

# WELKOM OP HET DVDK SEMINAR

## EYE AMSTERDAM 30 maart 2017

**Welkom**

Charlotte Dingemans



# Programma

- 14.30 Inleiding, Charlotte Dingemans
- 14.35 – 15.10 Actualiteiten, Olav van der Kind
- 15.10 – 15.45 Ontslagrecht gronden d en h, Inge Hofstee
- Rond 15.45 uur Pauze
- 16.15 – 16.50 Fiscale actualiteiten: Wet DBA en ontslagsituaties, Gerard van Westen

## Actualiteiten

Olav van der Kind



# Onderwerpen

- Wanneer is sprake van ernstige verwijtbaarheid bij de werkgever?
- Is er een lijn te ontdekken in de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding (bv)?
- Is het nog verstandig een ontslag op staande voet (oosv) te geven?

# 'De Billijke Vergoeding'

## Welke bv's zijn er?

- vanwege ernstige verwijtbaar handelen/nalaten (671b, 671c, 682)
- in plaats van 'herstel van de arbeidsovereenkomst' (683)
- de bv met 'een beetje van allebei', bij onterecht ontslag (681)

Er gelden verschillende criteria; de ene bv is (dus) de andere niet

# Ernstige verwijtbaarheid

Bij 'werkelijk onrecht' (volgens de wetgever), dus alleen bij hoge uitzondering

Wanneer is daarvan sprake volgens de rechtspraak?

- Strategische escalatie
- Geen herstelmaatregelen
- Miskennen loonaanspraken
- Uitroken/wegpesten
- Op non-actiefstellen
- Kwetsend/grievend gedrag
- Grove schending scholingsverplichting

# Strategische escalatie

- 'Valse' ontslaggrond (d-grond tegen beter weten in)
- Disproportionele/emotionele reactie (geen gesprek, maar verhoor, uit het pand verwijderen)

Strekking: WG neemt bewust het risico op verstoring van de arbeidsrelatie (of is daarop uit) en creëert zo een verstoring van de arbeidsrelatie (g-grond)



## Strategische escalatie (2)

### Valse ontslaggrond

- Ktr. Amsterdam 6/10/15: € 8.000 (tv 20.000)
- Ktr. Rotterdam 11/12/15: € 10.000 (dv. te kort voor tv)
- Ktr. Den Haag 17/03/2016: € 35.000 (tv ?)
- Ktr. Alkmaar 28/06/16: € 60.000 (tv 27.000)

### Disproportionele/emotionele reactie

- Ktr. Leeuwarden 24/02/16: € 48.000 (tv 16.000)
- Ktr. Rotterdam 11/05/16: € 8.000 (tv 2.000)

## Geen herstelmaatregelen

- Conflict tussen collega's
- WG doet niets (geen mediation)
- Of wel, maar verkeerd (streven naar ontbinding, creëren van voldongen feiten)
- Ontbinding volgt op de g-grond

Ktr. Alkmaar 25/03/16: € 10.000 (tv 5.500)

Hof Den Haag 22/03/16: € 50.000 (tv 16.000)

Ktr. Amsterdam 12/04/16: € 75.000 (tv ?)

Ktr. Utrecht 22/02/17: € 40.000 (tv 4.200)

## Miskennen loonaanspraken

- Te lage cao-inschaling, niet willen corrigeren
- Ten onrechte geen loonbetaling

Ktr. Amsterdam 15/12/2015: € 3.000 (tv 6.000)

Ktr. Leeuwarden 24/02/16: € 0 (tv 1.500)

Ktr. Leeuwarden 23/03/16: € 7.500 (tv ?)

## Uitroken/wegpesten

- Tevergeefs streven naar ontslag
- Op non-actiefstellen
- 'omzeilen' uitspraak KG
- Apart zetten met defecte computer

Ktr. Amsterdam 29/01/16: € 40.000 (tv 20.000)

## Non-actiefstelling

- Vaak in combinatie met ander gedrag
- Maar vaak ook bepalend voor beslissing van de rechter
- Diffamerend karakter belangrijk

Ktr. Amsterdam 29/01/16: € 40.000 (tv 20.000)

Ktr. Alkmaar 28/06/16: € 60.000 (tv 27.000)

Is non-actiefstelling op zichzelf voldoende?

Ja, Ktr. Zwolle 14/12/16: € 65.000 (tv 6.000)

## Kwetsend/grievend gedrag

- Onnodig indienen van seksueel getinte e-mails in ontslagprocedure
- Meedelen van ontslagvoornemen tijdens ziekte
- Versturen van 'dreigbrief'

Hof Den Bosch 04/02/16: € 10.000 (tv ?)

Ktr. Den Haag 07/04/16: € 20.000 (tv 55.000)

Ktr. Rotterdam 11/05/16: € 8.000 (tv 2.000)

## Grove schending scholingsverplichting

- Achterwege laten van informatie over kwaliteitseisen
- Daardoor kon WN zich niet tijdig laten scholen
- Waardoor het dienstverband moest eindigen
- Dus voldragen h-grond

Ktr. Alkmaar 26/06/16: € 21.000, een jaarsalaris (tv 9.000)

## De combinatie van factoren

- Valse bewering van disfunctioneren
- Valse beschuldiging van BIG-klacht
- Op non-actiefstelling
- Direct streven naar beëindiging
- Geen hoor en wederhoor, maar gesprek met 'gestrekt been'

Hof Arnhem-Leeuwarden 27/01/17: € 25.000 (tv 45.000)  
(Ktr. Arnhem had toegewezen: € 70.000)

Zie ook hoger beroep van Ktr. Alkmaar 28.06/16: bv teruggebracht van € 60.000 naar € 20.000



## Voorzichtige conclusies

- Muizengaatje wordt door rechters opgerekt, maar blijft klein
- De bv is over het algemeen relatief hoog in vergelijking tot tv
- De bv wordt vaak gerelateerd aan de ernst van het gedrag, maar zonder verdere onderbouwing
- Soms wordt (ook) rekening gehouden met gevolgen van het ontslag (Hof Den Bosch en Hof Den Haag)
- Kantonrechters zijn (fors) royaler dan hoven
- De bv blijft een *black box*

# Wel of geen ontslag op staande voet?

## Uitgangspunten bij oosv

- Oosv alleen als het niet anders kan (*ultimum remedium*)
- Bewijslast ligt bij WG

Maar vaak toch oosv, ook (of juist) bij twijfel:

- Gevolgd door verzoek tot voorwaardelijke ontbinding
- wat vaak leidde tot ontbinding (en soms schikking)

Kan dat nog wel onder de Wwz?

# De Mediantbeschikking

HR 23 december 2016

- Wetgever heeft geen wijziging beoogd
- Ontbinding is dus nog steeds mogelijk, maar 'op beperktere schaal'
- En: alleen bij vernietiging van het ontslag
- Als voorwaarde kan alleen worden gesteld dat het oosv door de rechter **van dezelfde aanleg** wordt vernietigd
- Dus geen ontbinding met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep

## De Mediantbeschikking (2)

Beide verzoeken - tot vernietiging en tot ontbinding - moeten zoveel als mogelijk gevoegd worden behandeld en afgedaan

Dat geldt ook:

- als het ontbindingsverzoek is ingediend voordat WN om vernietiging vraagt
- als WN eerst om vernietiging vraagt en WG gelijktijdig of later om ontbinding
- in één van de procedures bewijslevering nodig is en in de andere niet
- de verzoeken bij verschillende kantonrechters aanhangig zijn
- het ontbindingsverzoek (ook) is gegrond op andere redenen dan die ten grondslag zijn gelegd aan het oosv

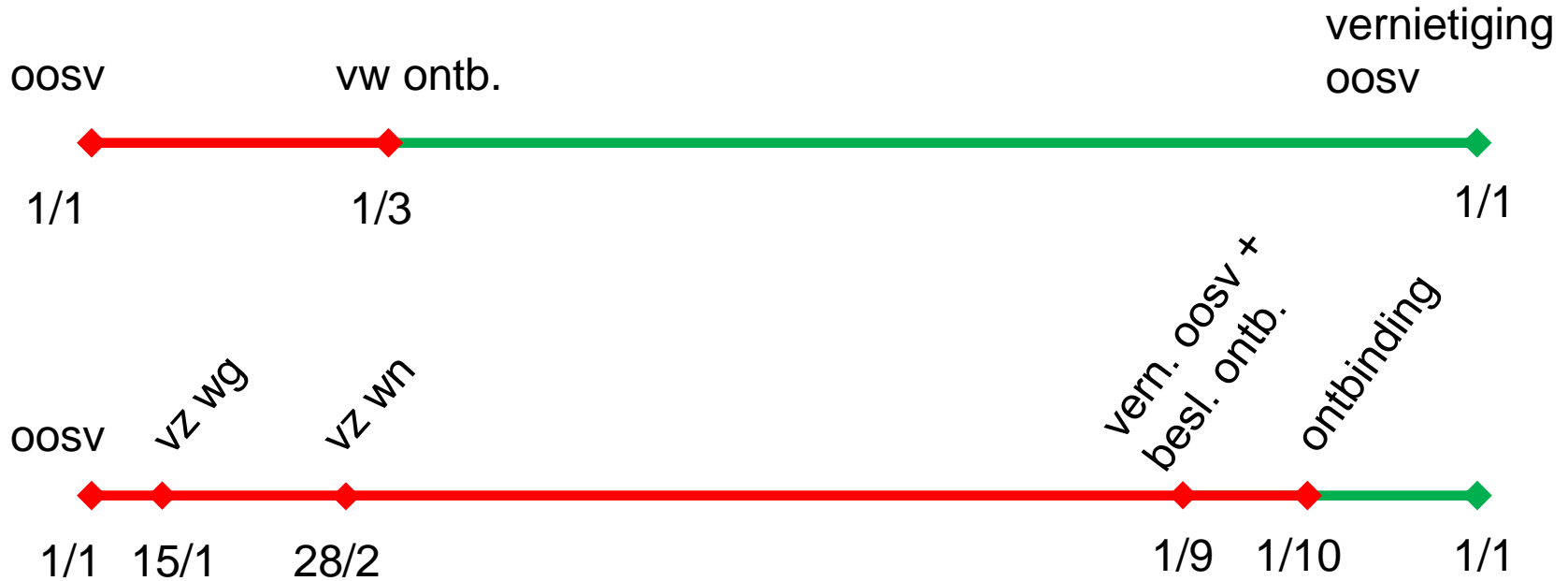
## De Mediantbeschikking (3)

En – *last but not least*: in ontbindingsprocedures is het bewijsrecht van toepassing

Gevolgen:

- Hoe dan ook geen ontbinding meer op korte termijn
- Geen snelle zekerheid meer t.a.v. gevolgen oosv (hoger beroep kan altijd anders uitpakken)
- WG is grotendeels regie kwijt (wat gaat de WN doen en hoe verloopt de verdere procedure?)

# De Mediantbeschikking (4)



WN zal dus sterk inzetten op bewijslevering!

## De Mediantbeschikking (5)

Alternatief: direct een ontbindingsverzoek indienen o.g.v verwijtbaar handelen (e-grond)

- Minder strikte beoordeling (verwijtbaar handelen is ruimer dan 'dringende reden')
- Dus minder risico op ongunstige beslissing van rechter
- Minder risico op zware bewijslast voor WG
- Waarschijnlijk op kortere termijn uitspraak/einde AO

De Mediantbeschikking is een *game changer* voor het oosv

# Ontslagrecht gronden d en h

Inge Hofstee





# Onderwerpen

- Hoe zit het ook alweer: de limitatieve ontslaggronden sinds 1 juli 2015
- d-grond in de praktijk
- Een uitweg via g-, h-grond of art. 7:686 BW?
- Praktische handvatten bij disfunctioneren

# Hoe zit het ook alweer: de limitatieve ontslaggronden sinds 1 juli 2015

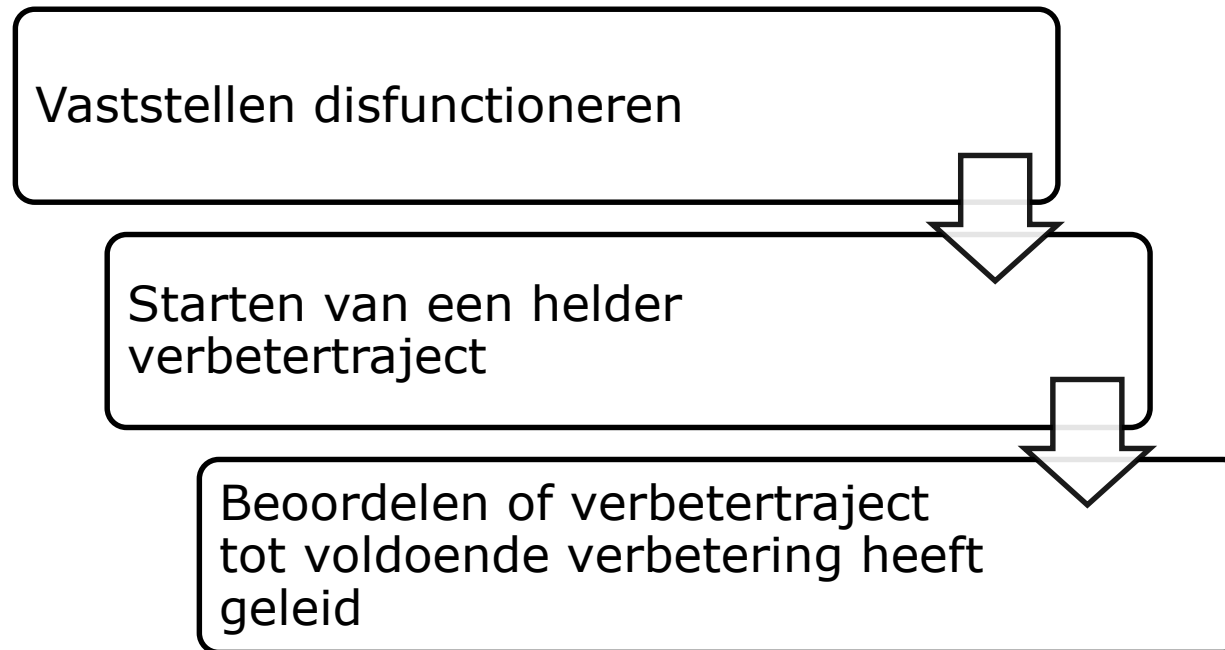
- Ontslaggronden:
  - a: bedrijfseconomische redenen
  - b: langdurige ziekte
  - c: regelmatige ziekte
  - d: disfunctioneren
  - e: verwijtbaar handelen
  - f: werkweigering door ernstige gewetensbezwaren
  - g: verstoorde arbeidsverhouding
  - h: restgrond
- Voor alle gronden geldt de wettelijke herplaatstingsverplichting

## d-grond in de praktijk I

- Wettelijke voorwaarden voor een geslaagd beroep op de d-grond:
  - ongeschiktheid voor verrichten van werkzaamheden, niet veroorzaakt door ziekte;
  - werknemer is tijdig in kennis gesteld;
  - mogelijkheden tot verbetering;
  - ongeschiktheid niet het gevolg van onvoldoende scholing of arbeidsomstandigheden bij de werkgever.

## d-grond in de praktijk II

- De drietrapsraket van de d-grond



## d-grond in de praktijk III

- Strenge voorwaarden blijken uit statistieken: slechts 16% (!) van de d-grondverzoeken toegewezen
- Oude beleidsregels ontslagtaak UWV nog steeds relevant voor invulling d-grond
- Disfunctioneren zo goed en concreet mogelijk vastleggen, niet gebeurd? Aannemelijk maken disfunctioneren kan ook voldoende zijn!
- Functie-eisen zijn leidend, zijn deze (en de wijzigingen ervan) met werknemer gecommuniceerd?

## d-grond in de praktijk IV – het verbetertraject

- Functie: mogelijkheid bieden tot verbetering
- Lengte van het verbetertraject niet afhankelijk van lengte dienstverband → traject van 6 weken kan voldoende zijn bij simpele functie. Vaak: 3 maanden
- Starten n.a.v. eerder gebleken tekortkomingen, die vóór het verbetertraject met de werknemer zijn besproken
- Inhoud verbeterplan: duidelijke en werkbare afspraken, geen opsomming van tekortkomingen werknemer, eventueel gecombineerd met coaching of scholing. Maak het SMART
- Verbetertraject afsluiten met een gesprek, puntsgewijs evalueren

## Een uitweg via g-, h-grond of art. 7:686 BW? I

- Verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van disfunctioneren? Bijv.: ktr. Tilburg 28-11-2016:
  - forceren beëindiging dienstverband na disfunctioneren, zonder verbetertraject aan te bieden
  - Ontbonden op g-grond (verstoorde relatie), maar wel billijke vergoeding van € 45.000 toegekend
- Maar ook andersom: werknemer weigert deel te nemen aan verbetertraject: ontbinding op g-grond zonder billijke vergoeding (ktr. Leeuwarden 14 december 2016)
- Disfunctionerende directeur van cultureel instituut: kritiek op functioneren nauwelijks vastgelegd, maar wel aannemelijk gemaakt. Ernst van de kritiek wordt miskend door directeur, waardoor sprake is van verschil van inzicht, reden voor ontbinding op h-grond (ktr. A'dam 2 december 2015)

# Een uitweg via g-, h-grond of art. 7:686 BW? II

- Disfunctioneren van directeur stichting veroorzaakt spanningen in organisatie, ktr. ontbindt op h-grond, in hoger beroep wordt dit gecorrigeerd in d-grond (hof Den Haag 29 november 2016)
- Andere voorbeelden van ontbinding op h-grond:
  - geschiedenisdocent doet neonazi-uitlatingen, ontbinding op h-grond;
  - werknemer heeft twee dienstverbanden en overtreedt daarmee de Arbeidstijdenwet;
  - na plegen strafbaar feit wordt vereiste toestemming van de overheid ingetrokken, waardoor werknemer functie als beveiliging niet meer kan uitoefenen;
  - sprake van a-grond, maar ontbinding niet op deze grond mogelijk vanwege opzegverbod



# Een uitweg via g-, h-grond of art. 7:686 BW? III

- Ook een mogelijkheid: ontbinding wegens ernstige tekortkomingen in de nakoming van de arbeidsovereenkomst (wanprestatie), denk aan:
  - niet op werk verschijnen (zie ktr. Eindhoven 16 februari 2017);
  - langdurig niet nakomen kernverplichtingen arbeidsovereenkomst.
- Voordelen:
  - geen herplaatsingsplicht;
  - geen strikte criteria zoals bij de d-grond;
  - verwijtbaarheid niet vereist.

# Praktische handvatten bij disfunctioneren

- Disfunctioneren vroegtijdig signaleren /bespreken/vastleggen (herkenbare lijn)
- Concrete kritiek en doelstellingen
- Aanbieden begeleiding, scholing of coaching, bijvoorbeeld:
  - regelmatige evaluatie- en tussentijdse beoordelingsgesprekken
  - interne begeleider (buiten de afdeling) of externe coach
- Reële verbeterkans in een redelijke termijn
- SMART verbetertraject vergroot de kans op succes

# Fiscale actualiteiten: Wet DBA en ontslagsituaties

Gerard van Westen



# Agenda

Ervaringen met de Wet DBA en stand van zaken

- Het probleemgebied
- Verlenging Transitieperiode tot 1 januari 2018
- Wat is kwaadwillendheid?
- Goedwillendheid van de Belastingdienst?
- Ervaringen met modelovereenkomsten
- Evident ondernemerschap
- Is payroll, uitzending of bemiddeling een oplossing?
- Helpt een G-rekening?
- Wat gaat er gebeuren?

# Agenda

## Ontslagsituaties

- RVU: Non activiteit
- RVU: Vrijwillige vertrekregelingen
- Voorwaarden voor belastingvrije 'immateriële schadevergoedingen'

*Vragen?*

In de beschikbare tijd wordt dat helaas wat krap.

Ik ben daarom graag na afloop van de presentaties voor u beschikbaar!

Ik moet echter voor 24u thuis zijn.

# WET DBA

# Het probleemgebied

- Art. 2, lid 1, Wet LB 1964: *"Werknemer is degene die in een privaatrechtelijke....dienstbetrekking staat"*.
- ALS sprake is van een dienstbetrekking moeten loonbelasting en sociale premies worden afgedragen
- MvT Wet LB: *"Afgezien van de praktische onmogelijkheid een alles omvattend fiscaal begrip dienstbetrekking te formuleren, is juist ter wille van de rechtszekerheid gekozen voor handhaving van het civiele begrip dienstbetrekking"*.
- De Wet LB kent dus een begrip dienstbetrekking dat **identiek** is aan het begrip dienstbetrekking uit het arbeidsrecht.
- De Staatssecretaris zei (terecht) : "Daar zit geen licht tussen!"

# Het probleemgebied

- Art. 7:610, lid1, BW: *"De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst, waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst ('onder gezag') van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten"*.
- Opdrachtgevers moeten een echte arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht uit elkaar houden; dus beoordelen of sprake is van 'werkgeversgezag' dan wel 'opdrachtgeversgezag'.
- Op 1 mei 2016 is de VAR-garantie afgeschaft met de Wet DBA.
- De Belastingdienst heeft de primaire bewijslast maar deze *kan* verschuiven naar de opdrachtgever: dossiers die duiden op een opdrachtovereenkomst vormen de eerste en de beste verdediging!



# Verlenging Transitieperiode tot 1 januari 2018

- Belastingdienst: "de rust is weergekeerd".  
  
☺ Dat staat in een brief aan de Tweede Kamer (7 2 2017) en tevens dat op een verklarende brief aan alle ex-VAR houders nul reacties zijn gekomen (brief door mij ontvangen op 14 2 2017).
- De Transitieperiode dient (officieel) voor bedrijfsbezoeken door de Belastingdienst opdat u uw werkwijze kunt aanpassen aan een werkwijze uit een modelovereenkomst.
- De Belastingdienst handhaaft niet, tenzij sprake is van 'kwaadwillendheid'; u moet dus voorkomen dat u daarvan wordt beticht.

# Wat is kwaadwillendheid?

- Staatssecretaris op 25 november 2016:  
"een kwaadwillende is iemand die handelt uit listigheid, valsheid of samenspanning. Het aantal kwaadwillenden is 'ordegrootte' 10 gevallen".
- Staatssecretaris op 8 december 2016 :  
"U bent kwaadwillend als u opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan, omdat u weet – of had kunnen weten – dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking .....

De handhaving richt zich eerst op de ernstigste gevallen: situaties waarin partijen evident buiten het wettelijk kader treden.....

Dus gevallen waarin opdrachtgevers opereren in een context van **opzet**, fraude of zwendel. Denk aan situaties van listigheid, valsheid of samenspanning en situaties die leiden tot ernstige concurrentievervalsing, economische of maatschappelijke ontwrichting of waarin het risico aanwezig is van uitbuiting".

# Wat is kwaadwillendheid?

- De uitgebreide definitie van kwaadwillendheid staat ook in het 'Handboek loonheffingen' 2017 (hoofdstuk 1.1.6., bij **Let op!**)
- Op 13 december 2016 eiste de Tweede Kamer dat vóór 1 februari 2017 de eerste resultaten van de handhaving zouden worden gerapporteerd.
- Brief aan de Tweede Kamer van 3 februari 2017: er zijn zeven (!) kwaadwillenden getraceerd in verschillende sectoren.

# Wat is kwaadwillendheid?

Belastingdienst over docenten NOB/SOB:

"Ik heb op dit moment nog geen inhoudelijk oordeel gegeven over de door u geschetste werkwijze. Zoals u weet zal de Belastingdienst tot 1 januari 2018 geen naheffingen opleggen, behalve aan kwaadwillenden. U geeft in uw mail aan dat u de NOB niet als kwaadwillende ziet. Ik begrijp dat u uw situatie heeft getoetst aan de definitie. U zult begrijpen dat ik hier geen oordeel over kan geven. Wel staat het u vrij om op basis van uw eigen beoordeling het onderzoek naar een mogelijke herijking van het begrippenkader af te wachten. U kunt dan op een later moment beslissen of u alsnog een dan wel meerdere overeenkomsten wenst voor te leggen".

# Goedwillendheid van de Belastingdienst?

- Veel belastinginspecteurs spreken zich niet uit over een casus
- Anderen zoeken naar slakken en leggen daar gretig zout op
  - In uw model staat dat de *opdrachtnemer u desgevraagd op de hoogte moet houden van de voortgang van de werkzaamheden*. Zijn opdrachtgever en opdrachtnemer wel gelijkwaardige partijen?
  - In uw model mag de opdrachtnemer zich *na voorafgaande toestemming* laten vervangen; dat is geen vrije vervanging
  - Wat bedoelt u ermee dat de opdrachtnemer kennelijk gehouden is aan aanwijzingen gevolg te geven?
  - Uw model kent een Gedragscode voor ZZP'ers. Gezagsverhouding?
- De zweep knalt! Over rondleiders (ZZP'ers) in een museum: "Er is een gezagsverhouding WANT zij moeten een bepaald verhaal afsteken en DUS is er inhoudingsplicht. Punt uit".

# Ervaringen met modelovereenkomsten

- Regering: "Modelovereenkomsten zijn alleen voor twijfelgevallen".
- Rapport KvK 13 2 2017: na onderzoek onder ZZP'ers blijkt dat bijna 100% denkt dat een modelovereenkomst VERPLICHT is
- Welk model moet u hebben? Op de website van de Belastingdienst staan (nu) ongeveer 80 modelovereenkomsten (6 algemene, 60 sectorale, 11 individuele modelovereenkomsten):
  - zij zijn lastig toegankelijk (vaktechnische en uitgebreide toelichtingen, soms ca. 20 blz.)
  - zij sluiten niet aan bij de werkzaamheden (dus risico dat werkzaamheden gaan afwijken)
  - het zijn er veel te veel

# Ervaringen met modelovereenkomsten

(ca. 60 sectorale modellen)

- **Bouw**
  - Aanneming van werk (7)
  - Geen werkgeversgezag (4)
- **Kunst, cultuur, amusement, media**
  - Geen werkgeversgezag (12)
- **Gezondheidszorg en welzijnszorg (20)**
- **Horeca, catering, sport en recreatie**
  - Geen verplichting tot persoonlijke arbeid (1)
- **ICT**
  - Geen werkgeversgezag (1)
- **Landbouw en visserij**
  - Geen werkgeversgezag (1)

# Ervaringen met modelovereenkomsten

(ca. 60 sectorale modellen)

- **Onderwijs**

- Geen werkgeversgezag (1)
- Geen verplichting tot persoonlijke arbeid (1)

- **Vervoer**

- Geen werkgeversgezag (1)
- Integrale beoordeling (1)

- **Zakelijke en persoonlijke dienstverlening**

- Geen werkgeversgezag (6)
- Geen verplichting tot persoonlijke arbeid (2)
- Geen werkgeversgezag én geen verplichting tot persoonlijke arbeid (1)
- Tussenkost (1)



# Ervaringen met modelovereenkomsten

- "In deze modelovereenkomst zijn de artikelen met de voorwaarden die van belang zijn bij het bepalen of er sprake is van een dienstbetrekking, **gemarkeerd...**"
- De niet- gemarkeerde artikelen kunt u aanvullen en aanpassen voor uw eigen situatie, mits dat niet in strijd is met de gemarkeerde artikelen; daardoor kan namelijk toch een arbeidsovereenkomst ontstaan.
- Opname van een concurrentie-, geheimhoudingsbeding of gedragscode is volgens sommige inspecteurs fataal omdat die bedingen vaak in arbeidsovereenkomsten staan.

## Ervaringen met modelovereenkomsten

- In HFD van 30 november 2016 stelt H. Zwinkels namens de Belastingdienst: *"De Wet DBA doet gewoon zijn werk...Veel branches en grote bedrijven houden hun werkwijze tegen het licht. Nu de deken van de VAR is weggetrokken wordt meer en meer duidelijk wat wel en niet buiten een dienstbetrekking kan."*
- De Belastingdienst gaat volgens H. Zwinkels dan ook rustig verder met het beoordelen van modelovereenkomsten. Er waren eind november 2016 6400 modellen ingediend, waarvan er nog 1900 openstonden.
- Wat H. Zwinkels er niet bij zei: bijna alle voorgelegde modellen werden afgekeurd en soms wel meerdere keren achtereen.

## Evident ondernemerschap

- Volgens de regering zal in veel gevallen evident sprake zijn van ondernemerschap; dan geldt de Wet DBA niet en is er dus geen inhoudingsplicht.
- Bij evident ondernemerschap is dus ook geen modelovereenkomst nodig.
- De gemiddelde opdrachtgever kan lang niet altijd met zekerheid beoordelen of iemand die zich presenteert als 'ondernemer' ook als zodanig is erkend door de Belastingdienst.

## Evident ondernemerschap

- *Rechtbank Gelderland 9 februari 2017* ECL:NL:RBGEL:2017.666: ZZZP'er had maar twee opdrachtgevers in twee jaar; geen debiteurenrisico omdat gedeclareerde uren direct betaald werden door financieel gezonde bedrijven.
- Volgens de rechtbank ondernemerschap want:
  - ZZZP'er had een arbeidsongeschiktheids- en aansprakelijkheidsverzekering;
  - ingeval van ziekte en vakantie had hij geen inkomsten;
  - gewerkte uren werden niet zonder meer uitbetaald;
  - ZZZP'er had meerdere opdrachten *kunnen* verkrijgen;
  - het is niet noodzakelijk dat gelijktijdig voor meerdere klanten wordt gewerkt;
  - contracten konden tussentijds opgezegd worden.

# Evident ondernemerschap

(geen zelfstandigheid volgens de staatssecretaris)

- vervanging mag niet of alleen met toestemming van de opdrachtgever;
- er is een verplichting tot het betalen van loon;
- de opdrachtgever geeft leiding en houdt toezicht op het werk;
- de opdrachtgever geeft aanwijzingen over representativiteit, omgang met klanten, werktijden, kenbaarheid middels bedrijfskleding, logo's op vervoermiddelen, visitekaartjes
- de opdrachtgever behandelt klachten over (het werk van) de opdrachtnemer;
- de uitbestede werkzaamheden vormen een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering;

# Evident ondernemerschap

(geen zelfstandigheid volgens de staatssecretaris)

- de opdrachtnemer mag niet voor verschillende opdrachtgevers tegelijk werken;
- de opdrachtnemer krijgt doorbetaald bij ziekte of vakantie;
- de opdrachtnemer hoeft het werk niet gratis opnieuw te doen of gratis aan te passen als het niet voldoet aan de overeenkomst;
- de opdrachtgever bepaalt de hoogte van de beloning voor de werkzaamheden;
- de opdrachtgever is aansprakelijk voor de schade die een opdrachtnemer veroorzaakt;
- de opdrachtnemer heeft geen beroepsaansprakelijkheidsverzekering;
- de opdrachtgever zorgt voor gereedschappen, hulpmiddelen en materialen.

# Is payroll, uitzending of bemiddeling een oplossing?

- De Belastingdienst zegt: *"U hoeft geen modelovereenkomst te gebruiken maar doet u dat bij voorkeur wel"*
- De staatssecretaris: *"Na 1 januari 2018 zal iedereen 'op de werkvloer' gecontroleerd worden en zal er streng gehandhaafd worden"*.  
(? Ook al gaan er 5000 mensen weg bij de Belastingdienst??)
- Door dergelijke waarschuwingen blijven veel opdrachtgevers twijfelen; zij schakelen payrollbedrijven, uitzendbureaus of intermediairs (bemiddelaars) in.
- *Hoge Raad 4 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2496): "Payroll is uitzending"*

# Is payroll, uitzending of bemiddeling een oplossing?

- Bij uitzending of payroll staat een ZZP'er **fictief** in dienst van de *uitzender*; de uiteindelijke opdrachtgever loopt geen risico
- Bij *bemiddeling* kan de uiteindelijke opdrachtgever risico lopen
- De grens uitzending/bemiddeling is vaak lastig (thuiszorg!)
- Staatssecretaris: *"Bij bemiddeling legt een intermediair contact met opdrachtgevers en treedt geheel terug; bij uitzending sluiten intermediair én opdrachtgever (??) contracten met ZZP'ers"*
- In het model 'Bemiddeling' (nr. 9051625886 | 21 – 03 – 2016) treedt de intermediair echter **niet** volledig terug: hij mag factureren en zelfs het honorarium voorschieten (??)



# Is payroll, uitzending of bemiddeling een oplossing?

- Bij uitzending van een evidente ondernemer is (er geen 'echte' arbeidsovereenkomst en is) volgens de Wet LB de uitzendfictie niet van toepassing
- Criteria *Rb. Leeuwarden 2 september 2010* (thuiszorg casus):
  - Wie wijst cliënten/patiënten toe?
  - Wie factureert?
  - Wie incasseert de betalingen?
  - Wie regelt vervanging en waarneming?
  - Wie stelt het uurtarief vast?
  - Zijn er intakegesprekken met thuiszorgmedewerkers
  - Houdt de thuiszorginstelling toezicht op de kwaliteit?
  - Adverteert de verpleegkundige?

# Is payroll, uitzending of bemiddeling een oplossing?

- *Hof Leeuwarden 15 mei 2012, nr. BL 11/00202:*

Verpleegkundige stond in het BIG-register en was tevens parttime in dienst van een ziekenhuis. Daarnaast werkte zij via een bemiddelingsbureau voor particulieren.

*Uitspraak:* "Geen 'uitzending' want zij is ondernemer"

Niet relevant werd geacht:

- werken via een bemiddelingsbureau, die bovendien de facturering verzorgde (en die dus niet terugtrad)
- vaste uurtarieven omdat tarieven in de medische sector bijna altijd bepaald worden door anderen.

## Helpt een G-rekening?

- Een G-rekening kan zinvol zijn in uitzendsituaties, i.e. 'inlening' ex art. 34 Wet Inv. 1990:  
*Als een werknemer in dienstbetrekking staat en door zijn inhoudingsplichtige, de uitlener, ter beschikking is gesteld aan een derde, de inlener, om onder diens toezicht of leiding te werken zijn, is de inlener hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting die de uitlener verschuldigd is.*
- Art. 34, lid 3, Inv. 1990 geeft **bij 'inlening/uitzending'** volledige vrijwaring voor een op de G-rekening gestort bedrag
- Meestal is dat het geschatte bedrag van de loonheffingen
- Een G-rekening heeft dus geen zin bij een 'bemiddeling' of bij een rechtstreekse overeenkomst met een opdrachtnemer.

# Wat gaat er gebeuren?

Interview Gerrard Boot 30 november 2016

- *"Aan de hand van drie criteria bepalen of sprake is van ondernemerschap of werknemerschap:*
  - *de kernactiviteiten van het bedrijf (een zzp'er die langdurig kerntaken uitvoert, zit waarschijnlijk in een schijnconstructie);*
  - *de duur van de opdracht;*
  - *het tarief van de ZZP'er (hoge tarieven wijzen op een mindere mate van afhankelijkheid)*
- *Een ZZP'er die bij een bank €75 per uur rekent, kan rondkomen en zich verzekeren. De Belastingdienst moet daar geen probleem van maken.*
- *Niet wachten op de arbeidsmarktvisie van een nieuw kabinet. Dan zijn we zo twee jaar verder".*

# Wat gaat er gebeuren?

De staatssecretaris op 7 december 2016:

- *"Van de aanbevelingen van de Commissie Boot heb ik de volgende adviezen overgenomen:*
  - *een bijsluiter bij de algemene overeenkomsten*
  - *een beleidsbesluit over de wijze waarop de Belastingdienst met modelovereenkomsten omgaat*
  - *meer duidelijkheid wanneer het gebruik van een modelovereenkomst niet nodig is*
  - *alleen bij fraude of evidente afwijking handhaving".*
- Niet/nog niet overgenomen:  
*Objectieve criteria in de Wet LB waardoor de koppeling tussen het identieke begrip dienstbetrekking uit art. 2, lid 1, Wet LB en het arbeidsrecht wordt losgelaten.*

## Wat gaat er gebeuren?

- Regering: *"Dergelijke criteria zijn mogelijk een oplossing om duidelijk te maken wanneer sprake is van de afwezigheid van een dienstbetrekking. Maar anderen zien liever structurele oplossingen vanuit de herijking van het arbeidsrecht"*.
- Het vorige kabinet wilde daarom eerst het onderzoek naar de begrippen 'gezagsverhouding' en 'vrije vervangbaarheid' afwachten (herijking van het arbeidsrecht)
- Verdere verlenging van de Transitieperiode wordt niet uitgesloten.
- Dat zal ruim vóór 1 januari 2018 worden gecommuniceerd

# ONTSLAGSITUATIES

## RVU: Non activiteit

- Standpunt Belastingdienst sinds jaar en dag: als er geen 'uittreden' is kan er geen RVU zijn
- Verlofstuwmeer en compensatie overwerk leidde tot 4 jaar eerder stoppen met werken maar er was geen formeel ontslag/RVU
- *Hoge Raad van 13 mei 2016 (ECLI:NL:HR:2016:827)*  
Voortgezet dienstverband (met non activiteits-verlof) berustte op een reorganisatie. De werknemers konden (vrijwillig) van het non activiteits-verlof gebruikmaken tot het moment waarop zij de pensioenleeftijd/AOW-leeftijd bereikten.  
Geen formeel 'uittreden' maar toch een RVU omdat deze regeling alleen openstond voor werknemers van 57 jaar en ouder (leeftijdgerelateerd).



## RVU: vrijwillige vertrekregelingen

*Hof Den Bosch 18 november 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:5158):*  
Voor boventallige werknemers was het afspiegelingsbeginsel toegepast. Het sociaal plan bevatte ook een vrijwilligers- en plaatsmakersregeling. De werkgever mocht verzoeken voor toepassing daarvan weigeren.

*Hof: "als een regeling ertoe strekt om alle werknemers, ongeacht hun leeftijd, een mogelijkheid te bieden om vrijwillig het dienstverband te beëindigen is er geen RVU".*

Ten overvloede overwoog het hof: *"het is de werknemer niet verboden om na het ontslag andere werkzaamheden te verrichten noch leiden eventuele inkomsten tot korting van de beëindigingsvergoeding".*

# Voorwaarden voor belastingvrije immateriële schadevergoedingen

- *HR 29 juni 1983, nr. 21.435, (ECLI:NL:HR:1983:AW9439):*  
Een werkgever moest smartengeld betalen wegens een ongeval.  
*"Deze immateriële schadevergoeding vindt niet zozeer haar grond in de dienstbetrekking dat zij als daaruit genoten geldt."*
- In ontslagsituaties moet aannemelijk zijn dat smartengeld niet (deels) de prijs is die een werkgever betaalt voor ontbinding of een tegenprestatie is voor verrichte werkzaamheden.
- *HR 14 april 1993, nr. 28.975 (ECLI:NL:HR:1993:ZC5323):*  
Psychisch leed is inherent is aan de afwikkeling van een dienstbetrekking door onvrijwillig ontslag en dat rechtvaardigt op zichzelf nog geen belastingvrij smartengeld.

# Voorwaarden voor belastingvrije immateriële schadevergoedingen

- *HR 6 juli 1994, nr. 29.851, (ECLI:NL:HR:1994:ZC5710)*  
Aantasting van eer en goede naam kan eventueel leiden tot een belastingvrij smartengeld
- *HR 20 november 2015, nr. 15/00199 (ECLI:NL:HR:2015:3310)*  
Er moet aantoonbaar sprake zijn van schade.  
Louter papier is daarvoor te geduldig, zeker als de kantonrechter er niet eens naar keek.  
Deze uitspraak is letterlijk voer voor psychologen.
- *A-G bij HR 9 november 2016 (ECLI:NL:PHR:2016:1130)*  
"Smartengeld aan politieagent dient een publiek belang en is daarom naar maatschappelijke opvattingen geen belaste beloning, ook niet als de werkgever de schadevergoeding overneemt"

# Fiscale actualiteiten Nagekomen vragen?

Bij de borrel ben ik graag voor u beschikbaar

*Of*

Stuurt u even een mailtje naar [gwbvanwesten@gmail.com](mailto:gwbvanwesten@gmail.com)

[www.gerardvanwesten.eu](http://www.gerardvanwesten.eu)

**DANK VOOR UW KOMST**