

## Wet DBA: van kopje koffie tot boete

De onduidelijkheid omtrent de wet deregulering arbeidsrelaties (Wet DBA) houdt de gemoederen al een ruime tijd bezig. Sinds 1 juli vindt handhaving van deze wet plaats bij kwaadwillendheid. Om daaraan invulling te geven heeft de Belastingdienst deze zomer het Toezichtsplan Arbeidsrelaties gepresenteerd. Daarin is aangekondigd dat ongeveer 100 opdrachtgevers worden bezocht. Opvallend is dat de doelstelling tweeledig is. Het vernemen van praktijkervaringen die bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving kunnen worden gebruikt én tegelijkertijd wordt toezicht gehouden op de kwalificatie van de arbeidsrelatie waarbij, indien kwaadwillendheid aanwezig is, handhavend wordt opgetreden. Dit kan resulteren in boeten of zelfs een strafrechtelijk traject.

Uit het Toezichtsplan blijkt dat de Belastingdienst bij een bezoek aan een opdrachtgever in gesprek gaat over de werkwijze met opdrachtnemers. Daarbij wordt nagegaan hoe de arbeidsrelaties zijn vormgegeven en wordt gevraagd naar praktijkervaringen die gebruikt kunnen worden bij het ontwikkelen van nieuwe wetgeving.

### Dit verkennende gesprek dat doorgaans relaxed onder het genot van een kopje koffie begint, kan echter omslaan naar een onderzoek dat tot naheffingsaanslagen met boeten kan leiden.

Indien tijdens het bedrijfsbezoek een vermoeden ontstaat dat sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking én kwaadwillendheid wordt namelijk een nader onderzoek ingesteld. Dit nader onderzoek kan leiden tot handhaving. Volgens het Toezichtsplan vindt handhaving plaats als de inspecteur bewijst dat cumulatief aan de volgende drie eisen is voldaan:

- Er is sprake van een (fictieve) dienstbetrekking.
- Er is sprake van evidente schijnzelfstandigheid.
- Er is sprake van opzettelijke schijnzelfstandigheid (kwaadwillendheid).

Bij de beoordeling of een (*fictieve*) dienstbetrekking aanwezig is zal met name discussie ontstaan over de vraag of een gezagsverhouding aanwezig is.<sup>1</sup> Daarbij is zowel de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer relevant als de wijze waarop de werkzaamheden feitelijk worden verricht. De beoordeling of sprake is van een gezagsverhouding is geen sinecure. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de recente uitspraak van rechtbank Amsterdam<sup>2</sup> met betrekking tot een opdrachtnemer van Deliveroo. De rechtbank oordeelde op basis van de tekst van de overeenkomst en de wijze waarop daaraan feitelijk invulling was gegeven, dat geen gezagsverhouding aanwezig was en geen arbeidsovereenkomst was gesloten.

Ook moet de inspecteur bewijzen dat sprake is van *evidente schijnzelfstandigheid*. Er is niet toegelicht wat hiermee wordt bedoeld. *Evidente* betekent volgens het Van Dale woordenboek: duidelijk, zonneklaar. Dat sprake is van schijnzelfstandigheid moet er dus dik bovenop liggen.

---

<sup>1</sup> Onder privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van de wet LB moet de civiele arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW worden verstaan. Dit houdt in dat een opdrachtgever per arbeidsrelatie moet toetsen of sprake is van (a) een gezagsverhouding, (b) een verplichting om gedurende een bepaalde tijd persoonlijk arbeid te verrichten en (c) loonbetaling. De civielrechtelijke criteria voor een arbeidsovereenkomst zijn leidend voor de vraag of sprake is van een dienstbetrekking voor de loonheffingen (zie HR 6 december 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE4473](#), [BNB 2003/67](#) en HR 9 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BR6384](#), [BNB 2012/175](#)).

<sup>2</sup> Rechtbank Amsterdam, 23 juli 2018, [ECLI:NL:RBAMS:2018:5183](#).

De uitleg van *kwaadwillendheid* is in de Tweede kamer aan bod geweest.<sup>3</sup> De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de volgende definitie van kwaadwillendheid gegeven:

*“Kwaadwillend is de opdrachtgever of opdrachtnemer die opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan, omdat hij weet – of had kunnen weten – dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking (en daarmee een oneigenlijk financieel voordeel behaalt en/of het speelveld op een oneerlijke manier aantast).”*

Deze definitie is onduidelijk omdat allereerst wordt genoemd dat opzet vereist is. Vervolgens wordt dit begrip ingevuld met ‘weten’ of ‘had kunnen weten’. ‘Had kunnen weten’ is echter onvoldoende voor opzet. In het Toezichtsplan Arbeidsrelaties wordt toegelicht dat kwaadwillenden opdrachtgevers zijn ‘die opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laten ontstaan of voortbestaan’. De toevoeging ‘had kunnen weten’ wordt hier niet meer gegeven. Daaruit leiden wij af dat is ingezien dat voor opzet ‘had kunnen weten’ onvoldoende is en dat het vereiste voor kwaadwillendheid dus is, dat de opdrachtgever of opdrachtnemer willens en wetens een evidente situatie van schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan. Voor het bewijs dat sprake is van opzet gelden dan ons inziens de vereisten die voor opzet in het kader van beboeting gelden.

## Gelet op de onduidelijkheid over de aanwezigheid van een gezagsverhouding verwachten wij dat niet snel kan worden bewezen dat opzettelijk een evidente schijnzelfstandigheid is laten ontstaan.

De Staatssecretaris doelt op situaties waarin handige constructies worden bedacht om lonen te drukken en risico's af te wenden. Dat is uiteraard niet eenvoudig vast te stellen. Te meer nu er talloze redenen kunnen zijn om als zelfstandige te werken in plaats van in loondienst. Het probleem voor de overheid zit in het feit dat zelfstandigen minder belasting betalen dan werknemers en vaak slechter verzekerd zijn. Ons inziens kan de wetgever zich beter op die problemen focussen dan zelfstandigheid te willen aanpakken, maar dat terzijde.

De beoordeling of aan de drie vereisten voor handhaving is voldaan hangt sterk af van de feiten. Of een gezagsverhouding aanwezig is, wordt onder meer bepaald door de wijze waarop de werkzaamheden feitelijk worden verricht. Ook de beoordeling of sprake is van opzet, hetgeen voor kwaadwillendheid is vereist, hangt af van de feiten. Heeft de opdrachtgever willens en wetens een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laten ontstaan of voortbestaan? De wil van de opdrachtgever bij het aangaan van de werkzaamheden is van belang maar ook zijn wetenschap. Tijdens een verkennend gesprek kan informatie worden verstrekt die, indien tot handhaving wordt overgegaan, gebruikt kan worden voor de motivering van de aanwezigheid van een gezagsverhouding of opzet.

Vanwege de *tweeledigheid van het verkennend gesprek* is het van belang niet impulsief alle vragen uitgebreid te beantwoorden. Het is bijvoorbeeld van belang na te gaan of een verplichting tot het beantwoorden van de vragen aanwezig is. Dat is het geval als de vragen in het belang van de belastingheffing worden gesteld. Als beantwoording van de vragen kan leiden tot het meewerken aan een eigen veroordeling dan kan dat een reden zijn om de vragen niet te beantwoorden. Bij twijfel kan een pauze worden ingelast of worden verzocht

---

<sup>3</sup> [Kamerstukken II 2016/17, 34 036, nr. 44.](#)

de vragen schriftelijk te stellen zodat kan worden nagedacht voordat een vraag wordt beantwoord. Zo kan voorkomen worden dat onjuiste feiten worden verstrekt of dat wordt meegewerkt aan een eigen veroordeling. Alertheid bij het beantwoorden van de vragen is dus geboden.

Bovendien rijst de vraag in hoeverre boeten of strafrechtelijke sancties opgelegd kunnen worden indien de informatie is verkregen tijdens een bedrijfsgesprek. Verklaringen die tijdens zo'n gesprek worden gegeven worden als wilsafhankelijk materiaal aangemerkt. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat wilsafhankelijk materiaal niet ten grondslag mag worden gelegd aan boeten of strafvervolging.<sup>4</sup> Het is dus van belang na te gaan of het bewijs waarop een boete of straf wordt gebaseerd daaraan wel ten grondslag kan worden gelegd of moet worden uitgesloten.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> HR 12 juli 2013, ECLI:[NL:HR:2013:BZ3640](#), NJ 2014/435, r.o. 3.8.

<sup>5</sup> Deze column is op vrijdag 31 augustus gepubliceerd op [Taxlive.nl](#)