

Met de komst van de wet Deregulering Boordeling Arbeidsrelaties (DBA) kwam de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) per 1 mei 2016 te vervallen. In plaats daarvan dienen opdrachtgever en opdrachtnemer gebruik te maken van modelovereenkomsten. Maar de onrust is groot en het effect voorlopig averechts. Ook is de vraag hoe een nieuw kabinet met deze materie zal omgaan, omdat de meningen hierover verdeeld zijn. Een wet met haken en ogen.

mr. R.J. Versteeg en mr. M.A. Posthumus-Praasterink
Roel Versteeg en Mireille Posthumus-Praasterink zijn beiden advocaat bij STIPT.advocaten in Zaltbommel.

De VAR kende diverse bezwaren. Zo waren er opdrachtgevers die uitsluitend contracteerden als de opdrachtnemer c.q. ZZP'er beschikte over een VAR, was er onvoldoende toezicht op de verstrekking van de VAR en bestond een gebrek aan balans in de verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Nog zwaarder woog het oneigenlijk gebruik van de VAR, door opdrachtnemers in te schakelen voor werkzaamheden die ook door eigen werknemers konden worden verricht, maar dan tegen een lager tarief. Dit leverde een concurrentievoordeel op, dat ook wel 'schijnzelfstandigheid' werd genoemd.

DBA-problematiek

Op 2 februari 2016 heeft de Eerste Kamer ingestemd met de Wet DBA en op 1 mei 2016 is de implementatiefase van deze wet in werking getreden. Gedurende één jaar zouden opdrachtgevers en opdrachtnemers de bestaande en daarna te sluiten overeenkomsten kunnen voorleggen aan de Belastingdienst. In plaats van deze overeenkomsten kunnen zij ook gebruik maken van modelovereenkomsten en individuele overeenkomsten die de Belastingdienst heeft opgesteld en via de website van de Belastingdienst zijn te downloaden. In deze (per branche en doelgroep te onderscheiden) overeenkomsten zijn de fiscaal relevante bepalingen met geel gemarkeerd. Het doel hiervan is om aan partijen duidelijk te maken welke bepalingen in deze overeenkomsten gewijzigd

Is er leven na de



kunnen worden en welke niet, zonder dat het risico wordt gelopen dat de overeenkomst wordt aangemerkt als een dienstbetrekking. Het is de vraag of de Belastingdienst dit doel bereikt, omdat er arbeidsrechtelijk het nodige is af te dingen op deze overeenkomsten. Het hoeft geen nadere toelichting, dat het niet eenvoudig is om een maatwerkovereenkomst op te stellen die zowel fiscaal als arbeidsrechtelijk geen dienstbetrekking oplevert. Garanties zijn niet te geven, gelet

op de veelheid aan varianten. Wel is het aan te bevelen om, in het geval dat een opdrachtgever informatie nodig heeft van zijn opdrachtnemer om aan te tonen dat geen sprake is van een dienstbetrekking, maar van ondernemerschap *pur sang*, hij die opdrachtnemer via de rechter kan dwingen om informatie te verschaffen. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld winst- en verliesrekeningen en btw-aangiften. De vraag die de praktijk bezighoudt, is op welke manier de Belastingdienst zal gaan

VAR?



handhaven. De Belastingdienst zal bij bedrijven op de werkvloer willen controleren en de werksituatie ter plekke beoordelen. Het gaat hierbij om het vaststellen van de verschillen tussen de (uitvoering van de) geconstateerde werkzaamheden op de werkvloer enerzijds en de *papieren* overeenkomst die is gesloten. Eventuele vragen van de Belastingdienst kunnen zijn of er volgens de modelovereenkomst wordt gewerkt en of er daadwerkelijk sprake is van vrije vervanging (het recht van een zelfstandig ondernemer

om zichzelf te laten vervangen). Andere vragen kunnen zijn of werkzaamheden worden ingeroosterd en of er met eigen gereedschap wordt gewerkt.

De aanleiding van de Belastingdienst om bepaalde bedrijven te controleren kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de omstandigheid dat de inspectie SZW in het kader van de Wet Arbeid Vreemdelingen controles heeft uitgevoerd. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat er signalen van het UWV zijn ontvangen, dat een opdrachtnemer terecht aanspraak maakt op een dienstbetrekking, omdat is afgeweken van de modelovereenkomst. Hierbij dient te worden opgemerkt, dat elke arbeidsrelatie op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld en daarbij rust de bewijslast op de inspecteur.

De consequenties van de Wet DBA zijn voor de Belastingdienst (op papier) een verbetering, maar dit voordeel zal zich in de praktijk nog moeten bewijzen door controles op de werkvloer. Het is de vraag of de Belastingdienst in staat is om hoofd- van bijzaken te onderscheiden. Het gaat dan om zaken die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de hierover gewezen rechtspraak. Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, dan zal voldaan moeten zijn aan de volgende criteria: arbeid, loon, dit gedurende zekere tijd en er dient een gezagsverhouding te bestaan. Met name de 'gezagsverhouding' onderscheidt de arbeidsovereenkomst van de door de Belastingdienst op haar website gepubliceerde overeenkomsten.

Voor opdrachtgevers zal de impact van de Wet DBA het grootst zijn. Opdrachtgevers kunnen zich de komende periode het beste richten op het maken van een zo goed mogelijke maatwerkovereenkomst, gevolgd door een verzoek aan de Belastingdienst om deze op haar beurt goed te keuren. Daarnaast dienen zij zich af te vragen op welke wijze zij kunnen bewerkstelligen dat de werkvloer niet afwijkt van het papier. Goede dossiervorming en het opnemen van een informatieverplichting van opdrachtnemers in de maatwerkovereenkomst is belangrijk. Voor opdrachtnemers zal er weinig veranderen.

De belangrijkste wijziging is, dat hij als houder van een VAR niet verzekerd was voor de werknemersverzekeringen, ook niet als achteraf komt vast te staan dat (toch) sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vanaf 1 mei 2016 is hij wel verzekerd, mits achteraf komt vast te staan dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Handhaving Wet DBA uitgesteld

Door de ontstane onrust bij opdrachtgevers en opdrachtnemers over de gevolgen van de Wet DBA, zijn opdrachtgevers terughoudend met het inhuren van opdrachtnemers. Opdrachtnemers zijn bang hun opdrachten kwijt te raken. Hierdoor is onzekerheid over werk en inkomen ontstaan en heeft de Wet DBA een averechts effect gehad. Opdrachtgevers en opdrachtnemers herkennen zich niet in de door de Belastingdienst opgestelde modelovereenkomsten en individuele overeenkomsten, omdat zij hun manier van werken niet meer kunnen verenigen met het door het Burgerlijk Wetboek gemaakte onderscheid tussen een dienstbetrekking (gezagsverhouding, vrije vervanging) en de zelfstandigheid van de opdrachtnemer. Daarom is de handhaving van deze wet uitgesteld tot de belangrijkste obstakels zijn weggenomen. Op 18 november 2016 heeft de (demissionair) Staatssecretaris van Financien, Eric Wiebes, besloten dat in ieder geval tot 1 januari 2018 door de Belastingdienst niet zal worden gehandhaafd^[1].

Reden van dit uitstel is dat er een vicieuze cirkel is ontstaan. Dit doordat opdrachtgevers terughoudend zijn om opdrachtnemers in te huren. Dat heeft als gevolg dat de praktijk niet laat zien hoe de Wet DBA uitpakt. Daardoor blijft de onzekerheid, met als gevolg dat opdrachtnemers weer niet worden ingehuurd. Deze cirkel moet worden doorbroken.

De Belastingdienst zou in eerste instantie een coachende rol kunnen vervullen door aanwijzingen te geven bij controles en zekerheid te geven aan opdrachtgevers dat er geen naheffingen en boetes met terugwerkende kracht worden opgelegd.

Een belangrijke nuancering is op zijn plaats. Op 3 februari 2017 heeft staatssecretaris Wiebes een brief naar de voorzitter van de Tweede Kamer gestuurd. In die brief heeft



hij beschreven dat de Belastingdienst per direct de handhaving van de Wet DBA aanvangt bij opdrachtgevers die als ‘kwaadwillend’ worden aangemerkt^[2]. Van kwaadwillendheid is niet zomaar sprake. Het gaat dan om gevallen waarin partijen evident buiten het wettelijk kader treden. Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarin opdrachtgevers opereren in een context van opzet, fraude of zwendel.

Er zijn volgens de Belastingdienst op dit moment zeven opdrachtgevers in verschillende sectoren in beeld, die mogelijk kwalificeren als kwaadwillend. Indien ná onderzoek door de Belastingdienst wordt vastgesteld dat de aard van de werkrelaties als dienstbetrekking kwalificeert, vindt aanvullend onderzoek plaats om de kwaadwillendheid te kunnen onderbouwen. Zodra er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking én van kwaadwillendheid, legt de Belastingdienst een naheffingsaanslag loonheffing en een boete op. Wiebes heeft toegezegd dat in april 2017 een derde voortgangsrapportage volgt en dat in deze rapportage wordt teruggekomen op de voortgang van deze onderzoeken.

Arbeidswetgeving

Artikel 7: 668a BW kent een ketenregeling bij een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: als meer dan drie, of langer dan twee jaar, tijdelijke arbeidsovereenkomsten

tussen dezelfde partijen (of een opvolgend werkgever) zijn gesloten zonder onderbreking van meer dan zes maanden, wordt de tijdelijke overeenkomst geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een belangrijk nadeel van deze ketenbepaling^[3] is dat onvoldoende flexibiliteit aan opdrachtgevers en opdrachtnemers wordt geboden. Opdrachtgevers werken met medewerkers met wie zij geen vaste dienstbetrekking willen aangaan en deze medewerkers kiezen in de regel vaak ook bewust zelf voor flexibiliteit. Daarnaast levert de uitleg van het criterium ‘gezagsverhouding’ in de praktijk de nodige problemen op. Dit criterium uit het arbeidsovereenkomstenrecht, dat dateert uit 1907, is aan herziening toe. Nader onderzoek zal moeten uitwijzen op welke wijze aan dit criterium en het begrip ‘vrije vervanging’ een concretere of andere invulling kan worden gegeven, die beter aansluit bij de arbeidsrechtspreekpraktijk anno 2017. Het nieuwe regeerakkoord zal op deze – en andere punten – duidelijkheid moeten geven. Het zal geen nadere toelichting behoeven, dat met een wijziging van de arbeidswetgeving de nodige tijd gemoeid zal gaan.

Standpunten politieke partijen

Belangrijke thema’s van de politieke partijen in de verkiezingsstrijd rondom de Wet DBA zijn geweest: een verplichte collectieve

arbeidsongeschiktheidsverzekering, (aanvullend) pensioen, zelfstandigenaftrek en -rekening, scholing, belastingen (vennootschapsbelasting, btw, e.d.) en een minimum inkomensgarantie.

Over bovenstaande thema’s verschillen de diverse politieke partijen van mening. Het is de vraag over welke punten door een nieuw kabinet overeenstemming zal worden bereikt.

Alle partijen zijn het wel erover eens dat het btw-percentages gelijk moet blijven en dat werknemers iets van hun zekerheid moeten inleveren, om daarmee de competitie tussen werknemers en opdrachtnemers gelijk te maken. Over de uitwerking van dit onderwerp verschillen partijen weer van mening. D66 en GroenLinks vinden dat werkgevers een loonkostensubsidie moeten krijgen. VVD en CDA zijn het daarmee niet eens. VVD en D66 vinden dat het ontslagrecht moet worden versoepeld, zodat het aantrekkelijk wordt om arbeidskrachten op basis van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, terwijl bijvoorbeeld GroenLinks hierover alweer anders denkt. Het geeft de complexiteit van de materie aan.

Een verbetering?

De Wet DBA verbetert de positie van de Belastingdienst en verslechtert die van opdrachtgevers. Of opdrachtnemers als gevolg van deze wet (op de lange termijn) minder opdrachten krijgen, moet nog worden afgewacht. Door de handhaving van de Wet DBA – in ieder geval tot 1 januari 2018 – uit te stellen, wordt de onzekerheid in de arbeidsmarkt voorlopig weggenomen, maar de opdrachtgever en opdrachtnemer dienen alert te blijven. In algemene zin adviseren wij om de maatwerkovereenkomsten die u wilt sluiten, aan de Belastingdienst te blijven voorleggen en uw organisatie DBA-proof te maken. Het laatste woord over de DBA-problematiek is echter nog niet gezegd. •

Literatuur

1. *Tweede voortgangsrapportage*, Ministerie van Financiën, 18 november 2016.
2. *Handboek loonheffingen 2016*, paragraaf 1.1.6.
3. Artikel 7:668a BW is op 1 juli 2015 in werking getreden (Wet werk en zekerheid).