruiken om te beoordelen of er sprake is van een fiscaalrechtelijke dienstbetrekking.⁸¹ De zogenoemde modelovereenkomst “vrije vervanging” is reeds ingetrokken sinds 1 januari 2024. Wij houden daarom rekening met de mogelijkheid dat per 1 januari 2025 ook de andere modelovereenkomsten van de Belastingdienst ingetrokken worden.

De kwalificatievraag kan ook aan de orde komen in het sociale zekerheidsrecht. Bijvoorbeeld als een voormalig werker een WW-uitkering wil aanvragen. Een WW-uitkering wordt immers niet verstrekt aan zelfstandigen. De Centrale Raad van Beroep⁸² heeft recent de Deliveroo criteria gebruikt om (in die specifieke zaak) tot de conclusie te komen dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Hoewel de civiele rechter reeds tot hetzelfde oordeel was gekomen benadrukte de CRvB wel dat de bestuursrechter niet per definitie het oordeel van de civiele rechter hoefde te volgen, maar dat een afwijkend oordeel wel zodanig moet worden gemotiveerd dat dit ook voor de civiele rechter begrijpelijk was.

81 Het Gerechtshof Den Bosch heeft op 19 juni 2024 (ECLI:NL:GHSHE:2024:2002) in een geschil tussen een werkverschaffer en de Belastingdienst wel verwezen naar het Deliveroo-arrest, maar de Deliveroo-criteria als zodanig niet stuk voor stuk nagelopen.

82 CRvB 20 juni 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:1240.

14. Tips voor de praktijk

Bij het aangaan van een overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden is het verstandig om de Deliveroo-criteria goed in het oog te houden omdat uit de jurisprudentie blijkt dat deze criteria door de lagere rechters consequent toegepast worden als de vraag rijst om welk soort overeenkomst het gaat. Mocht het niet de bedoeling zijn een arbeidsovereenkomst te sluiten, houd dan de volgende zaken in de gaten:

1. Kijk wie de persoon van de opdrachtnemer is. Is dit iemand die zich al een tijd als ondernemer profileert? Bijvoorbeeld door het exploiteren van een eigen bedrijf, het hebben van verschillende opdrachtgevers, een eigen website, acquisitie etc.
2. Let er bij het aangaan van de overeenkomst op dat deze geen bepalingen bevat die typisch zijn voor een arbeidsovereenkomst, zoals doorbetaling tijdens ziekte of vakantie en vermijd waar mogelijk restrictieve bedingen.
3. Zorg ervoor dat het overeengekomen uurtarief hoger is dan dat van werknemers die hetzelfde werk doen en spreek tegelijk af dat alle kosten die de opdrachtnemer moet maken (voor bedrijfsmiddelen e.d.), in dat uurtarief verdisconteerd zijn. Spreek af dat maandelijks facturen inclusief BTW worden verstuurd door de opdrachtnemer. Draag geen loonheffingen en sociale premies af (tenzij duidelijk is dat er in feite sprake is van een arbeidsovereenkomst uiteraard).
4. Vermijd uitoefening van enige vorm van gezag met betrekking tot de inhoudelijke werkzaamheden. Spreek bij voorkeur een duidelijk eindresultaat af dat binnen een bepaalde periode behaald moet worden.



Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteurs van deze bijdrage zijn:

Edith Franssen (edith.franssen@loyensloeff.com) en

Ralph Ferouge (ralph.ferouge@loyensloeff.com).

Redactie

prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk

prof. dr. R.P.C. Cornelisse

mr. P.E.B. Corten

mr. E.H.J. Hendrix

P.L. Hezer

mr. H.L. Kaemingk

mr. G. Koop

prof. mr. W.J. Oostwouder

mr. R.L.P. van der Velden

prof. mr. dr. F.J. Vonck

mr. K. Wiersma

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.



Als **One Firm: Law & Tax** zijn wij trots op de unieke ondersteuning die wij bieden aan internationale ondernemingen, financiële instellingen, investeerders en vermogenden. Dit doen we vanuit Nederland, België, Luxemburg en Zwitserland, onze thuishavens. En met kantoren in financiële centra en een wereldwijd partnernetwerk, staan wij u bij waar u wenst.

Op het Europese vasteland zijn wij koploper en met bijzondere aandacht voor Private Equity & Funds, Real Estate, Life Sciences & Healthcare en Energy & Infrastructure. Door fiscale, civiel rechtelijke en notariële expertise te integreren en aan de hand van advies, transacties en procesvoering, helpen wij u vooruit met slimme en efficiënte oplossingen.

Binnen een goed partnerschap draait topadvies niet alleen om kennis, maar ook om het begrijpen van uw zaak tot in detail en het vinden van de beste oplossing. Deze toewijding is de basis van ons succes.

Laten we samen oplopen - **Further. Better. Together.**

Amsterdam, Brussel, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Tokio, Zürich