



arbeidsrecht

UITSPRAAK VAN DE WEEK

mr. J. W. F. Overtoom & mr. N. J. van Osch

Geen arbeidsovereenkomst – of toch wel? De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties komt eraan!

De laatste tijd bereiken ons steeds meer vragen van ondernemers die regelmatig anderen – zelfstandigen – inhuren voor een klus. Zij hebben gehoord dat de VAR (Verklaring arbeidsrelatie) wordt afgeschaft en weten dat er iets gaat veranderen, maar niet wat daarvan de gevolgen voor hun eigen praktijk zijn. Daarom deze week een bijdrage over de soms dunne scheidslijn tussen opdracht- en werknemerschap.

Arbeidsrelaties zijn er in soorten en maten. Een belangrijk onderscheid is dat tussen arbeid die iemand voor u verricht in loondienst en arbeid die iemand voor u verricht in opdracht. Dit onderscheid is soms lastig te maken, terwijl het van groot van belang is voor de vraag of er sprake is van inhoudings- en premieplicht voor de loonheffingen en verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. Ook in arbeidsrechtelijke zin kunnen zich problemen voordoen die u niet zag aankomen. Hieronder worden deze drie aspecten toegelicht.

Fiscaalrechtelijk

Het risico bestaat dat de fiscus van oordeel is dat de door u uitbestede werkzaamheden wel degelijk in een loondienstverhouding zijn verricht, en dat u als opdrachtgever later alsnog loonheffing moet betalen. Dit risico is tot op heden redelijk af te dekken met een door de opdrachtnemer bij de Belastingdienst aan te vragen Verklaring arbeidsrelatie (VAR), die er in verschillende varianten is - in het bijzonder noemen we hier de WUO (Winst uit onderneming) en de DGA (Directeur Groot Aandeelhouder). Die VAR – het gebruik ervan is overigens niet bij wet verplicht – moet zien op de specifieke werkzaamheden die worden verricht, die dus goed moeten worden omschreven. Van belang is bovendien dat de opdrachtnemer meer dan drie opdrachtgevers heeft, omdat de Belastingdienst het twijfelachtig kan vinden of het wel echt om ondernemerschap gaat als er sprake is van maar één opdrachtgever. Sterker nog: een VAR-aanvraag die vermeldt dat er maar één opdrachtgever is, leidt waarschijnlijk tot weigering. In de praktijk gebeurt het wel dat opdrachtnemers op de VAR-aanvraag invullen dat er meer opdrachtgevers zijn terwijl dat in werkelijkheid niet zo is, maar er bestaat altijd een risico dat de opdrachtnemer bij een (steekproefsgewijze) controle door de Belastingdienst door de mand valt.



arbeidsrecht

In beginsel is dit het risico van de opdrachtnemer, maar niet volledig uit te sluiten is dat ook de opdrachtgever dit – als duidelijk is dat hij dit weet of had kunnen weten – kan worden aangerekend door de Belastingdienst. Als de betrokken opdrachtnemer niet kan aantonen dat er sprake was van zelfstandigheid is het gevolg dat hij niet als zelfstandig ondernemer wordt gezien voor de inkomstenbelasting. De Belastingdienst zou dan kunnen oordelen dat er sprake is van een fictief dienstverband, zeker als de werkzaamheden langere tijd worden verricht. Het risico daarop is niet groot, maar niet alleen denkbeeldig.

In dat geval vervallen bepaalde aftrekposten (zelfstandigen- en startersaftrek). In het uiterste geval kan de consequentie zijn dat de opdrachtgever achteraf als werkgever wordt aangemerkt. Een van beide partijen wordt dan met terugwerkende kracht aangeslagen voor loonbelasting/premies werknemersverzekeringen (zie hieronder). Als de Belastingdienst van oordeel is dat opzettelijk verkeerde gegevens zijn aangeleverd kan daarnaast een boete worden opgelegd.

Sociaalzekerheidsrechtelijk

Relevant is of een opdrachtnemer wordt aangemerkt als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen. Het uitgangspunt van de Centrale Raad van Beroep (de hoogste rechter in geschillen op het terrein van de sociale verzekeringen, de sociale voorzieningen en ambtenarenzaken) lijkt te zijn dat als de betreffende werkzaamheden binnen de onderneming van de opdrachtgever ook in loondienst worden verricht, het gaat om werkzaamheden die structureel van karakter zijn. Daardoor zal de opdrachtnemer eerder als werknemer worden aangemerkt. Het risico dat de opdrachtgever daarbij loopt is dat hij alsnog wordt aangemerkt als werkgever en daarom alsnog (met terugwerkende kracht) premies sociale verzekeringen af moet dragen. Dit risico kan de opdrachtgever ondervangen/verkleinen door een rigide knip aan te brengen: de werkzaamheden waar het om gaat worden volledig uitbesteed, en dus niet meer in loondienst binnen de onderneming uitgevoerd.

Arbeidsrechtelijk

De tendens in politiek en rechtspraak is dat 'flexwerk' verdacht is. Het gevaar bestaat dat een rechter de arbeidsrelatie als schijnconstructie/schijnzelfstandigheid aanmerkt. Wanneer zou zo'n relatie ter beoordeling voorgelegd kunnen worden aan de rechter? Als een opdrachtnemer de werkzaamheden niet kan verrichten in verband met ziekte zou hij zich op het standpunt kunnen stellen dat hij deze werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst verricht. Hij heeft dan recht op loonbetaling bij ziekte; een recht dat hij als opdrachtnemer niet heeft. Eenzelfde soort risico bestaat als de opdrachtgever de opdracht wil beëindigen maar de opdrachtnemer het daarmee niet eens is. Als de opdrachtnemer zich op het standpunt stelt dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst en de rechter volgt dat standpunt, dan is het normale ontslagrecht van toepassing op de beëindiging van de overeenkomst.

Ook pensioenfondsen zijn in toenemende mate op zoek naar schijnzelfstandigen die eigenlijk werknemer zijn. Voor die 'werknemers achteraf' worden dan (met terugwerkende kracht) bij werknemer en werkgever pensioenpremies gevorderd.



arbeidsrecht

Het beschikken over een VAR en ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel is arbeidsrechtelijk gezien niet beslissend, het zijn hooguit elementen die meewegen bij de beoordeling. Alles op papier op orde hebben is geen garantie: in de rechtspraak wordt regelmatig door papieren constructies heen geprikt als de werkelijkheid anders is.

VAR vervalt, Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet dba) komt eraan

Omdat de VAR-systematiek nogal wat ruimte voor interpretatie laat, in feite een schijnzekerheid biedt en bovendien weinig aanknopingspunten voor handhaving heeft bestaan er vergevorderde plannen om de VAR te laten vervallen. Zoals het zich nu laat aanzien zal dat in 2016 gebeuren. Doel is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van opdrachtgever en opdrachtnemer om hun relatie duidelijker vorm te geven, beter in balans te brengen en meer controleerbaar maken. Ook handhaving door de Belastingdienst zou daarmee gemakkelijker worden.

Het alternatief voor de VAR bestaat eruit dat opdrachtgevers en opdrachtnemers hun relatie en de wijze waarop samengewerkt wordt, in een overeenkomst vastleggen. Die overeenkomst kan worden voorgelegd aan de Belastingdienst en deze beoordeelt of de relatie tussen de partijen moet worden beschouwd als arbeidsovereenkomst of opdracht. De Belastingdienst heeft met enkele belangenorganisaties standaardovereenkomsten gemaakt die gebruikt kunnen worden; wordt zo'n overeenkomst gebruikt dan er bestaat geen verplichting die voor te leggen aan de Belastingdienst. Aan een door de Belastingdienst goedgekeurde overeenkomst kunnen partijen zekerheid ontleen voor wat betreft de loonheffingen en verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. Let wel: de hiervoor beschreven arbeidsrechtelijke risico's zijn daarmee niet van de baan.

Van groot belang is dat uw feitelijke werkwijze niet afwijkt van wat er staat in de overeenkomst die u hanteert. U wordt namelijk uiteindelijk op die werkelijke situatie beoordeeld, mocht u gecontroleerd worden. Dus ook in de nieuwe situatie geldt: werkelijkheid gaat voor schijn. De Belastingdienst gaat een groot aantal controleurs inzetten om daarop toe te zien. Tot de Wet dba een feit is kan nog van de VAR gebruik gemaakt worden. Ook voor 2016 kan nog een aanvraag worden ingediend.

Concluderend

Werkelijkheid gaat dus voor schijn. Net doen alsof iemand zelfstandige is, maar in de praktijk blijkt hij dat niet te zijn, levert ook voor de opdrachtgever forse risico's op. Bedenk daarbij dat de maatschappelijke (en juridische) trend is dat schijnzelfstandigheid moet worden bestreden. Het gevolg daarvan is dat alleen echt zelfstandige ondernemers als niet-werknemer zijn te beschouwen. Dat betekent dat die zelfstandig ondernemer ingeschreven moet zijn in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, een btw-nummer en meer dan drie opdrachtgevers heeft, betaling plaatsvindt op basis van factureren, en dat hij niet wordt gefaciliteerd met bedrijfsmiddelen.

Hebt u vragen, of behoefte aan advies? De arbeidsrechtsspecialisten van BSA denken graag met u mee.