

NTFR 2015/2822

Arbeid, loon en resultaat

Zelfstandige remplaçanten zijn 'schijnzelfstandigen' in het kader van het mededingingsrecht*Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, 200.082.997/01**ECLI:NL:GHDHA:2015:2305**Wetsartikelen: Art. 7:610, BW***Samenvatting**

Het hof heeft in een geschil tussen appellante en de Staat der Nederlanden prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van mededingingsregels van het Unierecht.

Het betrof een bepaling in een cao waarin stond dat zelfstandigen die op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers die onder de werking van de cao vallen, een bepaald minimumtarief moeten ontvangen. De vraag was of de mededingingsregels zo moeten worden uitgelegd dat deze cao-bepaling buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU valt, reeds op grond van het feit dat deze bepaling in een cao staat. Het HvJ antwoordt dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een cao zoals in geding, die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen die op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst, slechts buiten de werkingssfeer van art. 101, lid 1, VWEU valt indien die dienstverleners 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers. Het is aan het hof om te beoordelen of zelfstandige remplaçanten (invallers in een orkest) moeten worden beschouwd als 'schijnzelfstandigen' in de zin van het arrest van het HvJ. Het hof begrijpt het arrest van het HvJ zo dat het begrip 'schijnzelfstandige' ziet op die remplaçanten die voor de toepassing van het mededingingsrecht niet kwalificeren als ondernemingen. Ondernemingen staan volgens het HvJ tijdens de duur van de contractuele verhouding niet in een ondergeschiktheidsrelatie tot het betrokken orkest en beschikken dus, in vergelijking met werknemers die hetzelfde werk verrichten, over meer zelfstandigheid en flexibiliteit.

Het hof is van oordeel dat zelfstandige remplaçanten als 'schijnzelfstandigen' in de zin van het arrest van het HvJ moeten worden beschouwd en overweegt dat anders dan 'echte' ondernemingen zelfstandige remplaçanten zich gedurende de contractuele relatie in een ondergeschiktheidsrelatie bevinden. Zij moeten niet alleen de aanwijzingen van de dirigent opvolgen, maar ook volgens een aan hen ter beschikking gesteld rooster aanwezig zijn bij repetities en concerten van het orkest, wat niet anders is dan bij musici die bij het orkest als werknemer in dienst zijn. Van enige flexibiliteit of zelfstandigheid wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken is geen sprake. Het hof overweegt in navolging van het HvJ dat de vrijheid van de remplaçant om een verbintenis met een orkest aan te

gaan niet als een beslissend criterium moet worden beschouwd. Van belang is hoe de verhoudingen liggen nadat een remplaçant een opdracht heeft aanvaard. (Beroep gegrond.)

COMMENTAAR**MOLENAAR¹**

Dit is een uitspraak in het kader van het mededingingsrecht en gaat over remplaçanten (invallers) bij orkesten. Die komen soms musici tekort, vanwege ziekte of niet-passende roosters van vaste musici of vanwege speciale projecten waarvoor vaste musici niet geschikt zijn en huren dan freelancers in. Die musici spelen soms parttime als werknemers bij andere orkesten of willen vrij zijn om hun eigen projecten te doen, les te geven en soms in te vallen bij orkesten en ensembles, of hebben specifieke kwaliteiten die niet vast bij een orkest passen. Heel gemêleerd dus, maar erg nuttig om de Nederlandse orkesten en ensembles op een hoog niveau binnen en buiten Nederland te laten presteren. Maar mag voor deze freelance remplaçanten een cao met prijsafspraken gesloten worden?

Na de eerdere uitspraak van het HvJ van 4 december 2014, zaak C-413/13 is dit geen verrassende uitspraak, want het HvJ hintte al sterk richting schijnzelfstandigheid. Dat is voorstelbaar met de aanwijzingen van de dirigent en de roosters van repetities en concerten, maar is het ook echt zo, vraag ik mij af. Zou het niet toch een overeenkomst van opdracht zijn?

Bij remplaçanten gaat het normaliter om een project van bijvoorbeeld twee of drie repetities en twee of drie concerten, dus een project van heel korte duur. Natuurlijk moet de remplaçant op een bepaalde tijd en plek zijn voor een repetitie of concert, want anders werkt het in praktisch opzicht niet. En natuurlijk moet hij keurig samenspelen met de andere musici, want anders klinkt het nergens naar. Maar maakt het hem dan ook een schijnzelfstandige c.q. werknemer? Hoe groot kan de invloed van een dirigent zijn als het slechts om enkele repetities en concerten gaat?

Twee uitspraken van de Hoge Raad lijken mij hier van toepassing. Ten eerste HR 8 mei 1998, JAR 1998/168 (over het arbeidsrecht), waarin over een zangeres die elke week in een motel optrad werd geoordeeld dat afspraken over tijd en plaats nog niet tot een gezagsverhouding leiden. Ten tweede HR 18 december 1991, nr. 27.532, BNB 1992/78 (over de loonbelasting), waarin over fotomodellen die een of enkele dagen voor een opdrachtgever werkten en aanwijzingen en instructies moesten opvolgen werd geoordeeld dat er daarmee geen gezagsverhouding bestond, want er werd slechts een nadere bepaling gegeven van de verlangde prestaties, hetgeen meer duidt op een overeenkomst van opdracht.

Voor de fiscaliteit gaat het natuurlijk om het wel of niet bestaan van een dienstbetrekking. Met de VAR is de discussie daarover op de achtergrond verdwenen, want een remplaçant met een VAR-wuo als artiest of musicus mag factureren en het orkest is dan gevrijwaard van loonheffingen. En de remplaçant zelf heeft vaak inkomsten van verschillende opdrachtgevers en eigen projecten, waardoor hij winst uit onderneming heeft. Maar als de VAR inderdaad per 1 april 2016 verdwijnt, wordt het voor het orkest weer de vraag of er loonheffingen verschuldigd zijn.

¹ Dr. D. Molenaar is werkzaam bij All Arts Belastingadviseurs en verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Mij lijken de korte duur en de specifieke deskundigheid van groot belang. Interessant is dat juist de Staat der Nederlanden in deze procedure betoogde dat de remplaçanten zelfstandigen waren. In het verlengde daarvan kan ik mij voorstellen dat de Belastingdienst voor 2016 een modelovereenkomst voor remplaçanten buiten dienstbetrekking bij kortlopende projecten zou kunnen goedkeuren.

Brondocumenten

- [Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, nr. 200.082.997/01](#)