

TOELICHTING BIJ OVEREENKOMST VAN OPDRACHT ICT-PROFESSIONALS

Per 1 mei 2016 is de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) vervangen door de Wet Deregulering Arbeidsrelaties (Wet DBA). De VAR gaf opdrachtgevers de volledige zekerheid dat zij gevrijwaard waren van aanspraken van de Belastingdienst op loonheffingen bij de inhuur van zelfstandigen. De zekerheid die de VAR gaf verdwijnt. Daarvoor in de plaats kunnen partijen modelovereenkomsten vooraf laten goedkeuren door de Belastingdienst. Er is een implementatietermijn tot 1 mei 2017 waarin partijen de tijd krijgen hun werkwijze en overeenkomsten aan te passen.

Op 19 februari 2016 heeft de Belastingdienst de modelovereenkomst van NLdigital voor vijf jaar goedgekeurd. Die goedkeuring is verlopen. Op 22 juni 2021 heeft de Belastingdienst deze goedkeuring verlengd onder nummer: 9052021540810. Deze goedkeuring is ook vijf jaar geldig, onder voorbehoud van wijzigingen in de wet- of regelgeving in die vijf jaar. Als opdrachtgevers deze overeenkomst gebruiken bij de rechtstreekse inhuur van zelfstandige ICT-professionals, en ook daadwerkelijk werken zoals staat omschreven in die overeenkomst, dan is de Belastingdienst van mening dat de opdrachtgever geen verplichting heeft tot afdragen van loonheffingen. Gebruikmaken van een goedgekeurde voorbeeldovereenkomst geeft opdrachtgevers een redelijke zekerheid dat zij geen naheffingen opgelegd krijgen, zo lang ook feitelijk gewerkt wordt conform de overeenkomst.

De beoordeling dat geen sprake is van een verplichting tot afdracht van loonheffingen is in principe geldig voor vijf jaar. Dan zal opnieuw worden bekeken of dit model goedgekeurd kan worden, of dat wijzigingen aangebracht moeten worden.

Wanneer gebruiken?

Deze overeenkomst kan gebruikt worden als een opdrachtgever rechtstreeks een ICT-professional contracteert. Als een intermediair wordt ingeschakeld, is dit niet het juiste model. Raadpleeg in dat geval de website van de Belastingdienst, of de juridische helpdesk van NLdigital om het juiste intermediairmodel te kiezen.

De Belastingdienst maakt een voorbehoud in geval van een zogenaamde fictieve dienstbetrekking. Die kan er zijn bij specifieke groepen, bijvoorbeeld in geval van thuiswerkers, gelijkgestelden, aanneming van werk, stagiaires, commissarissen, bestuurders en tussenkomst van degene tot wie de arbeidsverhouding bestaat. In deze gevallen kan er alsnog een plicht tot afdracht zijn. Bij twijfel of deze situatie zich voordoet, wordt geadviseerd specialistische juridische kennis in te schakelen.

Er is geen definitie van ICT-professional opgenomen. In een zo snel veranderende sector als de ICT is een afbakening van verschillende ICT-beroepen ook niet goed mogelijk. Een definitie zou daarom te snel verouderen, of zo breed zijn dat die weinig toegevoegde waarde heeft. Daarmee kan deze overeenkomst breed gebruikt worden voor de inhuur van zelfstandigen die ICT-diensten leveren. Het maakt daarbij niet uit of de opdrachtgever een ICT-bedrijf is of niet.

Hoe gebruiken?

Bij gebruik van de overeenkomst is het van belang om te vermelden dat de overeenkomst gelijklopend is aan de goedgekeurde overeenkomst. Dit staat dan ook bovenaan het document.

De Belastingdienst heeft op basis van verschillende elementen van de overeenkomst, in samenhang bezien, geoordeeld dat geen sprake is van een gezagsverhouding. Het meest duidelijk komt dit naar voren in de geel gemarkeerde (in officiële versie van de Belastingdienst) overwegingen b, c, d en e, en de artikelen 1.1, 1.3, de tweede alinea van 1.4 en 1.5 en de toelichting bij bijlage 1, letter c van de overeenkomst, waarin de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever nadrukkelijk wordt beperkt. Als die gewijzigd worden, dan geldt de overeenkomst dus niet meer als een goedgekeurde overeenkomst. Van de overige clausules mag worden afgeweken. Doe dit bij voorkeur in de bijlage, om te voorkomen dat de overeenkomst niet meer als goedgekeurd geldt. Hiervoor is ruimte gemaakt aan het eind van de bijlage. Dit kan met de volgende zinsnede:

“In afwijking van hetgeen is neergelegd in art. x lid y, komen partijen het volgende overeen...[eigen tekst opnemen]”.

Let er op dat in de bijlage geen clausules worden opgenomen die de hierboven genoemde artikelen in de hoofdtekst tegenspreken.

De overeenkomst is zo opgesteld dat hij aansluit bij veel gebruikte overeenkomsten voor de inhuur van zelfstandigen in de ICT. In de hoofdtekst hoeft vrijwel niets te worden ingevuld, alleen de grijs gemarkeerde vlakken. In de bijlage moeten partijen de precieze inhoud van de opdracht verder invullen. Deze is voor partijen van het grootste belang en moet dus zorgvuldig worden ingevuld. Dat wat voor partijen niet geldt voor deze opdracht, moet worden verwijderd.

Aan de tekst is inhoudelijk niets veranderd ten opzichte van de modelovereenkomst die is goedgekeurd op 19 februari 2016. Er zijn een paar passages niet meer relevant voor de Belastingdienst voor het bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze passages hebben wij er wel in laten staan. Ondanks overweging c en f en de eerste alinea in artikel 1.4 en artikel 2.1, waaruit blijkt dat partijen uitdrukkelijk niet beogen een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW aan te gaan, kunnen zij het ontstaan van een arbeidsovereenkomst door het opnemen van deze bepaling hiermee niet uitsluiten. Mochten partijen geen arbeidsovereenkomst wensen aan te gaan, dan is ten eerste van belang dat dat wat zij met elkaar afspreken in de overeenkomst er niet toe leidt dat er is voldaan aan de voorwaarden van een arbeidsovereenkomst. Ten tweede is vervolgens belangrijk dat partijen feitelijk ook werken zoals zij in de overeenkomst hebben afgesproken.

Aangezien de inhoud ongewijzigd is gebleven, kan de oude modelovereenkomst die is goedgekeurd op 19 februari 2016 dus gebruikt blijven worden in bestaande overeenkomsten. Bij nieuwe overeenkomsten kan de nieuwe versie van de modelovereenkomst gebruikt worden.

In de praktijk

De twee belangrijkste criteria voor de Belastingdienst om te bepalen of er sprake is van een (fictief) dienstverband zijn:

1. Wordt er onder leiding en toezicht van de opdrachtgever gewerkt?
2. Moet de arbeid persoonlijk verricht worden?

Als op een van beide vragen ‘nee’ geantwoord kan worden, dan is er volgens de Belastingdienst geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

In de voorbeeldovereenkomst van opdracht voor ICT-professionals is ervoor gekozen om alleen het eerste element uit te werken. De geel gemarkeerde tekstdelen vormen tezamen het element 'geen leiding en toezicht van de opdrachtgever'.

De scheidslijn tussen wanneer wel en wanneer niet onder leiding en toezicht gewerkt wordt, kan in de praktijk lastig te bepalen zijn, maar heeft grote consequenties voor beide partijen. Als de Belastingdienst van oordeel is dat er toch onder leiding en toezicht wordt gewerkt, dan is er sprake van een (fictief) dienstverband en kan de Belastingdienst alsnog naheffingen voor loonbelasting en premies opleggen aan de opdrachtgever. Het is dus van groot belang dat beide partijen ervoor zorgen dat zowel in de overeenkomst als in de praktijk geen sprake is van leiding en toezicht.

De eerste stap is het contract zelf. Daarin staat dat er niet onder leiding en toezicht wordt gewerkt. Of er zelfstandig wordt gewerkt kan daarnaast blijken uit de omschrijving van de opdracht, die in de bijlage onder C moet worden opgenomen. Daarnaast zijn er in de jurisprudentie in het verleden elementen naar voren gekomen die in samenhang kunnen leiden tot een oordeel door de rechter dat toch sprake is van een (fictief) dienstverband. Bij twijfel is het van belang dat partijen juridisch advies inwinnen, om te voorkomen dat de opdrachtgever met loonheffingen geconfronteerd wordt.

De tweede stap is om ervoor te zorgen dat in de praktijk gewerkt wordt conform de overeenkomst. Dat betekent dat ook in de praktijk geen leiding en toezicht wordt uitgeoefend door de opdrachtgever.

Invullen van de overeenkomst

In de hoofdtekst moeten alle 'grijze velden' worden ingevuld. Zorg ervoor dat het KvK-nummer van de zelfstandige wordt ingevuld, omdat dit een van de kenmerken is die laat zien dat opdrachtgever met een zelfstandige te maken heeft. Verander verder niets in de hoofdtekst om ervoor te zorgen dat sprake blijft van een goedgekeurde overeenkomst.

In de bijlage moeten de specifieke afspraken worden uitgewerkt.

Onder A en B moeten de volledige gegevens van partijen opgenomen worden. Van belang is om het KvK nummer en btw-nummer van de zelfstandige op te nemen.

Onderdelen C tot en met Q vormen de kern van de afspraken tussen opdrachtgever en zelfstandige. Het gaat dan om onderwerpen als omschrijving van de opdracht, tarieven, betalingstermijn, wanneer wordt er gewerkt, wat is de start- en einddatum, etc. Al deze onderdelen zijn ter vrije invulling tussen partijen. In de grijze velden worden suggesties gedaan, maar partijen mogen hier zelf een andere invulling aan geven.

Met name de omschrijving van de opdracht onder C is van belang. Werk hier uit wat de opdracht behelst en welke specifieke kennis en ervaring de zelfstandige heeft om die opdracht te kunnen vervullen. Er moet voldoende uit blijken dat het om een zelfstandige opdracht gaat waarbij er door de zelfstandige niet onder leiding en toezicht van de opdrachtgever wordt gewerkt.

Onder J moet een einddatum ingevuld worden. Indien nog geen einddatum bekend is, kan hier bijvoorbeeld worden opgenomen: 'Totdat het project zoals onder C omschreven is afgerond.'

Onder K moet voor beide partijen een opzegtermijn worden opgenomen. Die mag voor de ene partij langer zijn dan voor de andere. Daar waar bij de arbeidsovereenkomst de werkgever slechts onder zeer specifieke voorwaarden mag beëindigen, geldt voor de inhuur van zelfstandig ondernemer contractsvrijheid.

Onder P moet vastgelegd worden wie de in te zetten tools verzorgt. Bij de inhuur van ICT-professionals zal vaak bepaalde (ontwikkel-)software gebruikt worden. Als de opdrachtgever al licenties heeft op bepaalde software, of als hij uit beveiligingsoverwegingen niet wil dat de zelfstandige zijn eigen hard- en software op de werkvloer meeneemt, dan kan dat hier worden uitgewerkt. Als een zelfstandige niet zijn eigen tools meeneemt, kan dit in combinatie met andere factoren een aanwijzing zijn dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zo blijkt uit jurisprudentie.

Het is verstandig om na te vragen welke verzekeringen de zelfstandige heeft en dit in te vullen. In een aantal rechterlijke uitspraken komt naar voren dat een zelfstandige die geen bedrijfs- of beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft eerder als (fictief) werknemer wordt gezien.

Indien onderdelen niet relevant zijn voor de opdracht, dan kunnen die worden verwijderd. Als er bijvoorbeeld geen sprake is van fasering, dan kan dat onderdeel er uit.

Onder de overige bepalingen zijn enkele meer juridische clauses opgenomen die relevant zijn bij de inhuur van ICT-professionals. Indien deze worden aangepast, adviseren wij u om daarbij juridisch advies in te winnen. Leden van NLdigital kunnen hiervoor contact opnemen met de juridische helpdesk.

Een van die clauses is de aansprakelijkheid. In de hoofdtekst is de aansprakelijkheid van de zelfstandige niet beperkt. In b2b-contracten is het echter gebruikelijk, en professioneel, om dit wel te doen. Een voorbeeld van een beperking van aansprakelijkheid die veel door ICT-leveranciers wordt gebruikt, is opgenomen onder S.

In onderdeel T zijn twee voorbeelden opgenomen over intellectuele eigendom. Bij de verlening van de meeste ICT-diensten zal de zelfstandige werk leveren waarop rechten van intellectuele eigendom rusten, bijvoorbeeld auteursrechten. Partijen moeten samen een keuze maken of deze rechten in eigendom worden overgedragen aan de opdrachtgever, of dat de opdrachtgever daarop een gebruiksrecht krijgt, bijvoorbeeld omdat overdracht niet mogelijk is. Bij werknemers gaat het intellectuele eigendomsrecht automatisch over op de werkgever. Bij de inhuur van zelfstandigen blijft het intellectuele eigendomsrecht bij de zelfstandige, als partijen daar niet expliciet iets over afspreken. Het is daarom van belang om dit specifiek op te nemen in de overeenkomst.

Onder U is ruimte opgenomen voor een geheimhoudingsafpraak. Afhankelijk van de soort opdracht kan het voor opdrachtgevers van belang zijn hier specifieke afspraken over te maken.

Tot slot kunnen onderaan specifieke afspraken worden toegevoegd als partijen dat willen. Meestal zal dat niet nodig zijn.