

VERTROUWELIJK

SIKB

T.a.v. de heer W. de Koning

Postbus 420

2800 AK Gouda

Uitsluitend per e-mail: walter.dekoning@sikb.nl

Datum : 1 september 2017
Ons kenmerk : 7358
Betreft : Advies Wet DBA

Geachte heer De Koning, beste Walter,

Naar aanleiding van ons telefoongesprek 22 augustus 2017 alsmede de e-mails inclusief bijbehorende bijlagen bericht ik je als volgt.

Vraag

Binnen de archeologie is de vraag gerezen in hoeverre personeel kan worden ingeleend dan wel werk kan worden uitbesteed onder certificaat zonder dat partijen hoeven te vrezen dat de Belastingdienst de samenwerking aanmerkt als fictief dienstverband. Als voorbeeld gaf je het volgende voorbeeld: een archeologisch bureau voert opgravingen uit. Ter uitwerking van die opgravingen moet opgegraven materiaal geconserveerd of beschreven/geclassificeerd worden. Die uitwerkingsvragen worden soms doorgeschoven naar andere bureaus / ZZP'ers die dan als onderaannemer actief zijn. Vanuit kwaliteitsdenken is het wenselijk om de onderaannemer zoveel mogelijk te binden aan de eisen van de opgraver. Het is echter niet wenselijk indien de onderaannemer door voormelde binding vervolgens aangemerkt kan worden als werknemer.

Advies

Op 1 mei 2016 is de wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (wet DBA) inwerking getreden omdat de Belastingdienst met de VAR niet kon handhaven op schijnzekerheid. De wetgever vond dit om meerdere redenen onwenselijk. De wet DBA beoogt dan ook schijnzekerheid te vermijden en handhaving van de wet mogelijk te maken. Het niet kunnen handhaven van de VAR werd veroorzaakt doordat in 2005 de Wet Uitbreiding rechtsgevolgen VAR ingevoerd is. Als gevolg van deze wet gold dat indien uit de VAR bleek dat de voordelen die een belastingplichtige genoot konden worden aangeduid als winst uit onderneming of als voordelen uit werkzaamheden de opdrachtgever geen loonbelasting en premie

volksverzekeringen hoefde in te houden en geen premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zvw over de vergoeding hoefde te betalen. De opdrachtgever werd door voormelde wet volledig gevrijwaard. Indien achteraf bleek dat sprake was van een fictief dienstverband kon de Belastingdienst uitsluitend de opdrachtnemer aanspreken. Dit waren onwenselijke gevolgen voor de rechtspositie van de opdrachtnemer en de overheidsfinanciën (omdat in veel gevallen de Belastingdienst de onterecht niet afgedragen premies en belastingen niet kon verhalen op de opdrachtnemer omdat deze onvoldoende draagkracht had).

Om voormelde redenen is dan ook de Wet DBA opgesteld en inwerking getreden. De VAR is vervangen door modelovereenkomsten, waarmee opdrachtgever en opdrachtnemer hun onderlinge samenwerking nader kunnen vormgeven. Het gebruik van de modelovereenkomst is niet verplicht. Indien voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer helder is dat opdrachtnemer buiten dienstverband werkzaamheden verricht hoeven partijen geen modelovereenkomst te sluiten. Voorbeeld: Bij het inhuren van een loodgieter omdat de kraan lekt is duidelijk dat deze loodgieter geen dienstverband heeft met SIKB en zullen partijen geen modelovereenkomst sluiten alvorens de loodgieter de kraan komt maken. Hetzelfde geldt indien de printer storing heeft. Ook van de monteur is duidelijk dat hij geen dienstverband heeft met SIKB. Partijen zullen veelal niet eens overwegen om een modelovereenkomst te sluiten. Ook al zijn de loodgieter en/of de monteur ZZP'ers.

In welke gevallen is een modelovereenkomst dan wel wenselijk? In die gevallen waarin onduidelijkheid kan ontstaan over de vraag of een persoon bepaalde werkzaamheden verricht als zelfstandige of als werknemer. Dit is in veel gevallen de situatie wanneer een zelfstandige op de werkvloer van de opdrachtgever bepaalde werkzaamheden komt verrichten. In dit kader kan nog onderscheid gemaakt worden tussen werkzaamheden die werknemers van de opdrachtgever eveneens verrichten én werkzaamheden waarvoor de opdrachtgever een specialist inhuurt omdat zijn werknemers niet beschikken over dit specialisme. In voormelde situaties is het raadzaam om een overeenkomst van opdracht te sluiten middels een door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomst.

De Belastingdienst heeft de Handreiking Beoordelingskader Overeenkomsten Arbeidsrelaties (Handreiking DBA) opgesteld. In deze handreiking heeft de Belastingdienst uiteen gezet op welke wijze wordt beoordeeld of een zelfstandige ook daadwerkelijk zelfstandig is dan wel dat sprake is van schijnzelfstandigheid. Deze beoordeling is gebaseerd op het Burgerlijk Wetboek gecombineerd met jurisprudentie van de Hoge Raad.

In artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW) staat de definitie van een arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst heeft drie kenmerken, te weten de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten, voor de verrichte arbeid wordt loon betaald en de werkgever heeft een gezagsverhouding met de werknemer.

Een overeenkomst van opdracht mag derhalve niet voldoen aan deze drie kenmerken. Met andere woorden: een zelfstandige heeft niet de plicht om zelf de arbeid te verrichten. Hij mag ook een ander sturen. Een zelfstandige ontvangt loon voor de verrichte arbeid. Dit betreft echter loon als bedoeld in artikel 7:405 BW en geen loon als bedoeld in artikel 7:616 BW. De opdrachtgever heeft geen gezag over de opdrachtnemer. Op grond van artikel 7:402 BW heeft een opdrachtgever wel de bevoegdheid om de opdrachtnemer instructies te geven. Het onderscheid tussen de gezagsverhouding en de instructiebevoegdheid is dun en dient te worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden in een specifiek geval. In voormelde handreiking geeft de Belastingdienst het volgende aan:

'Voor de beoordeling van overeenkomsten voor arbeidsrelaties, is het van belang om na te gaan of de aanwezigheid van een gezagsverhouding – op basis van het verzoek en het contract – redelijkerwijs, bij conforme uitvoering daarvan, kan worden uitgesloten.

- 1. Daarvoor is relevant of de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen en instructies contractueel is uitgesloten. Dit is de verstgaande variant.*
- 2. Een alternatief hiervoor is het nagaan of de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen en instructies contractueel zodanig is beperkt, dat dit kan bijdragen aan de conclusie dat geen sprake is van een gezagsverhouding.*
- 3. Als in een overeenkomst een instructiebevoegdheid is opgenomen conform artikel 7:402 lid 1 BW is de instructiebevoegdheid niet op voorhand beperkt. In de meeste algemene modellen die belanghebbenden tot begin 2016 aan de Belastingdienst hebben voorgelegd, zijn de aard en inhoud van de opdracht en de omstandigheden niet of nauwelijks geconcretiseerd. In die situatie is geen zinvolle uitspraak te doen over de vraag of aanwijzingen en instructies binnen "het kader van de opdracht" zullen blijven. De Belastingdienst kan in die situatie geen zekerheid vooraf geven.*
- 4. Als partijen afspreken de instructiebevoegdheid te beperken tot een aanwijsbaar resultaat van een opdracht kan dit redelijkerwijs wel bijdragen aan de conclusie dat er geen sprake is van een gezagsverhouding. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de opdrachtnemer zich in de overeenkomst heeft verplicht het resultaat te behalen. Het gaat in deze benadering om de inhoud van de instructies: zijn deze beperkt tot een gewenst doel (wat)? Is de opdrachtnemer vrij in de wijze van bereiken van het doel (hoe)?*

5. Ook op andere wijze is het mogelijk een gedeeltelijk onbepaald instructierecht (kenmerkend voor werkgeversgezag) te voorkomen. Dat kan bijvoorbeeld door vooraf te specificeren hoe een instructierecht zal worden vormgegeven en beperkt.

6. De inhoud en het doel van het instructierecht worden bepaald door de partijen in de arbeidsrelatie. Bij de beoordeling van een overeenkomst let de Belastingdienst op instructies over de werkinhoud (materieel gezag) en instructies die zien op overige aspecten (formeel gezag). Vooral voor dat laatste, zijn op voorhand geen sluitende beoordelingsregels te geven. De concrete inhoud van de voorgelegde overeenkomst, beoordeeld in de onderlinge samenhang van alle afspraken, bepaalt of redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat sprake is van afwezigheid van werkgeversgezag.

7. Voor de beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding is op grond van de algemene kwalificatiesystematiek (Hoge Raad inzake Groen/Schoevers en Gouden Kooi) en het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht niet uitsluitend de contractuele relatie, maar ook de feitelijke uitvoering en de feiten en omstandigheden waaronder de arbeidsrelatie wordt uitgeoefend van belang. Feiten en omstandigheden die zodanig van aard zijn, dat afwezigheid van instructiebevoegdheid van de opdrachtgever redelijkerwijs niet mogelijk, of op voorhand niet aannemelijk is, kunnen dwingend tot de conclusie leiden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Hiervoor kan bijvoorbeeld een rol spelen of sprake is van (wettelijke of andere) voorschriften die een verregaande mate van instructie, toezicht, leiding of verantwoordingsplicht noodzakelijk maken.'

Vervolgens toetst de Belastingdienst of de opdrachtnemer verplicht is om de werkzaamheden zelf te verrichten. In voormelde handreiking geeft de Belastingdienst aan dat indien in de overeenkomst niets is geregeld ten aanzien van de vervanging van de opdrachtnemer aangenomen wordt dat de opdrachtnemer een verplichting heeft tot het persoonlijk verrichten van de werkzaamheden.

Als uit de overeenkomst ondubbelzinnig blijkt, dat de opdrachtnemer het recht heeft zich vrij en willekeurig te laten vervangen door een derde dan kan de Belastingdienst vooraf zekerheid geven dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vervanging uit een pool van aan de opdrachtgever bekende personen of door de opdrachtgever geregelde vervanging is geen vrije vervanging waardoor aangenomen wordt dat sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van de werkzaamheden. Het feit dat een opdrachtnemer zich niet vrij mag laten vervangen maakt nog niet dat de Belastingdienst meteen aanneemt dat sprake is van een fictief dienstverband. Alle elementen van de arbeidsrelatie worden steeds in onderlinge samenhang beoordeeld en geduid in relatie tot de feitelijke uitvoering.

In aanvulling op het bovenstaande, is het mogelijk dat de opdrachtgever objectieve en noodzakelijke criteria hanteert voor de vervanging van de opdrachtnemer. De Belastingdienst heeft voor deze situatie de modelovereenkomst 'recht op vrije vervanging' opgesteld. In deze modelovereenkomst is vastgelegd dat een opdrachtnemer dan wel zijn vervanger moet voldoen aan bepaalde objectieve criteria. Deze criteria moeten limitatief in de voorgelegde overeenkomst zijn vermeld.

In dit kader wijs ik erop dat de objectieve criteria een direct en noodzakelijk verband moeten hebben met de concrete arbeidsprestaties en niet met de persoon van de vervanger. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat een arbeidsovereenkomst een persoonlijk karakter heeft. Voorkomen moet worden dat de objectieve criteria neerkomen op een 'profiel' waaraan een opdrachtnemer of diens vervanger moet voldoen.

Als laatste stap beoordeelt de Belastingdienst de vraag of loon wordt betaald. Niet relevant is wat de hoogte van het loon is. Als in de overeenkomst is afgesproken dat de opdrachtgever geen loon verschuldigd is voor de door de opdrachtnemer te verrichten werkzaamheden dan is -in beginsel- geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

Bij de handreiking heeft de Belastingdienst een tweetal heldere schema's opgesteld waarin het bovenstaande is verwerkt. Ter verduidelijking van het bovenstaande tref je bijgaand deze twee schema's aan.

Conclusie

Uit het bovenstaande kan -kort samengevat- worden afgeleid dat de opdrachtgever de opdrachtnemer instructies mag geven over wat het einddoel van de opdracht is (resultaatsverplichting) dan wel naar welk einddoel gestreefd moet worden (inspanningsverplichting). Over de wijze waarop de opdrachtnemer dit einddoel moet bereiken dan wel moet streven naar dit einddoel mag de opdrachtgever geen instructies geven. De opdrachtnemer is vrij in de wijze waarop hij zijn werkzaamheden verricht. Daarnaast is van belang dat feitelijk gewerkt wordt zoals contractueel is overeengekomen. Indien bijvoorbeeld in de overeenkomst is vastgelegd dat de opdrachtnemer vrij is in de wijze waarop hij zijn werkzaamheden verricht, mits hij maar het eindresultaat behaalt c.q. hij aantoont dat hij zijn best heeft gedaan om het gewenste eindresultaat te behalen en in de praktijk blijkt vervolgens dat de opdrachtgever nauwkeurige aanwijzingen heeft gegeven over de wijze waarop de betreffende werkzaamheden verricht moesten worden dan is de instructiebevoegdheid verschoven naar een gezagsverhouding.

Verder blijkt uit het bovenstaande dat de opdrachtgever objectieve criteria mag stellen waaraan de opdrachtnemer dan wel diens vervanger moeten voldoen. Voor deze situatie heeft de Belastingdienst de

modelovereenkomst 'recht op vrije vervanging' opgesteld. Ik ben van mening dat deze modelovereenkomst van toepassing is binnen de archeologie.

De objectieve criteria worden gevormd door de BRL 4000. Door in een overeenkomst aan te geven dat de opdrachtnemer zijn werkzaamheden moet verrichten overeenkomstig de BRL 4000 geeft de opdrachtgever een nadere instructie over de voorwaarden waaraan de opdracht moet voldoen. Het stellen van deze voorwaarden maakt niet dat sprake is van een gezagsverhouding.

De reden dat ik de BRL 4000 als objectieve criteria beschouw heeft te maken met het volgende. Binnen de archeologie heeft het Centraal College van Deskundigen op verzoek van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) de BRL 4000 opgesteld. Op de website van KOMO trof ik de volgende omschrijving aan van een BRL:

'In een beoordelingsrichtlijn (BRL) zijn alle beoordelingseisen, procedures, rapportageverplichtingen, eisen van certificatie-instellingen, uitgangspunten voor verificatie en eisen voor de inhoud van de certificaten en/of attesten vastgelegd. Het gaat dan om de technische eisen, gebruikseisen, duurzaamheidseisen en esthetische eisen die marktpartijen kunnen stellen aan producten, bouwsystemen, processen en diensten.'

In een BRL staat dan ook beschreven op welke wijze bepaalde procedures gedaan moeten worden, aan welke technische vereisten e.d. voldaan moet worden. Dit betreffen dan ook objectieve criteria waaraan een opdrachtnemer zich heeft te houden zonder aanzien des persoons. In het geval van een BRL komt hierbij dat een opdrachtgever verplicht is zich te houden aan de BRL (indien dit is voorgeschreven). Het kan derhalve een verplichting zijn die van buitenaf is opgelegd aan de opdrachtgever. Door het voldoen aan deze verplichting maakt de opdrachtgever gebruik van zijn instructiebevoegdheid ex artikel 7:402 BW. Het voldoen aan de verplichtingen uit een BRL maakt nog niet dat sprake is van een gezagsverhouding. Het voldoen aan een BRL kan vergeleken worden met het voldoen aan een wettelijke verplichting.

Het gevaar van het ontstaan van een gezagsverhouding ligt op de loer zodra het stellen van objectieve criteria leidt tot bijvoorbeeld het maken van een pool van vervangers waaruit de opdrachtnemer verplicht is een vervanger te kiezen als hij met vakantie gaat, ziek wordt o.i.d. Zolang dit echter wordt vermeden zal het stellen van objectieve criteria over de wijze waarop de werkzaamheden verricht moeten worden niet gauw leiden tot het vaststellen van een fictief dienstverband.

In de aan mij gezonden documenten zag ik verder dat onduidelijkheid bestaat over wanneer sprake is van het uitbesteden van werk en het inhuren van personeel. Noch het uitbesteden van werk noch het inhuren van personeel zijn wettelijk gekwalificeerde termen. Uit de praktijk blijkt dat onder het uitbesteden

van werk wordt verstaan het overdragen van bepaalde werkzaamheden aan een externe partij die voor eigen rekening en risico de betreffende werkzaamheden uitvoert. Deze externe partij is volledig verantwoordelijk voor de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht en voor het eventueel behalen van de resultaatsverplichting dan wel het leveren van een inspanningsverplichting. Indien deze externe partij een fout maakt is hij zelf verantwoordelijk voor het herstel van de fout dan wel het vergoeden van de geleden schade. Met het inhuren van personeel wordt bedoeld op het laten verrichten van werkzaamheden door een externe persoon die onder de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever bepaalde werkzaamheden verricht. Deze externe persoon kan rechtstreeks ingehuurd worden middels een overeenkomst van opdracht dan wel via een uitzendbureau, detacheringsbureau of andersoortige intermediair.

De risico's op het ontstaan van een fictief dienstverband zijn bij het uitbesteden niet groot, aangezien de werkzaamheden door de externe partij volledig zelf verricht worden en deze partij ook de risico's draagt indien een fout wordt gemaakt. In voormelde handreiking van de Belastingdienst wordt opgemerkt dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat een arbeidsovereenkomst -in beginsel- niet kan ontstaan tussen twee rechtspersonen, maar uitsluitend tussen een rechtspersoon en een natuurlijk persoon. Indien derhalve een stichting werkzaamheden uitbesteed aan een andere stichting of aan een besloten vennootschap (B.V.) zal minder snel sprake kunnen zijn van een fictief dienstverband. Indien een externe medewerker wordt ingehuurd die in dienst is van een uitzendbureau of detacheringsbureau heeft de betreffende medewerker reeds een dienstverband. Het risico op het ontstaan van een fictief dienstverband is eveneens niet groot.

Het grootste risico wordt gevormd door het sluiten van een overeenkomst tussen een rechtspersoon en een eenmanszaak. Eenmanszaken hebben geen rechtspersoonlijkheid, waardoor er juridisch geen onderscheid bestaat tussen de eenmanszaak en de natuurlijk persoon. Indien een rechtspersoon werkzaamheden uitbesteed aan een eenmanszaak dan verricht de eenmanszaak de werkzaamheden voor eigen rekening en risico en is de eenmanszaak verantwoordelijk voor het verrichten van de werkzaamheden alsmede het eventueel behalen van bepaalde einddoelen. Indien de eenmanszaak een fout maakt, is de eenmanszaak verantwoordelijk voor het herstel van de fout dan wel voor het vergoeden van de geleden schade. In dit kader is het niet onverstandig om een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering te sluiten.

Indien een eenmanszaak rechtstreeks (dat wil zeggen zonder tussenkomst van een uitzendbureau, detacheringsbureau of andersoortige intermediair) wordt ingehuurd is het van belang om te zorgen dat een modelovereenkomst wordt gesloten en dat de werkzaamheden worden verricht overeenkomstig hetgeen is afgesproken. Gebeurt dit niet dan lopen partijen het risico op een fictief dienstverband.

In de aan mij gezonden documenten las ik dat een externe medewerker uitsluitend ingehuurd kan worden op basis van uurtje-factuur. Dit is onjuist. Het principe van uurtje-factuur is voor veel uitzendbureaus, detacheringsbureaus, andersoortige intermediairs en eenmanszaken het businessmodel, maar dit betreft geen wettelijke verplichting. Zoals gezegd zijn de termen uitbesteden en inhuur van personeel geen wettelijk gekwalificeerde termen. Het is daarom mogelijk om bij de inhuur van personeel geen tarief per uur af te spreken maar een prijs voor het verrichten van het project. Sterker nog, ik ben van mening dat indien een eenmanszaak wordt ingehuurd voor het verrichten van bepaalde werkzaamheden en tussen opdrachtgever en opdrachtnemer wordt bijvoorbeeld afgesproken dat opdrachtnemer in drie maanden met een gemiddeld aantal uur van 10 per week de navolgende werkzaamheden verricht en hiervoor een all-in prijs ontvangt van € X exclusief BTW de kans op een fictief dienstverband wordt verkleind (mits uiteraard wordt voldaan aan alle hierboven beschreven voorwaarden). Werknemers krijgen namelijk een uurloon en als een zelfstandige een projectprijs ontvangt wordt een onderscheid gemaakt ten aanzien van een arbeidsovereenkomst.

Verder las ik in bijlage 2 van het concept-document 'Inlenen en uitbesteden in de KNA en BRL 4000' dat de inlenende organisatie het inhoudelijk risico draagt voor de inspanningen van de ingeleende. Indien achteraf blijkt dat een Specialist een onjuiste datering van het vondstmateriaal heeft gedaan is de inlenende organisatie hierop aanspreekbaar. De Specialist kan hier vervolgens niet meer op aangesproken worden, anders dan vanuit een bepaalde beroepsethiek. Vanuit juridisch oogpunt is dit standpunt onjuist en vanuit het risico op een fictief dienstverband bekeken ook zeer onwenselijk. Indien een opdrachtgever een zelfstandige KNA Specialist inhuurt en deze Specialist maakt een beroepsfout dan is deze Specialist hiervoor aansprakelijk. Het is mogelijk dat over de aansprakelijkheid contractueel andere afspraken gemaakt worden. In een overeenkomst kan bijvoorbeeld afgesproken worden dat de opdrachtgever de opdrachtnemer vrijwaart. Een dergelijke afspraak vergroot echter het risico op het oordeel van de Belastingdienst dat er sprake is van een fictief dienstverband. Een van de kenmerken waarop de Belastingdienst toetst is of een zelfstandige werkzaamheden verricht voor eigen rekening en risico. Indien in de overeenkomst van opdracht opgenomen staat dat de opdrachtgever de opdrachtnemer vrijwaart inzake mogelijke aansprakelijkheid dan verricht de opdrachtnemer niet langer de werkzaamheden voor eigen rekening en risico. Indien daarentegen in de overeenkomst van opdracht is bepaald dat de opdrachtnemer verzekerd is voor beroepsaansprakelijkheid dan is dit voor de Belastingdienst één van de kenmerken op basis waarvan de Belastingdienst kan oordelen dat sprake is van een 'echte' zelfstandige en geen schijnzelfstandige. Ik raad dan ook aan om dit punt te wijzigen.

In de nagezonden e-mail van 29 augustus 2017 staan een aantal opmerkingen ten aanzien van het gebruik van logo's en briefpapier van de onderaannemer. Vanuit de gedachte dat het risico op een fictief dienstverband zo klein mogelijk gemaakt moet worden zou het aan te raden zijn om zoveel als mogelijk onderscheid te maken tussen de opdrachtgever-opdrachtnemer-onderaannemer. Dit onderscheid kan

onder meer gemaakt worden door het gebruik van de logo's van de verschillende partijen. Ik begrijp echter heel goed dat dit de leesbaarheid en 'look' van een rapport niet ten goede komt. Indien dit het geval is kan ervoor gekozen worden om in het rapport duidelijk te vermelden wie de auteurs zijn en bij welke organisatie zij werkzaam zijn zonder dat de logo's vermeld worden. Dat een rapport vervolgens op het briefpapier van de opdrachtgever wordt gedrukt maakt niet zoveel uit omdat uit de tekst duidelijk naar voren komt dat een opdrachtnemer of onderaannemer niet in dienst zijn van de opdrachtgever.

Aanbeveling

Op basis van het bovenstaande raad ik dan ook aan om de modelovereenkomst 'recht op vrije vervanging' te gebruiken. De opdrachtgever mag aan de opdrachtnemer instructies geven over de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht dan wel mag een instructie geven over het eindresultaat. De opdrachtgever mag de opdrachtnemer aangeven dat het eindresultaat een resultaatsverplichting is dan wel een inspanningsverplichting. Indien instructies worden gegeven over de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht moeten deze instructies gekwalificeerd kunnen worden als objectieve criteria. De voorwaarden uit de BRL 4000 kunnen gekwalificeerd worden als objectieve criteria. Verder mag in de overeenkomst niet bepaald worden dat de opdrachtnemer zijn vervanger moet kiezen uit een door de opdrachtgever samengestelde pool. Opdrachtgever mag wel als voorwaarde stellen dat de vervanger een bepaalde opleiding heeft gevolgd, beschikt over bepaalde certificaten, zijn werkzaamheden verricht overeenkomstig de voorwaarden uit de BRL 4000 e.d.

De opdrachtgever en opdrachtnemer zijn vrij in hun keuze of de opdrachtnemer werkzaam is op basis van 'uurtje-factuur' dan wel op basis van een projectprijs. Het werkzaam zijn op basis van een projectprijs heeft als voordeel dat dit kenmerk zich onderscheidt ten opzichte van een medewerker die in loondienst is, waardoor dit aspect maakt dat niet voldaan wordt aan het criterium 'loon' uit artikel 7:610 BW.

Als laatste is het raadzaam indien in de overeenkomst van opdracht wordt opgenomen dat de opdrachtnemer verzekerd is voor beroeps- of bedrijfsaansprakelijkheid alsmede een eigen verzekering heeft inzake een oudedagsvoorziening. Deze laatste punten kunnen geformuleerd worden in die zin dat de opdrachtgever de opdrachtnemer heeft geadviseerd om zich te verzekeren tegen beroeps- en/of bedrijfsschade en een oudedagsvoorziening. Mocht de opdrachtnemer een beroepsfout maken dan is hij zelf aansprakelijk voor deze fout. Ook met dit punt wordt een duidelijk onderscheid gemaakt ten opzichte van een medewerker in loondienst. Voor beroepsfouten van medewerkers in loondienst is de werkgever aansprakelijk, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Daarnaast bieden veel werkgevers hun medewerkers de mogelijkheid om deel te nemen aan een collectieve pensioenverzekering dan wel zijn medewerkers verplicht aangesloten bij een pensioenfonds. Indien in de overeenkomst van opdracht staat vermeld dat de opdrachtnemer een eigen oudedagsvoorziening heeft dan wel de opdrachtgever de opdrachtnemer adviseert zorg te dragen voor een oudedagsvoorziening dan beschouwt de Belastingdienst dit als een kenmerk van 'echte zelfstandigheid'.

Van belang is ten slotte dat uit de overeenkomst van opdracht blijkt dat de opdrachtnemer zelf mag bepalen hoe hij werkt (binnen de eisen van het kwaliteitssysteem), waar hij werkt en wanneer hij werkt (binnen de gestelde termijn van resultaatverplichting).

Nabranders

Als laatste merk ik op dat de Belastingdienst de handhaving van de wet DBA heeft uitgesteld naar 1 juli 2018. Op 8 december 2016 heeft de Tweede Kamer bij motie-Bashir (SP) het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Belastingdienst op de opdracht gegeven om duidelijke criteria te formuleren waarmee ondernemers -voorafgaand- aan het verrichten van een opdracht duidelijkheid hebben over de vraag of zij aangemerkt worden als een 'echte' zelfstandige of dat zij een risico lopen om achteraf alsnog als werknemer te worden beschouwd. Op 22 mei 2017 heeft demissionair minister Lodewijk Asscher het onderzoeksrapport naar de Tweede Kamer gezonden. In dit onderzoeksrapport staan 10 beleidsvarianten beschreven. Het maken van een keuze uit deze varianten betreft een politieke keuze. De wet DBA en de eventuele aanpassing daarvan is controversieel verklaard. Het wachten is dan ook op een nieuw kabinet. Gelet op de duur van het vormen van een nieuw kabinet is niet uitgesloten dat ook de datum van 1 juli 2018 niet gehaald wordt en de handhaving van voormelde wet opnieuw uitgesteld wordt. Op de site van de Belastingdienst staat vermeld dat het handhaven van voormelde wet geen terugwerkende kracht krijgt. Dit betekent dat vanaf datum handhaving wet DBA uitsluitend gekeken wordt naar de toekomst en niet naar het verleden (tenzij er sprake mocht blijken van kwaadwillendheid).

Ik ga er vanuit jouw vraag hiermee voldoende te hebben beantwoord. Mocht je echter nog vragen hebben stel ze gerust.

Met vriendelijke groet,



mr. Charissa Smith
Advocaat bij Direkt Advocaten B.V.