

De grensoverschrijdende zelfstandige: een grijs gebied?

Bij een controle door de Arbeidsinspectie worden in de boomgaard van een fruitteeltbedrijf drie Roemenen aangetroffen die daar aan het werk zijn. De werkzaamheden bestaan uit het plukken van appels. Er zijn geen tewerkstellingsvergunningen voor deze drie personen. De eigenaar van de boomgaard is van mening dat de drie vreemdelingen werkzaam zijn als zelfstandigen zonder personeel. Zij zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel; ze hebben een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) aangevraagd; ze hebben nota's overlegd waaruit blijkt dat ze voor meerdere opdrachtgevers hebben gewerkt en voorafgaand aan de werkzaamheden heeft de eigenaar overeenkomsten van opdracht met de vreemdelingen afgesloten. De Arbeidsinspectie legt de eigenaar van het fruitteeltbedrijf toch een boete op van € 24.000,- wegens het overtreden van de Wet Arbeid Vreemdelingen (Wav). De Arbeidsinspectie is namelijk van mening dat de Roemenen helemaal niet als zelfstandige werken, maar in dienst zijn van de fruitteler.¹

Een dergelijke situatie komt vaker voor met een niet altijd even heldere uitkomst. Immers wanneer is sprake van een arbeidsovereenkomst en wanneer van een zelfstandige? Wat is het onderscheidende criterium? En hoe oordeelt de rechter hierover?

In dit artikel zal eerst worden ingegaan op de vraag wat een zelfstandige nu eigenlijk is en welke criteria de Arbeidsinspectie hierbij hanteert. Vervolgens zal aandacht worden geschonken aan enkele voorbeelden uit de jurisprudentie. Tot slot wordt een handreiking gegeven aan de praktijk.

Zelfstandig?

Zelfstandigen zijn geen werknemer, zodat het Nederlandse arbeidsrecht niet van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de zelfstandige en opdrachtgever. Of een zelfstandige in zijn land van herkomst als zelfstandige te boek staat is niet doorslaggevend. Op grond van Nederlandse wettelijke criteria en rechtspraak wordt de vraag beantwoord of sprake is van een zelfstandige. Deze criteria zijn verschillend voor het arbeidsrecht, de fiscaliteit, de sociale zekerheid en de Wet arbeid vreemdelingen. Dit artikel beperkt zich tot de toets voor de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Of iemand voor de Wav als zelfstandige wordt beschouwd, betekent dus nog niet dat hij ook voor het arbeidsrecht, de sociale zekerheid of voor de fiscaliteit als zelfstandige wordt aangemerkt. Hoe de toets voor deze drie rechtsgebieden eruitziet, valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

Tewerkstellingsvergunning

Het onderscheid tussen een werknemer in loondienst en een zelfstandige is van belang voor de vraag of een tewerkstellingsvergunning nodig is. Voor een ("echte") zelfstandige is geen tewerkstellingsvergunning nodig. Maar een Nederlandse werkgever die een buitenlandse arbeidskracht in loondienst wil nemen, heeft een tewerkstellingsvergunning nodig voor Roemenen en Bulgaren (en derdelanders).

Een tewerkstellingsvergunning is niet nodig voor onderdanen uit alle andere EU/EER-landen². Hiervoor geldt het vrij verkeer van werknemers. Alleen voor Roemenen en Bulgaren

¹ LJN: BO 0147, Rechtbank Arnhem 10 april 2008, AWB 07/2865

² Nederland, België, Cyprus, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Groot-Brittannië, Hongarije, Ierland, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg,

is dus (nog) geen sprake van vrij verkeer van werknemers. Hiervoor geldt een overgangsregeling die per 1 januari 2009 is verlengd met nog eens 3 jaar.

Wat is een zelfstandige?

Een Nederlandse opdrachtgever kan een buitenlandse zelfstandige zonder personeel (hierna: zelfstandige) inhuren om bepaalde werkzaamheden te verrichten. Deze buitenlandse zelfstandige detacheert zichzelf dan om tijdelijk in Nederland een klus uit te voeren. De zelfstandige neemt de opdracht aan voor een bepaalde periode. Opdrachtgever en zelfstandige spreken vooraf af welke werkzaamheden zullen worden uitgevoerd, hoe lang deze werkzaamheden zullen duren en tegen welke prijs ('bepaalde tijd, bepaalde taak, bepaalde prijs'). Vervolgens bepaalt de zelfstandige in beginsel zelf hoe het werk wordt uitgevoerd.

Criteria Wet arbeid vreemdelingen

Op grond van de Wav controleert de Arbeidsinspectie of sprake is van een zelfstandige. De Arbeidsinspectie hanteert hierbij de volgende criteria:

- Werkt de zelfstandige geheel voor eigen rekening en risico?;
- Werkt de zelfstandige tegen een prijs die volledig en rechtstreeks aan hemzelf wordt betaald?;
- Beslist de zelfstandige zelf over de keuze van het werk, de arbeidsomstandigheden en de prijsafpraak.

Komt de Arbeidsinspectie bij een controle tot de conclusie dat geen sprake is van een zelfstandige, dan betekent dit dat de betreffende persoon als werknemer moet worden beschouwd. De werknemer was dan formeel in loondienst bij een Nederlandse werkgever. En de Nederlandse werkgever die een buitenlandse werknemer in zijn bedrijf laat werken, is een werkgever in de zin van de Wav en is daarmee verantwoordelijk voor de naleving van de verplichtingen die in deze wet staan. Indien de werkgever niet over een tewerkstellingsvergunning beschikt, kan de Arbeidsinspectie een boete opleggen. Voor bedrijven is de boete € 8.000 per illegaal te werk gestelde vreemdeling. Voor particulieren is de boete € 4.000 per illegaal te werk gestelde vreemdeling. Voor wie binnen 2 jaar opnieuw wordt betrapt op illegale tewerkstelling, wordt de boete verhoogd met 50%.

De "zaak Jany"

Er bestaat veel jurisprudentie over de vraag of de werkzaamheden als zelfstandige zijn verricht dan wel in loondienst, en of de opdrachtgever dus (in het laatste geval) in het bezit had moeten zijn van een tewerkstellingsvergunning voor de vreemdeling.

In alle zaken wordt voor de beantwoording van deze vraag aansluiting gezocht bij een belangrijk arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 november 2001³. Op grond van dat arrest is sprake van economische activiteiten verricht als zelfstandige, wanneer vaststaat dat deze activiteiten worden beoefend:

Liechtenstein, Malta, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, IJsland, Zweden en Zwitserland

³ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 november 2001 C-268/99 (AB 2001, 413)

- zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van deze activiteit, de arbeidsomstandigheden en de beloning;
- onder eigen verantwoordelijkheid;
- en tegen een beloning die volledig en rechtstreeks aan de persoon wordt betaald.

Uit de Nederlandse rechtspraak van na het arrest Jany valt op te maken dat het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding als cruciaal wordt gezien voor de vraag of sprake is van de hoedanigheid van werknemer of zelfstandige. Bovendien moet de beoordeling van de arbeidsverhouding niet alleen plaatsvinden aan de hand van de (eventueel gepretendeerde) juridische verhouding, maar zijn juist ook de feitelijke omstandigheden waaronder de vreemdelingen werkzaam zijn geweest van belang. Hiermee wordt geprobeerd de zogenaamde “schijnconstructies” tegen te gaan.

Hieronder zal ik drie zaken bespreken om inzichtelijk te maken hoe in rechte wordt geoordeeld over de grens tussen een zelfstandige en werknemer.

“Fruittelerzaak”

De zaak die ik heb samengevat in de opening van dit artikel staat bekend als de zogenaamde fruittelerzaak. Hier toetst de rechtbank Arnhem aan de criteria van het arrest Jany: “Is hier sprake van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij een rol speelt of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid zijn uitgeoefend en voorts de feitelijke situatie van belang is?”

De rechtbank concludeert uiteindelijk dat de vreemdelingen de werkzaamheden (het plukken van appels) niet als zelfstandigen hebben verricht. De rechtbank overweegt dat de overeenkomsten een dusdanig globale omschrijving van de werkzaamheden bevatten, dat deze werkzaamheden redelijkerwijs niet zonder nadere aanwijzingen en/of toezicht kunnen zijn verricht. De rechtbank vindt het dan ook niet aannemelijk dat de vreemdelingen zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van de activiteiten en onder eigen verantwoordelijkheid de in de overeenkomsten beschreven werkzaamheden hebben uitgevoerd. De Arbeidsinspectie wordt daarmee door de rechtbank in het gelijk gesteld.

Op 4 maart 2009 heeft de Raad van State het hoger beroep tegen bovengenoemde uitspraak ongegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank bevestigd⁴. De Raad van State (hierna: raad) sluit eveneens aan bij de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie. De raad overweegt dat alleen de inschrijving van de eenmanszaken van de vreemdelingen in het Handelsregister niet betekent dat de vreemdelingen ook feitelijk als zelfstandige hebben gewerkt. De raad is verder met de rechtbank van mening dat de opdrachtsomschrijving (“opdracht om fruit te oogsten en te sorteren en bomen te planten”) dusdanig globaal is dat deze werkzaamheden redelijkerwijs niet zonder nadere aanwijzingen en/of toezicht kunnen zijn verricht. Bovendien verschilden de omstandigheden waaronder de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht niet van de omstandigheden van de andere personen die *als werknemer* dezelfde werkzaamheden verrichtten voor de opdrachtgever.

“Rietdekkerszaak” 1⁵

⁴ LJN: BH4663, Raad van State, 200803634/1

⁵ LJN: BG 3409, Raad van State 5 november 2008, 200801981/1 (LJN: BC 3968, Rechtbank Zwolle 31 januari 2008, Awb 06/2025)

In een volgende zaak verrichten drie rietdekkers via een detachingsbureau werkzaamheden voor een rietdekkersbedrijf. In dit geval oordelen zowel rechtbank als raad (op basis van de zaak Jany) dat geen sprake is van zelfstandigheid. Het detachingsbureau besliste welke rietdekkers op welk project werd gezet; het detachingsbureau was aanspreekbaar op het (dis-)functioneren van de rietdekkers en zorgde voor vervanging en het detachingsbureau was de voor de werkzaamheden te betalen prijs zelf overeengekomen met het rietdekkersbedrijf. Ook vond betaling aan de rietdekkers plaats door het detachingsbureau. De rechtbank is van oordeel dat hier sprake is van schijnzelfstandigheid, zodat een tewerkstellingsvergunning is vereist. Dat de eenmanszaken op namen van de vreemdelingen ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel, de belastingdienst één van de vreemdelingen een VAR-verklaring heeft verstrekt en de vreemdelingen over een BTW-nummer beschikken en meer opdrachtgevers hebben, brengt in het licht van het voorgaande niet mee dat er geen gezagsverhouding bestaat tussen opdrachtgever en vreemdelingen. Naast de feitelijke werkgever (het detachingsbureau) is ook de formele werkgever (het rietdekkersbedrijf) verantwoordelijk voor naleving van de Wav. De boete is daarom dan ook terecht opgelegd aan het rietdekkersbedrijf.

“Rietdekkerszaak” 2⁶

In een andere hoger beroep in een zaak die eveneens op rietdekkers betrekking heeft, wordt echter geconcludeerd dat deze rietdekkers in dit geval wel als zelfstandigen werkzaamheden verrichten (weer aan de hand van de criteria van de zaak Jany). Van belang hierbij is dat de rietdekkers zelf een overeenkomst met opdrachtgever zijn aangegaan en de inhoud van deze overeenkomst tezamen met de opdrachtgever hebben bepaald. Bovendien hebben zij de te verrichten werkzaamheden op basis van deze overeenkomsten uitgevoerd. Gelet hierop en – onder andere – het feit dat de rietdekkers bij ziekte ook niet werden betaald, oordeelt de raad dat de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid zijn verricht. Bovendien hebben de rietdekkers het riet zelf gekocht, hebben zij met eigen gereedschap en valbescherming gewerkt en hebben ze meerdere opdrachtgevers. Gelet op dit samenstel van omstandigheden hebben de rietdekkers de werkzaamheden als zelfstandige verricht, zodat een tewerkstellingsvergunning niet is vereist.

Hoe werkt dit uit voor de praktijk?

Na bestudering van de jurisprudentie blijkt dat – helemaal na het arrest Jany – er redelijke eensgezindheid bestaat over het criterium dat in rechte wordt gehanteerd voor beantwoording van de vraag of een persoon als zelfstandige werkzaam is of als werknemer in de zin van de Wav. In het kort komt dit criterium erop neer dat bepalend is of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid worden uitgeoefend een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is. Vrij vertaald is de gezagsverhouding dus doorslaggevend, waarbij naar alle omstandigheden wordt gekeken. Maar wat zijn nu die omstandigheden? En welke omstandigheden zijn van belang?

Ik ben in de door mij bestudeerde jurisprudentie, waaronder de drie hierboven beschreven uitspraken, verschillende omstandigheden tegengekomen die het begrip gezagsverhouding inkleuren. Uiteindelijk gaat het om een afweging van alle voor de betreffende zaak relevante omstandigheden. Eén enkele omstandigheid kan nooit voldoende zijn voor de conclusie wel /

⁶ LJN: BE 9725, Raad van State 3 september 2008, 200706119/1 (Rechtbank Haarlem 6 juli 2007, Awb 07/150)

geen zelfstandige. Uit de jurisprudentie komt bijvoorbeeld naar voren dat het in het bezit hebben van een VAR-verklaring op zichzelf niet voldoende is voor het aannemen van de status van zelfstandige. Daarvoor zijn meerdere omstandigheden nodig. Ook kan een omstandigheid in de ene zaak doorslaggevend zijn voor het aannemen van de status van zelfstandige, terwijl deze omstandigheid in een andere zaak van ondergeschikt belang is. Zo kan de bemiddeling door een derde (bijvoorbeeld een detacheringsbureau) al snel tot de conclusie leiden dat de zelfstandige niet onder eigen verantwoordelijkheid werkt en dus geen zelfstandige is (bijvoorbeeld detacheringsbureau heeft overeenkomst gesloten, zorggedragen voor facturering, verantwoordelijk voor resultaat, etc.). Maar bemiddeling door een derde hoeft niet in de weg te staan aan het kunnen aannemen van de status van zelfstandige (zoals in "Rietdekkerszaak 2").

Kortom de speelruimte zit in de afweging van alle omstandigheden van het geval en dit maakt dat het niet altijd even goed te voorspellen is hoe het rechterlijke oordeel uiteindelijk zal luiden.

Beschrijving van concrete omstandigheden

Hieronder volgt een opsomming van verschillende omstandigheden zoals ik die ben tegengekomen in de door mij bestudeerde jurisprudentie.

A (Totstandkoming) overeenkomst

- Hoe is het contact tussen "zelfstandige" en opdrachtgever tot stand gekomen? Is het contact tot stand gekomen door bemiddeling van een uitzend- of detacheringsbureau, dan is dit een omstandigheid die pleit tegen het aannemen van de status als zelfstandige;
- Is de overeenkomst gesloten tussen zelfstandige en opdrachtgever? Ook hiervoor geldt dat tussenkomst door een detacherings- dan wel uitzendbureau in de weg kan staan voor het werken als zelfstandige;
- Is de inhoud van de overeenkomst tezamen met de zelfstandige bepaald?
- Is de opdrachtomschrijving in de overeenkomst voldoende concreet, zodat geen verdere instructies meer nodig zijn? In de "fruittelerzaak" werd de opdrachtomschrijving dusdanig globaal geacht, waardoor nog nadere instructies nodig waren. Hiermee is de gezagsverhouding al snel een gegeven. De vraag hierbij is natuurlijk wat is voldoende concreet. Dit kan per geval verschillen. Wat uit de jurisprudentie naar voren komt, is dat aan dit criterium meer gewicht wordt toegekend indien dezelfde werkzaamheden ook worden verricht door andere personen in loondienst bij de opdrachtgever;
- Onderscheiden de omstandigheden waaronder de zelfstandige de werkzaamheden verricht van andere personen die hetzelfde werk doen voor dezelfde opdrachtgever? (zie vorig punt)

B Uitoefening werkzaamheden

- Is de zelfstandige vrij de werkzaamheden naar eigen inzicht in te richten en uit te voeren?
- Is de zelfstandige volledig vrij in het indelen van de werktijd?
- Is de zelfstandige volledig vrij in het vaststellen van de periode gedurende welke de werkzaamheden worden verricht? De opdrachtgever kan hierbij wel een bepaalde tijdslijmiet aangeven, zonder dat hiermee sprake is van een gezagsverhouding die de kwalificatie van de zelfstandige in de weg zou staan.

C Verantwoordelijkheid

- Wie is verantwoordelijk voor de kwaliteit van het werk?
- Wordt de zelfstandige bij ziekte betaald (eigen verantwoordelijkheid)? Doorbetaling tijdens ziekte kan een indicatie zijn voor de status van werknemer;
- Wie draagt de zorg voor hulpmaterialen (gereedschap en veiligheidsmateriaal bijvoorbeeld) voor het uitvoeren van de werkzaamheden?
- Werkt de zelfstandige voor meerdere opdrachtgevers?
- Draagt de zelfstandige zelf het risico als de werkzaamheden niet naar behoren worden uitgevoerd?

D Facturering / inschrijving / VAR

- Hoe vindt facturering/betaling plaats? Een vast bedrag per klus kan tot minder twijfel leiden dan facturering per uur;
- VAR-verklaring? In veel zaken wordt er door de rechter op gewezen dat met een VAR niet vast staat dat de zelfstandige daadwerkelijk als zelfstandige werkzaam is. En andersom: als er geen VAR is, kan een zelfstandige toch als zelfstandige werkzaamheden verrichten;
- Inschrijving in het handelsregister? Ook deze omstandigheid op zich is onvoldoende voor het aannemen van de hoedanigheid van zelfstandige, evenals het beschikken over een BTW-nummer (en andersom).

De grensoverschrijdende werknemer: een grijs gebied?

Voor de praktijk blijft het lastig om vooraf een goede inschatting te kunnen maken van de vraag of een zelfstandige onder de gegeven omstandigheden ook door de rechter als zelfstandige wordt beschouwd (in de zin van de Wav). Het criterium waaraan wordt getoetst, is op zichzelf wel helder. Ik heb aan de hand van jurisprudentie inzicht gegeven in de uitwerking van dit criterium in de praktijk. Er zijn vele omstandigheden die bij de beoordeling van de vraag wel / geen zelfstandige een rol kunnen spelen. Maar juist in deze verschillende omstandigheden, die per zaak kunnen verschillen, zit de speelruimte. Het blijft dus een grijs gebied, maar hopelijk heeft dit artikel u wat handvaten geboden om in deze schemer een veilige weg te vinden.

Meer informatie over dit onderwerp (en meer) vindt u op de website: www.arbeidsmigratie.eu.

(mr. drs.) Suzanne van der Woude
Hogeschooldocent Arbeidsrecht
Kenniscentrum Arbeid
Hanzehogeschool Groningen