

Aantekeningen voor de voordracht voor de algemene ledenvergadering van de Auto Pers Club
op 19 mei 2017 door Rob Dijkman

Geacht bestuur, geachte leden,

Vorig jaar had ik voor het eerst het genoegen om uw vergadering toe te spreken. Ik had een nogal technisch verhaal voor u over het auteursrechtcontractenrecht, dat op 1 juli 2015 in de Auteurswet is opgenomen. Dat is een onderwerp dat u beroepshalve moet interesseren, zelfs wanneer u er niet elke dag mee bezig bent, wat ik voor u hoop. Overigens heb ik die tekst uitgeschreven en gefatsoeneerd en recent toegestuurd aan uw bestuur als Pdf, voor publicatie op de internetsite of verspreiding onder de leden.

mr drs R.P. Dijkman
advocaat en
belastingadviseur

Ik vertelde dat er een geschillencommissie zou komen en die is inderdaad ingesteld per 1 oktober 2016. De commissie woont in bij “De Geschillencommissie” in Den Haag, waar de Stichting geschillencommissies voor consumentenzaken en de Stichting geschillencommissies voor beroep en bedrijf beide onder vallen. In het jaar 2016 is één geschil voor de commissie gebracht, dat blijkens het jaarverslag in 2016 niet tot een uitspraak heeft geleid. Op de site van de Geschillencommissie auteurscontracten is nog geen uitspraak te vinden. Dat zegt niet alles, want er wordt in eerste instantie getracht om een schikking te bereiken. Dat uitspraken gepubliceerd worden en die uitspraken een normerende werking beogen te hebben, zal de schikkingsbereidheid van de uitgevers bevorderen.

Uw bestuur heeft mij gevraagd om iets te vertellen over de overeenkomst van opdracht en dat doe ik met genoegen. Het beroep van journalist wordt al van oudsher zowel als freelancer als in dienstbetrekking uitgeoefend. De toenemende flexibilisering van de arbeidsmarkt gaat ook aan dit beroep niet voorbij en

er lijkt een tendens om met journalisten meer en meer via overeenkomsten tot opdracht te contracteren en niet meer met een arbeidsovereenkomst.

Nu is het onderwerp zo uitgebreid, dat ik stof genoeg heb om u tot ver voorbij het einde van het buffet bezig te houden, maar dat zal ik niet doen. De eerste plaats vind ik dat buffet ook wel interessant, maar ook wil ik uw geduld niet al te lang op de proef stellen en ik begreep dat mijn praatje van vorig jaar misschien wat lang was. Daarom en om te voorkomen dat ik zo tegen een lege zaal praat, wil ik mij nu beperken tot twee elementen, verschillen tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst en in het verlengde daarvan, de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, want die is anders dan die van de werknemer.

Ik probeer mij in de tijd enigszins te beperken, maar stel ook vast dat uw bestuur aan mij beperking in de tijd heeft opgelegd. We zien wel waar het schip strandt, maar veel zal onbesproken moeten blijven.

De overeenkomst van opdracht is een van de zogenaamde benoemde overeenkomsten met een regeling in boek 7 van het BW. Veel van de wettelijke regeling, die slechts 14 artikelen omvat, is regelend recht, dus daar kan bij overeenkomst van afgeweken worden. Het advies is om de opdracht schriftelijk vast te leggen. Dit is wel een tweesnijdend zwaard, want er kan in uw voordeel, maar ook in uw nadeel worden afgeweken. Er is sprake van een overeenkomst van opdracht als het niet een andere overeenkomst is en met name geen arbeidsovereenkomst. Waarom wordt de arbeidsovereenkomst apart genoemd in de definitie? Heel eenvoudig daar lijkt de opdracht het meeste op.

De overeenkomst van opdracht moet niet alleen onderscheiden worden van de arbeidsovereenkomst, maar ook van de overeenkomst tot aanneming van werk. Met betrekking tot dat laatste zie je een tendens dat uitzendbureau-achtige bedrijven en pay roll- en detacheringsbedrijven proberen om hun overeenkomsten met opdrachtgevers om te bouwen naar aanneming van werk. Veel flexarbeid gaat via uitzendbureaus of detacheringsbureaus of pay roll bureaus. Het zou mij niet verbazen wanneer dat in de journa-

listiek ook al gebeurd. Die relaties vallen allemaal onder het arbeidsrecht (art. 7:690 e.v.) met een belangrijk gedeelte van de wetgeving voor ontslagbescherming die daarbij hoort, in ieder geval als de relatie langer dan een half jaar of twee jaar heeft geduurd.

Bovendien is eind vorig jaar door de Hoge Raad een arrest gewezen waarvan het gevolg is dat **alle** relaties waarbij een werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een werkgever om onder diens leiding te werken, verplicht vallen onder de ABU-cao en erger nog de pensioenregeling van Stipp, ook wanneer het detachingsbureau zelf een veel betere pensioenregeling heeft. (Care4Care-arrest) Nou is dat niet moeilijk, want de Stipp-pensioenregeling is op afstand de slechtste die we hebben.

Kortom een massale vlucht naar de aannemingsovereenkomst. Wat heel vaak geen succes zal hebben, omdat voorwaarde is dat de vervaardiging van een stoffelijk werk het voorwerp van de overeenkomst moet zijn. Geestelijke arbeid kan niet in aanneming van werk worden gedaan, wel als onderdeel daarvan, maar dan houdt het ook op. Zijn foto's een stoffelijk werk? Niet kansloos. Volstrekt terzijde, niet-geestelijke arbeid aan een stoffelijk werk kan wel als overeenkomst van opdracht worden gedaan, zolang het maar gaat om het verrichten van de werkzaamheden en niet op het vervaardigen van een stoffelijk werk. Wel het repareren van het sanitair, niet het plaatsen van een nieuwe plee met alles wat erbij hoort.

De arbeidsovereenkomst heeft vier bepalende kenmerken: (1) het verrichten van arbeid, (2) in dienst van de andere partij, (3) tegen loon, (4) gedurende zekere tijd. Het 'in dienst van de andere partij' is de grondslag voor de gezagsverhouding. De inhoud van de gezagsverhouding is sedert de introductie van deze wettelijke bepaling in 1908 geweldig ontwikkeld en volgens veel werkgevers uitgehold, maar in allerlaatste instantie maakt de werkgever uit wat er gedaan moet worden en hoe.

Hier ligt een kenmerkend onderscheid met de overeenkomst van opdracht, waarbij de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever verbindt om 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. Geen wettelijke gezagsverhouding. De opdrachtgever bepaalt wel wat, maar niet hoe. Nou ja, binnen grenzen dan. Het format van een tekst of foto's is onderdeel van de opdracht, maar of het aan de keukentafel thuis of in het appartement op Ibiza gemaakt wordt is niet zijn bevoegdheid.

Het arbeidsrecht is in de afgelopen bijna 110 jaar vol getimmerd met wettelijke bepalingen die beogen de werknemer te beschermen, wat haar oorzaak vindt in de sociaal economische achterstand (ongelijkheidscompensatie) die de werknemer ten opzichten van de werkgever geacht wordt te hebben en in het verleden onmiskenbaar ook had. Ik ken nogal wat werkgevers die menen dat het nu stellig andersom is, maar laat dat hier maar rusten.

Belangrijke sociale verworvenheden in de arbeidswetgeving zijn de ontslagbescherming, de beperking van de arbeidsduur, het verbod op kinderarbeid, de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, die gelukkig ook doorwerkt in de overeenkomst van opdracht, doorbetaling bij ziekte en het stelsel van sociale verzekeringen tegen werkloosheid tijd en arbeidsongeschiktheid. Zelfs wanneer je van mening bent dat die regelingen aan alle kanten zijn doorgeschoten, is de grondslag van die regelingen gewoon heel goed en terecht. Het gezin van Dik Trom verviel van de ene op de andere dag in volstrekte armoede, toen de vader van Dik Trom van een steiger viel, daardoor mank werd en de werkgever vanuit de goedheid van zijn hart die week nog net uitbetaalde, maar daar hield het op. Sedertdien is wel iets verbeterd.

De in 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid is vol van hooggestemde bedoelingen, maar een misschien niet beoogd gevolg is dat de ontslagbescherming, die in een aantal gevallen van toepassing was bij de overeenkomst van opdracht gewoon is weggevallen. Dat komt door de afschaffing van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen, in 1940 of daaromtrent door de bezetter in Nederland geïntroduceerd en na de oorlog niet afgeschaft tot 1 juli 2015.

Dit besluit was niet alleen van toepassing op werknemers in de zin van het BW, maar op iedereen die persoonlijk gedurig gedu-

rende tenminste twee dagen per week werkzaamheden voor een ander verricht en daarbij niet wordt bijgestaan door tenminste twee personen. Deze regeling is van toepassing geweest op behoorlijk wat collega's van u bij de schrijvende pers, maar ook de omroepen.

Nog in 2011 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een geschil tussen de TROS en een arts die bijdragen had verzorgd aan radio-programma's en gedurende een aantal jaren dagelijks een medische rubriek op teletekst redigeerde. De overeenkomst werd in 2008 opgezegd maar zonder toestemming van het UWV. Het is niet heel zinvol om de zaak hier volledig uit te pluizen maar de conclusie was dat TROS wel toestemming van het UWV nodig had in het kader van de ontslagbescherming voor werknemers volgens de definitie in het BBA, die nou eenmaal ruimer is dan die in art. 7:610 BW. Geen arbeidsovereenkomst, maar opdracht, toch de ontslagbescherming.

Maar goed dat is dus niet meer, want het BBA is ingetrokken. Dit is in mijn ogen een grote verslechtering van de rechtspositie van mensen die werken in overeenkomst van opdracht. Ik kan mij voorstellen dat bij de herziening van het arbeidsrecht, weer een herziening van het arbeidsrecht, dit zal worden rechtgetrokken, maar voor nu is het zoals het is.

De jurisprudentie bevat ook heel wat uitspraken over medewerkers die aan het eind van de opdracht een poging waagden om toch als werknemer in de zin van arbeidsrecht te worden aangemerkt. Het belang ligt dan in de aanspraak op een uitkering WW, maar misschien ook wel een ontslagvergoeding en de door de wet gedefinieerde opzegtermijn, die kan oplopen tot vijf maanden.

Het klassieke en meest genoemde voorbeeld in dat verband is Groen/ Schoevers, een arrest van de Hoge Raad uit 1969. Groen was belastingadviseur en gaf sedert vele jaren les bij Schoevers, waarbij vastgelegd was dat hij dat van uit zijn praktijk deed en waarvoor hij BTW in rekening bracht. Schoevers bepaalde waar, wanneer en aan wie hij les moest geven en wat het onderwerp van zijn lessen was. De concrete inhoud bepaalde hijzelf.

Dit is heel interessante arrest voor juristen omdat de Hoge Raad bij een kwalificatie waarvan eigenlijk altijd is aangenomen dat die

onafhankelijk is van de wil van de partijen, want objectief, de partij bedoeling naar voren haalde. De bedoeling bij het aangaan van de overeenkomst en de wijze waarop aan de overeenkomstuitvoering is gegeven. Meneer Groen verloor de zaak, hij was bewust begonnen als ZZP'er, hij had het zelf zo gewild en de overeenkomst veranderde niet van karakter, ook niet door de tijd.

Een ander recenter voorbeeld is het arrest Mahdi /ABN AMRO uit 2012. Mahdi was als schoonmaker ingeleend, na jaren werd de schoonmaakovereenkomst opgezegd en Mahdi stelde zich op het standpunt dat hij inmiddels werknemer van ABN Amro was geworden. Hij kreeg immers een kerstpakket, deed mee met het teamuitje kreeg rentekorting en had meer van dat soort werknemersfaciliteiten. Het rechterlijk oordeel was: Nee, het is niet mogelijk om een overeenkomst van opdracht te laten kleur verschieten, daarvoor is een specifieke rechtshandeling nodig, namelijk het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Dat was niet het geval.

Van overeenkomst tot opdracht naar arbeidsovereenkomst is in het civiele recht een moeilijk begaanbaar pad, of eigenlijk heel eenvoudig: sluit een arbeidsovereenkomst, maar... it takes two to tango.

De definitie van werknemer in het BBA was ruimer dan die in het arbeidsrecht. Maar die definitie die van het BBA wordt vrijwel letterlijk ook gehanteerd in de Wet op de loonbelasting en in de sociale werknemersverzekeringen. Sedert begin tachtiger jaren wordt met regelmaat geprocedeerd over de rechten op een uitkering WW of toen ook ziektewet, waarbij het UWV regelmatig verliest en een uitkering moet betalen waarvoor geen premies zijn opgehaald. Gevolg is dat het UWV wel enige aandrang voelt om overeenkomsten van opdracht te beoordelen op de sociale zekerheidsaspecten. Eén en ander heeft geleid tot de wet DBA die waarschijnlijk een stille dood zal sterven, maar waar ongetwijfeld iets anders moois voor terug komt. Een voordeel van het niet doorgaan van de wet DBA vind ik wel dat de verschrikkelijke modelovereenkomsten die de fiscus goedkeurde of liever voorschreef, dan van de baan zijn.

Wanneer een werknemer binnen zijn dienstbetrekking artikelen of reportages schrijft, foto's of films maakt, valt het auteursrecht toe aan de werkgever. Dat is in het kader van de overeenkomst van opdracht niet zo, maar omdat de opdrachtovereenkomst van elastiek is, zullen veel uitgevers het auteursrecht opeisen. Ik roep in herinnering wat ik vorig jaar over het auteursrechtcontract heb gezegd. Omdat die tekst nu beschikbaar is, ga ik dat allemaal niet herhalen, maar de vrije jachtakte die uitgevers hadden, zijn zij beetje kwijt.

Dat neemt niet weg dat in een overeenkomst van opdracht de uitgever zoveel mogelijk rechten naar zich toe zal harken. Op diverse internetsites, waaronder die van de NVJ is daarover veel te vinden. Ik wijs bijvoorbeeld op de pagina met veelzeggende naam: <https://www.nvj.nl/ondernemerschap/contracten-en-overeenkomsten/wurgcontracten>

Ik kan dat nu met een geleerd gezicht voorlezen, maar u kunt uitstekend lezen, doe dat!

Eén ding, of het nu een incidentele of een doorlopende opdracht is, aanvaard nooit de bepaling dat de honorering uitsluitend bij plaatsing verschuldigd is.

Bij een overeenkomst van opdracht geldt dat die in principe altijd en dadelijk opzegbaar is. Dat is tweezijdig. Nu blijkt uit jurisprudentie dat het in de praktijk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of inderdaad zonder enige termijn kan worden opgezegd. Bij langlopende overeenkomsten voor onbepaalde tijd, het speelde onder andere bij een distributieovereenkomst voor Franse wijn, kan het zijn dat de verhouding tussen partijen zodanig is, dat de opdrachtgever een redelijke opzegtermijn in acht moet nemen. Bij advocaten die ook werken op basis van een overeenkomst van opdracht, geldt dat de advocaat de opdracht niet zomaar mag neerleggen. Hij dient voor een behoorlijke opdracht van de opdracht zorg te dragen en mag zijn cliënt, ook bij een stevige betalingsachterstand, niet vlak voor een proceshandeling of zitting voor het blok zetten. Dat alles neemt niet weg dat de vrijheid 'to hire and fire' bij de overeenkomst van opdracht wel een gegeven is. Wil je het anders, dan moet je een opzegtermijn in de overeenkomst opnemen, immers het is regelend recht.

Aansprakelijkheid.

De werknemer is tegenover de werkgever uitsluitend aansprakelijk voor door de werknemer veroorzaakte schade, als die schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. In het geval dat een werknemer behoorlijk aangeschoten in de bedrijfsauto klimt en die parkeert in een betonnen paal, als gevolg waarvan de auto total loss is, is hij niet aansprakelijk voor die schade, behalve wanneer de werkgever bewijst dat de werknemer zich ervan bewust was of de opzet had de auto te beschadigen door aangeschoten te rijden. Dat lukt nooit. In de praktijk is een werknemer dus vrijwel nooit aansprakelijk tegenover de werkgever. Ook wanneer de werknemer van zijn werk een zootje maakt, is hij voor de schade in de regel niet aansprakelijk, sterker nog het hoeft niet eens een reden voor ontslag te zijn.

Dit ligt volledig anders bij de opdrachtnemer. De opdrachtnemer is aansprakelijk voor het juist uitvoeren van de opdracht. Als hij de opdracht niet goed uitvoert heeft hij geen recht op het loon en is hij voor eventuele schade bij de opdrachtgever aansprakelijk. De opdrachtnemer zal de opdrachtgever ook moeten vrijwaren voor schade als gevolg van inbreuken op auteursrecht, bij bijvoorbeeld door plagiaat. In dit gezelschap ondenkbaar, maar toch de moeite van het noemen waard.

In geval van dienstbetrekking is dat uitsluitend bij opzet of bewuste roekeloosheid die, ik herhaal het, gericht moet zijn op het veroorzaken van schade, niet op het nemen van het risico dat schade optreedt.

Niet goed uitvoeren kan ook betekenen ‘niet tijdig uitvoeren’. Als er een deadline overeengekomen is en het product komt een aantal dagen later dan is het recht op loon verspeeld en is een schadevergoedingsverplichting niet ondenkbaar. Als er geen deadline is overeengekomen dan geldt het algemene verbintenissenrecht. Als niet tijdig wordt nagekomen moet worden aangemaand en moet in gebreke worden gesteld met een redelijke termijn voor de nakoming. Als daarna is het verzuim, kan de overeenkomst worden ontbonden en is er aanspraak op schadevergoeding.

Een werknemer kan tegenover een derde, niet zijn werkgever, aansprakelijk zijn voor door hem veroorzaakte schade. Dat gaat via de band van de onrechtmatige daad. Die drempel ligt betrekkelijk hoog, maar in het recente verleden zijn collega's van u door de rechter aansprakelijk gevonden voor uitspraken over ondeugdelijk injectienaalden, stents en hartkatheters van de fabrikant Terumo in een uitzending van EenVandaag. De zaak ligt nog voor appel en daarna ongetwijfeld cassatie dus we weten nog niet over de afloop. Wat interessant is, is dat de journalisten in dit geval persoonlijk aansprakelijk worden gehouden naast AVROTROS.

In de afgelopen paar jaar zijn een advocaat in dienstbetrekking en een makelaar die werkte via een besloten vennootschap en die dus allebei zelf geen opdrachtrelatie met de cliënt hadden, persoonlijk aansprakelijk gehouden tot en met de Hoge Raad voor schade. Dit was gegrondvest op onrechtmatige daad die verricht werd binnen de dienstbetrekking.

In het verleden was de gedachte dat dat alleen maar kon wanneer er sprake was van een persoonlijk ernstig verwijt. Die gedachte ligt achter ons, in ieder geval voor vrije beroepers. Dat betekent waarschijnlijk dat de journalist/werknemer eerder aansprakelijk is voor onjuiste publicaties dan in het verleden gedacht werd. Deze aansprakelijkheid loopt naast die van de werkgever/opdrachtnemer, lees de uitgever. Die kan aansprakelijk zijn wegen wanprestatie en of onrechtmatige daad.

Nu scheelt dat voor werkgevers in boek 6 bij het hoofdstukje onrechtmatige daad, een regeling is gegeven voor de aansprakelijkheid voor ondergeschikten. De werkgever is aansprakelijk voor door een werknemer veroorzaakte schade als die is veroorzaakt bij de uitvoering van een door de werkgever gegeven opdracht om iets te doen en als de werkgever zeggenschap had over de specifieke gedragingen. Er moet dus een directe connectie zijn met de dienstbetrekking.

In dat geval zullen meestal zowel de werkgever als de journalist in kwestie aansprakelijk gehouden worden. Als zij allebei aansprakelijk zijn dan behoeft werknemer in de relatie tot de werkgever **niet** bij te dragen in de schadevergoeding tenzij let op, deze

term kent u inmiddels, de schade gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Als u een overeenkomst van opdracht sluit dan zou ik beslist de overeenkomstige toepasselijkheid van art. 6:170 met name lid 3 BW uitdrukkelijk in die overeenkomst opnemen. Want dan krijgt de opdrachtnemer dezelfde bescherming als een werknemer tegenover derden.

Laat ik wel preciseren, deze bepaling gaat over de interne verhouding tussen de werknemer en de werkgever. De derde die de schade heeft geleden heeft daar geen boodschap aan. Als die een vonnis heeft tegen de uitgever en de journalist mag hij in principe kiezen wie hij aanpakt. In het geval echter dat de gelaedeerde met een bloedrood waas voor ogen en vervuld van wraakzucht zich op de journalist stort, ik bedoel dit in figuurlijke zin, dan kan deze met een executie kort geding het gevaar afwenden. Immers ook bij de executie van een vonnis moet gehandeld worden in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Niettemin moet u beslist een verzekering voor beroepsaansprakelijkheid sluiten, de kosten zijn bij aansprakelijkstelling snel terugverdiend. De rechtsbijstandverzekering zou ik bij een andere maatschappij afsluiten om te voorkomen dat tegen u wordt samengespannen.

Binnen het beperkte tijdsbestek heb ik alleen maar een tour d' horizon kunnen geven over dit onderwerp waar zo verschrikkelijk veel over te vertellen valt. We hebben een aantal verschillen gezien tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht. De verschillen zijn velerlei en niet altijd in het voordeel van de opdrachtnemer. De wetgever doet wel enigszins zijn best om dat gat te dichten, maar slaagt daar nog niet altijd in.

Op het moment dat wetgever daar wel in slaagt, zal de praktijk nieuwe wegen zoeken voor werkgevers om onder het als knellend ervaren juk van de arbeidsovereenkomst uit te komen.

Het blijft voer voor advocaten.

Dank voor uw aandacht

robdijkman@dijkmanlaw.nl
www.dijkmanlaw.nl

06 53796811