

Niet verplicht, wel persoonlijk

Voor een echte dienstbetrekking is onder meer vereist dat de werknemer zich verplicht om de bedongen arbeid persoonlijk te verrichten. Voor de fictieve dienstbetrekking van een gelijkgestelde is zo'n verplichting niet nodig, voldoende is dat de arbeid feitelijk persoonlijk wordt verricht, aldus Advocaat-Generaal Niessen.

X bv (X) huurt in 2005 Slowaakse ijzervlechers in voor haar projecten. De inspecteur meent dat de ijzervlechers in (fictieve) dienst zijn bij X en legt een naheffingsaanslag en vergrijpboete op. Rechtbank Gelderland vernietigt de vergrijpboete maar laat de naheffingsaanslag in stand.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat geen sprake is van een dienstbetrekking.¹ Volgens het hof blijkt uit de overeenkomst van onderaanneming tussen X en de ijzervlechers dat deze zich alleen mogen laten vervangen met uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van X. Maar volgens X wordt in de praktijk nooit om toestemming gevraagd, omdat het er enkel en alleen om gaat dat het werk op tijd wordt opgeleverd. Het hof concludeert op grond hiervan dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat de ijzervlechers verplicht zijn om de arbeid persoonlijk te verrichten. Omdat de inspecteur ook niet aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een gezagsverhouding, is geen sprake van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, aldus het hof. Ook is er volgens het hof geen sprake van een fictieve dienstbetrekking in de zin van artikel 4 aanhef en letter e, Wet LB 1964 juncto artikel 2c lid 1 Uitvoeringsbesluit LB 1965. De inspecteur heeft immers niet aannemelijk gemaakt dat de ijzervlechers verplicht zijn de arbeid persoonlijk te verrichten, aldus het hof. De staatssecretaris van Financiën heeft cassatieberoep ingesteld.

Advocaat-Generaal Niessen concludeert tot gegrondverklaring van het cassatieberoep. De A-G meent dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom er geen sprake zou kunnen zijn van een echte dienstbetrekking. Bovendien heeft het hof een onjuiste maatstaf aangelegd bij de toetsing of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Het gaat er namelijk niet om of de ijzervlechers verplicht zijn om de arbeid persoonlijk te verrichten, maar enkel of de arbeid feitelijk persoonlijk wordt verricht. Dat blijkt volgens de A-G niet alleen uit de wetsgeschiedenis, maar ook uit de rechtspraak. De Hoge Raad oordeelde al op 5 november 1980 dat niet van belang is of degene die de arbeid

verricht daartoe jegens de opdrachtgever gehouden is.² De Centrale Raad van Beroep volgt dezelfde lijn als de Hoge Raad. De uitleg van Hof Arnhem-Leeuwarden wijkt af van de lijn van de Hoge Raad en vertoont gelijkenis met twee uitspraken van hof Amsterdam uit 2011 en 1973.³

Volgens de A-G zal het verwijzingshof moeten beoordelen of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking en als dat

‘Het gaat er enkel om of de arbeid persoonlijk wordt verricht, niet of dat verplicht is’

niet het geval is, of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. In dat verband zal ook moeten worden onderzocht of de ijzervlechers de arbeid verrichten in het kader van een zelfstandig uitgeoefend beroep of bedrijf.

BRON: Conclusie A-G Niessen 31 mei 2016, zaaknummer 16/0037, ECLI:NL:PHR:2016:501

Opmerkelijk is dat het hof in deze zaak zo duidelijk afwijkt van de lijn van de Hoge Raad. Het gaat hier overigens niet om vaststelling van feiten, maar om de uitleg van een wettelijke bepaling. Afgaande op de conclusie van de A-G is de uitleg van het hof onjuist en ligt cassatie en verwijzing in het verschiet. ◀

Noten:

- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2015, nr. 13/01160, ECLI:NL:GHARL:2015:8874
- HR 5 november 1980, nr. 19 348, ECLI:NL:HR:1980:AW9868
- Zie Conclusie A-G, onderdeel 5.14 t/m 5.16