

## NOTITIE WET DBA

De notitie Wet DBA van Capra Advocaten is een aanvulling op de notitie 'Juridische aandachtspunten bij hybride docentschap'. In deze notitie wordt ingegaan op de onzekerheden rondom de Wet DBA die van belang is voor zelfstandigen.

Sinds 1 mei 2016 is de Wet Deregulering Arbeidsrelatie (Wet DBA) van kracht. Deze wet vervangt het systeem van de Verklaring Arbeidsrelaties (VAR). Voormalig staatsecretaris Wiebes heeft op 18 november 2016 een brief aan de Tweede Kamer gezonden waarin hij heeft aangegeven dat het kabinet onderzoek zal doen hoe aan de criteria 'vrije vervanging' en 'gezagsverhouding' een concretere of andere invulling kan worden gegeven om deze beter te laten aansluiten bij het huidige maatschappelijk beeld van een arbeidsrelatie. Tijdens de formatie is besloten de handhaving van de Wet DBA [op te schorten](#) tot minimaal 1 juli 2018 (was 1 januari 2018).

Dat betekent concreet dat er geen modelovereenkomst nodig is om een zelfstandige in te kunnen huren. De kans dat de Belastingdienst de constructie aanziet als een dienstbetrekking en een naheffing oplegt is klein. Er kunnen nu gewoon opdrachtovereenkomsten worden gesloten. Uiteraard blijft het risico aanwezig dat de zelfstandige van mening is dat hij een arbeidsovereenkomst dan wel aanstelling heeft verkregen, maar het risico van een naheffing is klein nu besloten is dat de Belastingdienst niet zal handhaven.

### 1. Regeerakkoord

In het regeerakkoord is er met betrekking tot de positie van zelfstandigen een aantal afspraken gemaakt. De Wet DBA zal worden vervangen. Het is op voorhand niet duidelijk hoe het wetsvoorstel er uit zal gaan zien en hoe dit in de praktijk zal werken. Op dit moment kan enkel worden aangegeven wat in het regeerakkoord hierover is opgenomen.

Het nieuwe uitgangspunt zal zijn dat er altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een laag tarief in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of een laag tarief in combinatie met het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten.

Er wordt één tarief gekozen om voor de gehele markt de onderkant af te bakenen. Dit tarief zal vermoedelijk liggen in een bandbreedte tussen de 15 en 18 euro per uur. Een langere duur wordt gedefinieerd als langer dan drie maanden.

Aan de bovenkant van de markt wordt voor zelfstandig ondernemers een 'opt out' voor de loonbelasting en de werknemersverzekeringen ingevoerd, indien er sprake is van een hoog tarief in combinatie met een kortere duur van de overeenkomst of een hoog tarief in combinatie met het niet verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten. Bij een 'hoog tarief' denkt het kabinet aan een tarief boven de 75 euro per uur. Een kortere duur wordt gedefinieerd als korter dan een jaar.

Voor zelfstandigen boven het 'lage' tarief wordt een 'opdrachtgeversverklaring' ingevoerd. Deze geeft opdrachtgevers vooraf duidelijkheid en zekerheid bij de inhuur van zelfstandig ondernemers. Met deze opdrachtgeversverklaring krijgt een opdrachtgever zekerheid vooraf van vrijwaring van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen. Tevens zal het kabinet de wet zo aanpassen dat gezagsverhouding voortaan meer getoetst wordt op basis van de materiële in plaats van formele omstandigheden.

### 2. Waar moet op gelet worden?

De vraag of er sprake is van een arbeidsverhouding zal van belang blijven voor zowel de fiscale aspecten (vindt er loonheffing plaats) en voor de arbeidsrechtelijke aspecten (is er sprake van een arbeidsovereenkomst of aanstelling).

Er zal beoordeeld moeten worden of er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst of aanstelling. Kenmerken arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) mogen dus niet aanwezig zijn:

- gezagsverhouding tot de opdrachtgever,
- persoonlijke verplichting om arbeid te verrichten, en
- verplichting loon te betalen.

Het is voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst of aanstelling noodzakelijk dat alle drie de elementen aanwezig zijn. Ontbreekt één van deze elementen, dan is er geen sprake van een dienstbetrekking. De vraag of er wel of geen dienstbetrekking is, is blijkens jurisprudentie afhankelijk van alle relevante factoren, in onderlinge samenhang gezien ('holistische benadering'). Bij de kwalificatie staat voorop dat partijen hun arbeidsrelatie op verschillende wijzen kunnen vormgeven. Relevant is wat hen bij de aanvang voor ogen staat en hoe ze de arbeidsrelatie feitelijk vormgeven. Bij de uiteindelijke kwalificatie is niet een enkel kenmerk beslissend, maar alle omstandigheden in hun onderlinge samenhang. In specifieke gevallen kan sprake zijn van een zodanige gezagsverhouding dat de arbeidsrelatie - zo nodig in afwijking van de bedoeling van partijen - toch een arbeidsovereenkomst is. In zo'n geval is de feitelijke uitvoering van de overeenkomst dus belangrijker dan de wil van partijen.

Er ontstaat vaak discussie over het gezag werkgever (arbeidsovereenkomst) versus instructiebevoegdheid opdrachtgever (overeenkomst van opdracht). Voor de onderwijssector geldt dit zeker. Nu een docent werkt volgens een vast rooster, gebruik moet maken van het lesmateriaal dat de onderwijsinstelling ter beschikking stelt, de docent niet zijn eigen vervanging kan regelen, vakantie moet opnemen tijdens de schoolvakanties is het lastig voor de docent een opdrachtovereenkomst te construeren.

De overeenkomst zal daarom in zijn geheel duidelijk moeten zijn, vastomlijnd en objectieve criteria moeten bevatten. Dat betekent dat de looptijd van de overeenkomst in tijd begrensd dient te zijn, over de vervanging van de opdrachtnemer moet objectieve en noodzakelijke criteria worden vastgesteld en verwijzing naar protocollen en/of beleid van de organisatie dienen meegezonden te worden.

## Tips

1. Het lijkt verstandig om de interne procedure met betrekking tot het inhuren van zelfstandige goed onder de loep te nemen. Bij wie ligt de verantwoordelijkheid en hoe wordt de model opdrachtovereenkomst organisatie breed afgestemd. Het is wenselijk als er overeenstemming over dit soort zaken is.
2. Zorg voor model opdrachtovereenkomsten die passen bij de feitelijke situatie. Dat kan betekenen dat er een aantal overeenkomsten voorhanden moeten zijn.
3. Ten slotte en wellicht het belangrijkste; houd goed de vinger aan de pols op het moment dat gewerkt wordt met de overeenkomst. Vragen als 'wordt er daadwerkelijk in de praktijk conform de overeenkomst gewerkt?' en 'gaat de opdracht niet teveel op een dienstbetrekking lijken?', zouden regelmatig gesteld moeten worden. Een zelfstandige opnemen in de aanwezigheidsregistratie, opnemen in e-maillijsten, bedrijfskleding laten dragen of meenemen in alle teamvergaderingen, lijken praktisch en onschuldig. Toch kan de optelsom de inspecteur en/of de rechter later geloven dat er sprake is van meer dan een opdracht.