

ZZP, een overeenkomst van opdracht, of toch een arbeidsovereenkomst?

Artikel 7: 400 BW

Het Burgerlijk Wetboek beschrijft de overeenkomst van opdracht in artikel 7:400 BW als volgt “*De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.*”.

Artikel 7: 610 BW

In de wettelijke definitie van de overeenkomst van opdracht wordt een arbeidsovereenkomst dus uitgezonderd. De arbeidsovereenkomst wordt omschreven in artikel 7:610 BW en betreft een overeenkomst, waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Verschil

Het belangrijkste verschil tussen beide overeenkomsten bestaat uit de gezagsverhouding: de werknemer is verplicht instructies op te volgen. Dat kunnen instructies zijn ten aanzien van het werk maar ook in zijn algemeenheid.

Een ander verschil is dat de arbeid persoonlijk verricht moet worden en wel gedurende enige tijd, waar tegenover staat dat loon wordt betaald.

De Hoge Raad heeft in diverse uitspraken een aantal handvatten gegeven om te bepalen of de overeenkomst een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst betreft dan wel een overeenkomst van opdracht. De Hoge Raad stelt, dat wat tussen hen heeft te gelden, wordt bepaald door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aan de overeenkomst invulling hebben gegeven. Het gaat derhalve niet alleen om wat er in de overeenkomst staat, maar ook om de wijze waarop met de overeenkomst is omgegaan in de praktijk. Daarbij is dan ook niet alleen beslissend wat partijen bij aanvang bedoelden, maar moeten alle omstandigheden worden meegewogen en moeten de verschillende rechtsgevolgen in hun onderling verband worden gezien.

Om een voorbeeld te noemen: het kan zo zijn dat er bij een arbeidsrelatie nauwelijks aanwijzingen kunnen worden gegeven, bijvoorbeeld omdat de werknemer over hele specifieke vakkennis beschikt. Maar daarmee is het nog niet zonder meer géén arbeidsovereenkomst.

Wel is het zo dat als de opdrachtgever in het geheel geen aanwijzingen mag geven er geen sprake van een arbeidsovereenkomst kan zijn.

Overigens kunnen ook in het kader van een overeenkomst van opdracht aanwijzingen worden gegeven, maar die aanwijzingen kunnen slechts betrekking hebben op de vooraf gegeven opdracht. Aanwijzingsbevoegdheid in het kader van een arbeidsovereenkomst is meer algemeen van aard en kan veel verder gaan (zie hierna in de vragenlijst).

Bij een overeenkomst van opdracht is de opdrachtnemer (in tegenstelling tot een werknemer) niet gehouden om aanwijzingen op te volgen die niet tijdig zijn gegeven of die volgens de opdrachtnemer onverantwoord zijn. Het resultaat staat immers voorop (bij een arbeidsovereenkomst gaat het meer om de inspanningen die een werknemer moet leveren).

Belang van het onderscheid

Arbeid die in dienstbetrekking wordt verricht leidt van rechtswege (automatisch) tot verzekering voor werknemersverzekeringen en de Zvw. De werkgever is verplicht over het loon in dienstbetrekking loonheffingen in te houden en af te dragen en hij moet de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw vergoeden aan de werknemer. Blijkt een relatie achteraf een dienstbetrekking, dan zal dat leiden tot naheffingen en boetes door de belastingdienst en UWV.

Daarnaast kan een werknemer aanspraak maken op loon en vakantiegeld, ook al heeft hij niet gewerkt, indien de redenen van het niet (kunnen) werken voor rekening en risico van de werkgever komen (vakantie, ziekte, geen werk meer etc.). Een eerder als opdrachtnemer beschouwde werknemer kan derhalve loonvorderingen instellen met wettelijke rente en verhogingen (verjaringstermijn 5 jaar). Tot slot kunnen Fondsen aanspraak maken op nabetaling: in de jurisprudentie is het geval bekend van een pensioenfonds dat (naar bleek terecht) pensioenpremies navorderde wegens het bestaan van een arbeidsovereenkomst, ook al dachten de stichting en de manager (met een management BV) dat er sprake was van een overeenkomst van opdracht waardoor de verplichtingen uit de CAO niet zouden gelden.

Hoe beoordelen de Belastingdienst en UWV de overeenkomst?

Sinds 2006 hebben de Belastingdienst en UWV de wijze van beoordelen van een (fictieve) dienstbetrekking op elkaar afgestemd. Daarvoor zijn beleidsregels beoordeling dienstbetrekking in het leven geroepen. Voor het bestaan van een dienstbetrekking in de zin van de Belastingwetgeving en Werknemersverzekeringen wordt aangehaakt bij het civiele begrip arbeidsovereenkomst. Er wordt gekeken naar een dienstbetrekking of een fictieve dienstbetrekking.

De beleidsregels beogen duidelijkheid te geven over de wijze waarop:

- UWV en de Belastingdienst arbeidsrelaties toetsen aan de criteria van de dienstbetrekking;
- De rol die de VAR speelt bij de beoordeling van de dienstbetrekking;
- De inhouding en afdracht van loonheffingen.

Wanneer beoordeelt de Belastingdienst?

Doorgaans beoordeelt de Belastingdienst achteraf, maar het is ook mogelijk vooraf te laten toetsen door de aanvraag van een zogenaamde VAR (Verklaring ArbeidsRelatie). Met een VAR-aanvraagformulier kan een opdrachtnemer een VAR aanvragen bij de Belastingdienst. De Belastingdienst beoordeelt de antwoorden en geeft één van de volgende vier verklaringen af:

1. De VAR loon uit dienstbetrekking (VAR-loon);
2. De VAR resultataat uit overige werkzaamheden (VAR-row);
3. De VAR winst uit onderneming (VAR-winst / wuo);
4. De VAR voor rekening en risico van de vennootschap (VAR-dga).

Ad 1. VAR-loon

De VAR-loon geeft aan dat de aanvrager zeer waarschijnlijk de werkzaamheden in dienstbetrekking verricht. De opdrachtgever is verplicht om loon te betalen en zal daarop loonheffingen moeten inhouden en afdragen. De VAR-loon heeft op grond van de wet geen rechtsgevolgen en leidt dus niet automatisch tot uitkeringsrechten voor de opdrachtnemer.

Ad 2. VAR-row

De VAR-row geeft op zichzelf geen uitsluitsel over het wel of niet moeten inhouden van loonheffingen. De opdrachtgever dient vast te stellen of er sprake is van een (fictieve-)dienstbetrekking. Met name hierover gaat het navolgende.

Ad 3. VAR-winst

De VAR-winst geeft aan dat de opdrachtnemer zelfstandige of zelfstandig ondernemer is. Er wordt gekeken naar elementen van de dienstbetrekking en naar elementen van zelfstandigheid (zie hierna).

Ad 4. VAR-dga

De VAR-dga is de verklaring arbeidsrelatie die bedoeld is voor zelfstandigen die aandelen van een onderneming hebben en via die onderneming werkzaamheden verrichten voor derden.

Een VAR kan alleen worden aangevraagd door een natuurlijk persoon en heeft geen terugwerkende kracht over een periode die al verstreken is. Verder kan slechts een VAR worden aangevraagd voor één soort werk. Indien iemand zich bezig houdt met meerdere werkzaamheden dient hij voor elk soort werkzaamheden een aparte VAR-verklaring aan te vragen. In beginsel kan vanaf september van het lopende jaar een verklaring aangevraagd worden voor het jaar erna. De opdrachtgever moet telkens opnieuw de nieuwe VAR verklaring opvragen, controleren en in kopie bewaren in zijn administratie.

Schema VAR en gevolgen voor inhouden en afdragen van loonheffingen

Soort Verklaring arbeidsrelatie	Gevolgen voor de opdrachtnemer	Gevolgen voor de opdrachtgever
Loon uit dienstbetrekking (VAR-loon)	<p>Er worden loonheffingen ingehouden op de beloning als er ook feitelijk sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking.</p> <p>De opdrachtnemer is alleen verzekerd voor de werknemersverzekeringen als de arbeidsrelatie een (fictieve-) dienstbetrekking is.</p> <p>Heeft de opdrachtgever vastgesteld dat er geen sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking, dan kan UWV op basis van feiten en omstandigheden van oordeel zijn dat er toch sprake was van een dienstbetrekking. In dat geval is de opdrachtnemer wel verzekerd voor de werknemersverzekeringen.</p>	<p>De opdrachtgever zal zelf moeten vaststellen of er sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking. Bij aanwezigheid van een dienstbetrekking moet hij over de beloning loonheffingen inhouden en afdragen. De normale loonheffingenregels zijn dan van toepassing.</p> <p>Heeft de opdrachtgever vastgesteld dat er geen sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking, dan kan de Belastingdienst op basis van feiten en omstandigheden van oordeel zijn dat er toch sprake was van een dienstbetrekking. In dat geval is de opdrachtnemer wel verzekerd voor de werknemersverzekeringen en bestaat inhoudingsplicht voor de loonheffingen.</p>
Resultaat uit	Als de opdrachtgever heeft vastgesteld	De opdrachtgever moet vaststellen of er

overige werkzaamheden (VAR-row)	dat er sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking, dan worden er loonheffingen ingehouden op de beloning.	<p>sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking. Als er sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking dan moet de opdrachtgever loonheffingen inhouden en afdragen. De normale loonheffingenregels zijn dan van toepassing.</p> <p>Heeft de opdrachtgever vastgesteld dat er geen sprake is van een (fictieve-) dienstbetrekking, dan kunnen de Belastingdienst en UWV op basis van feiten en omstandigheden van oordeel zijn dat er toch sprake was van een dienstbetrekking en inhoudingsplicht voor de loonheffingen.</p>
Winst uit onderneming (VAR-winst)	<p>Er hoeven geen loonheffingen op de beloning te worden ingehouden.</p> <p>Opdrachtnemer is niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen en kan geen aanspraak maken op een uitkering.</p>	<p>De opdrachtgever hoeft geen loonheffingen in te houden en af te dragen.</p> <p>De opdrachtgever moet de identiteit van de opdrachtnemer vaststellen en kopieën van het identiteitsbewijs en de getoonde verklaring bij zijn administratie bewaren. Indien ook de werkzaamheden overeenkomen met de werkzaamheden zoals op de verklaring staan vermeld en worden verricht gedurende de geldigheid van de verklaring, blijft een herbeoordeling van het verleden achterwege.</p>
DGA (VAR-dga)	<p>Er hoeven geen loonheffingen op de beloning te worden ingehouden.</p> <p>Opdrachtnemer is niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen en kan geen aanspraak maken op een uitkering.</p>	<p>De opdrachtgever hoeft geen loonheffingen in te houden en af te dragen.</p> <p>De opdrachtgever moet de identiteit van de opdrachtnemer vaststellen en kopieën van het identiteitsbewijs en de getoonde verklaring bij zijn administratie bewaren. Indien ook de werkzaamheden overeenkomen met de werkzaamheden zoals op de verklaring staan vermeld en worden verricht gedurende de geldigheid van de verklaring, blijft een herbeoordeling van het verleden achterwege.</p>

Conclusie

Een VAR verklaring is alleen veilig voor de opdrachtgever indien er sprake is van een VAR-dga of VAR-winst, mits

- de identiteit van de opdrachtnemer is vastgesteld en kopieën van het identiteitsbewijs en de getoonde verklaring bij de administratie worden bewaard.
- Tevens moeten de werkzaamheden die vermeld staan in de VAR-verklaring overeenkomen met de werkzaamheden die daadwerkelijk worden verricht.
- Bovendien moet het een geldige verklaring zijn (de verklaringen worden voor slechts één jaar afgegeven), te weten van 1 januari tot en met 31 december van enig jaar. Als de aanvang van de werkzaamheden echter later ligt, dan is dat moment bepalend en kan er derhalve een verklaring worden afgegeven van bijvoorbeeld 1 mei tot en met 31 december van een bepaald jaar. De verklaring geldt dan niet voor de aan 1 mei voorafgaande periode.

De verklaring blijft na afloop van de geldigheidstermijn nog maximaal één jaar gelden voor opdrachten die zijn overeengekomen vóór 1 november en doorlopen na 1 januari van het nieuwe jaar.

Dat geldt overigens weer niet voor overeenkomsten die zijn aangegaan nadat de Belastingdienst al een nieuwe verklaring heeft afgegeven voor het volgend jaar. Voor die overeenkomsten gelden vanaf 1 januari 2009 de rechtsgevolgen, behorende bij de nieuwe verklaring.

Het is derhalve van belang vanaf 1 september 2009 van het lopende jaar te vragen naar een eventuele nieuwe verklaring. Indien de werkzaamheden namelijk anders zijn of de VAR-verklaring niet meer wordt afgegeven loopt u toch nog een risico.

Bij de VAR-loon en de VAR-row moet de opdrachtgever vaststellen of er sprake is van een dienstbetrekking dan wel een fictieve dienstbetrekking. In beide gevallen dient de opdrachtgever dan loonheffingen in te houden en af te dragen en zijn de normale loonheffingsregels van toepassing. Als de opdrachtgever heeft vastgesteld dat er geen sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking, dan kunnen de Belastingdienst en UWV op basis van feiten en omstandigheden van oordeel zijn dat er toch sprake was van een dienstbetrekking en inhoudingsplicht voor de loonheffingen. Dat betekent dus dat u achteraf daarmee nog geconfronteerd kunt worden.

Een VAR-verklaring heeft slechts betrekking op loonheffingen en werknemersverzekeringen.
Een VAR-verklaring betekent dus niet dat u gevrijwaard wordt van arbeidsrechterlijke claims.

Wat zijn omstandigheden die meewegen bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking?

In het navolgende zal ik (niet uitputtend) een aantal items weergeven die een rol spelen bij de beoordeling van een (fictief) dienstverband. Zoals gezegd moeten alle feiten en omstandigheden in aanmerking genomen worden voor de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, naast de bedoeling van partijen.

- Is de opdrachtnemer:
 - verplicht enige tijd arbeid te verrichten?;
 - verplicht instructies op te volgen?;
 - persoonlijk arbeid te verrichten?;
 - ingeschreven bij de Kamer van Koophandel?
 - Heeft hij een BTW-nummer, een ondernemingsplan en heeft hij zich aangemeld als ondernemer bij de Belastingdienst?;
- Wie vervangt hem bij ziekte of vakantie?
- Heeft de opdrachtgever daarop invloed?;
- Heeft een opdrachtnemer winst en hoeveel?;
- Worden er winst- en verliesrekeningen opgemaakt?
- Loopt hij risico, bijvoorbeeld voor wat betreft debiteuren?
- Hoeveel kapitaal zit er in de onderneming?
- Wat investeert de opdrachtnemer jaarlijks in zijn onderneming (Er wordt van uit gegaan dat minimaal € 2.500,00 per jaar in een onderneming geïnvesteerd moet worden).
- Hoeveel tijd wordt er in de onderneming geïnvesteerd? (Men gaat uit van minimaal 1.225 uur per jaar en 50% van de werkzaamheden.)
- Heeft de opdrachtnemer drie of meer klanten per jaar?
- Hoe presenteert de onderneming zich? (Heeft hij een eigen site, eigen visitekaartjes, maakt hij reclame, heeft hij een ondernemingsplan?)
- Is er een proeftijd afgesproken?
- Geldt er een uurtarief of op welke wijze worden prijsafspraken gemaakt?
- Doet de onderneming aan marketing?
- Heeft hij Algemene Voorwaarden?
- Is hij verzekerd voor bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid en aansprakelijkheid?
- Heeft hij eigen huisvesting of gebruikt hij een kantoor bij de opdrachtgever?
- Zijn er faciliteiten ter beschikking gesteld van de auto? (Auto zelf, maar ook parkeerkaart, een vergoeding voor kilometers of parkeergeld.)
- Wie werkt de opdrachtnemer in?
- Betaalt de opdrachtgever of organiseert de opdrachtgever cursussen of wijst de opdrachtgever cursussen aan die gevolgd moeten worden?
- Doet de opdrachtnemer mee aan personeelsuitjes, personeelsfeesten, informatieavonden?
- Krijgt de opdrachtnemer een kerstpakket?
- Wordt software of een pc ter beschikking gesteld?
- Gebruikt hij briefpapier of het logo van de opdrachtgever?
- Voert hij een zelfstandige bedrijfsadministratie?
- Moeten verslagen gemaakt worden volgens modellen van de opdrachtgever?
- Kan de jobcoach inloggen bij de opdrachtgever?
- Krijgt de jobcoach instructies hoe om te gaan met klanten, regels met betrekking tot kleding, representativiteit en dergelijke?

- Is de opdrachtnemer geheel vrij in zijn tijdsindeling en wijze van uitvoeren van de opdracht?
- Neemt de opdrachtgever klachten over de opdrachtnemer in behandeling?
- Moet hij verantwoording afleggen en/of vinden voortgangsrapportages plaats?
- Is hij verplicht tot het bereiken van een bepaald resultaat? (Omzet of project.)
- Is hij voor minder dan 70% van deze opdrachtgever afhankelijk of van de groep van de opdrachtgever?
- Kan hij zelf bepalen hoe hij vervanging regelt of wil de opdrachtgever daarop invloed uitoefenen?
- Kan hij zelf bepalen hoe hij de opdracht uitvoert?
- Is hij eerder in dienst geweest bij de opdrachtgever?
- Is een opzegtermijn overeengekomen?
- Wordt vakantiegeld en worden vakantiedagen uitgekeerd dan wel eindejaarsuitkeringen? Of uitkeringen na afloop van de opdracht?
- Bestaat er een mogelijkheid tot het deelnemen aan collectieve verzekeringen of pensioenen bij de opdrachtgever?
- Mag hij gebruikmaken van fiscaal gefaciliteerde regelingen? (PC-privé, kinderopvang, fiets, opleiding, spaarloon.)

Last but not least:

De werkzaamheden mogen geen wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering van de opdrachtgever.

Marie-Jose Spieringhs