Relevante elementen voor de holistische toetsing van de arbeidsrelatie van waarnemers voor de LHV, KNMT en FMS.

Voorbehoud
Het gewicht dat in een concreet geval moet worden toegekend aan de verschillende omstandigheden is ook afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het is van belang dat per geval getoetst wordt aan alle feiten en omstandigheden en dat die feiten en omstandigheden in onderling verband worden beoordeeld.

		Arbeidsovereenkomst	**Opdracht**	**Waarnemen voor msb (ipv vrij beroeper)**	**Waarnemen voor ziekenhuis (ipv dienstverbander)**
1	De aard en duur van de werkzaamheden	- Zelfde werkzaamheden als werknemers. - Lange(re) duur werkzaamheden. - De werkzaamheden worden verricht in een strak kader, waar weinig tot geen ruimte is voor eigen invulling ten aanzien van de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. - Er is sprake van een inspanningsverplichting.	- specialistische werkzaamheden die zich duidelijk onderscheiden van de werkzaamheden die werknemers in de organisatie verrichten. - Korte(re) duur werkzaamheden. - Er is sprake van een resultaatverplichting.	Beperkter werk dan collega die wordt waargenomen (zie punt 3). Korte duur, hoe dan ook altijd voor bepaalde tijd. Dat kan zijn voor een bepaalde periode, dan wel gedurende de periode dat een bepaalde collega afwezig is (max 2 jaar). Maximum termijn van ½ jaar plus ½ jaar verlengen is om zorginhoudelijke redenen niet wenselijk: teveel wisselingen voor patiënt. Inspanningsverplichting.	Vrijwel alle punten zijn gelijk aan waarnemen voor msb, muv hetgeen hierna wordt aangegeven.
2	De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald	- Werkverschaffer bepaalt locatie (waar), werktijden/diensten/rooster (wanneer), etc. - Werkende is verplicht zich te houden aan protocollen, richtlijnen, voorschriften, regels, beleidsplannen, convenanten, instructies, etc. van werkverschaffer.	- Werkende bepaalt locatie (waar), werktijden/diensten/rooster (wanneer), tijdsduur behandeling/afspraak, etc. - Werkende is niet verplicht zich te houden aan protocollen, richtlijnen, voorschriften, regels, beleidsplannen, convenanten, instructies, etc. van werkverschaffer.	Werkverschaffer bepaalt locatie en werktijden. Werkende is verplicht zich te houden aan locale protocollen. Werkende heeft professionele autonomie en is volledig zelfstandig zijn werk uit te voeren. Sommige specialismen waar meer solistisch wordt gewerkt (bijv oogartsen), dan heeft werkende meer	

CONCEPT

			- Er is veel ruimte voor een eigen invulling ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden.	vrijheid tot indelen van zijn eigen werk.	
3	Inbedding van werk en werker	- De werkzaamheden zijn structureel ingebed in de organisatie van de werkverschaffer; - De werkende is ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering, wat kan blijken uit: werkzaamheden op locatie van werkverschaffer, gebruikmaken van ter beschikking gestelde voorzieningen van werkverschaffer, werken volgens rooster van werkverschaffer, lidmaatschap of deelname overlegstructuren van werkverschaffer, uitnodiging/deelname aan bedrijfsactiviteiten van werkverschaffer, functionerings- of beoordelingsgesprekken, opleiding/bijscholing gefaciliteerd door werkverschaffer, valt onder klachtenregeling werkverschaffer, etc.	- De werkzaamheden zijn zodanig onderscheidend en/of zodanig incidenteel dat deze niet structureel zijn ingebed in de organisatie van de werkverschaffer. - De werkende is niet ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering.	De werkzaamheden betreffen uitsluitend patiëntenwerk en geen opleidings-, management- of deelname aan bedrijfsactiviteiten. De waarnemer regelt en betaalt zijn eigen opleiding en bijscholing. Hij/zij valt niet onder de functionerings- en beoordelingscyclus van het ziekenhuis. Hij/zij wordt geen lid van de medische staf. Soms wordt de waarnemer ingeschakeld vanwege zijn heel specifieke kennis en ervaring.	

CONCEPT

4	De verplichting het werk persoonlijk uit te voeren	- De werkzaamheden zijn zodanig ingeregeld dat de werkende, bijvoorbeeld vanwege bijzondere kennis, kunde en/of expertise, zich niet/zeer moeilijk kan laten vervangen. - De werkende is verplicht de werkzaamheden zelf uit te voeren en kan/mag zich niet laten vervangen, dan wel uitsluitend met voorafgaande goedkeuring door werkverschaffer. Deze goedkeuring kan ook impliciet volgen uit de voorwaarden en afspraken inzake vervanging, NB: de mogelijkheid tot vervanging hoeft volgens het Deliveroo arrest de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst niet in de weg te staan.	- De contractuele mogelijkheid tot vervanging is zodanig vormgegeven dat sprake is van een verdienmodel, waarbij de werkende kan bepalen dat de overeengekomen werkzaamheden door diverse andere vervangers tegelijk kunnen worden uitgevoerd. Daarin ligt besloten dat geen sprake kan zijn van incidentele vervanging.	Vrije vervanging is niet gangbaar, maar zou wel kunnen omdat de meeste vakgenoten zich door een collega kunnen laten vervangen. Hier dienen dan objectieve criteria voor te worden opgenomen. Dit zou zelfs een verdienmodel kunnen zijn, maar ook dat is nu niet gebruikelijk.	Waarneming wordt door instelling geregeld en niet door vakgenoten, waardoor de procedure iets anders is -iets meer afstand tot de vakgroep. De instelling zal iets minder makkelijk denken over vrije vervangbaarheid, hoewel dat ook daar zou moeten kunnen met objectieve criteria.
5	De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen	- Overeenkomst opgesteld door werkverschaffer, zonder of weinig mogelijkheid voor werker om te onderhandelen.	- Gelijkwaardigheid partijen, waarbij de werker de ruimte heeft te onderhandelen over (onderdelen van) de overeenkomst. - Het is juist de werkende die (een deel van) de inhoud van de overeenkomst bepaalt en/of eigen voorwaarden kan toepassen.	Er is sprake van gelijkwaardigheid van partijen. Beide onderhandelen over de voorwaarden. Afhankelijk van de schaarste van het vak en/of specifieke expertise is meer of minder sprake van ongelijkwaardigheid.	Vanwege de afstand van de werkverschaffer tot het werk, kan de onderhandeling meer op afstand zijn. Dit maakt voor de gelijkwaardigheid niet veel uit.
6	De wijze waarop de beloning wordt bepaald en	- Een (door de werkverschaffer vastgestelde) vaste	- Een (eventueel variabele) all-in vergoeding per opdracht welke in onderhandeling tot	Er wordt gewerkt op basis van een dag (deel-)vergoeding. De werkende stuurt facturen.	

CONCEPT

	waarop deze wordt uitgekeerd	vergoeding per (gewerkte) tijdseenheid, eventueel aangevuld met bijvoorbeeld vergoedingen en bonusregelingen, - Verwerking: betaling via de loonadministratie, eventueel onder inhouding en/of afdracht loonbelasting en/of premies. - De werkende krijgt doorbetaald bij ziekte en/of vakantie.	stand is gekomen. - De werkende stuurt (zelf) facturen voor de verrichte werkzaamheden. - De werkende bepaalt (mede) de hoogte van de beloning. - De werkende krijgt geen vergoeding bij ziekte en/of vakantie. Alleen daadwerkelijk verrichte werkzaamheden worden vergoed. - Er is sprake van een resultaatverplichting.	De werkende ontvangt geen vergoeding bij afwezigheid. Er is geen sprake van een inspanningsverplichting.	
7	De hoogte van de beloning	- De hoogte van de (totale) beloning is gelijk aan of vergelijkbaar (rekening houdend met verschillende emolumenten die werknemers genieten) met het loon zoals dat op basis van de cao of in dienstbetrekking gewoonlijk wordt genoten.	- De (totale) beloning is (aanzienlijk) hoger dan het loon op basis van de cao of in dienstbetrekking gewoonlijk wordt genoten.	Het loon is hoger dan in dienstbetrekking.	
8	Het commercieel risico	- Geen risico's die contrair zijn aan een arbeidsovereenkomst. De werkende is bijvoorbeeld niet (direct) financieel aansprakelijk voor de geleverde zorg en werkt uitsluitend met ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen.	- De werkende loopt het risico financieel aansprakelijk gesteld te worden voor de geleverde zorg (het al dan niet afdekken van deze risico's door bijvoorbeeld het hebben van een aansprakelijkheidsverzekering doet daar niet aan af)	De werkende kan worden aangesproken door opdrachtgever (vanwege centrale aansprakelijkheid) voor beroepsfouten. Hij draagt bij aan de medische aansprakelijkheidsverzekering en heeft ook nog zelf een beroepsaansprakelijkheidsverzekering .	

CONCEPT

			- De werkende loopt het risico op non-betaling en (praktijk)kosten worden eventueel doorbelast, waarbij het risico bestaat dat de werkende wel de kosten draagt, maar geen vergoeding voor de werkzaamheden ontvangt. Denk hierbij ook aan het voor rekening van werkende verrichten van herstelwerkzaamheden.		
9	Het ondernemerschap	- De werkende gedraagt zich in het economisch verkeer niet als ondernemer of kan zich niet als ondernemer gedragen. De werkende verricht bijvoorbeeld geen acquisitie, staat op de website van de praktijk als medewerker van de praktijk, heeft één of enkele werkgevers, is niet ingeschreven in de Kamer van Koophandel, heeft geen eigen website of andere manieren om zich als zelfstandige naar buiten toe te presenteren en maakt gebruik van (bedrijfs-)kleding van de werkverschaffer.	- De werkende gedraagt zich in het economisch verkeer als ondernemer. Hierbij is onder andere van belang dat de werkende zelf een reputatie verwerft, acquisitie verricht, fiscaal wordt behandeld als ondernemer, diverse opdrachtgevers heeft, de gemiddelde duur van de opdrachten beperkt is, is ingeschreven in de Kamer van Koophandel, factureert vanuit de eigen onderneming, een eigen website heeft of anderszins als zelfstandige naar buiten treedt en daarbij eigen (bedrijfs-)kleding draagt tijdens de werkzaamheden. - De werkende werkt met eigen middelen (voorzieningen, apparatuur, etc.).	De werkende is ingeschreven bij de Kamer van koophandel, voert zijn eigen administratie en zorgt bij zijn vakgenoten en instellingen voor bekendheid als waarnemer, althans als hij beroepswaarnemer is. Te onderscheiden zijn beroepswaarnemers en degenen die incidenteel en parttime waarnemen. Al dan niet naast een praktijkhouderschap of dienstverband.	
10	Het gewicht dat	Dit element wordt	Dit element wordt vooralsnog		

CONCEPT

	toekomt aan een contractueel beding hangt mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht.	vooralsnog buiten beschouwing gelaten.	buiten beschouwing gelaten.		

Toelichting

Ad 1. De aard en duur van de werkzaamheden

Een overeenkomst voor onbepaalde tijd kan een indicatie zijn voor een arbeidsovereenkomst (zie bijvoorbeeld de jurisprudentie: ECLI:NL:RBZWB:2024:4597.

Ad 2. De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald

Aanwijzingen en instructies die voortvloeien uit specifieke regelgeving voor zorginstellingen en eventueel daarmee samenhangende eindverantwoordelijkheid en (financiële) aansprakelijkheid (van de werkverschaffer) kunnen de vrijheid van partijen beïnvloeden. Zowel hoe partijen contracteren (welke afspraken kunnen zij maken), als de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. In onder andere de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden is dit toegelicht:

> P. 40: `*Wanneer het door wet- en regelgeving van derden voor de werkende onmogelijk is om de werkzaamheden zonder aanwijzingen en toezicht te verrichten, is het de vraag of dergelijke aanwijzingen en toezicht ook een indicatie van gezag vormen. Dergelijke regels, die niet rechtstreeks door of namens de werkgevende zijn uitgevaardigd, kunnen het vaststellen van een gezagsrelatie bemoeilijken. Als het gaat om regels die ook gelden voor derden, bijvoorbeeld in het kader van de veiligheid, zoals deze op bijvoorbeeld een bouwplaats of regels met betrekking tot de verkeersveiligheid van toepassing zijn, kunnen dergelijke regels niet zonder meer als indicatie voor gezag gelden. Immers, de voorschriften gelden ook voor bezoekers of andere derden op de locatie of andere verkeersdeelnemers en zijn daarmee niet onderscheidend, ze zeggen in wezen niets over de aansturing(smogelijkheden) door de werkgevende.*
>
> *Als het gaat om aanwijzingen en instructies voortkomend uit specifieke regelgeving die verband houdt met een specifieke verantwoordelijkheid van de werkgevende met betrekking tot de kwaliteit van de geleverde diensten, denk bijvoorbeeld aan eisen uit de Wet kinderopvang of wetgeving in de zorg en het onderwijs, op grond waarvan de werkgevende werkinhoudelijke eisen stelt en controle uitoefent op het werk van de werkende, dan betreft dit wel een indicatie van de aanwezigheid van een gezagsrelatie. De aanwijzingen en instructies voortvloeiend uit dergelijke regelgeving of protocollen zijn immers exclusief voorbehouden aan de werkenden binnen de betreffende organisatie en zijn doorgaans*

CONCEPT

niet zonder meer van toepassing op derden. Dit is een aanwijzing dat de verantwoordelijkheid voor het resultaat van de (kwaliteit van de) arbeid ligt bij de werkgevende in plaats van de werkende. Als het daarbij aan de werkgevende is om concrete invulling te geven aan bestaande regelgeving dan wel protocollen richting de organisatie die hij heeft ingericht om het werk te verrichten, is dit een vorm van gezagsuitoefening. Als niet de werkende maar de werkgevende uiteindelijk afgerekend wordt op het resultaat en de werkende hier zelf geen of beperkt risico of verantwoordelijkheid loopt, is dit immers ook een belangrijke indicatie dat de werkgevende ook het werk wil kunnen aansturen om een bepaald resultaat te bereiken. De werkende moet 'meebewegen' met de (arbeids)behoeften van de werkgevende, wat impliceert dat de werkende onderworpen is aan (de mogelijkheid van) werkinhoudelijke aansturing.'

Ook in de jurisprudentie wordt aangenomen dat wet- en regelgeving relevant kan zijn en daarmee invloed kan hebben op de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Hieronder zijn enkele voorbeelden opgenomen.

Hoge Raad, 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:343)
'2.4.1. *Het Hof heeft terecht vooropgesteld dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dat niet alleen van belang zijn de rechten en verplichtingen die partijen bij het sluiten van een overeenkomst voor ogen stonden, maar ook de wijze waarop partijen aan die overeenkomst uitvoering hebben gegeven en daaraan aldus inhoud hebben gegeven (zie HR 12 september 2014, nr. 13/03636, ECLI:NL:HR:2014:2653, BNB 2014/235).*

Tot die omstandigheden behoort ook de door het Hof genoemde wet- en regelgeving die van belang is voor de wijze waarop de samenwerking tussen de zorgaanbieder en de zorgverlener wordt vormgegeven.'

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597)
'*4.14. Het werk van [verzoekster] als intensivist bracht met zich mee dat hij het werk op de intensive care van [verweerder] verrichtte. Daarbij moest hij het dienstenrooster van [verweerder] aanhouden en zich houden aan de convenanten, beleidsplannen, reglementen en protocollen van [verweerder].*

4.15. [verweerder] bepaalde dus de plaats en tijd van het werk en zij gaf de regels om het werk uit te voeren. Dat zijn kenmerken die horen bij een arbeidsovereenkomst.'

Het voorgaande moet niet verward worden met professionele autonomie. De professionele autonomie is, net zoals bijvoorbeeld tuchtrechtelijke aansprakelijkheid, niet onderscheidend tussen artsen in loondienst en zij die in opdracht werken. Zie hiervoor bijvoorbeeld de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597):

'*4.16. [verweerder] heeft nog aangevoerd dat [verzoekster] als medisch specialist zelf mocht bepalen hoe hij zijn werk uitvoerde en dat hij zelf verantwoording moest afleggen bij visitaties. Dat maakt het bovenstaande niet anders. Die omstandigheden zijn inherent aan het werk van [verzoekster] als intensivist/medisch specialist. [verweerder] kon [verzoekster] niet instrueren hoe hij zijn medische vak op inhoud moest uitvoeren. [verzoekster] was de medisch specialist. Als medisch specialist droeg [verzoekster] een eigen verantwoordelijkheid bij visitaties. Het gaat er bij dit gezichtspunt om dat [verweerder] bepaalde waar, wanneer er werd gewerkt en dat zij de kaders vaststelde hoe [verzoekster] zijn vak uitoefende.'*

Ad 3. Inbedding van werk en werker

CONCEPT

Werk dat structureel nodig is voor de werkverschaffer wordt geacht te zijn ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van de werkverschaffer. Hier zal over het algemeen sprake van zijn bij inhuur van een tandarts bij een tandartspraktijk, een huisarts bij een huisartsenpraktijk of een orthopeed die werkzaam is bij de afdeling orthopedie van een ziekenhuis .Dit zou een aanwijzing kunnen zijn voor een arbeidsovereenkomst.

Bij de inbedding van de werkende is het goed om vast te stellen welke elementen – die als voorbeeld zijn gegeven, maar niet uitputtend zijn – vermoedelijk onontkoombaar zijn, zoals bijvoorbeeld het werken op de locatie van de werkverschaffer met voorzieningen die (uitsluitend) door de werkverschaffer ter beschikking kunnen/worden gesteld. Bijvoorbeeld: een behandelkamer met medische apparatuur. Er zijn echter ook elementen waar partijen ruimte hebben om afspraken zo in te richten dat mogelijk kan worden voorkomen dat sprake is van inbedding van de werker. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om afspraken over het zelfstandig bepalen en indelen van werktijden, geen deelname aan overleggen (anders dan noodzakelijk voor de patiëntenzorg) of lidmaatschap van organen van de organisatie, niet deelnemen aan bedrijfsactiviteiten, teamuitjes en geen kerstpakket, geen beoordelings- of functioneringsgesprekken en de werker is zelf verantwoordelijk voor en regelt zelf bij- en nascholing.

Hieronder nog enkele relevante voorbeelden uit de jurisprudentie.

> Rechtbank Midden-Nederland, 15 november 2023 (ECLI:NL:RBMNE:2023:6072)
> Een huisartsenpost heeft met een huisarts een waarneemovereenkomst gesloten. Uit hoofde hiervan verricht zij o.a. regiewerkzaamheden. Als gevolg van een verstoorde arbeidsrelatie zegt de huisartsenpost de waarneemovereenkomst op. De huisarts stelt zich op het standpunt dat de waarneemovereenkomst kwalificeert als een arbeidsovereenkomst.
>
> *3.14.*
> *Het staat vast dat de regiewerkzaamheden, werkzaamheden zijn die zijn ingebed in de organisatie van [verweerster] . De werkzaamheden zijn immers een wezenlijk onderdeel van de kernactiviteit van [verweerster] , namelijk het verlenen en organiseren van huisartsenzorg. [verzoekster] maakte bij de uitvoering van de werkzaamheden ook gebruik van de IT-systemen en de personele ondersteuning en andere faciliteiten van [verweerster] . Partijen zijn in dit verband in de waarneemovereenkomst overeengekomen dat [verweerster] [verzoekster] in staat zal stellen de overeengekomen huisartsenzorg te verlenen en meer specifiek dat [verweerster] voldoende personele ondersteuning ter beschikking stelt en een voor de dienst passende werkplek ter beschikking stelt. [verweerster] heeft daarbij weliswaar aangevoerd dat [verzoekster] haar eigen dokterstas en apparatuur kon meenemen, als zij dat zou willen, maar feitelijk maakte [verzoekster] gebruik van de voorzieningen van [verweerster] . De inbedding van het werk duidt dus op de aanwezigheid van een gezagsrelatie.*
>
> *'3.15. Partijen zijn het er niet over eens of [verzoekster] (als werker) is ingebed in de organisatie. [verweerster] zegt daarover dat [verzoekster] niet werd uitgenodigd voor bedrijfsactiviteiten en dat er geen (periodieke) functioneringsgesprekken of beoordelingsgesprekken werden gehouden. Wel staat vast dat [verweerster] op 14 januari 2020 en op 19 februari 2021 met [verzoekster] in gesprek is gegaan over haar functioneren, met name over de samenwerking met de triagisten. In dat laatste gesprek is onder meer afgesproken dat [verzoekster] de besproken punten zal meenemen naar de door haar al aangezochte NHG coach en dat [verzoekster] zou nadenken of zij openstaat voor een 360 graden feedback analyse, die door [verweerster] zou worden gefaciliteerd en bekostigd. In een vervolggesprek op 18 maart 2021 heeft [verzoekster] laten weten dat zij geen 360 graden feedback analyse wil, en die is ook niet uitgevoerd. Het op 18 maart 2021 afgesproken evaluatiegesprek na zes maanden, heeft kennelijk niet plaatsgevonden. Dat [verzoekster] de vrijheid om af te zien van de 360 graden feedback analyse en dat [verzoekster] op eigen kosten en NHG coach heeft ingeschakeld duidt op de afwezigheid van een gezagsrelatie. Daarnaast wijst [verweerster] er terecht op dat [verzoekster] tijdens de gevoerde gesprekken zelf meermaals heeft verwezen naar haar positie als zzp-er.'*

De rechtbank heeft geoordeeld dat op basis van alle feiten en omstandigheden, in onderling verband bezien, geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597)
Vanaf mei 2020 heeft een (waarnemend) intensivist op de intensive care van een ziekenhuis werkzaamheden verricht. De overeenkomst van opdracht was voor onbepaalde tijd aangegaan. Voor alle intensivisten, zowel zij die in loondienst waren als zij die op basis van een opdracht werkten, gold een dienstenrooster van 24-uursdiensten. Er moest immers te allen tijde een intensivist op de intensive care aanwezig zijn. Zij moesten zich houden aan de convenanten, beleidsplannen, reglementen en protocollen van het ziekenhuis.

4.17. [verzoekster] was intensivist bij het ziekenhuis . Het ging om de primaire taak van het ziekenhuis , te weten het verlenen van zorg aan patiënten. Het werk van [verzoekster] was dus ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van het ziekenhuis.

4.18. [verzoekster] was als werker ook ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van het ziekenhuis. Hij verrichtte het werk op locatie bij het ziekenhuis, derhalve met de voorzieningen die het ziekenhuis daarvoor beschikbaar stelde, en volgens het dienstenrooster van [verweerder] . Daarnaast was hij ook lid van de vakgroep IC en de vereniging Medische staf van [verweerder] .
4.19. Zowel [verzoekster] zelf als zijn werk waren dus ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van [verweerder] . Dat zijn aanwijzingen voor een arbeidsovereenkomst.

De rechtbank heeft hier geoordeeld dat op basis van alle feiten en omstandigheden, in onderling verband bezien, sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Ad 4. Persoonlijke arbeid

In het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo (ECLI:NL:HR:2023:443) is met betrekking tot de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten, het volgende overwogen:

'3.3.5 Ook de in de overeenkomst neergelegde vrijheid om zich te laten vervangen is op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en moet worden bezien in het licht van alle omstandigheden van het geval. Het hof heeft de vervangingsmogelijkheid in dat licht onderzocht. Het heeft daarbij onder meer in aanmerking genomen dat in de praktijk gebruik wordt gemaakt van de vervangingsmogelijkheid, dat Deliveroo gelet op de relatief eenvoudige aard van de werkzaamheden kennelijk weinig eisen stelt aan de toestemming die zij aan een bezorger geeft om zich te laten vervangen, dat wel sprake is van een situatie dat een bezorger zich bij gelegenheid kan laten vervangen, maar dat niet gebleken is dat zich de situatie voordoet dat een bezorger zich permanent door iemand anders, zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd, laat vervangen, en dat niet mogelijk lijkt dat een bezorger met Deliveroo contracteert en zijn werkzaamheden door allerlei andere vervangers tegelijk laat uitvoeren, waardoor dit een verdienmodel kan worden. Daarin ligt besloten dat bezorgers in het algemeen geen aanleiding zullen zien hun werk anders dan incidenteel door een ander te laten verrichten en dat de daadwerkelijke betekenis van de vervangingsclausule voor de bezorgers gering is.'

Ad 5. De wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen

Gezien de doelgroep (praktijkhouders, tandartsen, huisartsen en medisch specialisten) biedt dit element over het algemeen de mogelijkheid om weg te blijven van een indicatie voor een arbeidsovereenkomst. Partijen zijn immers gelijkwaardig en zullen onderhandelen over de afspraken in de overeenkomst. Ook zal over het algemeen geen sprake zijn van een standaard door de werkverschaffer/praktijkhouder gebruikte overeenkomst, maar komt de overeenkomst in gezamenlijkheid tot stand of wordt zelfs de door de werkende gehanteerde overeenkomst gebruikt.

Ad 6. De wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd

In de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597) is met betrekking tot de wijze waarop partijen samen de beloning hebben bepaald en de wijze waarop deze wordt uitgekeerd, het volgende overwogen:

> *'4.23. Partijen hadden een tarief per dienst afgesproken (artikel 6 in de overeenkomsten). [verzoekster] stuurde [verweerder] facturen voor zijn diensten. [verweerder] betaalde geen premies en belastingen voor [verzoekster] . Die omstandigheden wijzen op een opdracht in plaats van een arbeidsovereenkomst.'*

Ad 7. De hoogte van de beloning

In de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597) is met betrekking tot de hoogte van de beloning, het volgende overwogen:

> *'4.24. [verweerder] betaalde [verzoekster] een vergoeding van € 2.750,00 per dienst, te vermeerderen met een vergoeding per uur in geval van onverwachte tussentijdse overdracht en een reiskostenvergoeding (artikel 6 in de overeenkomsten). [verweerder] heeft onweersproken toegelicht dat dit tarief hoger ligt dan wat intensivisten in loondienst verdienen volgens de cao Ziekenhuizen. Dit vormt een aanwijzing dat geen sprake is van arbeidsovereenkomst, maar van een opdracht.'*

Ad 8. Het commercieel risico

In de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597) is met betrekking tot het commerciële risico, het volgende overwogen:

> *'4.25. Artikel 7 in de overeenkomsten bepaalt dat [verzoekster] zelf verantwoordelijk is voor het afsluiten van een verzekering voor mogelijke aanspraken op hem. Op dat onderdeel wordt een risico bij [verzoekster] gelegd. Dat wijst op een opdracht.*
>
> *4.26. Anderzijds is het zo dat [verzoekster] werkte op de intensive care van [verweerder] met de voorzieningen/apparatuur die [verweerder] ter beschikking stelde aan hem. Op dat onderdeel ligt een risico aan de zijde van [verweerder] . Dat wijst juist weer op een arbeidsovereenkomst.'*

Ad 9. Het ondernemerschap

Het is nog enigszins onduidelijk welke elementen van het ondernemerschap moeten worden betrokken in de beoordeling van een specifieke arbeidsrelatie. In het Deliveroo-arrest is hierover het volgende geoordeeld door de Hoge Raad:

CONCEPT

'Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.'

Hof Amsterdam heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad (ECLI:NL:GHAMS:2024:601). Sinds de prejudiciële vragen van hof Amsterdam is er (in ieder geval) één relevante uitspraak geweest welke invulling heeft gegeven aan de elementen inzake ondernemerschap zoals bedoeld in het Deliveroo-arrest. Het betreft de volgende overweging:

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 4 juli 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:4597)
'4.27. [verweerder] heeft een uittreksel van het handelsregister, alsmede schermafdrukken van (profiel)pagina's op Vektis, Linkedin, Oozo, SignalHire overgelegd (productie 1 en 6 tot en met 9 van [verweerder]). Daaruit volgt dat [verzoekster] een onderneming had en zich aanbood als freelancer. Dat toont het ondernemerschap van [verzoekster] . Daarnaast droeg [verzoekster] het ondernemerschap ook uit bij [verweerder], omdat hij zijn eigen bedrijfskleding droeg bij [verweerder] , zoals [verweerder] onweersproken heeft aangevoerd.'

Hieronder zijn enkele relevante voorbeelden uit de jurisprudentie opgenomen, waarbij de vraag of sprake is van ondernemerschap voor de inkomstenbelasting centraal stond. Hoewel deze elementen een indicatie vormen, is – zoals hiervoor aangegeven – (nog) niet met zekerheid vast te stellen welke elementen in de beoordeling van een specifieke arbeidsrelatie moeten worden betrokken.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 oktober 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:8957)
'4.5 Naar het oordeel van het Hof is belanghebbende niet in haar bewijslast geslaagd. Hierbij heeft het Hof het volgende in aanmerking genomen. Weliswaar zijn er formeel twee opdrachtgevers, namelijk de praktijkhouders, maar dat neemt niet weg dat [A] in feite haar (enig) opdrachtgever is. Het patiëntenbestand wordt door [A] centraal gevoerd en is voor de patiënten een als zodanig herkenbare entiteit. Belanghebbende heeft verder ter zitting van het Hof verklaard dat het voor haar, de behandeling of de bejegening van de patiënt ook niet uitmaakte van welke praktijkhouder de patiënt afkomstig was. Ook het feit dat na de overname van de tandartsenpraktijk van [D] door [E] weinig of niets veranderde, wijst in deze richting. Dit brengt naar het oordeel van het Hof ook mee dat, als belanghebbende al acquisitiewerkzaamheden heeft verricht, deze van zeer beperkte omvang waren. Uit het dossier valt niet af te leiden dat belanghebbende actief naar nieuwe opdrachtgevers op zoek is gegaan. Verder acht het Hof niet aannemelijk dat belanghebbende met haar werkzaamheden een meer dan verwaarloosbaar ondernemersrisico heeft gelopen. Vast staat immers dat belanghebbende na het indienen van haar facturen binnen een maand door de betreffende praktijkhouder werd betaald (zie 2.8), dat de hoogte van haar facturen onafhankelijk was van de vraag in hoeverre de patiënten de facturen voldeden die door de praktijkhouder werden verstuurd vanwege de door belanghebbende verrichte werkzaamheden en dat in de onderhavige jaren de verschillen tussen de door belanghebbende gefactureerde bedragen en de door belanghebbende van de praktijkhouder ontvangen bedragen respectievelijk € 44, € 27 en € 37 bedroegen. Ook heeft het Hof meegewogen dat belanghebbende geen investeringen heeft gepleegd en zich niet bezig heeft gehouden met praktijkaangelegenheden, zoals personeelsbeleid en planning en dat de vakantie zoveel mogelijk na voorafgaand overleg met [C] / [E] diende te worden geregeld (zie 2.3 en 2.6). De omstandigheden dat belanghebbende verantwoordelijk is voor haar werkzaamheden (beroepsaansprakelijkheidsverzekering), dat zij het risico van (onbetaalde) herstelwerkzaamheden loopt en dat zij is aangesloten bij een klacht- en tuchtregeling leiden niet tot een ander oordeel. Het Hof komt tot de conclusie dat belanghebbende geen ondernemer is in de zin van de Wet IB 2001 en derhalve geen recht heeft op de zelfstandigenaftrek en de MKB-winstvrijstelling.'

Hof 's-Hertogenbosch, 22 augustus 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:3167)
'4.7 Ten aanzien van het ondernemersrisico overweegt het Hof het volgende. De Inspecteur heeft de door belanghebbende betrokken stellingen (zie 4.4) uitgebreid gemotiveerd betwist. Het ligt dan op de weg van belanghebbende om haar stellingen nader te onderbouwen. Bij gebreke van

enige overeenkomst of ander bewijs daaromtrent is de onderlinge rechtsverhouding van belanghebbende ten opzichte van de maatschap en/of [ziekenhuis 2] niet vast te stellen. Dat belanghebbende debiteurenrisico loopt is niet aannemelijk geworden en het risico van het wegvallen van de inkomsten indien belanghebbende geen werkzaamheden verricht is een risico dat een resultaatgenieter of een werknemer met een 0- uren contract ook loopt.

4.8 Gelet op het voorgaande oordeelt het Hof dat belanghebbende declareerde op naam van de maatschap, geen eigen declaratierecht had, van de gedeclareerde bedragen slechts vijftig percent kreeg uitbetaald, dat er geen streven gericht was op continuïteit en dat belanghebbende geen ondernemersrisico liep. Deze omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, brengen het Hof tot de conclusie dat belanghebbende niet aan het zelfstandigheidscriterium voldoet voor het ondernemerschap.'

Zelfstandigheid is een voorwaarde om te kunnen kwalificeren als ondernemer en is de tegenhanger van 'in dienst van' werken bij een arbeidsovereenkomst. Inzake de zelfstandigheid is het arrest van hof Arnhem-Leeuwarden van 20 juni 2023 (ECLI:NL:GHARL:2023:5293) nog interessant, ook al ziet deze uitspraak op zorg welke is geleverd op basis van de Wlz. Dit onderdeel moet overigens in samenhang met de inbedding van de werker worden bezien, zie ook Ad 2 hiervoor.

<u>Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 juli 2023 (ECLI:NL:GHARL:2023:5293)</u>
'4.9 Zoals hiervoor overwogen heeft belanghebbende de zorgwerkzaamheden alleen verricht binnen het specifiek daarvoor geldende wettelijke kader van de Wlz. Om die reden heeft zij de zorgwerkzaamheden uitgevoerd op basis van overeenkomsten die zij had gesloten met zorgaanbieders, die op grond van dat wettelijke kader ook eindverantwoordelijk bleven voor de verleende zorg. Vanwege deze eindverantwoordelijkheid hebben deze zorgaanbieders binnen het kader van de Wlz, zowel op organisatorisch als op vakinhoudelijk gebied, uiteindelijk een bindende instructiebevoegdheid. Naar het oordeel van het Hof, is op grond van dezelfde overwegingen die leiden tot het ontbreken van de voor het fiscale ondernemerschap vereiste zelfstandigheid, dan ook aannemelijk dat sprake is van een gezagsverhouding zoals deze is vereist voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking in fiscale zin. Nu ook voldaan wordt aan de andere voorwaarden heeft de Inspecteur de inkomsten terecht aangemerkt als loon uit dienstbetrekking. Aan de beoordeling van het ter zitting van het Hof gedane beroep op resultaten uit een werkzaamheid komt het Hof niet.'

CONCEPT