

beschikking

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht
Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Zaaknummer: 10029731 EJ VERZ 22-329

Beschikking van 9 november 2022

in de zaak van:

██████████
wonende te ██████████
verzoeker,
verder te noemen: ██████████
gemachtigde: mr. J.M. van Haalen.

tegen:

██████████
██████████ **Metaalbewerking** gevestigd te ██████████
verweerder,
verder te noemen: ██████████,
gemachtigde: mr. J. van Haarlem

1. Het procesverloop

in de zaak van het verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek

- 1.1. De kantonrechter heeft kennisgenomen van de volgende stukken:
- het verzoekschrift ex artikel 7:681 BW met producties;
 - het verweerschrift, tevens houdende zelfstandige verzoeken met producties;
 - de akte wijziging van het verzoek van 12 oktober 2022 van de zijde van ██████████ met producties;
 - de akte vermeerdering van het verzoek van 19 oktober 2022 van de zijde van ██████████
 - de akte vermeerdering van het zelfstandig verzoek van 20 oktober 2022 van de zijde van ██████████;
 - de bij brief van 24 oktober 2022 van mr. Van Haalen toegezonden productie (genummerd 16);
 - de bij brief van 24 oktober 2022 van mr. Van Haarlem toegezonden producties (genummerd 20 en 21);
 - de bij brief van 25 oktober 2022 van mr. Van Haarlem toegezonden producties (genummerd 22 tot en met 26);
 - de pleitaantekeningen van mr. Van Haalen;
 - de pleitaantekeningen van mr. Van Haarlem.

1.2. Op 26 oktober 2022 heeft een zitting plaatsgevonden. Daarbij waren aanwezig [REDACTED] in persoon samen met zijn gemachtigde, mr. Van Haalen. [REDACTED] was eveneens in persoon aanwezig, samen met zijn gemachtigde mr. Van Haarlem.

2. De feiten

in de zaak van het verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek

- 2.1. [REDACTED] voert een onderneming gespecialiseerd in maatwerk ijzerwerk (messing (roestvrij) staal en gietijzer).
- 2.2. [REDACTED] heeft op [REDACTED] 2007 de eenmanszaak [REDACTED] Metaaltechniek opgericht.
- 2.3. Uit de de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (kvk) van zowel [REDACTED] als die van [REDACTED] blijkt dat [REDACTED] en [REDACTED] beiden als zelfstandig ondernemer werkzaam zijn, met de SBI-code 2562 (algemene metaalbewerking) en er geen andere personen in hun eenmanszaak werkzaam zijn.
- 2.4. De zakelijke administratie van [REDACTED] en zijn fiscale verantwoording aan de belastingdienst sluiten aan bij het feit dat:
- 1) hij zelfstandig ondernemer is en
 - 2) er geen sprake is van werknemers in zijn onderneming en
 - 3) het inkomen dat hij verdient winst uit onderneming is en geen inkomsten uit dienstbetrekking.
- 2.5. [REDACTED] is op [REDACTED] 2010 begonnen met het verrichten van werkzaamheden voor [REDACTED] op basis van een overeenkomst van opdracht. Ten tijde van de eerste samenwerking met [REDACTED] beschikte [REDACTED] over een zogenaamde VAR-verklaring WUO die hij aan [REDACTED] heeft overhandigd.
- 2.6. In de periode dat [REDACTED] voor [REDACTED] werkzaam was heeft hij gedurende twee perioden voor een andere opdrachtgever gewerkt. Het betreft werkzaamheden als zelfstandige voor [REDACTED] van 16 december 2010 tot 1 mei 2012 en voor [REDACTED] van 26 februari 2014 tot 1 juni 2016.
- 2.7. [REDACTED] heeft [REDACTED] maandelijks een met btw belaste factuur toegezonden met betrekking tot zijn werkzaamheden voor [REDACTED]. Tot 2019 berekende [REDACTED] € 20,00 exclusief 21% btw per uur. Op enig moment heeft [REDACTED] te kennen gegeven een uurtarief van € 30,00 exclusief btw in rekening te willen brengen. [REDACTED] heeft [REDACTED] voorgesteld om op basis van een arbeidsovereenkomst te gaan werken tegen een loon van € 1.050,00 netto per maand. [REDACTED] heeft hierop afwijzend gereageerd omdat hij er de voorkeur aan gaf om als ZZP'er te blijven werken.
- 2.8. Partijen hebben vervolgens met elkaar afgesproken dat [REDACTED] voortaan per handeling/product betaald zou worden. [REDACTED] bepaalde zelf de prijs voor zijn werkzaamheden. Wilde [REDACTED] een prijs doorvoeren, die [REDACTED] te hoog vond, dan ging een en ander niet door en werden de desbetreffende werkzaamheden niet door [REDACTED] verricht.

- 2.9. In de zomer van 2021 heeft [REDACTED] een hartinfarct gehad en om die reden enige tijd geen werkzaamheden verricht. [REDACTED] heeft gedurende die periode geen aanspraak gemaakt op doorbetaling van loon tijdens ziekte.
- 2.10. Op 2 december 2021 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] meegedeeld naar huis te gaan, omdat er onvoldoende werk voor hem zou zijn. Medio januari 2022 heeft [REDACTED] zich weer beschikbaar gesteld voor het uitvoeren van werkzaamheden voor [REDACTED]. In de tussenliggende periode heeft hij voor derden trappen bekleed. Verder heeft [REDACTED] aan [REDACTED] meegedeeld dat hij voortaan op de woensdagen en donderdagen vanwege andere werkzaamheden bij een bedrijf voor trapbekleding niet meer voor [REDACTED] zou komen werken.
- 2.11. Op 25 maart 2022 heeft [REDACTED] voor het laatst werkzaamheden verricht voor [REDACTED]. Begin april 2022 heeft [REDACTED] van [REDACTED] gehoord dat er voor [REDACTED] tijdelijk geen werkzaamheden beschikbaar waren.
- 2.12. Op 7 mei 2022 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] een e-mail gestuurd, waarvan de inhoud, voor zover hier van belang, als volgt luidt:
"Ik vind het jammer dat je voor mij aankomende week geen werk hebt. Je gaf aan dat je over 12 weken pas misschien weer werk voor mij hebt (...) Ik neem aan dat er bij jou door [REDACTED] zijn besteld die ik in het verleden voor jou heb geproduceerd. Ik stel voor per direct de bedongen arbeid te verrichten".
- 2.13. In reactie hierop heeft [REDACTED] bij e-mail van 7 mei 2022, voor zover hier van belang, het volgende aan [REDACTED] meegedeeld:
"Ik heb niet aangegeven dat we pas over 12 weken weer werk was ... Een tijd geleden heb ik je gebeld omdat ik met een grote offerte bezig was en of je dan tijd en zin zou hebben om daar aan mee te werken. Je hebt toen aangegeven dat je dan zou kijken of je dat mee kon inplannen. Van de week heb ik je gesproken toen was je bezig om planning te maken of ik al iets wist van die grote opdrachten of je dat al moest in gaan plannen ... toen heb ik aangegeven dat als de klant opdracht geeft hij geld voor de stempel moest overmaken en dat stempel maken ongeveer 12 weken zou duren ... dan ga ik in eerste instantie zelf doen om optimale snelheid te krijgen en moet ik waarschijnlijk dingen gaan aanpassen etc.
Er lopen inderdaad wat producten voor [REDACTED]. En ook dingen die jij in het verleden hebt gemaakt. Maar ik ga jou geen werk laten doen als ik dat zelf ook kan doen zonder in de knoei te komen met levertijd (...)
Als ik werk zie binnenkomen en van je diensten gebruik zou willen maken zal ik dit tijdig aangeven en dan hoor ik wel wanneer je dat eventueel zou kunnen doen"
- 2.14. Nadien hebben partijen nog verschillende keren per e-mail met elkaar gecorrespondeerd. Bij e-mail van 31 mei 2022 heeft [REDACTED] voor zover hier van belang, het volgende aan [REDACTED] meegedeeld:
"op 2 december kwam jij naar me toe toen ik met klant in de hal van de watersnijder bezig was. toen zei je letterlijk: "ik ga naar huis toe want er is geen werk meer." Als je toen had gevraagd of er nog werk was ... Had je door kunnen blijven werken maar dat je het op die manier deed was denk ik omdat je het te druk thuis had? Daarna heb ik 6 weken niks van je gehoord (...) In Januari toen je wel weer kwam meld je ook op dinsdag avond dat je er donderdag en vrijdag niet bent via whatsapp. De week erop kreeg ik te horen dat dat voort elke week was ...
Maand later werd het wat rustiger denk ik toen gaf je aan dat je best meer tijd had en ook op donderdag en vrijdag kon inplannen (...) ik ga geen gebruik meer maken van jouw arbeid."
- 2.15. Na deze mail van [REDACTED] is er tussen partijen geen contact meer geweest.

3. Het verzoek

In de zaak van het verzoek

3.1. [REDACTED] verzoekt – na wijziging van zijn verzoeken – bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

I. een verklaring voor recht dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst tussen partijen;

II. bij wijze van voorlopige voorziening voor de duur van het geding [REDACTED] te veroordelen tot betaling aan [REDACTED] van het loon van bruto € 3.314,96 per maand te vermeerderen met de emolumenten, vanaf 26 maart 2022 tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, en [REDACTED] in staat te stellen de bedongen werkzaamheden te verrichten, onder verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 1.000,00 dan wel een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, per dag dat [REDACTED] in gebreke blijft;

III. te verklaren voor recht dat [REDACTED] de op hem op grond van het Bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek rustende verplichtingen met terugwerkende kracht jegens [REDACTED] dient na te komen;

Tevens primair:

IV. de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen;

V. [REDACTED] te verplichten [REDACTED] binnen 24 uur na betekening van de in dezen te wijzen beschikking toe te laten tot de bedongen werkzaamheden, tot de datum dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000,00 dan wel een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, per dag dat [REDACTED] in gebreke blijft;

en

[REDACTED] te veroordelen tot betaling aan [REDACTED] van:

VI. het loon vanaf 26 maart 2022 tot en met de dag dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, te weten € 3.314,96 bruto per maand te vermeerderen met emolumenten;

VII. de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de verzochte loonbedragen;

VIII. de wettelijke rente over de som van voornoemde bedragen vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag van betaling;

Tevens subsidiair

[REDACTED] te veroordelen tot betaling aan [REDACTED] van:

IX. een billijke vergoeding ter hoogte van € 42.961,92 bruto, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag;

X. het achterstallig loon vanaf 26 maart 2022 tot en met 31 mei 2022, te weten € 3.314,96 bruto per maand te vermeerderen met de emolumenten;

XI. de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de verzochte loonbedragen;

XII. de wettelijke rente over de som van voornoemde bedragen vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag van betaling;

XIII. een vergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 9.944,88 bruto te vermeerderen met emolumenten;

XIV. de wettelijke transitievergoeding;

Primair en subsidiair

[REDACTED] te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2. Aan zijn verzoek heeft [REDACTED] – zakelijk weergegeven en voor zover thans van

belang – het volgende ten grondslag gelegd.

Op 30 april 2010 is [REDACTED] begonnen met het verrichten van werkzaamheden voor [REDACTED] dit op basis van een overeenkomst van opdracht tussen partijen. [REDACTED] meent echter dat er gelet op de artikelen 7:610 en 7:610a BW en de door Hoge Raad in zijn arrest van 6 november 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1746; X/Gemeente Amsterdam) aangelegde maatstaf vanaf medio 2016 sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst. Nu [REDACTED] niet schriftelijk heeft ingestemd met de bij e-mail van 31 mei 2022 door [REDACTED] gedane opzegging van de arbeidsovereenkomst, noch sprake is van een van de in artikel 7:671 lid 1 BW genoemde gevallen, is deze opzegging vernietigbaar. Ter zitting heeft [REDACTED] bij monde van zijn gemachtigde nog naar voren gebracht dat hij in de opzegging berust. [REDACTED] heeft aldus zijn verzoek om vernietiging van het ontslag en de daarmee samenhangende verzoeken ingetrokken (sub 4 tot en met 8 van het petitum).

3.3. [REDACTED] voert verweer tegen het verzoek en concludeert tot afwijzing van het verzoek. Daartoe heeft hij – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – aangevoerd dat [REDACTED] zijn werkzaamheden voor [REDACTED] heeft verricht op basis van een opdrachtovereenkomst. Dit is de uitdrukkelijke bedoeling van partijen geweest. Bovendien was er geen sprake van een gezagsverhouding. Nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft [REDACTED] op goede gronden de samenwerking tussen partijen beëindigd.

In de zaak van het (voorwaardelijk) tegenverzoek

3.4. In het geval wordt aangenomen dat wel sprake is van een arbeidsovereenkomst en de opzegging wordt vernietigd, verzoekt [REDACTED] – na vermeerdering van zijn verzoek – bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b jo 7:699 lid 3 sub g, h, of i BW;

Verklaringen voor recht

I. Te verklaren voor recht dat nu [REDACTED] voor [REDACTED] op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW werkzaam is geweest, hun arbeidsrelatie onmogelijk ook als overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW kan worden gekwalificeerd, waardoor:

(1) [REDACTED] gehouden is om alle facturen die hij aan [REDACTED] zond te crediteren en een schriftelijke creditfactuur ter beschikking te stellen;

(2) [REDACTED] gehouden is om de onverschuldigd door [REDACTED] betaalde omzetbelasting terug te betalen;

een en ander binnen vijf werkdagen na de in dezen te wijzen beschikking c.q. de ontvangst door [REDACTED] van de premieopgave(n) door het pensioenfonds op straffe van een dwangsom van € 250,00 voor iedere dag dat [REDACTED] in gebreke blijft en te verhogen met de wettelijke rente vanaf de in dezen te wijzen beschikking;

II. Te verklaren voor recht dat nu [REDACTED] voor [REDACTED] op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is geweest:

(1) het loon moet worden vastgesteld op een bedrag van € 2.500,00 op basis van een fulltime dienstverband, althans conform de cao Metaal en Techniek;

(2) [REDACTED] gehouden is om het werknemersdeel van de pensioenpremies verbonden aan de verplicht gestelde pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek te dragen conform de door [REDACTED] op te vragen /verkrijgen berekeningen van het betrokken pensioenfonds;

(3) [REDACTED] gerechtigd is om met het door hem aan [REDACTED] verschuldigde loon de

navolgende posten te verrekenen:

- a. de netto bedragen die hij op grond van eerdere van [REDACTED] ontvangen declaraties al heeft voldaan;
- b. de door [REDACTED] onverschuldigd aan [REDACTED] betaalde omzetbelasting die door [REDACTED] nog niet werd terugbetaald te vermeerderen met mogelijk verschuldigde dwangsommen en
- c. het werknemersdeel van de pensioenpremie zoals door het bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek vastgesteld;

III. te verklaren voor recht dat [REDACTED] geen aanspraak heeft op loon c.a. na 31 mei 2022 nu hij sindsdien geen werkzaamheden meer heeft verricht en zich daarvoor ook niet beschikbaar heeft gehouden c.q. feitelijk ook niet beschikbaar was.

Met veroordeling van [REDACTED] in de integrale kosten van rechtsbijstand, die tot en met heden zijn begroot op € 5.494,99 exclusief btw.

3.5. [REDACTED] voert verweer tegen het (voorwaardelijk) tegenverzoek.

In de zaak van het verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek

3.6. Op de stellingen én het verweer van partijen tegen de jegens hen over en weer ingestelde verzoeken zal hierna, voor zover nodig, nader worden ingegaan.

4. De beoordeling

in de zaak van het verzoek

ontvankelijkheid van het verzoek van [REDACTED]

4.1. Het gaat in deze procedure in het bijzonder om de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen [REDACTED] en [REDACTED] om de vraag of [REDACTED] de overeenkomst met hem heeft mogen opzeggen en of [REDACTED] vanwege de beëindiging van de overeenkomst jegens [REDACTED] aanspraak heeft op een geldelijke vergoeding. Alvorens daaraan toe te komen, heeft de kantonrechter te beslissen op het door [REDACTED] opgeworpen processuele verweer, inhoudende dat [REDACTED] deze zaak, althans voor zover die betrekking heeft op de door [REDACTED] verzochte verklaring van recht (dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst) bij dagvaarding had moeten doen inleiden en niet-ontvankelijk moet worden verklaard nu hij dit bij verzoekschrift heeft gedaan.

4.2. De kantonrechter is met [REDACTED] van oordeel dat de door [REDACTED] verzochte verklaring van recht niet mogelijk is in het kader van de onderhavige verzoekschriftprocedure. Het verzoekschrift van [REDACTED] is blijkens haar aanhef en inhoud gebaseerd op artikel 7:681 BW en is (aanvankelijk) gericht op de vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Deze procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift, zo volgt uit artikel 7:686a BW, waarbij de werknemer daarmee verband houdende andere vorderingen ook kan indienen (lid 3). Gesteld kan echter worden dat met de verzochte verklaring van recht, zoals hier aan de orde en die gebaseerd is op het bepaalde in artikel 3:302 BW, de grenzen van het bepaalde in artikel 7:686a BW worden overschreden. Hierbij wordt opgemerkt dat in de parlementaire geschiedenis bij het begrip *'daarmee verband houdende andere vorderingen'* als bedoeld in lid 3 van voormeld artikel door de minister is gesproken over *'alle mogelijke vorderingen die zijn gebaseerd op titel 7:10 BW'*. Daarbij geldt uitdrukkelijk dat het vorderingen betreft die samenhangen met het al dan niet rechtsgeldig eindigen van een arbeidsovereenkomst en niet het antwoord op de

vraag of er überhaupt sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De conclusie is dan ook dat [REDACTED] niet ontvankelijk is in zijn verzoek voor zover dat ziet op de door hem verzochte verklaring van recht.

4.3. Het vorenstaande staat er echter niet aan in de weg om de overige verzoeken van [REDACTED] te beoordelen, nu hij ter zitting bij monde van zijn gemachtigde heeft aangevoerd dat deze verzoeken hun grondslag vinden in de stelling dat volgens hem sprake is van een arbeidsovereenkomst, hetgeen overigens door [REDACTED] gemotiveerd wordt betwist.

Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?

4.4. Bij de beoordeling van de aard van de rechtsverhouding tussen [REDACTED] en [REDACTED] stelt de kantonrechter voorop dat arbeid op verschillende juridische grondslagen kan worden verricht. Van oudsher komen daarvoor drie in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten in aanmerking, te weten: 1) de arbeidsovereenkomst, 2) de overeenkomst van opdracht en 3) (als het gaat om het tot stand brengen van een stoffelijk werk) de aanneming van werk. Bij de eerste is sprake van een dienstbetrekking, bij de twee andere gaat het om zelfstandige arbeid. Elke van deze overeenkomsten kent een eigen wettelijke regeling, met verschillende rechten en verplichtingen voor de betrokken partijen. Een belangrijk verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de beide andere bijzondere overeenkomsten is gelegen in de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de rechtsverhouding tot een einde komt. De onderliggende ratio daarvoor is dat als arbeid in (juridische) ondergeschiktheid en (economische) afhankelijkheid wordt verricht - zoals tussen de partijen bij de arbeidsovereenkomst het geval is - behoefte bestaat aan een dwingendrechtelijk ontslagrecht dat de vooronderstelde ongelijkheid tussen werkgever en werknemer compenseert, voorziet in een redelijkheidstoetsing van ontslagen en in een zekere mate van inkomensbescherming bij werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en ouderdom. Die noodzaak bestaat niet (in dezelfde mate) indien van de bedoelde ondergeschiktheid en afhankelijkheid geen (of beduidend minder) sprake is en de werker zich tegenover de werkverschaffer in een zodanige maatschappelijke (en onderhandelings)positie bevindt dat hij invloed kan uitoefenen op de hoogte van de beloning voor zijn werk en daardoor in staat is zelf voorzieningen te treffen die beschermen tegen genoemde risico's. Die situatie wordt verondersteld te bestaan tussen opdrachtgever en de opdrachtnemer of aannemer.

4.5. In artikel 7:610a BW is bepaald dat wordt vermoed dat wie gedurende drie maanden wekelijks of gedurende 20 uur per maand voor een ander tegen beloning arbeid heeft verricht, dat heeft gedaan krachtens arbeidsovereenkomst. Dit is een weerlegbaar rechtsvermoeden. In deze zaak is dit rechtsvermoeden van toepassing. Dit houdt in dat als [REDACTED] dit vermoeden ontzenuwt het aan [REDACTED] is de feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit volgt dat er (toch) sprake is van een arbeidsovereenkomst.

4.6. Dit rechtsvermoeden laat de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW onverlet. De kantonrechter zal op basis van deze definitie beoordelen of - zoals [REDACTED] betoogt en wat door [REDACTED] wordt betwist - van een arbeidsovereenkomst sprake is.

Definitie arbeidsovereenkomst

4.7. Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de arbeidsovereenkomst 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.

Toetsing in twee fasen

48. In het zogenaamde Participatieplaats-arrest van 6 november 2020 (Hoge Raad 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746), heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst toetsing in twee fasen moet plaatsvinden. Eerst moet worden gezien welke rechten en verplichtingen partijen onderling zijn overeengekomen (stap 1). Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook te worden gekeken naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Vervolgens is het, bij een verschil van mening daarover, aan de rechter te beoordelen tot welke overeenkomst deze set aan rechten en verplichtingen leidt (stap 2). Bij die eerste vraag (het in ogenschouw nemen van onderling overeengekomen rechten en plichten) moet volgens de Hoge Raad de Haviltexmaatstaf worden gebruikt, en speelt mede een rol wat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten (Hoge Raad, 13 maart 1982, ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Bij de beantwoording van de vraag welke rechten en plichten partijen onderling zijn overeengekomen kan de bedoeling van partijen dan ook wel een rol spelen. De Hoge Raad onderscheidt deze vraag in het arrest van 6 november 2020 echter heel nadrukkelijk van de vraag of de partijbedoeling voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie als zodanig van belang is.

4.9. De rechten en verplichtingen van partijen zijn in het onderhavige geval niet of nauwelijks op schrift gesteld. Bij de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen dient de kantonrechter te onderzoeken welke betekenis partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en uitlatingen ter zake mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Ook de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst kunnen van belang zijn voor de aan die overeenkomst te geven uitleg. De rechtsverhouding tussen partijen wordt verder beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid. Voor de uitleg van de overeenkomst tussen partijen acht de kantonrechter in deze zaak in ieder geval de volgende (vaststaande) feiten en omstandigheden van belang:

- a. De beloning van ████████ voor zijn werkzaamheden bij ████████ was gebaseerd op de toezending van maandelijkse facturen op naam van zijn eenmanszaak. Dit betrof een vast afgesproken bedrag per handeling/product, ongeacht het aantal uren dat hij werkte. Daarbij bracht ████████ ptw in rekening, presenteerde hij zich naar de fiscus als ondernemer en genoot hij in die hoedanigheid fiscale faciliteiten. Hij ontving geen vakantiegeld en/of loon bij ziekte. Ook ontving hij geen loonstroken en op de aan hem verrichte betalingen werd geen loonbelasting ingehouden of werden daarvan premies afgedragen. Er zijn evenmin aanwijzingen dat ████████ om loonstroken heeft gevraagd.
- b. ████████ verkocht arbeid, zoals vermeld staat op zijn zelf opgestelde prijslijst (productie 6 bij het verzoekschrift).
- c. ████████ was grotendeels vrij zijn uren zelf in te delen en hij kondigde, zoals blijkt uit de door partijen overgelegde WhatsApp-correspondentie, met regelmaat aan dat hij later zou verschijnen, waaraan ████████ geen (arbeidsrechtelijke) consequenties verbond. Ook is er

vanaf december 2021 een periode geweest dat [REDACTED] – zonder arbeidsrechtelijke consequenties – voor de duur van ongeveer 6 weken zijn werkzaamheden voor [REDACTED] heeft gestaakt. Er werd ook niet bijgehouden wanneer en hoeveel uur [REDACTED] werkte. Voorts meldde [REDACTED] wanneer hij op vakantie ging en daar werd nooit een probleem van gemaakt. Was [REDACTED] met vakantie, vrij, ziek en/of niet bereid om bepaalde werkzaamheden te verrichten, dan lagen deze werkzaamheden geheel bij [REDACTED] zelf. d. [REDACTED] heeft op enig moment – nadat hij een lezing bij de Metaalunie heeft bijgewoond over schijnzelfstandigheid – [REDACTED] een vast dienstverband willen aanbieden voor 20 uur per week met de mogelijkheid om gewerkte uren uit te betalen. Op dit aanbod is [REDACTED] niet ingegaan.

4.10. Vervolgens moet de kantonrechter de vraag beantwoorden of de rechten en plichten van partijen voldoen aan de criteria arbeid, loon en gezag. Als dat het geval is, is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Indien de overeenkomst niet voldoet aan deze - cumulatieve - criteria, is er in beginsel geen arbeidsovereenkomst.

4.11. De kantonrechter ziet aanleiding om eerst in te gaan op de vraag of tussen partijen een gezagsverhouding heeft bestaan.

Gezagsverhouding

4.12. Voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn de woorden “in dienst van” het meest onderscheidende criterium. Het vereiste van “in dienst van” wordt in de rechtspraak gelijkgesteld met de aanwezigheid van een gezagsverhouding. De vraag of sprake is van een gezagsverhouding is het cruciale punt bij het onderscheid met de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) en dus beslissend voor de vraag of er sprake is van een werknemer of van een ondernemer.

4.13. Er is uit de wet en/of rechtspraak geen heldere en afgebakende definitie van gezagsverhouding af te leiden. Dit maakt dat het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht dikwijls lastig te maken is. De vertaling van de gezagsverhouding in een instructiebevoegdheid geeft geen goed werkbaar criterium. Immers, ook de opdrachtgever is bevoegd om de opdrachtnemer instructies te geven (artikel 7:402 lid 1 BW). Dit laat onverlet dat in voorkomend geval de instructiebevoegdheid van de werkverschaffer zo ver- en diepgaand ingrijpt op de inhoud van de werkzaamheden en de (on)vrijheid van de werker om deze te verrichten, dat dit een belangrijke aanwijzing kan zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

4.14. Het ontbreken van een gezagsverhouding kan zich manifesteren doordat de werker in feite als zelfstandig ondernemer functioneert. Of daarvan sprake is, kan worden beoordeeld aan de hand van gezichtspunten, zoals het nemen van economisch risico, het factureren van de verrichte werkzaamheden, de vrijheid om andere werkzaamheden te verrichten, het bedienen van meerdere opdrachtgevers, het betalen van btw, het genieten van fiscale faciliteiten voor ondernemers, etc.

Instructies over de inhoud van de werkzaamheden

4.15. [REDACTED] heeft over het instructierecht in de kern aangevoerd dat [REDACTED] regelmatig aanwijzingen gaf over welke werkzaamheden door [REDACTED] moesten worden verricht en de wijze waarop.

4.16. [REDACTED] heeft hierop uitgebreid gereageerd en betwist dat er sprake was van enige gezagsverhouding tussen hem en [REDACTED]. De communicatie tussen partijen is volgens hem niet meer of anders dan hetgeen tussen een opdrachtgever en opdrachtnemer gangbaar is en voor zover die communicatie al zag op het werk dat [REDACTED] verrichtte ook passend bij de bevoegdheid die opdrachtgever heeft om aanwijzingen te geven zoals bepaald in artikel 7:402 lid 1 BW. Het geven van aanwijzingen behelst niet de gezagsverhouding die als voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst geldt. Die aanwijzingen waren veeleer adviezen hoe iets sneller of beter gedaan kon worden. De aanwijzingen van [REDACTED] op het werk waren er dus wel, maar zeer zeker niet om zijn wil op te leggen, aldus [REDACTED]. Verder wijst [REDACTED] op nog een aantal omstandigheden, dat volgens hem duidt op het ontbreken van een gezagsverhouding en daarmee het bestaan van een overeenkomst van opdracht. Volgens hem gaat het in deze zaak om onder meer de navolgende omstandigheden:

- [REDACTED] werkt(e) voor meerdere opdrachtgevers;
- [REDACTED] geeft uitsluitend aanwijzingen en instructies over het resultaat van de opdracht en [REDACTED] was vrij om te bepalen hoe en wanneer hij dit resultaat kon realiseren;
- [REDACTED] werkte solistisch en stuurde geen andere medewerkers aan;
- [REDACTED] was niet verplicht gehoor te geven aan een oproep van [REDACTED];
- Er vonden geen functioneringsgesprekken en beoordelingen plaats;
- [REDACTED] had geen toestemming van [REDACTED] nodig om verlof op te nemen;
- [REDACTED] was niet gebonden aan werktijden;
- [REDACTED] heeft een vergelijkbare onderhandelingspositie ten opzichte van [REDACTED].

4.17. Dit alles heeft [REDACTED] onvoldoende gemotiveerd tegengesproken. Gelet op de aanzienlijke vrijheden die [REDACTED] aldus genoot zijn er geen duidelijke aanwijzingen voor het bestaan van een gezagsverhouding. In dat verband ontbreken ook e-mails of andere schriftelijke instructies die op een gezagsverhouding duiden. Het beeld dat van een gezagsverhouding geen sprake is wordt bovendien versterkt door de in het geding gebracht e-mails en Whatsapp-correspondentie waaruit blijkt dat [REDACTED] kon komen en gaan wanneer hij wilde, zonder dat daar door [REDACTED] consequenties aan werden verbonden. Deze correspondentie bevestigt dat [REDACTED] grotendeels vrij was om zijn uren zelf in te delen. Dat sprake was van vaste werktijden is niet gebleken. Weliswaar stelt [REDACTED] dat laatste in zijn algemeenheid, maar hij werkt dat niet concreet en feitelijk uit.

De kantonrechter neemt tevens in aanmerking dat [REDACTED] zich niet eerder dan in de onderhavige procedure op het standpunt heeft gesteld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Niet ter discussie staat dat [REDACTED] zijn werkzaamheden voor [REDACTED] vanaf 2010 als ZZP'er – op basis van een overeenkomst van opdracht – is gaan verrichten. Uit de onweersproken stellingen van [REDACTED] volgt dat aan de aan [REDACTED] aangeboden arbeidsovereenkomst – op verzoek van [REDACTED] zelf – geen uitvoering is gegeven, omdat [REDACTED] zijn vrijheden als ZZP'er wilde behouden. Er is geen andere invulling gegeven aan de werkzaamheden van [REDACTED]. [REDACTED] is voor zijn werkzaamheden blijven factureren en ook de verhouding tussen partijen is hetzelfde gebleven. Aldus mocht [REDACTED] erop vertrouwen dat [REDACTED] helemaal geen arbeidsovereenkomst wenste en dat partijen daar ook steeds naar hebben gehandeld.

Ondernemerschap

4.18. Ook de feitelijke situatie, daaronder begrepen de houding en het gedrag van [REDACTED] wijst er naar het oordeel van de kantonrechter op dat hij niet werkzaam was als werknemer, maar als zelfstandig ondernemer. Dit oordeel wordt als volgt toegelicht

4.19. [REDACTED] heeft op 13 september 2007 – dus al ruim voor de samenwerking met [REDACTED] – zijn eenmanszaak [REDACTED] Metaaltechniek opgericht. Hij heeft al zijn werkzaamheden (en kosten) aan [REDACTED] gefactureerd en betaald gekregen, btw daarover afgedragen, terwijl hij die periode ook steeds de fiscale voordelen van het ondernemerschap – zoals zelfstandigenaftrek – heeft genoten. Ook tegenover de belastingdienst is door [REDACTED] het standpunt ingenomen dat hij niet in dienstbetrekking was bij [REDACTED]. Dat [REDACTED] een werknemer van [REDACTED] was is dus niet gebleken.

4.20. De kantonrechter is van oordeel dat gelet op voorgaande overwegingen onvoldoende is komen vast te staan dat er tussen partijen (ten minste) voldaan is aan het criterium gezagsverhouding. Op grond hiervan kan niet worden aangenomen dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Of al dan niet is voldaan aan de criteria persoonlijke arbeid en loon is dan niet meer van belang.

4.21. Uit het voorgaande volgt dat de kantonrechter het bewijsvermoeden van artikel 7:610a BW weerlegt acht. De (overige) argumenten die partijen verder nog hebben aangedragen acht de kantonrechter niet doorslaggevend voor de beslissing van deze zaak. De tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen moeten zo worden uitgelegd dat geen sprake is van loon, maar van betalingen in het kader van een opdracht tussen twee zelfstandigen, en dat er geen sprake is van een gezagsverhouding, maar alleen van een mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen in het kader van een opdracht. Deze rechten en verplichtingen voldoen niet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.

4.22. Een overeenkomst van opdracht kan te allen tijde worden opgezegd. Niet gebleken is dat partijen anders zijn overeengekomen. Dit betekent dat de opzegging van [REDACTED] op 31 mei 2022 rechtsgeldig is. [REDACTED] heeft onvoldoende gesteld om anders te oordelen.

4.23. De verzoeken van [REDACTED] die tot uitgangspunt nemen dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestond, komen dus niet voor toewijzing in aanmerking.

In de zaak van het (voorwaardelijk) tegenverzoek

4.24. Nu de overeenkomst tussen partijen wordt beschouwd als een overeenkomst van opdracht (en de opzegging van de tussen partijen bestaande overeenkomst stand houdt), is aan de voorwaarde voor het tegenverzoek niet voldaan. Het verzoek behoeft daarom geen verdere bespreking.

Proceskosten

4.25. [REDACTED] wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. Voor wat betreft het verzoek van [REDACTED] om [REDACTED] te veroordelen tot betaling van de integrale kosten rechtsbijstand, overweegt de kantonrechter dat [REDACTED] niet dan wel onvoldoende onderbouwd heeft waarom er redenen zijn om de integrale kosten van

procedure in plaats van de proceskosten volgens het liquidatietarief toe te wijzen.. Ingevolge vaste jurisprudentie is afwijking van de liquidatietarieven voor de vaststelling van de proceskosten mogelijk onder buitengewone omstandigheden, waaronder misbruik van procesrecht. Voor het aannemen van misbruik van procesrecht zijn zwaarwichtige gronden vereist. Dergelijke gronden kunnen onder meer aanwezig zijn indien rechten of bevoegdheden zodanig evident zijn aangewend zonder redelijk doel of voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gegeven, dat het aanwenden van die rechten of bevoegdheden blijk geeft van kwade trouw. Daarvan is in dit geval geen sprake en [REDACTED] heeft dat overigens ook niet gesteld. Dit verzoek zal derhalve worden afgewezen.

5. De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. verklaart het verzoek van [REDACTED] voor zover dat betrekking heeft op de verzochte verklaring voor recht dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst tussen partijen, niet-ontvankelijk;
- 5.2. wijst het verzoek van [REDACTED] voor het overige af;
- 5.3. veroordeelt de [REDACTED] tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de [REDACTED] tot en met vandaag vaststelt op € 498,00, aan salaris gemachtigde;
- 5.4. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gewezen door mr. J.A.M. van den Berk, kantonrechter, en op 9 november 2022 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

 "VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Oost-Brabant

  09 NOV. 2022