

DE AANDACHTSPUNTEN BIJ HET INZETTEN VAN FREELANCERS

Met een zelfstandige in zee

U zult – zeker nu de economie er niet zo rooskleurig voorstaat – waarschijnlijk graag werk voor uw organisatie laten uitvoeren waarbij u flexibel met uw medewerkers om kunt gaan. U kunt er voor kiezen om met een zelfstandige in zee gaan. Zo'n freelancer is namelijk niet bij u in dienst, hij is een opdrachtnemer. Na afloop van de opdracht kunnen partijen gemakkelijk uit elkaar. Maar u moet wel op een aantal zaken letten, anders is er misschien onbedoeld toch sprake van een dienstverband, met alle gevolgen van dien!

In de praktijk zoeken werkgevers regelmatig naar vormen om werk te laten verrichten op een manier die hen meer flexibiliteit geeft dan een reguliere werknemer. Uitzendkrachten en oproepkrachten zijn daarvan een voorbeeld, maar ook freelancers. Freelancers zijn niet in dienst van de werkgever. De rechtsverhouding die tussen u en freelancers bestaat, valt dus niet onder het strenge ontslagrecht en alle andere werknemersvriendelijke wetgeving. Toch kunt u alsnog in de problemen komen als u niet zorgvuldig handelt.

Conflict

De freelancer kan zich bijvoorbeeld op het standpunt stellen dat er toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit gebeurt bijvoorbeeld wel eens als er een conflict is ontstaan over voortzetting van de opdracht of als de freelancer tijdens de opdracht ziek is geworden. Het aangaan van een overeenkomst met een freelancer heeft juridi-

sche en fiscale gevolgen. U moet zich goed bewust zijn van de civielrechtelijke verschillen tussen een opdracht-overeenkomst en een arbeidsovereenkomst.

Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich persoonlijk verbindt om in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Dat is iets anders dan een overeenkomst van opdracht. Die laatste heeft betrekking

op dienstverrichting, ongeacht wie die uitvoert en hoe. In de wetsgeschiedenis worden als opdrachtnemers onder anderen advocaten, accountants, kappers en veilinghouders genoemd. Tegenwoordig kunnen freelancers, consultants, artiesten en trainers daaraan worden toegevoegd.

Ondergeschikt

Het verschil tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst zit vooral in het element gezagsverhouding. De opdrachtnemer heeft een grote mate van zelfstandigheid, terwijl de werknemer in een ondergeschikte rol zijn werkzaamheden uitvoert. Ook een opdrachtnemer zal van de opdrachtgever soms enkele aanwijzingen krijgen voor de te verrichten taak, maar die mogen dan alleen betrekking hebben op de reikwijdte van de opdracht. Het is essentieel dat de daadwerkelijke uitvoering van de werkzaamheden aan de opdrachtnemer zelf wordt overgelaten.

Freelancende eenmanszaak zonder personeel

Er zijn allerlei termen om kleine ondernemers te beschrijven die zonder dienstverband opdrachten van u aannemen. Hoewel de begrippen freelancer, zelfstandige zonder personeel (zzp'er) en eenmanszaak vaak door elkaar worden gebruikt, zijn ze niet volledig uitwisselbaar. Zo hebben de meeste freelancers een eenmanszaak, wat betekent dat ze de oprichter en enige eigenaar van de

zaak zijn. Maar ze kunnen ook een andere rechtsvorm kiezen, zoals een bv of een vof.

De term zzp'er is geïntroduceerd door de Belastingdienst. Gewoonlijk worden zzp'ers gelijkgesteld aan freelancers. Zij hebben geen personeel in dienst, zijn gewoonlijk gespecialiseerd in hun vak en bieden hun kennis en ervaring in de vorm van diensten aan.

Fiscale freelancers

Het begrip 'freelancer' zegt op zichzelf niets over of u wel of niet te maken krijgt met loonheffingen. Het hangt ervan af of de freelancer de werkzaamheden helemaal zelfstandig uitvoert of onder (uw) toezicht.

De freelancer kan bij De Belastingdienst een zogenoemde Verklaring arbeidsrelatie (VAR) aanvragen. Daarin staat hoe zijn inkomsten worden belast. Worden deze aangemerkt als 'winst uit onderneming' of als 'inkomsten voor rekening en risico van een vennootschap', dan weet u zeker dat u geen loonheffingen hoeft

te berekenen. Hierbij gelden de volgende voorwaarden:

- De werkzaamheden komen overeen met de werkzaamheden die in de verklaring zijn vermeld.
- De werkzaamheden worden binnen de geldigheidsduur van de verklaring verricht (een VAR is altijd één jaar geldig).
- U stelt als opdrachtgever de identiteit van de opdrachtnemer vast en bewaart kopieën van een geldig identiteitsbewijs (geen rijbewijs) en van de VAR van de opdrachtnemer bij uw administratie.

Is aan deze voorwaarden voldaan, dan hoeft u niet te beoordelen of de opdrachtnemer misschien toch bij u in dienst is. Voor u is er zo meer fiscale rechtszekerheid.

Veiligheid

Een VAR geeft u overigens alleen zekerheid over uw verplichting voor de loonheffingen. U kunt er geen arbeidsrechtelijke veiligheid aan ontlenu. De opdrachtnemer trouwens ook niet. Meer informatie over de VAR vindt u op de site van de Belastingdienst.

Daarom is het niet alleen van belang dat in de overeenkomst van opdracht de zelfstandigheid van de opdrachtnemer wordt benoemd, maar ook dat hieraan in de praktijk daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven. Het heeft dan ook de voorkeur om zo veel mogelijk korte overeenkomsten van opdracht te sluiten, waarin niet al te veel wederzijdse verplichtingen zijn vastgelegd.

De Hoge Raad legt het accent op...

Zoals u zich kunt voorstellen, lopen meningsverschillen tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers over het wel of niet bestaan van een dienstverband geregeld zo hoog op dat de rechter er uiteindelijk over moet beslissen. Hoe die naar deze materie kijkt, kunt u lezen in onderstaande uitspraken.

1. De onderwijzende belastingadviseur

De Hoge Raad heeft in 1997 duidelijke richtlijnen gegeven om mee vast te kunnen stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht. In de betreffende casus ging het om een belastingadviseur die

via zijn onderneming als docent les gaf bij een opleidingsinstituut. De belastingadviseur werd maandelijks door middel van facturen betaald waarop hij ook btw in rekening bracht. Deze betalingswijze was op zijn verzoek tot stand gekomen. Volgens het opleidingsinstituut bestond er geen gezagsverhouding tussen de partijen. De belastingadviseur was vrij om de lessen in te richten naar eigen inschatting. De adviseur vond echter dat hij een tegenprestatie voor zijn werk ontving. Maar het opleidingsinstituut hield over de uitbetaalde bedragen geen loonbelasting of premies in. De Hoge Raad legde het accent op de (oorspronkelijke) bedoeling van de betrokken partijen met de overeenkomst, maar keek ook naar de manier waarop zij in de praktijk uitvoering gaven aan de overeenkomst. Uiteindelijk trok de belastinginspecteur aan het kortste eind.

Facturen

Met name omdat hij de opdracht via zijn onderneming wilde vervullen en vergoeding voor zijn diensten wilde krijgen door middel van facturen waarop btw werd berekend, vond de rechter dat de bedoeling een overeenkomst van opdracht moest zijn geweest.

Hoge Raad, 14 november 1997, nr. 16453 (Nf 1998/149)

2. Belastingvriendelijke alimentatie

In latere arresten heeft de Hoge Raad deze lijn voortgezet. Bijvoorbeeld in de zaak van een ex-man en -vrouw, waarbij de man een constructie had bedacht om op een belastingvriendelijke wijze aan zijn alimentatieverplichtingen te voldoen. Hij sloot via zijn bedrijf een arbeidsovereenkomst af met zijn ex-vrouw. Zij hoefde voor haar loon niet te

... de bedoeling met de overeenkomst

werken. Op een bepaald moment beëindigde de man de arbeidsovereenkomst. Op dat moment eiste de vrouw natuurlijk haar loon op (de verkapte alimentatie dus). De rechter vond dat het duidelijk was dat partijen nooit de bedoeling hadden gehad om aan de door hen getekende arbeidsovereenkomst uitvoering te geven. Er bestond immers geen verplichting om arbeid te verrichten en er was geen gezagsverhouding. Van een arbeidsovereenkomst was dus geen sprake. De gedupeerde dame moest op andere wijze achter haar alimentatie aan.

Hoge Raad, 10 oktober 2003, JAR 2003/263

Laat het geen arbeidsovereenkomst lijken!

De volgende zaken moet u wel of juist niet opnemen in een overeenkomst van opdracht om zo veel mogelijk de schijn van een arbeidsovereenkomst te vermijden.

- Neem expliciet op dat de freelancer zelf verantwoordelijk is voor de uit te voeren opdracht.
- Laat de betaling zo veel mogelijk niet op vaste data plaatsvinden omdat deze anders te veel lijkt op een reguliere salarisbetaling.
- Laat de betaling altijd via een facturatiestelsel plaatsvinden op basis van daadwerkelijk gewerkte uren.
- Het toekennen van een vaste onkostenvergoeding is ook te veel een verwijzing naar een dienstbetrekking en is daarom af te raden.
- Neem geen concurrentiebeding op.
- Verwijs niet naar personeelshandboeken of de cao.
- Als het mogelijk is om een vervanger voor de opdrachtnemer te sturen, verdient het de voorkeur dat degene die de werkzaamheden zal gaan verrichten, zich zonder verdere tussenkomst van de opdrachtgever kan laten vervangen. Laat vervanging niet afhangen van de toestemming van de opdrachtgever.
- De toekenning van een onkostenvergoeding voor werkelijk gemaakte zakelijke kosten kan daarentegen in de overeenkomst van opdracht worden opgenomen op voorwaarde dat de opdrachtnemer deze aan de hand van bewijsstukken kan onderbouwen.
- Volgens de fiscus en de uitvoeringsinstelling is de zelfstandigheid in een dergelijke rechtsverhouding beter aantoonbaar door een overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd, en wel voor een periode van maximaal twee jaar. Neem niet op dat deze stilzwijgend wordt verlengd.
- Neem geen exclusiviteitsclausule op. De freelancer moet in beginsel vrij zijn om, als dat qua uren mogelijk is, ook voor andere opdrachtgevers te werken.
- Neem wel een clausule op waarin expliciet staat vermeld dat partijen niet de bedoeling hebben een arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan.
- Verwijs naar het moeten beschikken over een VAR-verklaring.

3. Begeleiding van een slipcursus

Ook in recente rechtspraak blijkt dat rechters vooral kijken naar de oorspronkelijke bedoeling van de overeenkomst en de manier waarop daaraan uitvoering wordt gegeven. In 2006 deed de Hoge Raad opnieuw een uitspraak in die lijn. In de betreffende zaak werkte een vrouw als begeleider van cursisten

ve dienstbetrekking. ANWB wilde daarom ook de gevolgen voor het werkgeversdeel socialeverzekeringspremies en problemen met de declaratie bespreken.

In 2000 stapte de vrouw naar de rechter. Zij vorderde een verklaring dat er tussen haar en ANWB een arbeidsovereenkomst bestond. Volgens de vrouw was zij misschien eerst wel als freelancer werkzaam geweest, maar had zij zeker al sinds 1996 een arbeidsovereenkomst. Uiteindelijk kwamen de partijen bij het gerechtshof uit. Het hof vond dat er gekeken moest worden naar de wijze waarop partijen uitvoering gaven aan de overeenkomst. Het hof wees op de protestloze ontvangst van de eerdergenoemde brieven die de ANWB had verstuurd en op het gebruik van het declaratieformulier.

Ook stelde het hof vast dat de vrouw niet vast werd ingeroosterd en dat haar altijd werd gevraagd of zij tijd had om op de cursusdata te komen werken. En de beloning verliep op basis van facturen, terwijl reguliere werknemers hun salaris maandelijks als bruto bedrag en onder inhouding van premies en belasting uitbetaald kregen. De vrouw kreeg dan ook ongelijk.

Hoge Raad, 15 september 2006, JAR 2006/244

Uit de voorgaande voorbeelden blijkt dat duidelijkheid essentieel is. Als u gebruik wilt maken van freelancers, moet u de betrokken partijen op voorhand laten weten dat dit uw bedoeling is. Vervolgens moet de overeenkomst van opdracht de afspraken over en weer goed weergeven. Daarbij moet u oppassen dat de inhoud van de over-

Duidelijkheid is essentieel

van een slipcursus. Deze slipcursus was door het ANWB Test- en Trainingscentrum ontworpen en kende een vaste opzet. De instructrice declareerde telkens na afloop van een bepaalde periode een bedrag voor haar werkzaamheden. In het jaar 1999 deed zij dit bijvoorbeeld via een door ANWB verstrekt declaratieformulier, waarop vermeld stond 'Ten behoeve van inhoudingsplichtige freelancers'. De ANWB stuurde de vrouw meerdere brieven waarin aan haar werd medegegeeld dat er volgens de Belastingdienst en het GAK sprake was van een fictie-

Inhoud mag niet lijken op arbeidsovereenkomst

eenkomst van opdracht niet te veel lijkt op de inhoud van een arbeidsovereenkomst. De volgende, misschien wel belangrijkste stap is die van de uitvoering van de overeenkomst. De wijze waarop uitvoering aan de overeenkomst wordt gegeven kan bepalend zijn voor de kwalificatie van de rechtsverhouding.

Mr. Jolanda de Groot, advocaat bij Heussen te Amsterdam, tel: (020) 312 28 00, e-mail: jolanda.de.groot@heussen-law.nl, www.heussen-law.nl.