

De Vrije werker en het Arbeidsrecht

De arbeidsrechtelijke status van vrije werkers

inleiding

In elke organisatie, van ZZP'er tot multinational, komt het voor dat er werkzaamheden moeten worden verricht buiten de dagelijkse routine om.

Dergelijke werkzaamheden vragen een extra inspanning van de reguliere medewerkers, als die er al zijn.

Maar vaak kan dat om uiteenlopende redenen niet van hun gevraagd worden of is dat niet aantrekkelijk bijvoorbeeld vanwege de salariskosten. In dat geval is er behoefte aan extra werkkracht van buiten de organisatie om zo'n extra activiteit uit kunnen te voeren.

Anderzijds zijn er veel mensen die (nog) geen reguliere baan ambiëren, maar wel willen bijverdienen als het hun uitkomt. Denk bijvoorbeeld aan studenten en ouders met de zorg voor kinderen. Naast deze twee categorieën zijn er nog veel andere situaties waarin mensen zelf willen bepalen wanneer ze werken en hoe lang, wanneer het hun uitkomt.

Het combineren van enerzijds de behoefte aan tijdelijke arbeidskrachten en anderzijds de behoefte aan flexibel, tijdelijk werk is voor beide partijen een aantrekkelijke oplossing. Bij projecten van korte duur, of waar de werkzaamheden versnipperd in de tijd moeten plaatsvinden, waarvan de duur onduidelijk is of waarvan de uitvoerbaarheid twijfelachtig is, is het inschakelen van een uitzendkracht vaak niet ideaal en is behoefte aan een grotere flexibiliteit. Die is wel te vinden bij een vrije werker. Essentieel bij het inzetten van een vrije werker is dat de vrije werker zelf bepaalt of hij aangeboden werk aanvaardt en dat hij bepaalt wanneer en hoelang hij het werk wil uitvoeren.

Anderzijds behoudt ook de organisatie die het werk aanbiedt, de zgn. [werkaanbieder](#), het recht om het werk al dan niet aan de vrije werker aan te bieden en het werk voor de vrije werker te stoppen of te onderbreken. De werkaanbieder is de vrije werker nooit meer vergoeding verschuldigd dan voor de door de vrije werker verrichte werkzaamheden.

In de praktijk zal een werkaanbieder meestal een vrije werker aantrekken via een zgn. [poolbedrijf](#), waar vrije werkers zich hebben opgegeven voor werkzaamheden als vrije werker.

Zie voor nadere informatie over het concept van de vrije werker de andere hoofdstukken op deze site.

Bijzonderheid bij het inschakelen van een vrije werker is dus dat niet de werkaanbieder, maar de vrije werker degene is die bepaalt wanneer en hoe lang hij/zij aan het werk is; vandaar ook de aanduiding vrije werker. Essentieel is dat er geen dienstverband ontstaat tussen de vrije werker enerzijds en het poolbedrijf of de werkaanbieder anderzijds.

De voordelen van het inzetten van een vrije werker boven bijvoorbeeld een uitzendkracht is beschreven in [voordelen van een vrije werker](#).

Het concept van de vrije werker is - zonder de term te gebruiken, want die bestond toen nog niet - juridisch weliswaar al in 1973 geregeld (KB van 14-12-1973, Stb. 627, Rariteitenbesluit), maar toch vrijwel onbekend. Als een werkaanbieder van een of meer vrije werkers gebruik wil maken, moet het hem duidelijk zijn in welke relatie hij in arbeidsrechtelijk opzicht staat tegenover de vrije werker en tegenover het poolbedrijf en hoe hij voorkomt dat er achteraf door de belastingdienst een fictief dienstverband wordt aangenomen.

Probleem bij het toepassen van het concept van de vrije werker is dat de beoordeling door de belastingdienst/UWV pas achteraf plaatsvindt en dat de belastingdienst niet vooraf een goedkeuring aan een concrete situatie kan geven. Dat komt omdat niet geldt wat er vooraf is afgesproken, maar hoe de situatie in de praktijk is uitgevallen. En dat kan uiteraard alleen achteraf. Overigens geldt deze onzekerheid niet alleen ten aanzien van de status van vrije werker, maar even goed voor het achteraf accepteren van een arbeidsovereenkomst; er is genoeg jurisprudentie voor handen waarbij een werknemer een uitkering misloopt omdat het UWV en de rechter van oordeel zijn dat de praktijk in

strijd is met de criteria voor een arbeidsovereenkomst (bijv. omdat het werk niet persoonlijk is verricht).

Ook bij de belastingdienst en het UWV bestaat echter nog veel onkunde ten aanzien van het principe van de vrije werker, wat de onzekerheid over de acceptatie van de vrije werker door de belastingdienst vergroot. Zo heeft het poolbedrijf InDat in het begin vier jaar moeten procederen met de bedrijfsvereniging (voorloper van het UWV) en de belastingdienst om uiteindelijk in hoger beroep gelijk te krijgen. Toen is door het UWV en belastingdienst erkent dat de wijze waarop de werkzaamheden van de vrije werkers door InDat wordt georganiseerd inderdaad geen dienstverband oplevert vanwege de afwezigheid van een gezagsverhouding. Doorslaggevend daarbij was dat de vrije werker zelf bepaalt of hij werkt en op welke tijdstippen dat gebeurt, zonder dat het afbreken van de werkzaamheden door de vrije werker consequenties heeft voor het meedoen aan latere projecten.

In 2006 heeft een gespecialiseerd inspecteur van de belastingdienst en het UWV nogmaals het gehanteerde systeem van de vrije werker bij InDat goedgekeurd.

Dit hoofdstuk wil duidelijk maken wanneer sprake is van een dienstverband en wanneer van een vrije werker.

Als in dit artikel sprake is van belastingdienst wordt daar mede het UWV mee bedoeld, aangezien de meeste taken van de UWV aan de belastingdienst zijn overgedragen.

Juridische aspecten met betrekking tot inkomen

bronnen van inkomen

Juridisch en belastingtechnisch zijn er verschillende constructies waarmee iemand inkomen kan verwerven:

- 1 in loondienst met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd
- 2 als loon in een achteraf vastgesteld fictief dienstverband
- 3 als loon in een overeengekomen opting-in constructie
- 4 als loon als uitzendkracht of gedetacheerd medewerker
- 5 als loon in een payroll constructie
- 6 als loon in een oproepovereenkomst
- 7 als winst uit eigen onderneming (bij vrije beroepen als "overeenkomst van opdracht", freelance)
- 8 als resultaat uit overige werkzaamheden (vrije werker)
- 9 als schenking

Bij de constructies 1 t/m 6 is degene die de werkzaamheden verricht in loondienst, hetzij direct bij de organisatie waar hij werkt, hetzij bij een uitzend- of een payrollorganisatie.

Bij de zevende constructie is sprake van een opdracht aan een bedrijf of zelfstandige, die voor de verrichte diensten een factuur stuurt aan de opdrachtgever.

De achtste constructie is de situatie waar gebruik wordt gemaakt van de vrije werker.

Hieronder beperken we ons tot het afbakenen van de omstandigheden waarbij de constructie van de vrije werker zich onderscheidt van met name de situaties waarin sprake is van een (fictief) dienstverband.

In de eerst acht situaties is sprake van een vergoeding voor geleverde arbeid; bij een schenking is dat niet het geval.

vaststelling geen dienstverband achteraf

Bij de toepassing van de vrije werker is de cruciale vraag wanneer wel of niet sprake is van een (fictief) dienstverband. Binnen het arbeidsrecht is dit een van de moeilijkste vraagstukken omdat de wetgeving niet eenduidig uitsluitel geeft wanneer sprake is van een dienstverband en wanneer sprake is van het uitvoeren van een opdracht. Het grote probleem daarbij is, dat de belastingdienst in principe achteraf vast stelt of sprake was van een (fictief) dienstverband. Het gevolg is dat er in de loop der jaren via jurisprudentie van gerechtelijke uitspraken en aanvullende regelingen het onderscheid tussen dienstverband en opdracht nader is vastgesteld.

De opstelling van de belastingdienst (waar op dit punt veel onkunde heerst bij de controlerende inspecteurs die veelal kort door de bocht ten onrechte redeneren "arbeid wordt beloond dus is sprake van een dienstverband") maakt veel potentiële opdrachtgevers huiverig om met een zelfstandige zonder personeel (ZZP'er) of met een vrije werker in zee te gaan, omdat men beducht is voor een naheffing met boete achteraf als de belastingdienst naderhand alsnog besluit dat van een dienstverband sprake was. Zelfs een door de belastingdienst afgegeven varverklaring voor een ZZP'er geeft geen 100% garantie dat de opdrachtgever niet achteraf als werkgever wordt aangemerkt. Voor een vrije werker kan geen varverklaring worden afgegeven, omdat een vrije werker geen ondernemer is.

Welk aspect wijst op een vrije werker en welk op een dienstverband
hoe meer + of - des te sterker de aanwijzing cq afwijzing

criterium	vrije werker	dienstverband
geen verplichting werk te verrichten	+++	---
zich zonder overleg laten vervangen	+++	---
vrijheid komen en gaan	+++	---
onregelmatige werktijden	++	-
bedoeling partijen bij aanvang	++	++
schriftelijke overeenkomst	+	+
zeer kortstondig werkzaam	+	--
verplichting werk te verrichten	---	+++
arbeid persoonlijk verricht	---	+++
doorbetaling tijdens ziekte/vakantie	---	+++
vaste werktijden	--	+++
onkostenvergoeding	-	-
instructies opvolgen	-	+

Hieronder worden de aspecten nader behandeld.

vrijheid van komen en gaan

Het poolbedrijf stelt werkaanbieders in de gelegenheid vrije werkers aan te trekken en werk aan te bieden bijvoorbeeld als kantoorhulp of als thuiswerker. Daarbij geldt een bijzondere regeling waarbij de werkkraacht de "vrijheid heeft van komen en gaan" en daarom wordt aangeduid als vrije werker.

Partijen

Bij het werken met vrije werkers zijn twee of drie partijen betrokken: de vrije werker zelf, de werkaanbieder en meestal het poolbedrijf. De werkaanbieder is dan klant bij het poolbedrijf. Het concept van de vrije werker kan juridisch alleen in stand blijven als alle partijen zich houden aan bepaalde voorwaarden.

In dit hoofdstuk worden de begrippen arbeidsovereenkomst en dienstverband door elkaar gebruikt omdat ze beide dezelfde constructie beschrijven.

geen dienstverband

De vrije werkers hebben geen arbeidsovereenkomst met de werkaanbieder of het poolbedrijf en alle drie partijen willen ook niet dat een relatie werkgever - werknemer ontstaat als gevolg van een fictief dienstverband.

Essentieel is daarom dat er geen sprake kan zijn van een gezagsverhouding van de werkaanbieder of het poolbedrijf ten aanzien van de vrije werker.

De vergoedingen die de vrije werker van de werkaanbieder of van het poolbedrijf ontvangt voor de verrichte werkzaamheden zijn - belastingtechnisch - inkomsten uit overige werkzaamheden en geen loon waarop inhoudingen zijn toegepast.

vrijblijvendheid over en weer

Van de kant van het poolbedrijf en ook van de kant van de werkaanbieder bestaat geen verplichting om werk aan te bieden; er is naar de vrije werker ook geen enkele garantie op werk. Het staat elke

vrije werker vrij al dan niet te werken en hij bepaalt zelf wanneer en hoe lang hij wil werken. Hij mag het werk op elk moment afbreken. Noch het poolbedrijf, noch de werkaanbieder kan de vrije werker dwingen iets te doen, maar anderzijds kan hij ook geen aanspraak maken op werk.

Als een werkaanbieder een vrije werker betrokken van een poolbedrijf toch dwingt of druk uitoefent om op tijden te werken waarop de vrije werker dat niet wil, loopt de werkaanbieder het risico dat het vrijblijvende karakter voor het verrichten van werkzaamheden vervalst en lopen de werkaanbieder en het poolbedrijf beide het risico dat de belastingdienst achteraf beslist dat de oproepkracht de werkzaamheden in een fictief dienstverband heeft vervuld. Een poolbedrijf zal daarom toezien op de naleving van de voorwaarden waaronder een vrije werker bij een werkaanbieder aan de slag gaat.

De arbeidsovereenkomst en het (al dan niet fictieve) dienstverband

wettelijke criteria dienstverband

Van een arbeidsovereenkomst is wettelijk sprake als aan de volgende criteria wordt voldaan:

1. De werknemer is verplicht arbeid te verrichten gedurende een zekere tijd
2. De arbeid moet hij/zij persoonlijk verrichten
3. Er wordt voor de verrichte arbeid loon betaald
4. Er moet sprake zijn van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer.

schriftelijke overeenkomst niet doorslaggevend

Opvallend is dat de aanwezigheid een schriftelijke overeenkomst tot het verrichten van arbeid - al dan niet expliciet omschreven als arbeidsovereenkomst - niet bepalend is bij de vaststelling of van een dienstverband sprake is. Zolang alle betrokken partijen - zoals werkaanbieder, poolbedrijf, vrije werker, werknemer, werkgever, belastingdienst, verzekeringsorganisaties - het eens zijn over de aard van de overeenkomst is er geen probleem. Een probleem ontstaat pas als de partijen het onderling daarover niet eens zijn.

omgekeerde bewijslast

Als aan één van de bovengenoemde criteria niet wordt voldaan, is niet sprake van een arbeidsovereenkomst en ook niet van een dienstverband werkgever-werknemer.

Het kost in de praktijk veel moeite om de belastingdienst te overtuigen van de *afwezigheid* van een dienstverband. Als er geen dienstverband is afgesproken, gaat de belastingdienst in eerste instantie uit van een fictief dienstverband. De (vermeende) werkgever moet dan bewijzen dat van een fictief dienstverband geen sprake is geweest; in de praktijk meestal door aan te tonen dat van een gezagsverhouding geen sprake was/is.

Wettelijke bepalingen – jurisprudentie

Praktijkgevallen

In art 7:610 BW wordt omschreven wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst, waar - in andere bewoordingen - de vier bovengenoemde criteria worden genoemd. Het gaat dan om een nadere uitleg van de begrippen "verplichte arbeid", "zekere tijd", "persoonlijk", "loon" en "gezagsverhouding".

Aan de hand van praktijkgevallen (jurisprudentie) wordt duidelijk wanneer al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst of dienstverband. Gemakshalve en ten behoeve van de leesbaarheid is steeds sprake van "werkuitvoerder" als degene die het werk uitvoert, ook als feitelijk sprake is van werknemer, opdrachtnemer of vrije werker, en van "werkaanbieder" ook als feitelijk sprake is van werkgever of opdrachtgever.

vrijheid al dan niet aannemen van werk

Iemand die naar believen het werk kan weigeren, werkt niet op basis van een arbeidsovereenkomst. Zo bleek een tolk die bij een oproep niet verplicht was te komen, niet werkzaam volgens een arbeidsovereenkomst¹. Een vrije werker die zelf beslist over het al dan niet verrichten van werkzaamheden is, verricht de werkzaamheden dus ook niet in een (fictief) dienstverband.

alleen kortstondig tijdsduur van belang

De term "gedurende een zekere tijd" werd oorspronkelijk gevoerd om het verschil tussen een

arbeidsovereenkomst en een opdracht nader aan te geven, maar heeft heden ten dage zijn betekenis grotendeels verloren, hoewel in 1993 de Centrale Raad van Beroep nog besliste dat de inzet van kuikenvangers tijdens de nachtelijke uren van te geringe inzet was om van een arbeidsovereenkomst te kunnen spreken. Hetzelfde gold voor medewerkers in de mediawereld die steeds een kortstondige prestatie leverden op grond van een eenvoudige opdracht². Vrije werkers kunnen worden ingezet voor kort durende werkzaamheden van enkele uren en werken daarom niet in een (fictief) dienstverband.

arbeid niet persoonlijk verricht = geen dienstverband

Consequentie van de eis dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht, is dat niet langer van een dienstverband sprake is als de werkaannemer zich zonder toestemming van de werkaanbieder laat vervangen door een ander. Een krantenjongen die zich laat vervangen is niet langer werkzaam op grond van een dienstverband³. Thuiswerkende vrije werkers, vaak studenten in studentenhuizen, kunnen in veel gevallen zonder problemen ook andere huisgenoten (een deel) van het werk laten verrichten, waardoor van persoonlijk verrichte arbeid geen sprake meer is en dus ook geen sprake kan zijn van een fictief dienstverband. Van hetzelfde is min of meer sprake als kantoorhulp bij een werkaanbieder vrij zijn zich door een ander te laten vervangen.

Onkostenvergoeding

Van loon is sprake als een vergoeding voor de verrichte arbeid wordt betaald. Vergoedingen die geen direct verband houden met de verrichte arbeid zijn geen loon, maar worden door de belastingdienst wel als zodanig beschouwd. Omgekeerd levert bijv. het vergoeden van de reiskosten aan een vrijwilliger geen arbeidsovereenkomst op waar de vrijwilliger werknemersrechten aan kan ontleen, tenzij de vergoedingen de werkelijke kosten overstijgen⁴. Een vrije werker kan wel op bescheiden schaal een vergoeding krijgen voor gemaakte onkosten ten behoeve van het verrichte werk, zoals reiskosten. Als een vrije werker betalingen krijgt die geen directe relatie hebben met de verrichte werkzaamheden (zoals doorbetalingen tijdens ziekte, vrije dagen of vakantie) is dat voor de rechter eventueel een aanwijzing om een fictief dienstverband te veronderstellen.

inhoudelijk en organisatorische instructies

Als de werkaannemer instructies van de werkaanbieder moet opvolgen wordt al gauw een verplicht karakter aangenomen en dat er van een gezagsverhouding sprake is. Daarbij is het al voldoende als de werkaanbieder instructies kan geven; of hij het ook feitelijk doet, is niet van belang. Deze instructies kunnen inhoudelijk zijn, maar ook de werkdiscipline en de organisatie betreffen.

Werktijden

Bij dat laatste is o.a. gekeken naar de regelmaat van de werktijden. Indien sprake is van een feitelijke vrijheid van komen en gaan van de werknemer (wat o.a. kan blijken uit wisselende werktijden) is niet van een dienstverband sprake⁵. De instructies die de werkaannemer moet hebben om het werk überhaupt te kunnen verrichten, geven geen aanleiding tot het veronderstellen van een fictief dienstverband.

loon doorbetaling

Van belang bij de beoordeling of sprake is van een dienstverband is of de vergoeding/loon wordt doorbetaald bij ziekte en tijdens de vakantie. Is dat wel het geval dan wordt al snel een dienstverband aangenomen⁶.

Overeenkomst van Opdracht en Overeenkomst van werk

Overeenkomst van Opdracht

Dicht tegen de arbeidsovereenkomst ligt de "Overeenkomst van Opdracht", die wordt geregeld in art.7:400 e.v. (titel 7.7 BW). De werkzaamheden moeten in de dienstverlenende sfeer liggen. O.a. freelance-opdrachten vallen hier vaak onder. Met name de werkzaamheden van de vrije beroepen (artsen, advocaten, accountants, e.d.) vallen in de regel onder de noemer van "overeenkomst van opdracht". Betaling van de verrichte arbeid wordt in de regel voldaan op een ingediende factuur van degene die de arbeid heeft verricht.

Overeenkomst van werk

Een vergelijkbare constructie is die van de "Overeenkomst van werk" waarbij het niet om dienstverlening gaat, maar om het leveren van een product, bijv. meewerken in de bouw als ZZP'er. Om dergelijke overeenkomsten te onderscheiden van een dienstverband wordt o.a. gekeken bij wie het risico ligt bij schade, e.d. of als het project niet wordt opgeleverd.

Wet Flexibiliteit en Zekerheid

Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid wordt vermoed dat van een arbeidsovereenkomst sprake is als iemand gedurende drie maanden wekelijks of tenminste 20 uur per maand arbeid heeft verricht en daarvoor een vergoeding heeft ontvangen. Hier geldt de omgekeerde bewijslast: de werkaanbieder en/of werkaannemer moet bewijzen dat niet van een arbeidsovereenkomst sprake is op grond van de andere, hier bovengenoemde criteria.

bedoeling partijen

Bij de beoordeling of van een arbeidsovereenkomst sprake is, wordt ook meegewogen wat de bedoeling van partijen is geweest, zoals kan blijken uit wat er is afgesproken en uit de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de overeenkomst, waarbij alle omstandigheden worden bekeken⁷. Het poolbedrijf, of als hij de vrije werker rechtstreeks aantrekt: de werkaanbieder, doet er daarom verstandig aan alle vrije werkers te laten verklaren dat zij de werkwijze en de arbeidsrechtelijke positie van de vrije werker kennen en onderschrijven nog voor zij werk krijgen aangeboden.

uitwerking opdracht instructie

Als de instructies van de werkgever meer het karakter hebben van een nadere uitwerking van de gegeven opdracht, is eerder sprake van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk dan van een arbeidsovereenkomst⁸.

maatschappelijke positie

De maatschappelijke positie van de werknemer is een aspect dat meegewogen kan worden. Als hij tevens voor andere opdrachtgevers werkt of bijv. fulltime student is, is dat een aanwijzing dat er eerder sprake is van overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk dan van een dienstverband⁹.

langdurig inlenen, geen stilzwijgende overgang

Indien een vrije werker langdurig werkzaam is bij een werkaanbieder kan een situatie ontstaan alsof de vrije werker van lieverlee een dienstverband met de werkaanbieder heeft opgebouwd. Dit kan echter nooit het geval zijn, als zulks niet duidelijk is overeengekomen. De vrije werker en de werkaanbieder hebben zich in die situatie nooit aan elkaar verbonden en er is geen rechtszekerheid wanneer de stilzwijgende overgang van de vrije werker naar een dienstverband zou hebben plaatsgevonden¹⁰.

Jurisprudentie

1. Ktg Den Haag 26 mrt 2003 (JAR 2003/150)
2. CRvB 15 dec 1993 (RVS 1994,169), CrvB 23 okt 1995 (AB 1996,78)
3. HR 23 mei 1980 (NJ 1980, 633), HR 18 nov 1988 (NJ 1989,344), CrvB 21 dec 1994 (AB 1995,394)
4. HR 3 juni 1981 (NJ 1982,206)
5. HR 12 okt 2001 (JAR 2001/217), HR 28 sept 1983 (NJ 1984,92), HR 14 nov 1997 (NJ 1998,149, JAR 1997/263)
6. HR 8 mei 1998 (JAR 1998/168, NJ 2000/81), HR 12 okt. 2001 (JAR 2001/217), HR 17 juni 1994 (NJ 1994,757, JAR 1994/152)
7. 2000/176), Hof Amsterdam 20 dec 2001 (JAR 2002/32), Rb. Middelburg 5 febr 2003 (JAR 2003/66), Ktg. Sittard 14 mei 2003 (JAR 2003/156)
8. CrvB 23 okt 1995 (AB 1996, 78)
9. Rb. Amsterdam 22 okt 1998 (JAR 1998/250), Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999 (JAR 1999/167), Ktg. Amsterdam 16 juni 2000 (JAR 2000/167)
10. HR 5 april 2002 (JAR 2002/100)

