

De juridische valkuilen

ZZP'ER IN HET ONDERWIJS: EEN HOUDBARE CONSTRUCTIE?

De zelfstandige zonder personeel (zzp'er) als leerkracht rukt op in het basisonderwijs. Daarbij dringt de vraag zich op of een leerkracht wel werkzaam kan zijn als zelfstandige en dezelfde werkzaamheden kan verrichten als degenen met een arbeidsovereenkomst. Kan een zzp'er in het onderwijs wel aan de voorwaarden voor de opdrachtrelatie voldoen? Wat zijn de fiscale aspecten en welke jurisprudentie is hierover beschikbaar?

Zzp'ers werken formeel op basis van een opdracht overeenkomst in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijke Wetboek (BW). Hierbij ontbreekt het vereiste van 'ondergeschiktheid.' In de praktijk van flexibele arbeidsrelaties, zoals recent het geval is geweest in zaken tegen Post NL en Deliveroo, is regelmatig aanleiding tot twijfel welk type overeenkomst (de opdrachtovereenkomst of de arbeidsovereenkomst) van toepassing is. Werknemers met een arbeidsovereenkomst verdienen wellicht een lager inkomen, maar de wet beschermt hun positie wel veel beter.

Discussies over de vraag of de zzp'er niet eigenlijk toch een werknemer is, doen zich bijvoorbeeld voor bij een dreigend arbeidsconflict over beëindiging van de samenwerking of (langdurige) arbeidsongeschiktheid. Het punt is bij dit soort situaties dat het goed gaat zolang partijen tevreden zijn, maar dat het problematisch wordt als de zzp'er anders gaat aankijken tegen zaken als een sociaal vangnet, doorbetaling wegens ziekte en pensioenopbouw.

JURISPRUDENTIE

De Hoge Raad heeft in 2020 in het arrest Participatieplaatzen Amsterdam van 6 november 2020 aangegeven dat het

ZO LANG BEIDE PARTIJEN TEVREDEN ZIJN, GAAT HET GOED

in dit soort situaties doorslaggevend is of de overeengekomen rechten en verplichtingen tussen partijen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst.

Eerder werd gedacht dat de bedoeling van partijen ook een rol speelde bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, maar dat is dus niet het geval. Het is voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dus niet relevant of het door de betrokken partijen een arbeidsovereenkomst wordt genoemd.

Het Gerechtshof Amsterdam bekrachtigde in de zaak Deliveroo op 16 februari 2021 deze lijn van de Hoge Raad, waarbij wederom duidelijk werd dat de partijbedoeling niet langer doorslaggevend is. Voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst moet worden gekeken naar de elementen arbeid, loon, in dienst van (de gezagsverhouding) en gedurende zekere tijd uit artikel 7:610 BW.

Aan de hand hiervan oordeelde het Gerechtshof dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en zijn bezorgers, in afwijking van het onderliggende schriftelijke contract, is aan te merken als een arbeidsovereenkomst.

BEGRIPPEN TOEGELICHT

Wat houden de genoemde begrippen precies in?

Arbeid - De werknemer (in dit geval de bezorger van Deliveroo) dient persoonlijk arbeid te verrichten (hier speelde mee dat Deliveroo de instructies die per app werden overlegd slechts aan één persoon stuurde en niet aan meerdere personen). Bovendien was er geen mogelijkheid tot vervanging door een andere collega bij een eventuele afwezigheid van de bezorger. De parallel is hierbij duidelijk zichtbaar bij onderwijspersoneel dat voor de klas staat.

Loon - Hieraan is voldaan volgens het Gerechtshof wanneer de werkgever de facturen verzorgt op basis waarvan Deliveroo op vaste tijdstippen (hier tweewekelijks) betalingen uitvoert en de hoogte van het loon eenzijdig bepaalt.

MR. NOOR DIETVORST

advocaat bij Cascade advocaten, n.dietvorst@cascadeadvocaten.nl



Dit speelt eveneens een rol in het onderwijs als de facturen eenzelfde betaalaritme kennen.

In dienst van - Aan dit element is eveneens voldaan. Daarbij speelt een rol dat de bezorging van maaltijden een kernactiviteit is van Deliveroo, hetgeen kan bijdragen aan de conclusie dat sprake is van een gezagsverhouding en hiermee een arbeidsovereenkomst. Hier zit mijns inziens het grootste knelpunt voor het onderwijs, aangezien er feitelijk als zzp'er les wordt gegeven in bepaalde kernvakken en lesgeven bij uitstek een kernactiviteit is voor het onderwijs.

Gedurende zekere tijd - Hoewel dit criterium in de regel van geringe betekenis is, gaat het Gerechtshof hier wel op in. Naar het oordeel van het Hof is ook voldaan aan het in artikel 7:610 BW neergelegde vereiste dat de arbeid 'gedurende zekere tijd' dient te worden verricht. Het Hof concludeert dat niet is gebleken dat de omvang van de werkzaamheden van de bezorgers die arbeid voor Deliveroo verrichten verwaarloosbaar is, zoals Deliveroo betoogde. Hier zit ook een knelpunt voor het onderwijs, omdat zzp-constructies veelal al geruime tijd lopen en vaak ook op vaste momenten in de formatie gebruik wordt gemaakt van deze inzet.

FISCALE ASPECTEN

Daarnaast is de fiscale kant van belang. Als de Belastingdienst de arbeidsrelatie immers als een arbeidsovereenkomst aanmerkt, is er loonbelasting verschuldigd. In 2016 is de oude wettelijke regeling vervangen door de Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelatie), maar die werkt van meet af aan niet goed. Het resultaat is dat de Belastingdienst sinds die tijd eigenlijk geen goed onderscheid maakt tussen een opdrachtrelatie en een arbeidsovereenkomst. Sinds 11 januari 2021 kan via de website <https://ondernemingsplein.kvk.nl/webmodule-beoordeling-arbeidsrelatie/> de pilot Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie (WBA) worden geraadpleegd. De pilot is op 10 juli 2021 geëindigd, maar kan nog steeds worden ingevuld. Aan de uitkomst van de module kunnen (uiteeraard) geen rechten worden ontleend, het is een indicatie.

Het was de bedoeling dat na deze pilot de webmodule officieel zou worden ingevoerd. Demissionair minister Koolmees heeft onlangs bekendgemaakt dat dit niet zal

gebeuren. Hij laat de beslissing over het wel of niet invoeren van deze webmodule over aan een volgend kabinet. De daadwerkelijke invoering hiervan kan dus nog wel even op zich laten wachten. Voor wat betreft de handhaving vanuit de Belastingdienst betekent dit concreet dat het huidige

VOORLOPIG HANDHAFFT DE BELASTINGDIENST NOG ZONDER BOETES OP TE LEGGEN

'handhavingsmoratorium' voorlopig van kracht blijft. Dit houdt in dat de Belastingdienst niet zeer actief en in principe zonder boetes handhaaft. De Belastingdienst houdt wel globaal toezicht en geeft indien nodig de werkgever aanwijzingen om de arbeidsrelatie aan te passen. Dat houdt in dat als deze aanwijzingen niet worden opgevolgd of als sprake is van evidente kwaadwillende opdrachtgevers, de Belastingdienst actief optreedt. In dat geval kan hij wel boetes opleggen.

CONCLUSIE

Het is aan te raden om, ondanks het handhavingsmoratorium, kritisch te blijven ten opzichte van het inhuren van zzp'ers. Ga terughoudend om met zzp-constructies als er sprake is van een gezagsverhouding die de kernactiviteit van de onderwijsorganisatie (lesgeven) betreft. Een bepaling in de overeenkomst met de zzp'er dat er geen sprake is van een gezagsverhouding, heeft uiteraard geen nut als deze gezagsverhouding in de praktijk wel blijkt te bestaan. Zowel in arbeidsrechtelijk perspectief (is het een arbeidsovereenkomst?) als vanuit fiscaal perspectief (moet er loonbelasting worden afgedragen?) loopt de onderwijsorganisatie een risico.

Ondanks dat de genoemde webmodule om de arbeidsrelatie te beoordelen u geen volledige zekerheid biedt, kunt u hiermee wel op hoofdlijnen nagaan of u een zzp'er buiten loondienst voor u kunt laten werken. In feite kan dat alleen het geval zijn als er geen sprake is van ondergeschiktheid. BSM