

Chris Schmidt - Advocaat
MMRL-Lawyers
+31 6 24 25 96 97



Zzp'ers die werknemers (willen) worden

De risico's, gevolgen en hoe deze te voorkomen/te ondervangen



Vier hoofdvragen:

1. Zijn zzp'ers altijd opdrachtnemers (*independent contractors*) onder een overeenkomst van opdracht?
2. Wanneer bent u als beoogd opdrachtgever feitelijk werkgever en wat heeft dit voor gevolgen?
3. De praktijk: hoe oordelen rechters (en belastinginspecteurs) over de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst?
4. Hoe blijft een opdrachtnemer een opdrachtnemer?



Sub-vragen:

1. Hoe dient de opdrachtgever zijn overeenkomst met een zzp'er te verwoorden om te voorkomen dat er ongewild sprake is van een arbeidsovereenkomst?
2. Met welke andere (feitelijke) aspecten dient de opdrachtgever rekening te houden om te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat?



Gevolgen zpp'er die van kleur verschiet

1. Opdrachtgever alsnog gehouden premie af te dragen ten behoeve van de werknemersverzekeringen; oftewel naheffingen onder eventueel te verbeuren boetes.

Deze zgn. loonheffingen/loonbelastingen verschuldigd weliswaar te samen met oorspronkelijke zpp'er maar de vraag of deze in de praktijk verhaalsmogelijkheden biedt

2. Aanspraak loon en overige arbeidsvoorwaarden!
3. Ontslagbescherming – gesloten stelsel en ketenregeling van toepassing!
4. Mogelijk re-integratieverplichtingen



Programma:

1. Onduidelijke scheidslijn
2. Politiek economische- achtergrond rond zzp'er
3. Schijnconstructies en premieafdracht
4. De arbeidsovereenkomst
5. De overeenkomst van opdracht
6. De Hoge Raad en kantonrechter
7. Wetgeving per 1 januari 2021
8. Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 en 658 BW?
9. Oplossingen/conclusies



Onduidelijke scheidslijn arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht

Overeenkomsten bij uitvoer opdrachtnemer/werknemer (artikelen 7:400 en 7:610 BW):

Gezagsrelatie (7:610 BW) vs aanwijzingen (7:402 BW)

Beloning

Aard en duur van de werkzaamheden

Afhankelijkheid van één opdrachtgever

Essentie van ondernemen?



Politiek-economische achtergrond

Voordelen:

1. De zzp'er is een flexibel op te roepen werkkraft die voorziet in vraag naar arbeid bij aantrekkende economie en geen doorlopende loonverplichtingen meebrengt voor de opdrachtgever in tijden van laag conjunctuur.
2. Werknemers die anders geen werk krijgen of houden, kunnen zich toch van inkomen voorzien.
3. Aangemoedigd door middel van gunstig fiscaal regiem.



Nadelen:

1. Zzp'er geniet geen ontslagbescherming aangezien er géén sprake is van een arbeidsovereenkomst.
2. Heeft geen aanspraak op primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden, of aanspraken op grond van een bedrijfstak-cao.
3. Werkt vaak tegen relatief lage loonwaarde (lees: tarief) met onzekerheid over volgende klus.
4. Er is geen sprake van premieafdracht aan collectieve regelingen (werknemersverzekeringen en of pensioenregelingen).



Politiek-maatschappelijke wensen:

1. Aanpak zogenoemde *schijnconstructie/misbruik* ter bescherming zzp'er
2. Veilig stellen collectieve afdracht premies werknemersverzekeringen en pensioenregelingen (bescherming collectief stelsel: UWV, AOW, belastinginkomsten)

Verwachting per 1 januari 2021 nieuwe wetgeving.

Echter nu al grote risico's.



Schijnconstructies en afdracht collectieve premies

Opdrachtgever stelt tegen relatief lage vergoeding en onder geen of slechtere voorwaarden een opdrachtnemer te werk onder overeenkomst opdracht, terwijl deze feitelijk hetzelfde werk verricht als een werknemer die onder betere arbeidsvoorwaarden vergelijkbaar werk uitvoert.

1. Werknemer geniet op basis van *arbeidsovereenkomst* verregaande bescherming onder het Nederlandse arbeidsrecht; bescherming die zzp'er niet toekomt.
2. Wel/geen *premieafdracht* werknemersverzekeringen (loonheffingen, pensioenpremie, overige bijdrage collectieve middelen)



Arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW)

Contractuele relatie tussen werkgever-werknemer
drie criteria als startpunt:

1. werknemer ontvangt structureel salaris
2. verricht arbeid persoonlijk
3. doet dit onder gezag en instructie van de werkgever

Nb: al dan niet bestaan van schriftelijke overeenkomst
speelt een rol maar is géén vereiste, feitelijke situatie
wordt getoetst

*Rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst (jo.
7:610a en omvang 7:610b BW)*



De als zodanig gekwalificeerde werknemer geniet vanaf dat moment maar met terugwerkende kracht verregaande ontslagbescherming en kan aanspraak maken op ook secundaire arbeidsvoorwaarden en mogelijk geldende (bedrijfstak)cao's.



Overeenkomst van opdracht

Een zzp-er werkt onder een 'overeenkomst van opdracht' ex artikel 7:400 BW e.v.

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.



De zzp'er ten aanzien van het eerste arbeidsrechtelijke criterium

Een zzp'er ontvangt op grond van een overeenkomst van opdracht:

- a) een of meer vergoedingen voor zijn of haar diensten;
- b) meestal in de vorm van honorarium dat op basis van uurtarief/prijsafspraken in rekening wordt gebracht; en
- c) waarover btw wordt berekend.

Lesson learned: als zodanig benoemen en contracteren!



De zzp'er ten aanzien van het tweede arbeidsrechtelijke criterium

1. Het staat de zzp'er vrij om de werkzaamheden zelf of door een ander uit te laten voeren – mits die aan de juiste vakkundige en objectieve vereisten voldoet (die niet zien op de persoon van de zpp'er).
2. Denk aan generieke en op iedere 'werkkracht' toepasbare veiligheidsaanwijzingen.

Lesson learned: als zodanig benoemen, algemene voorschriften opstellen en dit schriftelijk contracteren



De zzp'er ten aanzien van het derde arbeidsrechtelijke criterium

1. In het bijzonder verplicht de zzp-er zich tot het uitvoeren van een opdracht zonder hierbij in een gezagsrelatie te staan met diens opdrachtgever.
2. Het is aan de zzp'er om te bepalen hoe hij zijn of haar werkzaamheden uitvoert. Wel kunnen er eisen aan de kwaliteit van de werkzaamheden worden gesteld.

Ook kunnen op grond van artikel 7:402 BW “aanwijzingen” worden gegeven. Opdrachtnemer mag weigeren en opdracht opzeggen wegens gewichtige redenen.



Lessons learned:

Benoemen dat werk mag worden neergelegd als
aanwijzingen niet wil opvolgen

Loonproblematiek ondervangen met laten berekenen
van btw

Tijdelijke duur van de opdracht duidelijk maken



Partijen/belanghebbenden

1. Vakbonden (vorderingen)
2. (Bedrijfstak)pensioenfondsen (vorderingen premieafdracht)
3. Opdrachtnemer (zzp'er) die toch liever werknemer is (vorderingen)
4. Opdrachtgever
5. Belastinginspecteur

Al dan niet te samen



Rechtens die contractuele verhouding als arbeidsrechtelijke relatie of als overeenkomst van opdracht kwalificeren toetsen aan wet, overeenkomst en *feitelijke* situatie/uitvoer overeenkomst. Zij doen dit op vordering van tenminste één van de onder 1 t/m 4 voormelde partijen.

Oordeel belastinginspecteur (met zelfstandige bevoegdheid: toetsen /kwalificeren en handhaven) pas door rechter getoetst als tegen beslissing inspecteur in beroep wordt gekomen door belanghebbende (opdrachtgever)

Ook opdrachtgever komt belang toe om aan de rechter een verklaring van recht te verzoeken omtrent contractuele verhouding



Zelfstandige civielrechtelijke toets en zelfstandige bestuursrechtelijke toets bij respectievelijk de (kanton)rechter en de belastinginspecteur

Civilrecht: feitenrechtspraak in twee instanties (eerste aanleg kantonrechter en hoger beroep Gerechtshof); en eventueel cassatie bij Hoge Raad

Bestuursrecht: beslissing inspecteur met mogelijkheid bezwaar bij bestuursorgaan, dan eventueel in beroep bij Gerechtshof en in cassatie bij de Hoge Raad (Belastingkamer).



De Hoge Raad – arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495)

Hoge Raad in op de vraag of een werknemer als zodanig moest worden aangemerkt of niet:

1. aan de hand van *bedoeling* van partijen en *de feitelijke uitvoering* van de werkzaamheden moet worden vastgesteld of een overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst of als een overeenkomst van opdracht.



2. Daarbij is niet één enkel kenmerk doorslaggevend:

alle relevante feiten en omstandigheden dienen in onderlinge samenhang te worden gezien, waarbij tevens rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen.

De benaming die partijen zelf aan hun overeenkomst geven, is niet meer dan één van de omstandigheden die moet worden meegewogen, aldus de Hoge Raad.



Hoge Raad Van den Male/Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444)

Door de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de gesloten overeenkomst van opdracht en de wijze waarop zij zich jegens elkaar gedragen bij de uitvoering van de werkzaamheden, kan weldegelijk een arbeidsovereenkomst ontstaan.



De kantonrechter

Haarlem, 18 december 2015

De rechtbank Noord-Holland heeft op 18 december 2015 uitspraak gedaan in drie zaken die waren aangespannen door pakketbezorgers van PostNL Pakketten Benelux B.V. (hierna “PostNL”) tegen PostNL. Ten aanzien van twee pakketbezorgers is geoordeeld dat zij een arbeidsovereenkomst hebben met PostNL, bij de derde was dit niet het geval.

<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Holland/Nieuws/Paginas/Arbeidscontract-pakketbezorgers-PostNL.aspx>

ECLI:NL:RBNHO:2015:11226

ECLI:NL:RBNHO:2015:11230

ECLI:NL:RBNHO:2015:11232



Kantonrechter:

1. Beschermingsgedachte arbeidsrecht ongelijkwaardige positie ongeschoolde, laag betaalde arbeid met een hoog “productiegehalte”, aan (schriftelijke) partijbedoeling in beginsel minder betekenis toegekend wordt.
2. Doorslaggevend is wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de overeenkomst.



1. PostNL zeer gedetailleerde instructies ten aanzien van uitvoering van werk zoals:

eisen bestelbus, kleding en schoeisel en de wijze waarop routes dienen te worden gereden

2. Controleert op naleving; oftewel handhaving

3. Opdrachtnemer mag zich niet structureel laten vervangen en alleen door vooraf door PostNL goedgekeurde vervangers



4. Opdrachtnemers werken uitsluitend voor PostNL

5. Moeten investeringen doen in bestelbus die voldoet aan specifieke eisen van PostNL en daardoor economisch afhankelijk van PostNL.

Gelet op al deze omstandigheden ontbreekt het zelfstandig ondernemerschap en acht de kantonrechter essentialia van een arbeidsovereenkomst aanwezig in twee van de drie gevallen.

Lessons learned: meerdere opdrachtgevers nodig, geen nauwgezette bemoeienis met werkzaamheden, geen verregaande eisen waarmee investeringen gemoeid zijn die enkel één opdrachtgever dienen



Ten aanzien van de derde opdrachtnemer oordeelde de rechter dat:

1. deze ook vóór aanvang van zijn werkzaamheden voor PostNL al als zelfstandige was ingeschreven bij de Kamer van Koophandel
2. structureel meerdere routes reed die niet door één persoon te bemensen waren en structureel betaalde vervangers inzette.

Deze situatie vertoont juist meer de kenmerken van zelfstandig ondernemerschap dan van een arbeidsovereenkomst.

Lesson learned: zie hiervoor en tijdige ex ante inschrijving KvK; bovendien: rechter toetst specifiek per geval (geen generieke toetsing)



Deliveroo I

Rechtbank Amsterdam

23-07-2018

De overeenkomst die een bezorger sloot met Deliveroo geldt niet als arbeidscontract – en dus is de zzp’r niet in loondienst bij het bezorgbedrijf.

ECLI:NL:RBAMS:2018:5183



Rechtsverhouding getoetst langs 7:610 BW

‘Holistische benadering’: bedoeling van contractspartijen en feitelijke situatie – hoe is uitvoering aan de (schriftelijk) overeenkomst van opdracht vormgegeven?

Kleding: verplicht gebruik kleding/materialen van Deliveroo niet komen vast te staan. Daarbij geldt dat Deliveroo verklaarde dat bezorgers in eigen kleding dan wel in kleding van de concurrent hun werkzaamheden mogen uitvoeren.

Veiligheid: voorgeschreven veiligheidsregels zijn gelet op de aard van de dienst niet onlogisch en in het kader van de betrouwbaarheid en de veiligheid mag Deliveroo dergelijke regels stellen.



Daarbij is het onderscheid tussen een werknemer en een opdrachtnemer niet relevant omdat deze regels en *voorschriften* veeleer gerelateerd zijn aan de aard van de service en niet zozeer betrekking hebben op de verhouding tussen Deliveroo en [eiser]. Bovendien betreft het algemene aanwijzingen met een langere looptijd en geen concrete zaaks- of momentgebonden instructies.

Lessons learned: contractueel afstemmen en nauwgezet doel opgeven van voorschriften en dat deze expliciet generiek toepasbaar laten zijn over tijd, werkzaamheden en alle soorten (juridische) relaties.

Kleding/materiaal/werktuigen vrij laten als kan en anders advies: verhuren en prijs specificeren in schriftelijke prijsafspraken

Opening voor veilige werkzaamheden door zzp'ers op bijvoorbeeld oil rigs?



Vervanging en persoonlijke arbeidsrelatie: omstandigheid dat Deliveroo van een vervanger vereist dat hij over de vereiste vaardigheden en training beschikt, zien niet op de persoon van een vervanger, maar op objectieve eisen om de werkzaamheden te kunnen verrichten.

Voorts kan ook bij een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever de opdrachtnemer *aanwijzingen* geven ten aanzien van de uitvoering van de opdracht. Die gelden ook voor vervangers.

Lessons learned: vervanging contractueel (en feitelijk) mogelijk maken onder vermelding van generiek toepasbare aanwijzingsbevoegdheid expliciet o.g.v. artikel 7:402 BW



Concurrentie: stond opdrachtnemer vrij om voor concurrenten werkzaamheden te verrichten.

Handelsregister van de Kamer van Koophandel: opdrachtgever heeft laten inschrijven dat hij alleen werkzaamheden verricht voor Deliveroo. Maakt echter niet dat hij geen werkzaamheden voor andere bezorgplatforms mag verrichten.

Lesson learned: werken voor meerdere opdrachtgevers contractueel expliciet mogelijk maken; dit controleren aan de hand van inschrijving Handelsregister



Administratie en tarieven: Deliveroo deed administratie aan de hand waarvan [eiser] een door Deliveroo opgestelde en aan zichzelf gerichte factuur ontvangt. Het is Deliveroo die daarbij de tarieven bepaalt. Rechter: op het eerste gezicht opmerkelijk, maar ook weer niet onlogisch geacht. Onbetwist is gebleven dat het [eiser] vrij staat om zelf opgestelde facturen aan Deliveroo te versturen.

[eiser] verdiende meer dan toen hij in loondienst was.

Stond eiser min of meer vrij om opdrachten af te zeggen of niet aan te nemen – wat hij veelvuldig deed.

Lesson learned: voorzichtig met aanbieden administratieservices, eigen initiatief verwelkomen, geen sancties op weigeren opdracht.

Liep goed af voor opdrachtgever



Deliveroo II

Amsterdam, 15 januari 2019

Bezorgers die voor Deliveroo maaltijden bezorgen zijn geen zzp'ers, maar kunnen aanspraak maken op een arbeidsovereenkomst bij het bedrijf. Bovendien valt Deliveroo wel degelijk onder de cao voor beroepsgoederenvervoer. Dat heeft de kantonrechter vandaag bepaald in twee zaken die vakbond FNV tegen Deliveroo had aangespannen.

<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Bezorgers-Deliveroo-vallen-onder-arbeidsovereenkomst.aspx>



Deliveroo had in 2018 alle arbeidsovereenkomsten opgezegd en vervangen door overeenkomsten van opdracht (verder “partnerovereenkomst”).

FNV (vakbond) kwam op hiertegen in verweer en vordert verklaring voor recht bestaan arbeidsrelatie en toepasselijke cao.

Want geen wezenlijke verandering in verhouding tussen Deliveroo en bezorgers.

Standaardcontract volledig en eenzijdig door Deliveroo opgesteld en niet onderhandelbaar.

Gezagsverhouding blijft: de digitale systemen die Deliveroo gebruikt voor het inroosteren van de bezorgers en de bezorging van maaltijden hebben gevolgen voor opdrachten en bonussen.



In praktijk vrijheid bezorgers aanzienlijk minder groot dan de 'partnerovereenkomst' suggereert.

Nagenoeg geen ruimte voor onderhandeling over tarief.

Mogelijkheid zich te laten vervangen, maar in de praktijk geen betekenis want moment tussen aannemen van bezorgopdracht en daadwerkelijk laten bezorgen door vervanger is dermate kort dat geen mogelijkheid tot vervanging bestaat.

Bovendien goedkeuring vooraf nodig Deliveroo en ook vervanger staat onder gezagsrelatie.

Verregaande en gedetailleerde werkinstructies aan opdrachtnemer: bijvoorbeeld inschrijving KvK, GPS-tracking, hoe werk uit te voeren



Materialen (werktuigen en gereedschap) met korting aangeboden – uitgezonderd fiets.

Deliveroo biedt facturatedienst kosteloos aan om de administratie van beide partijen te vergemakkelijken.

Beloning: all-in vergoeding geen *afzonderlijke* vergoeding voor de kosten verzekeringen, veiligheidsmateriaal en wettelijk noodzakelijke inspecties

Geen significant hogere beloning. Loon vergelijkbaar met dat van werknemer

Maatschappelijk positie: ongeschoold repeterend werk



Korte opzeggingstermijn (maximaal een week)

Bonusbeleid niet wezenlijk anders dan ten tijde van dienstverband

Ontslag op staande voet onder arbeidscontract bij >3x weigeren bezorging = opzeggen met termijn van een week

Kantonrechter oordeelt alles in samenhang geeft kwalificatie van arbeidsrechtelijke verhouding/arbeidscontract

Lessons learned: heel nauwgezet contracteren, wezenlijke en daadwerkelijke wijzigingen aanbrengen t.o.v. eventuele bestaande arbeidsrechtelijke verhouding, evt. aantonen dat onderhandeld is over tarief en dat in sector geldende beloning is gevolgd, specificeren naar beloningen (voorzichtig met all-in vergoedingen)



27 oktober 2018 kantonrechter te Rotterdam

Uitspraak in een zaak waarin ingehuurde zzp'er trachtte om meer betalingen van zijn opdrachtgever te krijgen door te betogen dat hij een werknemer was.

De zaak speelt in offshore-industrie en maakt duidelijk wat voor risico's een opdrachtgever van zzp'er loopt indien zij geen deugdelijke overeenkomst van opdracht aangaat met de zzp'er.

Ook maakt de zaak duidelijk dat de feitelijke uitvoer van werkzaamheden en overige gedragingen doorslaggevend zijn.



De feiten

Zzp'er werkte voor RS Diving Contractor c.s. (hierna te noemen "RS Diving") als ROV-operator in de perioden: 16 juni t/m 12 augustus 2015; - 24 augustus t/m 14 december 2015; - 3 mei t/m 15 juni 2016.

In de tussenliggende periodes was de zzp'er thuis in Houston, Texas.

De zzp'er declareerde bij RS Diving zijn dagvergoedingen (uiteindelijk € 700,- per dag) aan het einde van elke gewerkte maand. RS Diving heeft die declaraties betaald.



Op 10 januari 2016 leent RS Diving de zzp'er een bedrag van € 25.000,00 voor medische behandelingen van zijn zieke moeder.

Tijdens zijn laatste reis voor RS Diving (periode 3 mei t/m 15 juni 2016) meldde de zzp'er zich op 28 mei 2016 aan boord ziek. Op 30 mei 2016 bezoekt de zzp'er in Delfzijl een huisarts. Komt daarna terug aan boord met diagnose: mogelijk griep (influenza?).

Op 8 juni 2016 gleed de zzp'er tijdens een hoestbui uit op een trap aan boord en bezeerde hij zijn enkel. Hij bleef echter doorwerken.



Op 12 juni 2016 kwam het schip weer binnen en werd in het ziekenhuis een fractuur in de enkel van de zzp'er geconstateerd. Op 16 juni 2016 vloog hij terug naar Houston, Texas

De zzp'er heeft op 6 oktober 2016 nog een Whatsapp gesprek gevoerd met een werknemer van RS Diving waarin hij onder meer het volgende schreef:



(...) I fly to Singapore on Sunday to do an audit for Canyon Offshore, and talk about upcoming work they want me to do there.”

“Working on the audit here in (afbeelding vlag Singapore). I should be done by tomorrow, but I am contracted until Wednesday so I will be here over the weekend as I have been invited to a company BBQ and night out. They want me to sign up for next year, and start officially in November. I said I would consider it.”

Sollicitatie naar andere arbeidsbetrekking of toch naar nieuwe opdracht?



De vorderingen van de zzp'er

Op 13 juni 2017 heeft [eiser] over de tussenliggende periodes (13 augustus 2015 t/m 23 augustus 2015; 15 december 2015 t/m 2 mei 2016) declaraties aan RS Diving gestuurd. Deze declaraties zijn niet betaald.

Vervolgens heeft de zzp'er bij de kantonrechter in Rotterdam vorderingen tegen RS Diving ingediend waarin hij kortweg honderden duizenden Euros(!) als schadevergoeding en loon vordert, alsmede het nakomen van re-integratieverplichtingen en te verklaren voor recht dat er sprake is van een arbeidsrelatie i.p.v. een overeenkomst van opdracht.



De zzp'er betoogde dat hij een arbeidsovereenkomst met RS Diving had, en dat RS Diving zich niet als een goed werkgever zou hebben gedragen. Dit omdat hij (de zzp'er) op 16/17 mei 2016, toen het schip in de haven lag, ziek was geworden door gebreken in de airconditioning en het waterzuiveringsstelsel (septic system).

Hij zegt dat RS Diving hem niet tegen zichzelf in bescherming heeft genomen toen hij, ondanks zijn ziekte, doorwerkte.

Hij zegt dat RS Diving druk op hem legde om door te werken.

Uit inspectierapporten bleek dat de systemen op orde waren.

De huisarts dacht aan de *mogelijkheid* van een griep.



De kantonrechter stelt vast dat in dit geval partijen géén schriftelijke overeenkomst hadden gesloten.

Wel hebben zij ieder aan elkaar concept-overeenkomsten toegestuurd. RS Diving heeft een zgn. “Service Agreement” aan de ZZP-er toegestuurd, en de ZZP-er heeft een “Service Agreement for self-employed services contractor” aan RS Diving toegestuurd.

De kantonrechter leidt hieruit partijbedoelingen af.

Ook loopt de rechter de criteria langs van een arbeidsovereenkomst (o.a. via IPR-regels artikel 8 en 12 Rome I; aanknopingspunt land waar werkzaamheden worden verricht); offshore mondiale werkzaamheden, echter vertrek vanuit Nederlandse haven.



Service Agreement for self-employed services contractor:

The Service Contractor shall cooperate with the COMPANY and accept the direction, supervision and control of any responsible person within the COMPANY's organisation within reasonable terms and conditions;

(...)

The parties agree that the Service Contractor has the status of an independant self-employed Service



Contractor and therefore nothing in this Agreement shall render the Service Contractor an employee, worker, agent or partner of the COMPANY and as such the Service Contractor shall not be entitled to any pension, holiday entitlement, bonus or other fringe benefits from the COMPANY.

This Agreement constitutes a contract for the provision of services and not a contract of employment and accordingly the Service Contractor shall be fully responsible for and shall indemnify the COMPANY,



Client and Ship Owner for and in respect of payment for the following taks including but not limited to

i Any income tax, National Insurance and Social Security (...)

ii Any liability for any employment-related claim or any claim based on worker status (...)



Service Agreement

During the period of the Service Agreement, the Contractor agrees to be exclusively available for the service Agreement. Mutual dismissal during the period of the Service Agreement is not possible (...)

Day Rate onsh. (12 hrs) € 700,00 Day Rate affsh. (12 hrs) € 700,00 (...)

This remuneration shall also cover any costs of the Contractor. The Contractor does not get e.g. holiday, night shift, weekend and overtime premiums.



He/she has no entitlement to holidays or sick-pay.

The Contractor confirms that he/she makes his/her living primarily from other assignments and has other clients in addition to the Employer. (...)

The Contractor has health and accident insurance and will not make any claim against the Employer unless the Employer has acted grossly negligent. (...)



Kantonrechter:

Slotsom is dat uit de intentie van partijen en uit de wijze waarop partijen de overeenkomst hebben *uitgevoerd* blijkt dat zij de bedoeling hadden een overeenkomst van opdracht te sluiten. Als opdrachtgever zijn RS c.s. niet aansprakelijk voor de gevolgen van de val van [eiser]. Hij diende als zelfstandig ondernemer zelf de nodige maatregelen te treffen om de gevolgen van een dergelijk ongeval op te vangen.



Lessons learned:

De door de zzp'er gehanteerde conceptovereenkomst had moeten worden geïntegreerd met die van RS Diving c.s., aangevuld met de andere 'lessons learned' (specificeren eventuele reiskostenvergoedingen, aanwijzingsbevoegdheid, etc.) en dan getekend moeten worden.

Risico was enorm: vordering als in geleden schade en onder meer 70 % procent van laatstverdiende loon over periode van maanden, intussen mogelijk arbeidsrelatie voor onbepaalde tijd (leent geld uit voor zieke moeder, tonnen vergoeding worden geëist en ook nog mogelijk dat zzp'er in dienst blijft/ontbindingsprocedure nodig met onzekere uitkomst op grond van verstoorde arbeidsrelatie), bovendien re-integreren naar gelijke of andere maar passende functie!

Betrokken in uitgebreide en kostbare procedure(s).



Zelfstandig gevaar van de belastinginspecteur

1. Bevoegdheid om te toetsen en te handhaven is geregeld met invoering op 1 mei 2016 van kracht geworden Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (verder: Wet DBA”) die per 1 mei 2017 in werking is getreden.
2. Inspecteur bepaalt of er sprake is van een arbeidsovereenkomst en of er alsnog loonheffingen moeten worden afgedragen – onder mogelijk te verbeuren boetes.



1. Modelovereenkomsten van opdracht op website belastingdienst → géén garantie!
2. VAR-verklaringen → onpraktisch en dode letter
3. Handhavingmoratorium 2017 t/m 1 januari 2021
4. Echter in ernstige gevallen mogelijkheid tot handhaving. Wat wordt hieronder verstaan? Deliveroo, PostNL? Aangever vaak vakbonden. Denk ook aan pensioenfondsen.
5. Inspecteur blijft bevoegd anders te beslissen

Let op: geheel aparte toets los van civiele recht, terwijl uitkomst wel kan wel doorwerken in civiel recht (en omgekeerd)!



Praktijk groot probleem:

Afgeven VAR-verklaringen laat vaak lang op zich wachten tot soms wel anderhalf jaar! Intussen kan een loonvordering ontstaan en alsnog afdracht verschuldigd.

Bovendien uitkomsten wisselend al naar gelang bevindingen individuele inspecteur.

Lesson learned: neem geen risico, contracteer uitputtend en zie toe op juiste naleving in praktijk! Vul modelovereenkomsten aan (maatwerk), in samenhang met VAR-verklaring.



Rechter en inspecteur

Welke vragen stellen rechter en inspecteur momenteel?

NB: grote discretionaire bevoegdheid (niet uitputtend/open stelsel/in samenhang beoordelen van partijbedoelingen en feitelijke uitvoer)

1. Verricht(te) de opdrachtnemer (al) structureel en voornamelijk werkzaamheden voor een en dezelfde opdrachtgever?
2. Zijn de werkzaamheden min of meer incidenteel en of voor meerdere opdrachtgevers?



3. Is de opdrachtgever verplicht om de overeengekomen werkzaamheden persoonlijk te verrichten of kan hij hiervoor andere inzetten?

4. Dient de opdrachtgever instructies van de opdrachtgever op te volgen of staat het hem of haar vrij om zelfstandig te bepalen hoe de werkzaamheden worden uitgevoerd?

5. Is de opdrachtgever verplicht aan een oproep van de opdrachtgever gehoor te geven?

6. Is de opdrachtgever wel of niet ingeschreven in het handelsregister?



7. Betaalt de opdrachtgever de opdrachtnemer periodiek een min of meer gelijke vergoeding of is er een andere vorm van beloning overeengekomen die bijvoorbeeld aan de hand van facturen wordt voldaan – waarover btw wordt berekend?

8. Betaalt de opdrachtgever de opdrachtnemer indien wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid van de opdrachtnemer geen arbeid is verricht?



9. Draagt de opdrachtgever loonbelasting en of pensioenpremies af?
10. Bouwt de opdrachtnemer pensioen op via de werkgever?
11. Heeft opdrachtgever verzekeringen (arbeidsongevallen- en of aansprakelijkheidsverzekeringen) afgesloten voor de opdrachtnemer of doet de opdrachtnemer dit zelf?
12. Is er sprake van een overeengekomen vaste arbeidsomvang?



13. Is de opdrachtgever gebonden aan door de opdrachtgever vastgestelde werktijden?!
14. Verricht de opdrachtnemer zijn werkzaamheden op locatie van de opdrachtgever?!
15. Verricht de opdrachtnemer zijn werkzaamheden met gereedschap, instrumenten en of andere middelen die door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer zijn verstrekt?



16. Bouwt de opdrachtnemer rechten op voor op te nemen vakantiedagen en of de wettelijke vakantiebijslag van 8 %?

17. Heeft de opdrachtnemer toestemming van de opdrachtgever nodig om verlof op te nemen?

18. Is de opdrachtnemer gehouden om bedrijfsreglementen, veiligheidsvoorschriften en huis- en gedragsregels van de opdrachtgever na te leven?!

19. Is er sprake van gezagsverhouding of toch een aanwijzingsbevoegdheid?

En dit alles na de vraag:

20. Wat zegt het contract?



Wat hebben zzp'er, vakbonden belastingdienst (UWV), pensioenbonden, te winnen?

1. Ontslagbescherming

ketenregeling ex artikel 7:668a BW (maximum van drie tijdelijke arbeidscontracten tegen duur van maximaal twee jaar – per 1 januari 2020 drie jaar)

Gesloten stelsel van ontslaggronden (toets UWV en de (kanton)rechter

2. Als ontslag, dan transitievergoeding verschuldigd met eventueel billijke vergoeding



3. Recht op loon

Ook bij ziekte als in arbeidsongeschiktheid
of als er geen opdrachten meer zijn

Nb I: loonvorderingen over periode van wel vijf jaar en zelfs langer waarover nog loon moet worden betaald – mogelijk vermeerderd met vertragingsrente tot wel 50 % over het dan verschuldigde salaris.

Nb II: loon waarschijnlijk vastgesteld op afgesproken hogere tarief dat zzp'er heeft bedongen (rechtsvermoeden omvang van arbeidscontract artikel 7:610b BW)



4. Opbouw vakantiedagen waarover achteraf moet worden uitgekeerd of alsnog worden opgenomen onder verplicht uitbetalen van loon
5. Bovendien uitbetalen 8 % vakantiebijslag over al uitgekeerd en uit te keren loon
6. Aanspraak op overige emolumenten (bonussen, auto van de zaak, verlofregelingen, pensioenbijslag etc.) op grond van gelijke behandeling van werknemers/goed werkgeverschap 7:611 BW
7. Afdracht pensioenpremie bedrijfstak pensioenfonds
8. Recht op WW- en of Ziektewetuitkeringen (vanuit het UWV)



9. Collectieve arbeidsovereenkomsten (doorwerking cao's) kunnen van toepassing zijn en dwingendrechtelijk doorwerken in de dan ontstane arbeidsrechtelijke verhouding:

- a. jaarlijkse loonsverhogingen (meestal cumulatief)
- b. Opleidingsbudgetten
- c. Pensioenregelingen
- d. Verlofregelingen
- e. Verplichte afdracht aan bedrijfstakorganisaties en werknemersorganisaties (vakbonden)



Wetgeving per 1 januari 2021 Kamerbrief 24 juni 2016

Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige'

1. Wet DBA per 1 januari 2021 vervangen
2. Zzp-overeenkomst krijgt alsnog wettelijke verankering
3. Tegengaan schijnconstructies (bescherming en veilig stellen premieafdracht)
4. Verplichte verzekeringen zzp'ers
5. Zzp'ers in drie tariefgroepen meer daaraan gebonden bescherming en handhaving
6. Mogelijk nog sterkere civielrechtelijke claims



Jarenlange maatschappelijk/politieke bezwaren

Kritische kanttekeningen in 2018 vanuit de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (verder “OESO”)

Kort gezegd wanneer zzp-constructies niet aan banden worden gelegd, stagneert enerzijds de loonontwikkeling en anderzijds de premieafdracht ten behoeve van de werknemersverzekeringen.



Verwacht wordt dat er de zpp-er wordt ingedeeld in drie categorieën met afnemende bescherming/handhaving:

een categorie van zpp'ers waarvoor een minimumtarief van € 16,- per uur geldt;

een categorie van zpp'ers waarvoor een tarief per uur geldt van tussen de € 16,- en € 75,-; en

een categorie van zpp'ers die een tarief van boven de € 175,- per uur geldt.

NB: voor premieafdracht midden- en hoge groep interessant



Mogelijk (digitale) voortoetsen vergelijkbaar met VAR-verklaringen

Onduidelijk wat met uiteindelijk met modelovereenkomsten gebeurt, maar nu ook weinig garanties aan te ontlennen - zeker niet bij kantonrechter

1. Maatregel voor de onderkant van de arbeidsmarkt
2. Maatregel voor de bovenkant van de arbeidsmarkt (opt out verzekeringen)
3. Verduidelijking gezag
4. Opdrachtgeversverklaring en de web-module



5. Samenhang arbeidsmarktmaatregelen (kwartet: WAB, WNRA, Pensioenakkoord, regulering zzp – 2021)

6. Planning en gevolgen voor het handhavingsmoratorium (tot 2021)

Lessons learned: anticipeer en sorteer voor door opgegeven tarieven (categoriën) als uitgangspunt te hanteren. Hoger tarief, minder bescherming. Verwachting dat doorwerkt in civielrechtelijke toets (maatschappelijke positie).

Expliciet maken verzekeringen door zelfstandige zelf of aantonen gebruik opt out.



Opdrachtgever en opdrachtnemer beiden zelfstandigenverklaring laten tekenen: partijbedoelingen niet alleen in overeenkomst van opdracht vastleggen, losse verklaring hanteren. Opnemen KvK-nummers/inzien uittreksel voor omschrijving handelsactiviteiten.

Separate administraties hanteren (geen aanbeveling in Kamerbrief wel mijn aanbeveling). Een ondernemer heeft een administratie. Helpt met name bij civielrechtelijke toetst!

Gezagsverhouding: web-module in ontwikkeling als “additioneel” instrument...? Mooie intentie maar vaag en onduidelijk.

Zie uitspraken hiervoor met zeer wisselende uitkomsten!
Contracteer volgens 7:400 BW e.v. en maak alles expliciet zodat niet richting arbeidsrelatie wijst.



Aansprakelijkheid

In opdrachtgever-opdrachtnemer-relatie doorgaans goed uit te sluiten of te beperken (hanteren van goede algemene voorwaarden).

In arbeidsrechtelijke verhouding niet. Want o.g.v. goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW vloeit verzekeringsplicht jegens werknemer voort voor werkgever. In bijzonder ook uit artikel 7:658 BW (arbeidsomstandigheden).



Hoe ver reikt verantwoordelijkheid van opdrachtgever jegens opdrachtnemer voor wat betreft het verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid, aansprakelijkheid, ongevallen etc.?

Kan de zzp'er zich beroepen op artikel 7:611/658 BW?



Werkgeversaansprakelijkheid o.g.v. artikel 7:611 BW

Rechtbank Midden-Nederland

06-12-2017

Schadeverzekering inzittenden vereist?

Kan een zzp'er een beroep doen op de uit artikel 7:611 voor een werkgever voortvloeiende verzekeringsplicht jegens werknemers?

ECLI:NL:RBMNE:2017:6028



Kantonrechter:

De zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer vindt zijn grondslag in artikel 7:658 BW waarin - kort gezegd - is bepaald dat de werkgever zorg draagt voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer en de door deze te gebruiken werktuigen. Met de toevoeging van lid 4 aan artikel 7:658 BW heeft de wetgever beoogd dat de regeling ook toepasselijk is in de situatie dat een werknemer door zijn werkgever bij een derde partij is te werk gesteld.



Uit het arrest Davelaar/Allspan (ECLI:NL:HR:2012:BV0616), waar [eiser] zich op beroept, blijkt dat ook een zelfstandige zich ook kan beroepen op artikel 7:658 lid 4 BW, als deze zich wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met de werknemer vergelijkbare positie bevindt.

Een wezenlijk onderscheid tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW is dat artikel 7:611 niet de hiervoor genoemde uitbreiding van de zorgplicht van de werkgever kent die beoogt onder omstandigheden ook bescherming te bieden aan personen die geen werknemer zijn.

ECLI:NL:HR:2012:BV0616 zie ook: ECLI:NL:RBMNE:2017:6028



De ratio van de verplichting tot het afsluiten van een deugdelijke verzekering is dat een werkgever die van zijn werknemer verlangt dat hij zijn werkzaamheden uitvoert in bijvoorbeeld een auto van het bedrijf, verplicht is er voor te zorgen dat - in het geval de werknemer met die auto een ongeval krijgt - er dekking is voor geleden schade.

Een dergelijke verplichting heeft een opdrachtgever in beginsel niet ten opzichte van een zelfstandig ondernemer die een opdracht voor hem uitvoert. Dit is aan opdrachtnemer zelf.

De zelfstandige opdrachtnemer zal in het algemeen niet gehouden zijn gebruik te maken van de bedrijfsauto van diens opdrachtgever (juist eerder eigen bedrijfsauto).



Dit wordt mogelijk pas anders als opdrachtgever de opdrachtnemer verplicht (bij het uitvoeren van de opdracht) gebruik te maken van de bedrijfsauto van de opdrachtgever en de instructies had op te volgen van de opdrachtgever.

In casu beschikte [eiser] over een eigen (bedrijfs)auto maar maakte hij om praktische redenen gebruik van de bedrijfsauto van [gedaagde]. Stond echter ter vrije keuze van [eiser] stond om zijn eigen auto te gebruiken.

ECLI:NL:RBMNE:2017:6028

Lessons learned: verzeker zzp'er niet op grond van 7:611, onder andere collectieve polis kan dit wellicht maar kwalificeer begunstigde zzp'er niet als werknemer. Als kan eigen vervoer; hoe in offshore? Vervoer contractueel regelen en als kan prijzen specificeren.



Conclusie

Zzp'ers die werken als onafhankelijke opdrachtnemers (*independent contractors*) onder een overeenkomst van opdracht voor een opdrachtgever, kunnen in feite een arbeidsovereenkomst hebben gesloten.

Kwalificatie aan rechter en belastingdienst (dubbel gevaar!)

Goed contracteren (maatwerk) en toezien op feitelijke uitvoering van overeenkomst.

Een paar hoofdregels:



1. Sluit contractueel betalen van collectieve premies uit
2. Differentieer betalingen: huur uitrusting, kosten vervoer, vergoedingen eten en drinken, enz.
3. Over beloning wordt berekend: btw!
4. Zzp'er zelf laten verzekeren en leg dit vast
5. Contracteren uitdrukkelijk onder 7:400 BW e.v.
6. Sluit arbeidsrechtelijke verhouding nadrukkelijk uit
7. Hanteer algemene voorwaarden jegens de opdrachtnemer
8. Zie toe op feitelijke situatie/uitvoering van de overeenkomst
9. Denk aan inlenen via uitzendbureau's



Hoge Raad – arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495)

Hoge Raad Van den Male/Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444)

Hoge Raad 10 december 2004, JAR 2005/15, LJN: AP2651 (Dyosinth/Groot)

Hoge Raad 13 juli 2007, JAR 2007/231, LJN: BA6231 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM)

Hoge Raad 14 april 2006, JAR 2006/119, LJN: AU9722 (beurspromovendi)

Hoge Raad 24 december 2010, JAR 2011/21, LJN: BO5801 (Tavernier/Tennisvereniging Westzaan)

Hoge Raad 11 februari 2011, JAR 2011/75, LJN: BO9573 (Nederlands-Israëlische Hoofdsynagoge/Mahazri)

Belastingkamer Hoge Raad 25 maart 2011, JAR 2011/109, LJN: BP3887 (Gouden Kooi)

Belastingkamer Hoge Raad 17 februari 2012, LJN: BU8926



Hoge Raad (Davelaar/Allspan) ECLI:NL:HR:2012:BV0616

Rechtbank Noord Holland december 2015 (PostNL)

ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230,
ECLI:NL:RBNHO:2015:11232

Rechtbank Midden-Nederland 06-12-2017 (7:611 en opdrachtnemers)

ECLI:NL:RBMNE:2017:6028

Rechtbank Amsterdam, 23-07-2018 (Deliveroo I)

ECLI:NL:RBAMS:2018:5183

Rechtbank Rotterdam 26-10-2018 ECLI:NL:RBROT:2018:8844 (RS cs vs
ROV Operator)

Rechtbank Noord Holland 15 januari 2019 (Deliveroo II)

Kamerbrief juni 2019

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zelfstandigen-zonder-personeel-zzp/documenten/kamerstukken/2019/06/24/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-039-werken-als-zelfstandige039>



MMRL-Lawyers

Chris Schmidt

E: chris@mmrl.eu

M: +31 (6) 24 25 96 97

F: +31 (0)10 798 5551

W: <https://mmrl.eu>

World Port Center

26th Floor

Wilhelminakade 953

3072 AP Rotterdam

The Netherlands

MMRL

MARGETSON LAWYERS

INTRAMAR[®]
INSURANCES International Insurance Brokers

