

0 Ten geleide

De Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) schiet tekort in het tijdig kunnen vaststellen van de daadwerkelijke arbeidsrelatie. Immers wordt de VAR door de ZZP-er aangevraagd voordat er duidelijkheid bestaat hoe de arbeidsrelaties met toekomstige opdrachtgevers worden vormgegeven.

Een ander nadeel van de VAR is dat handhaving enkel plaatsvindt bij de ZZP-er die daardoor alle risico's draagt¹.

Met het wetsvoorstel Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (DBA), wordt de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) afgeschaft en maakt plaats voor het alternatief bestaande uit een (model)overeenkomst die aan de Belastingdienst **kan** worden voorgelegd zodat er (vooraf) duidelijkheid bestaat of er sprake is van een dienstbetrekking. De handhaving wordt niet meer beperkt tot enkel de ZZP-ers maar kan ook plaatsvinden bij opdrachtgevers, waaronder intermediairs.

1 Samenvatting

De Wet DBA verandert niets wezenlijks aan het wettelijke toetsingskader (Wet IB 2001) voor de beoordeling van de feitelijke arbeidsrelatie. En dát toetsingskader was, is en blijft dus het belangrijkste uitgangspunt bij het opstellen en aangaan van overeenkomsten tussen ZZP-ers en opdrachtgevers.

Net als bij de VAR kan de belastingdienst met de modelovereenkomsten geen zekerheid verschaffen over het zelfstandig ondernemerschap van de ZZP-er. Derhalve richten de modelovereenkomsten zich tot het uitsluiten van privaatrechtelijke dienstbetrekkingen waarbij in ieder geval aan één van de drie kenmerken niet wordt voldaan (zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3). Vreemd evenwel is dat de belastingdienst verzuimt om een modelovereenkomst op te stellen die zowel gericht is op i) het ontbreken van een gezagsverhouding, ii) vrije vervanging én iii) een toelichting of richtlijnen geeft t.a.v. bepalingen die de zelfstandigheid van de ZZP-er aantasten c.q. beschermen.

Met name dat laatste; het ontbreken van een toelichting welke bepalingen risicovol zijn in contracten, is een groot gemis. In de praktijk blijkt dat opdrachtgevers en met name intermediairs erg veel bepalingen opnemen die de zelfstandigheid van de ZZP-er kunnen aantasten. Van de ZZP belangenorganisaties had mogen worden verwacht dat zij daarover meer duidelijkheid had geëist van de belastingdienst c.q. wetgever met het dringende verzoek om dit dan ook te verwerken in de voorbeeldovereenkomsten. Dat biedt meer duidelijkheid richting opdrachtgevers én ZZP-ers.

Verontrustend is overigens dat de modelovereenkomst "inhuur externe deskundigheid"² de opdrachtgever weer vrijwaart voor de gevolgen wanneer er toch loon- en premieheffing had moeten worden ingehouden. Dit staat haaks op één van de belangrijkste uitgangspunten voor de vervanging van de VAR; de handhaving niet enkel beperken tot de ZZP-er.

¹ Nota n.a.v. verslag 21 okt 2015 | 34 036 F

² geregistreerd onder nummer 9101567983 d.d. 13-10-2015

Het wetsvoorstel Wet DBA, met een beoogde ingangsdatum van 1 april 2016, dient overigens nog te worden goedgekeurd door de Eerste Kamer.

2 Beoordeling arbeidsrelatie (wettelijk kader)

Voor de ZZP-er is het relevant op welke wijze bepaald wordt of er sprake is van zelfstandig ondernemerschap óf van een dienstbetrekking bij de uitvoering van opdrachten.

Ter bepaling van de arbeidsrelatie wordt gebruik gemaakt van verschillende kenmerken. Een specifiek kenmerk is niet enkel bepalend maar wordt tezamen met de andere kenmerken meegenomen ter vaststelling van de arbeidsrelatie.

2.1 Rangorde bepaling arbeidsrelatie³

1. Op grond van de rangorderegeling van artikel 2.14 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) moet eerst worden beoordeeld of de inkomsten moeten worden gekwalificeerd als winst uit onderneming. Ingevolge artikel 3.8 van Wet IB 2001 is winst uit onderneming het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Uit artikel 3.5 van de Wet IB 2001 volgt dat onder onderneming mede moet worden verstaan het zelfstandig uitgeoefende beroep.

2.2 Zelfstandig ondernemerschap

2. Er moet sprake zijn van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die gericht is op het maken van winst om als ondernemer te worden aangemerkt. Belangrijk is dat de opdrachtnemer aannemelijk kan maken dat hij ondernemersrisico waaronder debiteurenrisico loopt.

Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer⁴:

- a) er continu wordt geïnvesteerd in het werven van opdrachten bij meerdere opdrachtgevers;
 - b) de opdrachtgevers de relatie op ieder moment kunnen beëindigen zonder dat daarvoor een vergoeding verschuldigd is;
 - c) de facturen niet worden betaald omdat de opdrachtgever niet tevreden is of liquiditeitsproblemen heeft terwijl de werkzaamheden wel al zijn verricht;
 - d) er geen sprake is van een gezagsverhouding (zie beschrijving onder punt 8b en 8c).
3. Ad 2a wordt opgemerkt dat een ZZP-er er verstandig aan doet aantoonbaar reclame te maken voor zijn onderneming, bijvoorbeeld m.b.v. een website, facebook, LinkedIn, netwerken en andere vormen van acquisitie.

³ Bron rechtspraak.nl - ECLI:NL:RBGEL:2015:6418

⁴ Bron o.a. rechtspraak.nl - ECLI:NL:RBARN:2012:BX7566

2.3 Privaatrechtelijke dienstbetrekking / arbeidsovereenkomst⁵

4. Indien er meer partijen bij een arbeidsverhouding zijn betrokken (tussenkost, bemiddeling, inlenen, doorlenen, enz.) dient de verhouding van de opdrachtnemer tot elk van die partijen beoordeeld te worden; er kan in principe met elk van die partijen sprake zijn van een dienstbetrekking.
5. Bij een privaatrechtelijke dienstbetrekking dient aan alle volgende 3 criteria te zijn voldaan:
 - a) De opdrachtnemer is verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten;
 - b) De opdrachtgever is verplicht tot betaling van loon;
 - c) De opdrachtnemer staat in een gezagsverhouding tot opdrachtgever.
6. Ad 5a (persoonlijk verrichten van arbeid) wordt het volgende opgemerkt:
 - a) *Een ZZP-er zal in principe altijd de werkzaamheden persoonlijk verrichten. Hij is immers juist geselecteerd op zijn persoonlijke kwalificaties. Uitzonderingen daargelaten, zal de ZZP-er altijd de werkzaamheden zelf uitvoeren, waardoor in principe wordt aangenomen dat hij dan daartoe verplicht is.*
 - b) *De ZZP-er doet er verstandig aan om in de overeenkomst op te (laten) nemen dat hij zelf kan bepalen wie hem vervangt zonder dat de opdrachtgever / intermediair daarop invloed kan uitoefenen, behoudens het stellen van dezelfde eisen / kwalificaties die eerder ook voor de ZZP-er van toepassing zijn verklaard en in relatie tot de opdracht staan. Indien de opdrachtgever/intermediair hiervan wil afwijken en mag bepalen wie de vervanger wordt, ontstaat een verhoogd risico dat het zelfstandig ondernemerschap, op dit criterium, ter discussie komt te staan.*
 - c) *Overigens is het belangrijk dat wanneer de ZZP-er zich wil laten vervangen door een andere ZZP-er én daarbij als opdrachtgever (hoofdaannemer) richting die andere ZZP-er (onderaannemer) opstelt, is er sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Daartoe dient de ZZP-er zijn onderneming als zodanig te hebben aangemeld bij de KvK (niet-bedrijfsmatig ter beschikking stellen van arbeidskrachten).*
7. Ad 5b (betaling van loon) wordt het volgende opgemerkt:
 - a) *De verplichting tot betaling van loon is aanwezig indien de opdrachtgever verplicht is om aan de opdrachtnemer een reële contraprestatie te geven voor de verrichte arbeid. Een (marktconform) uurtarief valt hier onder.*

⁵ Bronnen:

http://wetten.overheid.nl/BWBR0014311/BijlageIII/geldigheidsdatum_26-10-2015

http://wetten.overheid.nl/BWBR0014311/geldigheidsdatum_28-09-2015

8. Ad 5c (gezagsverhouding) wordt het volgende opgemerkt⁶:
- a) *Gelet op bovenstaande is het ontbreken van een gezagsverhouding wellicht het belangrijkste criterium. Immers is er bijna altijd sprake van de verplichting de werkzaamheden persoonlijk uit te voeren én is er sprake van een reële contraprestatie (loon / vergoeding).*
 - b) *Ook bij een overeenkomst van opdracht kan sprake zijn van het geven van aanwijzingen. De enkele constatering dat in een arbeidsrelatie aanwijzingen worden gegeven, leidt niet zonder meer tot de vaststelling dat die arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is. Wel is het zo dat als de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen geheel ontbreekt, geconcludeerd kan worden dat de arbeidsrelatie geen arbeidsovereenkomst is.*
 - c) *Er zijn twee belangrijke verschillen te noemen tussen de aanwijzingsbevoegdheid in het kader van een overeenkomst van opdracht en die in het kader van een arbeidsovereenkomst.*
 - I. *Het eerste belangrijke verschil is dat bij een overeenkomst van opdracht de aanwijzingen **slechts betrekking** kunnen hebben op de vooraf overeengekomen opdracht, terwijl de aanwijzingsbevoegdheid in het kader van een arbeidsovereenkomst meer **algemeen** van aard is.*
 - II. *Het tweede belangrijke verschil is, dat bij een overeenkomst van opdracht de opdrachtnemer niet gehouden is om aanwijzingen op te volgen die niet tijdig zijn gegeven of die in het licht van een juiste uitvoering van de opdracht niet verantwoord zijn. Bij een overeenkomst van opdracht staat het overeengekomen **resultaat** voorop, terwijl bij een arbeidsovereenkomst de nadruk ligt op het leveren van een bepaalde **inspanning** van de werknemer.*
 - d) Bij veel opdrachten is sprake van een inspanningsverplichting c.q. gezagsverhouding. Wanneer de ZP-er dezelfde werkzaamheden (inspanningen) verricht die vergelijkbaar zijn met iemand in vaste dienst (dienstbetrekking) zullen ook de aanwijzingen zeer waarschijnlijk geen verschillen kennen tussen de ZP-er en de vaste medewerker. Tenzij er uitdrukkelijke en meetbare resultaatafspraken zijn opgenomen in de overeenkomst van opdracht, loopt de ZP-er dus een (verhoogd) risico dat diens werkzaamheden, voor dit criterium, worden aangemerkt als dienstbetrekking en/of tasten diens zelfstandigheid aan.

⁶ Bron b+c: Belastingdienst

2.4 Jurisprudentie

9. Voor ZZP-ers die werkzaam zijn in de dienstverlening is beperkte jurisprudentie⁷ over de beoordeling van de feitelijke arbeidsrelatie. Doch geven diverse uitspraken voldoende inzicht in de wijze waarop arbeidsrelaties bestendig worden beoordeeld.
- a) Trainer hockey vereniging (ECLI:NL:GHARL:2013:CA0374). Het Hof oordeelt dat:
- I. partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven aan de overeenkomst op een wijze welke past bij een overeenkomst van opdracht;
 - II. dat tussen de partijen een zodanige gezagsverhouding bestaat, dat het niet aannemelijk is dat hier sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking;
 - III. op grond hiervan de ZZP-er zijn werkzaamheden derhalve in het kader van zijn onderneming (zelfstandig uitgeoefend beroep) heeft uitgevoerd;
 - IV. hiervoor een VAR-WUO dient te worden afgegeven.
- b) Chauffeursdiensten (ECLI:NL:RBGEL:2015:6418). De Rechtbank oordeelt dat:
- I. voldoende aannemelijk is gemaakt dat hij ondernemersrisico loopt, bestaande uit het risico dat hij niet voldoende werkzaamheden kan genereren dan wel om andere redenen niet kan werken (zoals bij ziekte), alsmede het incassorisico loopt voor betaling van zijn werkzaamheden;
 - II. aan opdrachtgevers per klus wordt gefactureerd voor het aantal gewerkte uren. Er is geen sprake is van 'ontslagbescherming' en de ZZP-er loopt naar het oordeel van de rechtbank bij het uitblijven van betaling door zijn opdrachtgevers - anders dan een werknemer, die een preferentie geniet - hetzelfde risico als willekeurig welke andere crediteur. Daarnaast is van belang dat de ZZP-er zich door middel van ondernemersverzekeringen heeft verzekerd tegen de risico's van aansprakelijkheid en arbeidsongeschiktheid.
 - III. verder aannemelijk is geworden dat de ZZP-er acquireert onder verwijzing naar de door hem gehanteerde algemene voorwaarden en dat hij onderhandelt over zijn tarieven.
 - IV. niet aannemelijk is geworden dat er sprake is van (latent) gezag;
 - V. gelet op het aantal opdrachtgevers, voldoende aanknopingspunten zijn voor het ondernemerschap, nu een arbeidsovereenkomst met vijf opdrachtgevers niet voor de hand ligt.
 - VI. op grond hiervan de ZZP-er als ondernemer dient te worden aangemerkt;
 - VII. hiervoor een VAR-WUO dient te worden afgegeven.

⁷ Rechtspraak.nl trefwoorden: var, wuo, dienstverlening | rechtsgebied: belastingrecht
Zie ook ECLI:NL:RBZWB:2014:3880 ♦

- c) Projectleider automatiseringsbranche (ECLI:NL:GHARN:2010:BN5132).
Het Hof oordeelt dat:
- I. belanghebbende onvoldoende zelfstandigheid heeft bezeten ten opzichte van zijn opdrachtgever(s). Redengevend daarvoor is dat belanghebbende zijn werkzaamheden weliswaar grotendeels zelf kon invullen, maar opdrachtgever B had blijkens de artikelen 3.3, 8.3 en 10 van de overeenkomst met C BV het recht om aan belanghebbende opdrachten te verstrekken en belanghebbende had de plicht om deze uit te voeren. Ook het feit dat belanghebbende zich blijkens artikel 9.1 van de overeenkomst met C BV alleen kon laten vervangen na goedkeuring door B duidt erop dat belanghebbende zijn werkzaamheden niet zelfstandig kon verrichten. Verder heeft belanghebbende zijn werkzaamheden veelal bij B uitgevoerd, waarbij hij zich diende te onderwerpen aan de daar geldende werktijden en huisregels, zodat ook in dat opzicht van enige zelfstandigheid geen sprake is.
 - II. terecht de VAR-WUO is omgezet in een VAR-ROW

2.5 Samenvattend

10. Blijkens diverse rechtelijke uitspraken wordt de arbeidsrelatie beoordeeld aan de hand van de waardering van de omstandigheden in hun onderlinge verhouding waarbij enerzijds wordt gewogen of er daadwerkelijk sprake is van zelfstandig ondernemerschap (blijkens het bestaan van ondernemersrisico waaronder debiteurenrisico) en anderzijds de criteria voor de privaatrechtelijke dienstbetrekking worden gewogen. (Zie ook 9c).
- a) Het criterium "gezagsverhouding" lijkt daarbij een cruciale component te vormen.
 - b) Tevens is het noodzakelijk dat de ZZP-er voldoende kan aantonen dat hij ondernemer is doordat hij ondernemersrisico loopt.
11. Er bestaat veel onduidelijkheid over diverse bepalingen die zeer frequent in contracten tussen ZZP-ers en opdrachtgevers (incl. intermediairs) zijn terug te vinden en die de zelfstandigheid van de ZZP-er kunnen aantasten dan wel aanleiding zijn om toch van een gezagsverhouding te spreken⁸:
- a) Concurrentiebeding
Bijvoorbeeld dat het verboden is om gedurende een bepaalde periode na afronding van de opdracht, direct of indirect met de klant / Derde zaken te doen zonder tussenkomst van de intermediair. Hierbij worden zelfs opdrachten bij dezelfde klant maar via een andere intermediair dus ook uitgesloten! Overigens bestaan er concurrentiebedingen die volstrekt disproportioneel zijn; onder klant / Derde wordt vaak verwezen naar "inclusief ondernemingen die tot hetzelfde concern worden gerekend" of iets van dezelfde strekking. Dat kan heel ver gaan...
Overigens wordt een periode langer dan 6 maanden sowieso nadrukkelijk als ongewenst beschouwd.

⁸ Zie ook ECLI:NL:GHSGR:2012:BX2214 (bij oordeel 3.14) ♦ ECLI:NL:RBDHA:2015:4737 (bij punt 18)

b) Intellectueel eigendom

Bijvoorbeeld dat de intermediair bepaald dat het intellectuele eigendom bij de intermediair berust van alle, tijdens de werkzaamheden, gebruikte en/of ontwikkelde bescheiden.

c) Zelfstandigheid

- I. Dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht en de ZZP-er zichzelf niet door een door hem gekozen vervanger mag laten vervangen.
- II. Wanneer de ZZP-er de plicht heeft eenzijdig een verlenging te accepteren (door opdrachtgever) terwijl er sprake is van een inspanningsverplichting. Bij een resultaatverplichting zou een dergelijke verplichting tot verlenging natuurlijk wel opgaan.
- III. Wanneer een overeenkomst – zonder enig voorbehoud - niet tussentijds en wederzijds kan worden opgezegd;
- IV. Wanneer de ZZP-er, zonder dat aantoonbaar is dat dit een grote invloed heeft op het tevoren bepaalde resultaat, zich moet schikken naar aanwijzingen c.q. huisregels die (eerder) van toepassing zijn in een werkgever/werknemer relatie.

d) Langdurige opdrachten

Van de ZZP-er wordt verlangd dat hij meerdere opdrachtgevers heeft. Bij langdurige fulltime opdrachten zal dat in één of meerdere kalenderjaren moeilijk zijn. De interim manager die achtereenvolgens bij twee opdrachtgevers een zware klus uitvoert, die elk meer dan één jaar duurt, is van mening dat hij nog steeds zelfstandig ondernemer is en aanspraak kan maken op een VAR-WUO. Of dit juridisch gezien juist is, is onbekend omdat hierover jurisprudentie ontbreekt.

3 De intermediair

De rol van intermediairs vormt een belangrijke schakel tussen ZZP-ers en opdrachtgevers. Niet alle ZZP-ers beschikken over een uitgebreid netwerk met opdrachtgevers of willen/kunnen niet altijd voldoende tijd besteden aan acquisitie.

Een goede intermediair zou zowel de ZZP-er evenals de opdrachtgever goed moeten kennen om de beste match te kunnen maken. Dat vraagt om veel inspanning. Enerzijds zal de intermediair regelmatig met de inhurende managers van opdrachtgevers op bezoek moeten gaan om op de hoogte te blijven van de ontwikkelingen en behoefte én die te vertalen naar een profiel voor het selecteren van de juiste inhuur. Anderzijds dient de intermediair ook de ZZP-er goed te kennen waarbij ook de soft skills een belangrijk aspect is. Immers vraagt de ene bedrijfscultuur c.q. opdracht om andere vaardigheden dan een andere opdracht.

Dit document behandelt echter enkel de formele arbeidsrelatie. Hierbij zijn een aantal (opvallende) zaken die hieronder worden genoemd.

12. Veel ZZP-ers maken gebruik van een intermediair. Het is niet van belang hoe een bureau zichzelf noemt: het gaat om de arbeidsrelatie tussen opdrachtnemer, het bureau en de klanten van het bureau.

13. Werken via een uitzend-, detachings- of bemiddelingsbureau⁹

Als u via een uitzend- of detachingsbureau werkt, vinden wij meestal dat u in dienst bent bij dat bureau.

Werkt u via 1 of meer bemiddelingsbureaus, dan beschouwen wij u meestal als zelfstandig ondernemer. Ook als u in dit geval een enkele keer voor een uitzend- of detachingsbureau werkt, beschouwen wij u nog steeds als zelfstandig ondernemer.

14. Gelet op het feit dat zeer veel ZZP-ers gebruik maken van één of meerdere intermediairs is van belang om vast te stellen of deze intermediairs in feite **detacheerders** zijn waardoor er sprake zou kunnen zijn van een dienstbetrekking zoals hierboven wordt gesuggereerd.

15. Bemiddeling versus uitzending of detachering¹⁰

Bemiddeling	Uitzending of detachering
Het bureau krijgt een vergoeding voor het in contact brengen van u met uw opdrachtgevers.	Het bureau vraagt geen vergoeding voor het in contact brengen van u met de klanten.
U bent zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van uw werk. Uw opdrachtgevers spreken u erop aan als zij niet tevreden zijn. U loopt dan het risico dat u geen geld krijgt voor uw werkzaamheden.	Het bureau is verantwoordelijk voor de kwaliteit van uw werk. De klanten spreken het bureau erop aan als zij niet tevreden zijn.
Uw opdrachtgevers betalen u uit aan de hand van het aantal gewerkte uren. U hoeft uw uren niet door te geven aan het bemiddelingsbureau.	Het bureau betaalt u uit aan de hand van het aantal gewerkte uren bij de klanten. U spreekt met het bureau af wie het aantal gewerkte uren vaststelt.
U sluit een overeenkomst af met uw opdrachtgevers, waarbij u zich verplicht de werkzaamheden uit te voeren. Het bureau is hierin geen partij.	Het bureau en de klanten sluiten een overeenkomst, waarbij het bureau aangeeft dat het u voor de werkzaamheden inzet.
<p>! Let op! Het is niet van belang hoe een bureau zichzelf noemt: het gaat om de relatie tussen u, het bureau en de klanten.</p>	

4 De Opdrachtgever (eind klant & intermediair)

In de praktijk blijkt dat zowel intermediairs maar ook met name de Opdrachtgevers (eind klant in zowel publieke en private sector) contractuele bepalingen hanteren waarvan onduidelijk is óf deze de zelfstandigheid van de ZZP-er kunnen aantasten dan wel aanleiding vormen om over een (fictieve) dienstbetrekking te spreken.

⁹ Bron: Belastingdienst

¹⁰ Bron: Belastingdienst

In veel contracten zijn diverse bepalingen aangetroffen die je verwacht bij arbeidsovereenkomsten tussen werkgever/werknemer i.p.v. tussen opdrachtgever/opdrachtnemer. Dat kan en mag niet de bedoeling zijn.

Ook zou er kritisch mogen worden gekeken naar bepalingen die opdrachtgevers aan intermediairs opleggen die zij dan ook aan de ZZP-er opleggen.

Onverlet het feit dat de ZZP-er diens economische zelfstandigheid moet kunnen aantonen aan de belastingdienst, zou het opdrachtgevers sieren om in ieder geval die bepalingen die direct aanleiding vormen om de werkzaamheden als dienstbetrekking aan te duiden óf de zelfstandigheid kunnen aantasten, niet te hanteren.

5 De voorbeeldovereenkomsten

In de periode 13 oktober t/m 19 oktober 2015 heeft de Belastingdienst een aantal relevante voorbeeldovereenkomsten op haar website geplaatst:

- a) Tussenkost;
- b) Geen werkgeversgezag;
- c) Geen verplichting tot persoonlijke arbeid;
- d) Inhuur externe deskundigheid.

5.1 Tussenkost

16. Opmerkelijk aan deze voorbeeldovereenkomst is:

- a. Bij Art. 4.2 mag vervanging vrij worden ingevuld. Dit biedt ruimte aan de Opdrachtgever c.q. Derde om gezag uit te oefenen over de keuze van de vervanger zonder dat de ZZP-er hierop invloed kan uitoefenen waarbij Art. 7.4 dan behoorlijke gevolgen kan hebben voor de ZZP-er. Het is volstrekt onduidelijk waarom de wetgever verzuimt om juist voor het criterium "vrije vervanging", algemene richtlijnen op te nemen die de zelfstandigheid van de ZZP-er versterkt c.q. niet aantast.
- b. Bij Art. 5.1 (opzegging overeenkomst) is sprake van vrije invulling. Ook hiervoor geldt dat de Opdrachtgever c.q. Derde gezag kan claimen waarbij er ongewenste beperkingen aan de ZZP-er kunnen worden opgelegd. Het is volstrekt onduidelijk waarom de wetgever verzuimt om hiervoor algemene richtlijnen op te nemen die de zelfstandigheid van de ZZP-er versterkt c.q. niet aantast.
- c. Bij Art. 6.4 ontbreekt de definitie wat onder hulpmiddelen wordt verstaan. Tevens lijkt dit artikel ruimte te bieden om ongelimiteerd kosten in rekening te brengen bij de ZZP-er.
- d. Art. 9.1b betreft afspraken over "een concurrentie- en/of **relatie**beding dat de Opdrachtnemer niet **onredelijk** beperkt in het verwerven of uitvoeren van opdrachten voor **andere** opdrachtgevers". Hierbij worden geen richtlijnen noch toelichting gegeven. Aangezien de intermediair de opdrachtgever is en niet de klant/Derde zou laatstgenoemde tot de andere opdrachtgevers behoren? Zo niet, wat wordt dan wél onredelijk beschouwd,

mede gelet op diverse disproportionele bedingen die je in diverse (concept)overeenkomsten aantreft?

5.2 Geen werkgeversgezag

17. Opmerkelijk aan deze voorbeeldovereenkomst is:

- a. Bij Art. 4.2 mag vervanging vrij worden ingevuld. Dit biedt ruimte aan de Opdrachtgever c.q. Derde om gezag uit te oefenen over de keuze van de vervanger zonder dat de ZZP-er hierop invloed kan uitoefenen waarbij Art. 7.4 dan behoorlijke gevolgen kan hebben voor de ZZP-er. Het is volstrekt onduidelijk waarom de wetgever verzuimt om juist voor het criterium "vrije vervanging", algemene richtlijnen op te nemen die de zelfstandigheid van de ZZP-er versterkt c.q. niet aantast.

5.3 Geen verplichting tot persoonlijke arbeid

18. Het belangrijkste element zou eigenlijk bij alle voorbeeldovereenkomsten voor ZZP-ers moeten gelden:

- a. Ontbreken van de verplichting persoonlijk de arbeid te verrichten. Indien de werkzaamheden op initiatief van de opdrachtnemer en zonder voorafgaande toestemming door de opdrachtgever, door een derde kunnen worden uitgevoerd (vrije vervanging), dan kan geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Van vrije vervanging is bijvoorbeeld geen sprake in de situatie waarin de opdrachtgever bij verhindering van de opdrachtnemer zelf het initiatief neemt om een andere opdrachtnemer in te schakelen.

19. Opmerkelijk aan deze voorbeeldovereenkomst is:

- a. Bij Art. 5.1 (opzegging overeenkomst) is sprake van vrije invulling. Ook hiervoor geldt dat de Opdrachtgever c.q. Derde gezag kan claimen waarbij er ongewenste beperkingen aan de ZZP-er kunnen worden opgelegd. Het is volstrekt onduidelijk waarom de wetgever verzuimt om hiervoor algemene richtlijnen op te nemen die de zelfstandigheid van de ZZP-er versterkt c.q. niet aantast.
- b. Bij Art. 6.4 ontbreekt de definitie wat onder hulpmiddelen wordt verstaan. Tevens lijkt dit artikel ruimte te bieden om ongelimiteerd kosten in rekening te brengen bij de ZZP-er.

5.4 Inhuur externe deskundigheid

20. Het belangrijkste element:

- a. De opdracht is tot stand gekomen omdat opdrachtgever zelf niet over de benodigde kennis beschikt voor een goede uitvoering van de opdracht.

21. Opmerkelijk **én zorgelijk** aan deze voorbeeldovereenkomst is:

- a. Art. 4.2 (loonheffingen en sociale premies) betreft de vrijwaring van de opdrachtgever. En dit is bijzonder vreemd. Immers was één van de redenen voor afschaffing van de VAR, om bij handhaving juist het risico c.q. de gevolgen ook bij opdrachtgevers te leggen.
- b. Je zou verwachten dat dergelijke inhuur dan eerder aanleiding zou zijn om gebruik te maken van "geen werkgeversgezag". Immers hoe kan een opdrachtgever aanwijzingen geven als de opdrachtgever niet over de benodigde kennis beschikt?
- c. Deze voorbeeldovereenkomst zou wel eens de meest gebruikte variant kunnen worden. Immers is deze redelijk algemeen opgesteld én biedt vrijwaring aan opdrachtgevers.....

6 Conclusies

22. Opdrachtgevers (Intermediairs en eindklanten) en ZZP-ers doen er verstandig aan om de overeenkomsten grondig te bestuderen op een aantal cruciale componenten:

- a. Heldere resultaatverplichtingen i.p.v. zuivere inspanningsverplichting;
 - i. de ZZP-er wordt aangesproken op de resultaten;
 - ii. als het resultaat niet voldoet aan de afspraken én de ZZP-er dit kan worden verweten, dient de ZZP-er dit gratis te herstellen / alsnog te realiseren binnen de overeengekomen condities óf loopt het risico dat er voor de verrichtte werkzaamheden niet wordt betaald.
- b. Welke onderbouwing kan worden aangevoerd dat er een duidelijk verschil is tussen de aanwijzingen die een ZZP-er in het kader van diens opdracht krijgt en de aanwijzingen die gelden voor de vaste medewerkers (die eventueel rechtstreekse collegae zijn van de ZZP-er omdat de ZZP-er onderdeel is van óf opereert binnen een team). Zie ook BW 7:402;
- c. Waaruit blijkt dat de ZZP-er kan bepalen wie hem vervangt zonder dat de opdrachtgever daarop invloed kan uitoefenen, behoudens het eventueel stellen van dezelfde eisen / kwalificaties die ook voor de ZZP-er van toepassing zijn verklaard én in relatie staan tot de opdracht. Zie ook BW 7:404.
- d. In hoever tasten bepaalde omschrijvingen / bepalingen de onafhankelijkheid en economische zelfstandigheid aan:
 - I. de ZZP-er rekening moet houden met contractuele bepalingen tussen een intermediair en de klant (Derde)?;
 - II. de ZZP-er zich moet richten naar de werktijden en huisregels tenzij dit op specifieke onderdelen relevant is voor een goede uitvoering van de opdracht;
 - III. eenzijdig een verlenging kan worden opgelegd aan de ZZP-er tenzij dit noodzakelijk is om het afgesproken resultaat te realiseren (bijv. bij een inspanningsverplichting);
 - IV. de ZZP-er niet kan onderhandelen over diens tarieven;
 - V. er sprake is van een verstrekkend concurrentiebeding;

- VI. de ZZP-er (op voorhand) afstand moet doen van de intellectuele eigendomsrechten van alle door hem, tijdens de werkzaamheden, ontwikkelde bescheiden;
- VII. dezelfde regels aan de ZZP-er worden opgelegd die ook gelden voor de eigen werknemers van opdrachtgever of anderszins een duidelijk vergelijk trekken met werknemers van opdrachtgever en/of Derde.

7 Naschrift

Het zou de ZZP belangenorganisaties sieren als zij bij de belastingdienst c.q. de wetgever aandringen op het verschaffen van meer duidelijkheid en toelichting welke bepalingen juist wél en welke juist niet mogen worden gehanteerd in overeenkomsten van opdracht zodat de zelfstandigheid van de ZZP-er niet onnodig (en al op voorhand) wordt aangetast. Overigens mag je ook een meer kritische wetgever verwachten die zich onafhankelijk én onpartijdig opstelt. Het lijkt alsof de goedwillende ZZP-er nog steeds "aangeschoten wild" blijft en niet de bescherming krijgt die hij verdient.

De ZZP belangenorganisaties kunnen putten uit diverse overeenkomsten die tot op heden door opdrachtgevers waaronder intermediairs aan ZZP-ers worden voorgelegd. Met name de contracten die diverse grote organisaties (privaat én publiek!) én diverse intermediairs gebruiken bieden voldoende aanleiding tot de nodige kritische vragen.

Het belang van de ZZP-er mag duidelijk zijn. Het belang van de intermediair (detacheerder) kent overigens nog wel een ander aspect; wat betekent dit voor hun business- / verdienmodel en hoe vertaald zich dat tot een aantal contractuele bepalingen?

Ben erg benieuwd naar de uitkomsten!