

Kort voor het schrijven van deze bijdrage besliste de rechter in een zaak tussen FNV en Uber. De rechter vindt dat er sprake is van een (arbeids) overeenkomst waarop de cao Taxivervoer van toepassing is, nu voldaan wordt aan de criteria voor een dienstbetrekking. Niet veel later was er de vervolguitspraak inzake Helpling: hier is sprake van een uitzendovereenkomst.

MR. J.R. (REMKO) HESSE, ADVISEUR LOONHEFFINGEN BIJ FOSETI BV

## DIENTSBETREKING

# Beoordeling van de arbeidsrelatie alleen door de rechter?

## Uitspraken in de zaken Uber en Helpling

**D**eze uitspraken betekenen ook iets voor de heffing van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen voor honderden zzp'ers die toch werknemer blijken te zijn en geen recht hebben op ondernemersfaciliteiten. Hoe zit het ook alweer en is zekerheid vooraf (on)mogelijk?

### TOETSING

Of er in een specifieke situatie sprake is van een dienstbetrekking of werknemerschap kan vooraf, tijdens of na het verrichten van arbeid door de Belastingdienst worden getoetst. Op verzoek van de opdrachtgever of werkgever moet de Belastingdienst vooraf een oordeel geven over de kwalificatie van de overeenkomst. Artikel 59 WFSV is daarvoor de formele basis. Hoe werkt dat? Voordat ik de Wet financiering sociale verzekeringen (WFSV) bespreek, sta ik even stil bij het begrip werknemer, de criteria van de dienstbetrekking en de recente uitspraken inzake Uber en Helpling en de (arbeids)verhouding met hun 'werkenden'.

### WANNEER WERKNEMER?

Werknemer in de zin van de loonheffingen is degene die in privaot- of publiekrechtelijke dienstbetrekking werkzaamheden verricht. Daarvoor moet er sprake zijn van een overeenkomst waarbij de een – gedurende zekere tijd, tegen loon, in dienst van de ander – persoonlijk arbeid verricht. Meestal spitst de beoordeling zich toe op het moeilijkste deel van de arbeidsovereenkomst: het 'in dienst van' verrichten van arbeid, ofwel de gezagsverhouding. Toch is het interessant om eerst even stil te staan bij de andere elementen.

Als de medewerker zelf zijn vervanging kan regelen, dan zal er geen sprake zijn van een dienstbetrekking, omdat de arbeid niet persoonlijk wordt verricht. Met andere woorden: de arbeid is alleen te verrichten door de werknemer of vervanging is weliswaar mogelijk, maar alleen na toestemming van de werkgever.

Een voorbeeld waarin dit element een belangrijke rol speelt, is de model-overeenkomst 'Geen persoonlijke arbeid' van de Belastingdienst. Wordt er gewerkt volgens die overeenkomst, dan is er geen sprake van een dienstbetrekking. Er is ook geen arbeidsovereenkomst als er geen loon betaald wordt.

### GEZAGSVERHOUDING

Het meest besproken onderdeel bij de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking, is 'in dienst van' ofwel de gezagsverhouding. Het gaat daarbij vooral om de mogelijkheid om aanwijzingen of instructies te geven en toezicht uit te oefenen. Of dit ook daadwerkelijk wordt gedaan, is niet relevant; de mogelijkheid alleen is al voldoende. Het antwoord op de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding, is in het verleden regelmatig aan de rechter voorgelegd. Voorbeelden zijn het Groen/Schoevers-arrest (geen dienstbetrekking), het De Gouden Kooi-arrest (wel dienstbetrekking) en het B-notarissen-arrest (geen dienstbetrekking).

Uiteindelijk gaat het steeds weer om de feiten en omstandigheden van het geval ofwel de holistische benadering. Dit wordt ook bevestigd in de IAOW-zaak van 6 november 2020: door vast te stellen welke rechten en plichten er in de te beoordelen situatie zijn – niet alleen bij het sluiten van de overeenkomst (wat is bedoeld) maar ook in de uit-



voering (wat is gedaan) – toetst de rechter de overeenkomst aan de criteria van de dienstbetrekking. Daarbij komt het neer op de onderlinge waardering van de ‘plussen’ (mogelijk wel dienstbetrekking) en ‘minnen’ (mogelijk geen dienstbetrekking).

### RECENTE ZAKEN

Voor mij interessant zijn de beslissingen van de civiele rechter in de situatie dat een zzp’er bij de beëindiging van de overeenkomst stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en zo de bescherming voor de werknemer inroept. Ik noem er twee: de eerste is er een van jaren geleden, waarbij ik zelf betrokken was. Het feit dat gefactureerd wordt op het briefpapier van een vof is uiteindelijk bepalend voor de conclusie: geen dienstbetrekking. Een uitspraak die past in de lijn van het Groen/Schoevers-arrest, waarbij ook vanuit een vof wordt gefactureerd.

Een veel recentere zaak laat mooi de plussen, de minnen en de onderlinge verhouding daartussen zien. Voor een dienstbetrekking spreekt:

- lang werken voor een oud-werkgever, in een leidinggevende rol;
- ingebed zijn in de organisatie (functie), zelfs met visitekaartjes van de opdrachtgever;
- een vaste maandelijkse vergoeding, onafhankelijk van ziekte, vakantie of andere afwezigheid;

**Een beoordeling vooraf is belangrijk en wenselijk, en deze ligt in eerste instantie bij de betrokken partijen**

- het feit dat er in de loop der jaren tweemaal een arbeidsovereenkomst is aangeboden, maar deze is afgewezen door de opdrachtnemer;
- het feit dat het vestigingsadres van de opdrachtnemer ook het adres van de opdrachtgever is.

En tegen een dienstbetrekking spreekt:

- er wordt een maandelijks vast bedrag gefactureerd (met btw);
- er wordt geen loonheffing ingehouden, er zijn geen loonstroken en er zijn geen vakantiedagen en vakantiegeld afgesproken;
- er zijn geen gevolgen verbonden aan vaak te laat komen (en kennelijk zijn er dus ook geen functioneringsgesprekken);
- pas bij de beëindiging van de overeenkomst wordt de stelling betrokken dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst;
- er is geen gezagsverhouding maar enkel instructies (dit kan ook bij een overeenkomst van opdracht).

Het geheel van deze feiten afwegend, komt de rechter in deze civiele zaak tot de conclusie dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. De vraag blijft uiteraard hoe de fiscale rechter in dit geval zal besluiten. Het is een mooi voorbeeld van het uitgangspunt dat alle feiten en omstandigheden van het geval in samenhang bepalend zijn. Dit is

echter ook meteen de belangrijkste kritiek op de webmodule van de Belastingdienst die de beoordeling van de overeenkomst zou moeten vereenvoudigen of stroomlijnen: er zijn geen aftrekpunten in de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking. In de zevende (!) voortgangsbrief Werken als zelfstandige gaat minister Koolmees in op de ervaringen tot nu toe met de webmodule. Zo'n 56 procent van de 6.600 ingevulde casus leidt tot 'geen oordeel' dan wel 'geen dienstbetrekking'. Het is aan het volgende kabinet om te beslissingen of en (zo ja) hoe de webmodule ingezet zal worden.

## UBER

In de zaak van vakbond FNV tegen Uber gaat het om de toepassing van de cao Taxivervoer. Daarvoor is nodig dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Volgens de rechter moet de relatie tussen Uber en de chauffeurs gezien worden als een 'moderne' gezagsverhouding. Hoe komt hij tot deze conclusie? Allereerst stelt de rechter vast dat het gaat om chauffeurs die zich in persoon hebben verbonden met Uber. Er is een rechtstreekse overeenkomst tussen de chauffeur en Uber. Dat niet naar elk individueel geval wordt gekeken maar naar algemene kenmerken, maakt een inhoudelijke beoordeling niet onmogelijk.

Vervolgens stelt de rechter vast (volgens Rechtspraak.nl): 'Van de Uber-app gaat namelijk een disciplinerende en instruerende werking uit, en een financiële stimulans. Zodra de chauffeurs gebruikmaken van de app, zijn zij onderworpen aan de werking van het door Uber ontworpen en eenzijdig door haar te wijzigen algoritme. De chauffeurs vallen daarmee onder het "modern werkgeversgezag" dat Uber via de app uitoefent.'

Uber bepaalt op basis van een algoritme het aanbieden van ritten, de werktijden en de beloning van de chauffeur. (...) De voorwaarden waaronder de chauffeurs werken, worden eenzijdig door Uber vastgesteld én gewijzigd. Alleen als de chauffeur instemt met een wijziging, kan deze weer inloggen

op de Uber-app. Onderhandelen over de tarieven en voorwaarden door de chauffeur zijn daarbij niet mogelijk. Iets wat je naar mijn idee ook kunt omschrijven als: ondergeschikt aan Uber. Uber bepaalt in wezen alles, alleen het inloggen op de app staat de chauffeur vrij. Daarmee is er geen sprake van ondernemersvrijheid.

Ook interessant is dat de chauffeur de arbeid persoonlijk moet verrichten (met bewijs via een selfie) en de betaling voor de rit via Uber loopt (de ritprijs minus 25 procent wordt doorbetaald aan de chauffeur).

Ik citeer nog een onderdeel uit de uitspraak: '26. In de hedendaagse, door technologie beheerste tijd heeft het criterium "gezag" een van het klassieke model afwijkende, meer indirect (vaak digitaal) controlerende invulling gekregen. Werknemers zijn zelfstandiger geworden en verrichten hun werk op meer wisselende (zelfgekozen) tijden. Geoordeeld wordt dat er in de verhouding tussen Uber en de chauffeurs sprake is van deze "moderne gezagsverhouding". Een moderne tijd vergt een moderne beoordeling, is de gedachte. Daarbij kan ik echter niet anders concluderen dan dat de chauffeur volledig afhankelijk is van Uber voor het verrichten van arbeid en daarbij op geen enkele wijze invloed kan uitoefenen op de wijze waarop dit gedaan moet worden. Alleen het inloggen – en daarmee het starten van de overeenkomst – staat de chauffeur vrij. De werkgever bepaalt dus vrijwel alles en dat klinkt mij best ouderwets in de oren.

## HELPLING

Ook in de al langer lopende Helpling-zaak speelt FNV een rol. Helpling maakt gebruik van een platform en biedt daar (vooral) schoonmakers en huishoudens de mogelijkheid om gezamenlijk afspraken te maken over het uitvoeren van huishoudelijke werkzaamheden en de beloning daarvoor. Op basis van persoonlijke profielen kunnen schoonmaker en huishouden bij elkaar gebracht worden.

In het kort is dit de casus: een schoonmaker meldt zich ziek en wil doorbetaling van het loon. Helpling meent echter dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter concludeert eveneens dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Helpling en de schoonmaker (geen gezagsverhouding), maar mogelijk wel tussen de

opdrachtgever (het huishouden) en de schoonmaker.

Het Hof stelt vast dat er sprake is van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW, waarmee Helpling kwalificeert als de werkgever. Of dit fiscaal ook zo is, hangt af van het aantal dagen dat de schoonmaker werkt voor het betreffende huishouden. Is dit doorgaans minder dan drie dagen per week en wordt het loon betaald door het huishouden, dan is er geen sprake van een fictieve dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2c Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.

## BEOORDELING ARBEIDSRELATIE DOOR DE BELASTINGDIENST

Minister Koolmees (SZW) heeft net voor Prinsjesdag bekendgemaakt dat het gehele DBA-dossier doorgeschoven wordt naar het volgende kabinet, waarbij het huidige handhavingsmoratorium nog even blijft. Daarbij bevestigt de jurisprudentie dat de feiten en omstandigheden van het geval bepalend zijn. Deze hebben alle een eigen waarde bij de vaststelling wanneer er wel en wanneer er geen sprake is van een dienstbetrekking. Die beoordeling kan zowel op algemene kenmerken (massale beoordeling zoals bij Uber) als op individueel niveau.

Een beoordeling vooraf is belangrijk en wenselijk, en deze ligt in eerste instantie bij de betrokken partijen. Dit kan blijken uit het gebruik van de modelovereenkomst; betrokken partijen spreken daarin immers af hoe er gewerkt wordt en sluiten bepaalde fictieve dienstbetrekkingen uit. Daarbij ligt de zware bewijslast – dat anders gewerkt wordt dan volgens de modelovereenkomst – bij de Belastingdienst.

Voor het geval volledige zekerheid gewent is, kan om een oordeel van de Belastingdienst worden gevraagd. De basis daarvoor is artikel 59 WFSV, maar in de praktijk wordt deze beoordeling ook wel gedaan zonder dat dit verzoek formeel op dit artikel gestoeld is. Daarbij gaat het om de vraag of er sprake is van verzekeringsplicht en daarmee van de

verschuldigdheid van premies werknemersverzekeringen. De beoordeling van de arbeidsovereenkomst is echter identiek aan die voor de loonbelasting, zodat hiermee zekerheid wordt verkregen ten aanzien van de inhoudingsplicht als zodanig.

Het gaat in de tekst van artikel 59 WFSV wat dit betreft met name om lid 3 (het verzoek), lid 4 (intrekking van de beschikking) en lid 6 (besluit UWV op verzoek beoordeling dienstbetrekking door de werknemer):

- *Lid 3.* De inspecteur beslist ambtshalve of op verzoek van de werkgever bij voor bezwaar vatbare beschikking over het verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen.
- *Lid 4 (samengevat).* De inspecteur kan deze beschikking herzien, als de beschikking is afgegeven op grond van onjuiste of onvolledige gegevens en dit te wijten is aan de werkgever. Ook deze herziening wordt gedaan bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Deze mogelijkheid tot c.q. de gevolgen van de herziening werken maximaal vijf jaar terug.
- *Lid 6.* De inspecteur stelt de werkgever zonnodig op de hoogte van de door het UWV op aanvraag van de werknemer genomen beschikking over het verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen.

Lid 6 is toegevoegd, omdat ook de werknemer of opdrachtnemer zelf een beoordeling van de verzekeringsplicht – lees: de kwalificatie van de overeenkomst – kan vragen bij het UWV. De opdrachtgever moet hier uiteindelijk ook van op de hoogte zijn; hij is immers verantwoordelijk voor de heffing van de betreffende premies.

Volgens de parlementaire toelichting moet de Belastingdienst binnen dertien weken (termijn conform de Algemene wet bestuursrecht) na ontvangst van het verzoek de beslissing genomen hebben. Bij de invoering van lid 4 in 2015 werd benoemd dat, als er sprake is van een foute beoordeling door de Belastingdienst, herziening alleen mogelijk is in het voordeel van de werkgever.

## HOE WERKT HET?

Beschikkingen inzake de verzekeringsplicht ken ik vooral (maar niet uitsluitend) in relatie tot de dga. Is men op basis van de wet en de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016 wel of niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen? Soms wil een opdrachtgever per se vooraf duidelijkheid. Soms is het voldoende duidelijk, maar helpt het hebben van een formele beschikking, bijvoorbeeld bij meerdere aandeelhouders of een (voorgenomen) aandelenoverdracht. Op de website Rechtspraak.nl geeft de zoekterm '59 WFSV' 179 resultaten, waarvan er 131 betrekking hebben op belastingrecht en 22 op socialezekerheidsrecht. De laatste uitspraak is van augustus jl. en betreft het via een platform aanbieden van erotische diensten (webcam). De vraag die daarbij beantwoord moet worden, is of de uitvoerders van deze diensten (de 'agents') in fictieve dienstbetrekking werkzaam zijn (zogenoemde 'sekswerkers'). De afgegeven beschikking – wel een fictieve dienstbetrekking – wordt betwist door de opdrachtgever of werkgever. Het Hof beslist dat er geen sprake is van een fictieve dienstbetrekking.

Uit de motivering van het Hof maak ik op dat er geen verplichting bestaat tot het uitvoeren van werkzaamheden, dat het maken van afspraken buiten het platform om met de klant mogelijk is en dat er sprake is van een geheel zelfstandig aangeemaakt profiel op het platform. Waarmee de klant feitelijk zelf kiest wie de erotische diensten uitvoert. Een snelle vergelijking met de Uber-uitspraak laat zien dat de chauffeurs aanmerkelijk minder vrijheid hebben bij het aanbieden en uitvoeren van hun werkzaamheden dan deze 'agents'. Daar bepaalt Uber alles, hier is dat zeker niet zo. Qua feiten is er wel een vergelijking te maken met Helpling, waar ook de gezagsverhouding tussen de schoonmaker en het platform ook ontbreekt.

De aanvraag van een beschikking is vormvrij, waarbij het natuurlijk belangrijk is de feiten en omstandigheden van het geval te delen, zodat de Belastingdienst een goede beoordeling kan doen. Is die beoordeling eenmaal gedaan, en is de opdrachtgever/werkgever het niet eens met het genomen besluit, dan zal altijd bezwaar gemaakt moeten worden, gevolgd door een (eventuele) gang naar de rechter. Dat bevordert de gewenste rechtszekerheid vooraf niet.

Stel dat de Belastingdienst van mening is dat er sprake is van verzekeringsplicht en daarmee een dienstbetrekking, dan kan het zijn dat de werkende (de opdrachtnemer) het niet eens is met deze beslissing en de overeenkomst beëindigt. Dat maakt dat vooraf een goede afweging gemaakt moet worden of een dergelijke beschikking daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft.

## TOT BESLUIT

De Belastingdienst kan (op verzoek) een overeenkomst tussen twee partijen toetsen aan de criteria van de dienstbetrekking. De Belastingdienst beslist dan binnen dertien weken, door middel van een voor bezwaar vatbare beschikking. De eerder genoemde webmodule is een hulpmiddel voor de opdrachtgever of werkgever om een overeenkomst te toetsen aan de criteria van de Belastingdienst. De webmodule kent geen 'plussen en minnen' in de waardering van de feiten en omstandigheden, wat als een groot bezwaar wordt gezien. Mocht de webmodule toch in zijn huidige vorm ingevoerd worden – wat ik niet hoop – en de uitkomst van een beoordeling is 'twijfel', dan kan dit een aanzuigende werking hebben op een echte, individuele beoordeling door de Belastingdienst op basis van artikel 59 WFSV. Mits vooraf zekerheid gewenst is en men uit de voeten kan met een ongewenste uitkomst. Of gaat procederen. Dat vergt een zorgvuldige professionele afweging.

*Gemeente Amsterdam, 6 november 2020, zaaknummer ECLI:NL:HR:2020:1746*  
*Rechtbank Rotterdam, 23 maart 2021, zaaknummer ECLI:NL:RBROT:2021:3392*  
*Hof Amsterdam, 10 augustus 2021, zaaknummer ECLI:NL:GHAMS:2021:2558*  
*Rechtbank Amsterdam, 13 september 2021, zaaknummer ECLI:NL:RBAMS:2021:5029*  
*Hof Amsterdam, 21 september 2021, zaaknummer ECLI:NL:GHAMS:2021:2741*  
*Ministerie van SZW, kamerbrief over Zevende voortgangsbrief werken als zelfstandige*