

ANNOTATIE

# Subjectieve partijbedoeling bij aangaan of objectieve uitleg criteria BBA bij eindigen overeenkomst? De AT5-journaliste en de TROS-dokter

*mr. dr. L. van den Berg*

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 28-04-2014,  
ECLI:NL:RBAMS:2014:3470 (AR-2014-0566)*

## 1. Inleiding

Het toepassingsbereik van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) strekt zich niet uitsluitend uit tot werknemers. Behalve uitzonderingen op de werkingssfeer voor onder meer bestuurders, geestelijken en onderwijzend personeel, geldt een uitbreidingsbepaling die kort gezegd bedoeld is voor personen die hun werk weliswaar niet op arbeidsovereenkomst, maar evenmin als zelfstandig ondernemer verrichten. Artikel 1 onder b sub 2 BBA beschouwt als werknemer: 'degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is.' De eisen van bovengenoemde bepaling brengen mee dat het voor opdrachtgevers lastig kan zijn om te bepalen of voor de opzegging van een arbeidsverhouding met een opdrachtnemer een ontslagvergunning vereist is. Hoe stelt hij bijvoorbeeld vast of de arbeid die voor hem wordt verricht een bijkomstige werkzaamheid is? Dat ook het vaststellen van het aantal opdrachtgevers problematisch kan zijn, illustreert de onderhavige uitspraak.

## 2. Feiten en rechtsoordeel

Opdrachtneemster verricht sinds oktober 2011 werkzaamheden voor AT5. De werkzaamheden van opdrachtneemster betroffen die van journalistiek redacteur voor de website (met Facebook en Twitter) en Teletekstpagina van AT5. Zij verrichtte deze werkzaamheden op het kantoor van AT5 volgens een vooraf opgesteld rooster. Zij heeft aan AT5 een VAR-wuo overhandigd. Op 20 januari 2013 heeft opdrachtneemster tijdens haar werkzaamheden op de

redactie van AT5 naar aanleiding van een goal van Ajax tijdens de voetbalwedstrijd Ajax-Feijenoord op het Twitter-account van AT5 het bericht 'Joden' geplaatst. Kort daarna heeft zij dit bericht weer verwijderd. Op 21 januari 2013 heeft AT5 aan opdrachtneemster meegedeeld dat zij naar aanleiding van bovenstaand incident niet meer werd ingeroosterd. Thans stelt opdrachtneemster zich op het standpunt dat sprake is van een nietige opzegging, omdat AT5 toestemming van het UWV had moeten vragen (art. 1 BBA). Op 20 maart 2013 stond op de LinkedIn-pagina van opdrachtneemster vermeld dat zij vanaf 2008 tot 'present' werkzaam was als freelancejournalist voor VPRO, NOS, NTVF MTV en nog zeven persuitgaven en dat zij van juni tot september 2012 als contentmanager en eindredacteur werkzaam is geweest bij Blueprint Media.

De kantonrechter stelt vast dat primair in geschil is of opdrachtneemster kan worden aangemerkt als werknemer als bedoeld in artikel 1 onder b sub 2 BBA. Dit zal niet het geval zijn indien de betreffende arbeid in de regel ook voor ten minste twee andere opdrachtgevers wordt verricht. Volgens de (naar mag worden aangenomen) door opdrachtneemster zelf opgegeven gegevens op haar LinkedIn-pagina heeft zij in de betreffende periode als 'self-employed' freelancer journalistieke werkzaamheden verricht voor een groot aantal (er worden er ten minste twaalf genoemd) opdrachtgevers. Volgens de eigen stelling van opdrachtneemster heeft zij slechts twaalf van de in totaal 32 in 2012 verzonden facturen naar AT5 gezonden, waaruit volgt dat zij in die periode twintig facturen aan andere opdrachtgevers moet hebben verzonden. Voorts acht de kantonrechter van belang dat opdrachtneemster blijkens de gegevens op haar LinkedIn-pagina ook in de jaren voor 2011 als zelfstandige werkzaam was, dat zij zelf haar werkzaamheden declareerde, dat er geen sprake was van een vast patroon van (behoudens vakanties) steeds hetzelfde aantal dagen per maand dat zij voor AT5 werkte en dat de werkzaamheden voor AT5 (aanzienlijk) minder dan de helft van de normaal beschikbare arbeidstijd per maand in beslag namen. Gelet op de hiervoor bedoelde omstandigheden had het op de weg van opdrachtneemster gelegen om haar verweer dat er geen sprake was van meer dan drie opdrachtgevers nader te onderbouwen. Zij had dit eenvoudig kunnen doen door gegevens uit haar administratie te overleggen. Ook uit de overige omstandigheden kan niet worden afgeleid dat opdrachtneemster anders dan als zelfstandig opdrachtnemer voor meer dan drie opdrachtgevers werkzaam placht te zijn. De kantonrechter overweegt ten slotte dat ook indien ervan wordt uitgegaan dat opdrachtneemster niet meer dan drie opdrachtgevers had, zij niet zonder meer als werknemer in de zin van artikel 1 onder b sub 2 BBA kan worden aangemerkt omdat daarvoor de feiten en omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst bepalend zijn.

### 3. Commentaar

De kantonrechter Amsterdam lijkt weinig op te hebben met personen die zich weliswaar naar buiten toe als zelfstandig ondernemer presenteren, maar ook gebruik willen maken van werknemers beschermende regelingen, zoals het BBA. Naar het oordeel van de kantonrechter was het voor de journaliste eenvoudig geweest om aan te tonen dat geen sprake was van meer dan drie opdrachtgevers door gegevens uit haar administratie te overleggen. Nu zij dat heeft nagelaten, is voor de kantonrechter voldoende aannemelijk dat zij niet onder de

gelijkstellingsbepaling van het BBA valt. Een belangrijke indicatie daarvoor is dat uit haar LinkedIn-pagina bleek dat zij vanaf 2008 tot 'present' werkzaam was als freelancejournalist voor een twaalfstal opdrachtgevers. Bovendien speelde een rol dat slechts twaalf van de totaal 32 in 2012 verzonden facturen aan AT5 waren verzonden. Voorts wijst de kantonrechter op het ontbreken van een vast patroon en de beperkte omvang van de werkzaamheden. De kantonrechter wijst er tot besluit op dat ook al zou de journaliste niet meer dan drie opdrachtgevers hebben gehad, nog niet vaststaat dat zij voldoet aan de eisen van artikel 1 onder b sub 2 BBA, omdat daarvoor de feiten en omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst bepalend zijn.

De uitkomst van deze uitspraak zal naar mijn inschatting bij weinigen tot weerstand leiden. Uiteraard is het bij het opzeggen van de arbeidsverhouding aan de opdrachtgever zelf om zich ervan te vergewissen of het BBA van toepassing is. Bij arbeidsverhoudingen met personen die zich voordoen als zelfstandig ondernemer zullen – begrijpelijkerwijs – slechts weinigen bij de beëindiging van het contract toestemming vragen bij het UWV. Desalniettemin leert deze uitspraak dat het voor opdrachtgevers niet onverstandig is om bij het beëindigen van een opdracht toestemming (voor zover vereist) te vragen.

Bij het invoeren van het opzegverbod gelden – gelukkig – de normale bewijsregels. De kantonrechter overweegt hier terecht dat het voor de journaliste zelf eenvoudig was om gegevens uit haar administratie te overleggen waaruit het aantal opdrachtgevers blijkt. Aangezien zij dat heeft daargelaten, verbaast het me niet dat de kantonrechter afgaat op (onder meer) de informatie die zij zelf op haar LinkedIn-pagina heeft vermeld. Wie bekend is met het arrest inzake de TROS-dokter, zal zijn wenkbrauwen bij het lezen van deze uitspraken echter waarschijnlijk hebben gefronst bij de door de kantonrechter gehanteerde criteria.

#### **4. Arrest TROS-dokter**

Het TROS-dokterarrest (HR 9 december 2011, JAR 2012/17, m.nt. C.G.M. Fruytier) betreft de heer Schretlen, die sinds 1978 werkzaamheden voor de TROS had verricht, onder meer redactie van medische berichtgeving op teletekst. Hij werd betaald per geplaatst bericht en ontving daarmee een bedrag van € 1157,10 per maand. Behalve de werkzaamheden voor de TROS, was Schretlen tussen 1984 en 2002 parttime werkzaam als huisarts en verrichtte hij activiteiten op cultureel en literair gebied. In 2008 staakte de TROS de medische rubriek en beëindigde de overeenkomst met Schretlen, waarna de vraag rees of hij onder de gelijkstellingsbepaling van het BBA viel.

Volgens het hof was dat het geval. De overeenkomst tussen Schretlen en de TROS bracht mee dat Schretlen jegens de TROS gehouden was de arbeid persoonlijk te verrichten. Nu gesteld, noch gebleken was dat de werkzaamheden als huisarts en schrijver op enigerlei wijze vergelijkbaar waren geweest met het opstellen van medische tekstberichten, faalde de stelling van de TROS dat hij voor meer dan twee anderen werkzaamheden had verricht. Volgens het hof was evenmin sprake van een bijkomstige werkzaamheid, aangezien de werkzaamheden

voor de TROS sinds 2002 zijn grootste bron van inkomsten uit arbeid vormden. Dat partijen bij aanvang van de relatie niet beoogden een arbeidsrelatie in de zin van het BBA aan te gaan, speelde daarbij volgens het hof geen rol, omdat niet de partijbedoeling bij de aanvang van de werkzaamheden, maar de vraag of een werknemer op het moment van de beëindiging van de arbeidsrelatie bescherming behoeft.

In cassatie speelde kort gezegd allereerst de vraag naar de rol van de partijbedoelingen en de daarmee samenhangende omstandigheden van het geval. Het arrest leert dat uitsluitend bij het vereiste van het persoonlijk verrichten van de arbeid de – subjectieve – partijbedoelingen een rol kunnen spelen. Volgens de Hoge Raad heeft het hof terecht, in het kader van de vraag of de overeenkomst tussen partijen een verplichting voor Schretlen meebracht de werkzaamheden persoonlijk te verrichten, onderzocht wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. Dat de subjectieve partijbedoelingen een rol spelen bij de vraag of sprake is van het persoonlijk verrichten van arbeid, leerde de Hoge Raad ons al eerder in het arrest Heger/Geillustreerde Pers (HR 21 maart 1969, *NJ* 1969/321). De Hoge Raad wees er in laatstgenoemd arrest op dat bij een objectieve invulling de onwenselijke situatie zou ontstaan dat de opdrachtnemer het zelf in de hand zou hebben het BBA van toepassing te laten zijn. De overige in artikel 1 onder b sub 2 genoemde criteria (voor niet meer dan twee anderen, geen bijkomstige werkzaamheid) zijn volgens de Hoge Raad, gelet op het beschermingskarakter van het BBA, objectief van aard. De strekking van het BBA brengt bovendien mee dat bescherming van betrokkene op het moment van de beëindiging van de arbeidsverhouding vereist maar ook voldoende is dat op dat moment aan genoemde criteria wordt voldaan.

## 5. Terug naar de journaliste

Wanneer we de uitspraak van de kantonrechter inzake de voor AT5 werkzame journaliste leggen tegen de lat van de in het arrest TROS-dokter neergelegde criteria, dan kunnen we de voorzichtige conclusie trekken dat we mogelijk te maken hebben met een eigenzinnige kantonrechter. De overweging (weliswaar ten overvloede) van de kantonrechter dat ook als de journaliste niet meer dan drie opdrachtgevers had, de feiten en omstandigheden bij het aangaan van de arbeidsrelatie bepalend zijn, staat – voorzichtig gezegd – op gespannen voet met de overwegingen van de Hoge Raad in het TROS-dokterarrest. Hierin kwam immers naar voren, dat (subjectieve partijbedoelingen en) de feiten en omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst uitsluitend een rol spelen bij de vraag of sprake is van het persoonlijk verrichten van de arbeid. De toetsing van het aantal opdrachtgevers en het al dan niet bijkomstige karakter van de werkzaamheden dient objectief te geschieden; de feitelijke situatie is bepalend.

Ook bij de beoordeling van het aantal opdrachtgevers door de kantonrechter rijzen vragen. Volgens de Hoge Raad dient de toetsing plaats te vinden op het moment van opzegging van de arbeidsverhouding. Dat de journaliste volgens de informatie op haar LinkedIn-pagina vanaf 2008 ten minste twaalf opdrachtgevers had en dat volgens haar stelling twaalf van de 32 in 2012 verzonden facturen aan AT5 waren gericht, brengt immers in beginsel nog niet mee dat

zij op het moment van opzegging (21 januari 2013) ten minste drie opdrachtgevers had. Zo is goed denkbaar dat de opdrachten volgtijdelijk hebben plaatsgevonden, dat zij in 2012 twintig facturen aan slechts één andere opdrachtgever heeft verzonden, dan wel dat de andere opdrachten die zij in 2012 had, reeds voor 21 januari 2013 waren beëindigd. Voorts is geen aandacht besteed aan de aard van de werkzaamheden die zij voor de andere opdrachtgevers verrichtte; het BBA eist immers dat zij ‘dergelijke arbeid’ voor niet meer dan twee anderen verricht.

## 6. Kritiek op de uitleg van de gelijkstellingsbepaling

Boot geeft in zijn bespreking van dit arrest kritiek op de door de Hoge Raad voorgestane benadering van de vereisten van het BBA (G.C. Boot, ‘BBA-werknemerschap’, *Arbeidsrecht* 2012/42). Hij is van opvatting dat hierdoor de opdrachtnemer het in de hand heeft om buiten medeweten van de opdrachtgever om, het BBA van toepassing te laten zijn. Wanneer de opdrachtnemer bij aanvang van de overeenkomst meer dan twee vergelijkbare opdrachtgevers had en om die reden niet onder het BBA viel, bewerkstelligt hij het toepasselijk worden van het BBA door het beëindigen of in te perken van die werkzaamheden, aldus Boot. Dat spoort kort gezegd niet met de in het arrest Heger/Geïllustreerde Pers aangevoerde ratio van de subjectieve invulling van het vereiste van persoonlijk arbeid verrichten. Boot pleit er dan ook voor een groter gewicht toe te kennen aan de situatie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.

Ik kan me goed indenken dat Boot het onbevredigend vindt dat een der partijen ‘een overeenkomst van kleur kan doen verschieten’. Desalniettemin geeft de casus in het TROS-dokter-arrest eveneens aan dat bij langdurige arbeidsverhoudingen ook in de loop der tijd een economische afhankelijkheid kan ontstaan die buiten de directe macht van partijen ligt, en in ieder geval niets van doen heeft met de wens zich onder het toepassingsbereik van het BBA te brengen. Bovendien behoeft de situatie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor opdrachtgevers evenmin altijd helder voor een opdrachtgever te zijn. Het problematische bij de toepassing van de gelijkstellingsbepaling is nu juist dat (met uitzondering van het vereiste van persoonlijke arbeid) de criteria omstandigheden buiten de specifieke arbeidsverhouding betreffen. Ook vooraf kan het voor een opdrachtgever lastig zijn het aantal opdrachtgevers van zijn opdrachtnemer te controleren. Overigens verhoudt het door de Hoge Raad voorgestane peilmoment zich mijns inziens slecht met de eis dat dergelijke arbeid ‘in de regel’ voor niet meer dan twee anderen wordt verricht. Dat impliceert immers dat de beoordeling van het aantal opdrachtgevers over een langere periode plaatsvindt.

## 7. Tot slot

Gelet op de overduidelijke bedoeling om met de gelijkstellingsbepaling de personen die economisch afhankelijk van een ander zijn bescherming tegen ontslag te bieden, ligt een objectieve uitleg van de criteria van het BBA voor de hand. Anders dan de kantonrechter in de onderhavige uitspraak overwoog, zijn daarvoor echter niet de feiten en omstandigheden bij het aangaan, maar bij het beëindigen van de overeenkomst bepalend. Overigens zullen

opdrachtgevers niet al te lang meer kampen met onzekerheid over de vraag of voor de opzegging van de arbeidsverhouding met een opdrachtnemer toestemming is vereist; na de inwerkingtreding van de relevante bepalingen in de Wet Werk en Zekerheid geldt de preventieve toets uitsluitend nog voor personen met een arbeidsovereenkomst.