

1 december 2016

Update

Employment Law

Update Wet DBA, hoe
contracteert u met
een ZZP'er

Weet u het nog?

Nadat met veel bombarie de rechtszekerheid, die de VAR-verklaringen aan opdrachtgevers en ZZP'ers bood om hun samenwerking te duiden, aan de kant is gezet en werkgevers massaal overgingen op de modelovereenkomsten van de belastingdienst, is de motor vastgelopen. In navolging van de vele vragen die in de Tweede Kamer over de wet DBA zijn gesteld, hebben de afgelopen maand werkgeversorganisaties VNO NCW, MKB Nederland en ZZP organisatie PZO ZZP het vertrouwen in de wet DBA opgezegd. De wet werkt niet goed en moet de ijskast in.

De praktijk

In de praktijk bleek dat opdrachtgevers huiverig waren om ZZP'ers in te huren. Inmiddels zaten 40.000 ZZP'ers zonder opdracht thuis. Daarnaast liep bij de belastingdienst de voortgang en de behandeling van de aanvragen voor goedkeuring van (model)overeenkomsten vast. Slechts 44% van de aanvragen werd uiteindelijk afgehandeld. De kans van slagen bleek bovendien klein: slechts 24% van de aanvragen werd goedgekeurd. De staatssecretaris heeft mede in navolging van de adviezen van de Commissie Boot, die de DBA vanuit het civielrechtelijke perspectief beoordeelde, de controle op naleving opgeschort tot 1 januari 2018. Tevens is aangekondigd dat de voor de beoordeling belangrijke begrippen gezagsverhouding en vervangbaarheid zullen worden herijkt en worden voorzien van een eenduidig toetsingskader.

Wat is de Wet DBA ook al weer?

De wet moest zelfstandigen beschermen tegen schijnconstructies van werknemers. Onder het oude VAR-regime was het enkel de verantwoordelijkheid van de ZZP'er om te bewijzen dat hij een echte en geen schijnzelfstandige was. ZZP'ers konden met een VAR-verklaring aantonen dat zij zelfstandig waren. Daarmee liep de opdrachtgever geen fiscaal risico. De VAR-verklaringen gaven alle partijen rechtszekerheid. Ook voor de civiele arbeidsrechtelijk beoordeling, was dit één van de factoren waar rekening mee werd gehouden. Met de wet DBA hebben

opdrachtgevers mede verantwoordelijkheid gekregen bij de beoordeling en riskeren ze naheffingen en boetes indien er sprake is van schijnzelfstandigheid. Over de vraag wanneer iemand een echte of een schijnzelfstandige is, liepen de meningen van fiscalisten en civiele arbeidsrechtsspecialisten uiteen. De fiscale en civiele beoordelingskaders leidden in de praktijk niet altijd tot eenzelfde uitkomst, waardoor er in de praktijk veel vragen waren over de naleving van de wet. Voor de fiscaalrechtelijke beoordeling wordt aangeknoopt bij de uitgangspunten van het Burgerlijk Wetboek, te weten of er sprake is van loon, arbeid en een gezagsverhouding. De civiele arbeidsrechtelijke toets daarentegen is een holistische toets, waarbij, anders dan bij de fiscale toets, naast de vooraf geformuleerde uitgangspunten ook rekening wordt gehouden met de wijze waarop er achteraf uitvoering aan de overeenkomst is gegeven. Het wezen gaat ook daar vóór de schijn. Daarbij geldt dat het rechtsvermoeden, of iets een arbeidsrelatie is of niet, weerlegd kan worden door de contractuele bedoelingen van partijen. Met andere woorden als de contractspartijen het echt zo gewild hebben kan ook aan die wil van partijen waarde worden toegekend. Uiteraard zal daarbij rekening dienen te worden gehouden met de positie van diezelfde contractspartijen. Is er bijvoorbeeld sprake van echte contractsvrijheid? Bij een ondergeschikte en/of afhankelijke relatie hoort uiteraard een andere weging dan wanneer de beoogde ZZP'er/freelancer zelf het contractformat heeft gedicteerd (en daar ook de vruchten van heeft geplukt). Daarnaast zal ook rekening dienen te worden gehouden met sociale omstandigheden. Een onderbetaalde ZZP'er of freelancer, die minder verdient dan het minimum loon en uitgebuit wordt, komt eerder (arbeidsrechtelijke) bescherming toe. Dit in tegenstelling tot een hoger opgeleide ZZP'er of freelancer die volledig bekend is met de voor- en nadelen van de (mede door hem) gekozen constructie en bereid is om met minder (arbeidsrechtelijke) bescherming genoegen te nemen in ruil voor een hogere beloning. De fiscale beoordeling kent die wegingsfactoren niet, waarmee in de kern het gehele spanningsveld bloot is gelegd.

Aanpassingen die worden verwacht op basis van aanbevelingen van de Commissie Boot

De modelovereenkomsten worden behouden, maar er dient meer duidelijkheid te worden gegeven over welke criteria 'vooraf' en bij een toetsing 'achteraf' zullen worden getoetst. Er komt een lijst met objectieve en transparante indicatoren. De Commissie noemt onder meer de maatschappelijke positie van partijen (onderhandelingsvrijheid over contractvoorwaarden), de aard, duur en omvang van de werkzaamheden, de mate van organisatorische inbedding ervan, de partijbedoeling en de wijze waarop partijen aan hun overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Kortom, nu er ook rekening wordt gehouden met de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven en die uitvoering door omstandigheden kan afwijken van hetgeen partijen oorspronkelijk voor ogen stond, zal, als het aan de Commissie Boot ligt, bij een toetsing achteraf alleen bijstelling naar de toekomst toe dienen plaats te vinden. Met andere woorden: geen afrekening over het verleden. Naheffing met terugwerkende kracht dient volgens de Commissie alleen plaats te hebben indien er sprake is van fraude en/of er evident niet is gewerkt conform het model.

Onduidelijk is nog in hoeverre de aanbevelingen van de Commissie zullen worden opgevolgd. De staatssecretaris heeft vooralsnog aangekondigd met een bijsluiter te zullen komen bij de modelovereenkomst. Aan een dergelijke bijsluiter is behoefte nu in de algemene modelovereenkomsten geen details, zoals contractduur en aard werkzaamheden, zijn uitgewerkt terwijl partijen zekerheid willen dat er geen loonheffingen zijn verschuldigd. De bijsluiter behoort duidelijk te maken in welke gevallen de modelovereenkomsten dienen te worden toegepast. Daarnaast zal de staatssecretaris een beleidsbesluit opstellen waarin constante factoren worden opgenomen rondom de beoordeling van (model-)overeenkomsten.

Verder zal de staatssecretaris, in lijn met het advies van de Commissie Boot, alleen ingrijpen als er sprake is van kwaadwillendheid bij partijen. In de visie van de staatssecretaris is hiervan sprake indien de opdrachtgever of opdrachtnemer opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voorbestaan omdat hij weet – of hadden kunnen weten – dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking (en daarmee een oneigenlijk financieel voordeel behaalt en/of het speelveld op een oneerlijke manier wordt aangetast).

Kortom, alhoewel duidelijk beoogd wordt dat alleen excessen zullen worden aangepakt, is er geen zekerheid. Want hoe bijvoorbeeld om te gaan met ZZP-constructies in de zorg, waar middels de cao de inzet van ZZP'ers (als er sprake is van schijnzelfstandigheid) dient te worden teruggebracht. Juist vakbonden hebben deze bepalingen aan de cao's toegevoegd om oneerlijke concurrentie (onderkruipung) tegen te gaan. In die sectoren waar in de cao's afspraken zijn gemaakt is het verstandig om de cao-lijn voorlopig te blijven volgen.

Wat staat u tot 1 januari 2018 te doen?

Stil zitten is geen optie aangezien met de DBA een belangrijke verantwoordelijkheid voor de beoordeling van de (arbeids)relatie bij de opdrachtgevers is neergelegd. Dat blijft zo. Alhoewel de controle op naleving is uitgesteld dienen opdrachtgevers door te gaan met het in kaart brengen en beoordelen van hun relaties met ZZP'ers. Waar mogelijk dient aansluiting te worden gezocht bij de bestaande reeds gepubliceerde modelcontracten. Indien dat niet kan doen opdrachtgevers er verstandig aan om hun wegingsfactoren bij het aangaan van de overeenkomst zo concreet mogelijk te onderbouwen. De civielrechtelijke jurisprudentie biedt daar al diverse aanknopingspunten voor. Enerzijds vergemakkelijkt dat de toekomstige toetsing en eventuele bijstelling, zodra de staatssecretaris met aanvullende beleidsregels komt. Anderzijds dient waar mogelijk vooraf al

rekening te worden gehouden met eventuele civielrechtelijke complicaties, mocht later blijken dat de toetsing toch anders uitvalt dan aanvankelijk werd beoogd en de relatie als arbeidsovereenkomst kwalificeert. Alhoewel het risico op fiscale naheffingen non-existent is, geldt dat niet per definitie ook voor eventuele civiele aanspraken. De schijnzelfstandige kan onder omstandigheden met terugwerkende kracht aanspraken verwerven. Denk in dit kader aan de beperktere mogelijkheden ten aanzien van contractketens, alsook het verwerven van een transitievergoeding, toepasselijkheid van het ontslagrecht en het verwerven van sociale zekerheden zoals loondoorbetaling tijdens ziekte, minimum (cao)loon en vakantietoeslag, vakantiedagen en pensioen. Alleen al om die reden blijft het toch opletten geblazen en zal bij twijfelgevallen in de contracten specifieke aandacht dienen te worden besteed aan de eventuele gevolgen van een latere aanpassing.

Contactpersonen:

Huib van Osch

T: +31(0)88 – 407 0155

E: huub.van.osch@hvglaw.nl

HVG

Advocaten | Notarissen

Over HVG

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP (HVG) is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. Onze advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

www.hvglaw.nl

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is geregistreerd in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2016 Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP

Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt HVG geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.