

Zelfstandige of toch werknemer?

Mark Gerrits en Annemarieke Schulte

In de praktijk komt het steeds vaker voor dat muziekscholen worden verzelfstandigd en dat de arbeidsovereenkomst/aanstelling wordt omgezet in een opdrachtovereenkomst. Is er in zulke gevallen echt sprake van zelfstandigheid? In deze bijdrage zullen wij hierop ingaan.

Opdrachtovereenkomst of arbeidsovereenkomst?

In het Burgerlijk Wetboek staan deze twee overeenkomsten genoemd, de opdrachtovereenkomst in artikel 7:400 BW en de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW.

Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst is gelijk ook het arbeidsrecht van toepassing. Denk hierbij bijvoorbeeld aan doorbetaling bij ziekte, opzegtermijn en vakantie-dagen.

Hoe oordeelt de rechter bij een geschil?

Uitgangspunt bij de rechter is de bedoeling van partijen alsook de wijze waarop feitelijk uitvoering aan de afspraken worden gegeven.¹

Bij de bedoeling wordt gekeken hoe de overeenkomst tot stand is gekomen. Bijvoorbeeld door de emailwisseling voor de tot standkoming van de overeenkomst hierover mee te nemen in de beoordeling. Uiteraard wordt ook gekeken naar de inhoud van de opdrachtovereenkomst.

Bij de feitelijke uitvoering wordt gekeken of de opdrachtnemer daadwerkelijk vervangen mocht worden door een derde als ook of bij ziekte wordt doorbetaald. Ook wordt beoordeeld of de opdrachtnemer daadwerkelijk de vrijheid had om zijn opdracht zelf in te vullen of dat er toch sprake was van allerlei regels opgelegd door de opdrachtgever. In dat laatste geval is uiteraard toch sprake van een arbeidsovereenkomst (ofwel werknemer) ondanks dat een opdrachtovereenkomst door partijen is bedoeld.

Arbeidsovereenkomst

Er is sprake van een arbeidsovereenkomst (ofwel werknemer) indien aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:

- de werknemer is verplicht de afgesproken werkzaamheden zelf uit te voeren. Dit betekent dat je als werknemer niet het recht hebt om je door een derde te laten vervangen zonder toestemming van de werkgever;
- tussen de werknemer en de werkgever is sprake van een gezagsverhouding. De werkgever is hierdoor gerechtigd om aanwijzingen te geven over het werk van de werknemer en/of regels op te stellen die in het algemeen in het bedrijf gelden. Je bent dus als werknemer verplicht de opdrachten of aanwijzingen van je werkgever op te volgen;
- de werkgever betaalt aan de werknemer voor het verrichten van de werkzaamheden loon. Meestal is dat een geldbedrag, maar soms kan er ook sprake zijn van 'loon in natura' zoals een gratis maaltijd. De werkgever houdt op het loon de loonbelasting en premies werknemersverzekeringen in. Als werknemer heb je hierdoor recht op een uitkering bij werkloosheid en/of arbeidsongeschiktheid.

Opdrachtovereenkomst

Wil er sprake zijn van een opdrachtovereenkomst dan zijn onder meer de volgende punten van belang:

- de opdrachtnemer verricht zelfstandige arbeid binnen een vrij beroep of eigen onderneming en/of verricht incidentele arbeid voor wisselende opdrachtgevers;
- het staat je als opdrachtnemer vrij om je laten te vervangen door een derde. Wel kan worden afgesproken dat de vervanging dient te worden afgestemd met de opdrachtgever;
- de opdrachtgever heeft een beperkte mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen, er is geen sprake van een gezagsverhouding;
- bij de betaling is sprake van een honorarium, zonder dat belasting of werkgeverspremies worden afgedragen, op basis van een factuur.

In een recente uitspraak oordeelde de (kanton)rechter dat in het geval van een viooldocent die zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst verrichtte en deze werkzaamheden alleen zou kunnen behouden als hij als zelfstandige de werkzaamheden zou voortzetten, sprake was van een arbeidsovereenkomst in plaats van een opdrachtovereenkomst.

De kantonrechter was van mening dat de docent, die voor zijn inkomen afhankelijk was van de opdrachtgever, de opdrachtovereenkomst zodoende niet vanuit een maatschappelijke positie als vrij ondernemer is aangegaan, maar in feite onder dwang. Bovendien stelde de rechter vast dat aan de wijze waarop de docent zijn werkzaamheden verrichtte vervolgens niet was veranderd. Zo was de wijze waarop de opdrachtgever het rooster vaststelde ongewijzigd en was er nog steeds sprake van een gedetailleerde instructiebevoegdheid door de opdrachtgever.

Niet alleen de rechter kan bepalen of er wel of niet sprake is van een opdrachtovereenkomst (zelfstandige/werknemer). Ook de Belastingdienst

en het UWV kunnen deze afweging maken. De Belastingdienst doet dat weer op andere gronden dan de civielrechtelijke beoordeling door de rechter. Hierna zal hierop worden ingegaan.

VAR-wuo en Belastingdienst

Aan een docent die als zelfstandig ondernemer (ZZP-er) aan het werk gaat, en wordt ingehuurd door een lesinstelling zal om een afschrift van de VAR-wuo worden gevraagd.

Als het goed is zal de lesinstelling tevens een afschrift van een geldig legitimatiebewijs vragen en zullen afspraken zijn vastgelegd in een overeenkomst van opdracht.²

TIP: leden van de Ntb kunnen hun overeenkomst laten beoordelen.

Zoals eerder (Muziekwereld 2013, 4) is aangegeven bestaat – als een docent wordt ingehuurd door een lesinstelling om lessen te geven aan leerlingen van de lesinstelling – het risico dat niet meer helder is of er nu sprake is van zelfstandigheid of van een dienstverband.

De docent denkt: ik heb een VAR-

wuo, ik ben ‘veilig’.³ De instelling denkt: er is een VAR-wuo, dus ik hoef geen loonheffingen en/of premies in te houden en af te dragen. Maar is dat wel zo?

Van belang is dat de docent begrijpt dat de VAR-wuo – die hij zelf aanvraagt – slechts bedoeld is om de instelling zekerheid te verschaffen. De zekerheid dat de instelling geen loonadministratie behoeft te voeren en geen loonbelasting en premies werknemersverzekeringen hoeft in te houden en af te dragen. Maar die zekerheid is slechts een ‘schijnzekerheid’. De belastingdienst heeft namelijk bij het opstellen van de regels rond het al dan niet kunnen hanteren van een VAR-wuo voor zichzelf beoordelingsruimte gecreëerd.⁴

Belangrijk in dit verband is het volgende citaat:

“De Belastingdienst heeft de mogelijkheid om de gegevens van de aanvraag met andere gegevens te vergelijken en onderzoekt het gebruik van de afgegeven verklaringen. Indien blijkt dat de inkomsten anders moeten worden beoordeeld dan waarvan bij de afgifte van de VAR is uitgegaan dan kan de

Verskil opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst

Op de opdrachtovereenkomst is in tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst het arbeidsrecht niet van toepassing. Hierdoor kunnen partijen vrijelijk afspraken met elkaar maken over de inhoud en de uitvoering van opdracht, betaling en de wijze van beëindiging. Let op! Zo kan de opdrachtovereenkomst te allen tijde worden opgezegd. De opdrachtnemer heeft in dat geval weliswaar recht op betaling van loon voor de verrichte werkzaamheden, maar het verkrijgen van een aanvullende (schade) vergoeding is vaak moeizaam. De arbeidsovereenkomst daarentegen kan alleen worden beëindigd door een ontslagvergunning van het UWV*, met wederzijds goedvinden of door tussenkomst van de kantonrechter. Ook belastingtechnisch is er een groot verschil tussen de opdrachtovereenkomst (ofwel zelfstandige) en de arbeidsovereenkomst

* Let op: een werkgever heeft voor het doen eindigen van de arbeidsovereenkomst met docerend personeel geen (voorafgaande) ontslagvergunning van het UWV nodig: hij kan de arbeidsovereenkomst simpelweg opzeggen.

(ofwel werknemer). De opdrachtgever dient de opdrachtnemer voor zijn werkzaamheden te betalen maar geen loonbelasting of werkgeverpremie af te dragen. De opdrachtnemer is zelf verantwoordelijk voor de afdracht van belasting. Dit betekent dat de opdrachtnemer geen recht heeft op een uitkering bij beëindiging van de opdracht of bij arbeidsongeschiktheid. Als opdrachtnemer moet je jezelf dus verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid. Een ander kenmerkend verschil is of er sprake is van een enkele aanwijzingen of van een werkgeversgezag. In de praktijk is dat verschil niet altijd makkelijk vast te stellen. Hierdoor komen regelmatig geschillen bij de rechter of de overeenkomst van opdracht wel daadwerkelijk een overeenkomst van opdracht is en geen arbeidsovereenkomst.

Het zal niet verbazen dat een dergelijke procedure vaak door de opdrachtnemer wordt aangespannen als hij/zij ziek wordt (en geen fee ontvangt) of als de opdrachtovereenkomst tegen de zin van de opdrachtnemer wordt beëindigd.

Belastingdienst de verklaring herzien of bij een hernieuwde aanvraag een andere VAR afgeven.

Bij een herziening van de VAR is de opdrachtnemer verplicht dit aan zijn opdrachtgever mede te delen. De opdrachtgever mag dan niet langer meer uitgaan van de rechtsgevolgen verbonden aan de vervangen verklaring. Indien door de Belastingdienst wordt geconstateerd dat voor een bepaalde opdracht een niet geldige VAR is gebruikt of wanneer een VAR is gebruikt voor andere werkzaamheden dan die staan vermeld op de VAR of wanneer de VAR is vervalst, zal een inhoudelijke beoordeling plaatsvinden. Mocht er sprake zijn van een (fictieve-) dienstbetrekking, dan zal naheffing plaatsvinden van loonheffingen en kan er een boete worden opgelegd.”

De Belastingdienst heeft dus alle ruimte en vrijheid om te kunnen beoordelen of – kort gezegd – ‘de VAR-wuo de lading dekt’.

En .. (daarin schuilt de onzekerheid voor de docent) de beoordeling door de Belastingdienst is in het algemeen altijd: achteraf!

Niet dekkende VAR-wuo: hoezo?

Vooraf is van belang dat de docent zich realiseert dat de lesinstelling bij het aangaan van een arbeidsrelatie – als mogelijke werkgever – de eerst verantwoordelijke is om vast te stellen of er sprake is van een dienstbetrekking.⁵ Is de conclusie dat wel sprake is van een ‘dienstbetrekking’ en wordt door de lesinstelling toch aangedrongen op het gebruik van een VAR-wuo, dan wordt deze ‘te kwader trouw’ gebruikt. Maar ook in situaties dat een VAR-wuo niet te kwader trouw wordt gebruikt, kan tóch de belastingdienst – achteraf – concluderen dat niet sprake is van een ‘VAR-wuo die de lading dekt’.

Het gaat daarbij om situaties waarbij – door de beoordeling van de feitelijke situatie en omstandigheden waaronder de docent zijn werkzaamheden verricht ten behoeve

van de lesinstelling – de relatie tussen de lesinstelling en de docent zich laat kwalificeren als ‘privaatrechtelijke dienstbetrekking’.

Wij geven een aantal voorbeelden van situaties waarbij een VAR-wuo wordt gebruikt, maar waarbij je de vraag kan stellen of bij een beoordeling door de Belastingdienst deze alsnog concludeert tot een ‘privaatrechtelijke dienstbetrekking’.⁶ (Met als mogelijk gevolg: naheffing van loonbelasting en/of premies werknemersverzekeringen te vermeerderen met een boete!)

Voorbeeld 1

De docent geeft les bij een lesinstelling op basis van een overeenkomst van opdracht met (geldige) VAR-wuo. Bij de instelling werken collega-docenten die dezelfde soort van lessen geven aan ongeveer dezelfde groepen van leerlingen: zij zijn bij de instelling in dienst.

Voorbeeld 2

De docent geeft les bij een lesinstelling op basis van een overeenkomst

van opdracht met (geldige) VAR-wuo. Bij de instelling werken een coördinator, een (les)administratie en een directeur (allen in dienstbetrekking). Geen van de docenten die voor de instelling werkt heeft een dienstbetrekking, maar 1 van de docenten is volledig afhankelijk van zijn inkomen van de betreffende instelling. Kort gezegd: hij heeft 1 opdrachtgever.

Voorbeeld 3

Hetzelfde als hiervoor, maar dan dat er docenten zijn die wel in dienst zijn en hun muzieklessen geven aan groepen kinderen op basis- of middelbare scholen. Voorts zijn er de docent(en) (met VAR-wuo) die de individuele muzieklessen verzorgen.

Voorbeeld 4: frontverandering

Wij maken geregeld mee dat docenten die eerst in dienst zijn van de instelling, na ontslag als zelfstandige ten behoeve van de instelling kunnen blijven werken. Er worden lokalen ter beschikking gesteld, de lesroosters worden ingevuld, de leerlingen blijven

BTW-aspect

In het algemeen zijn docenten bekend met het feit dat er een onderscheid is – bij het in rekening brengen van het lesgeld – voor zover dit betrekking heeft op leerlingen onder dan wel vanaf 21 jaar. Aan de leerlingen vanaf 21 jaar dient omzetbelasting in rekening te worden gebracht, aan leerlingen onder de 21 jaar niet.

Maar hoe zit het met de docent die in opdracht van de lesinstelling lesgeeft aan de leerlingen (al dan niet 21 jaar of ouder) van de lesinstelling? Moet hij omzetbelasting in rekening brengen?

En zo ja: ook over het aantal uren dat hij ten behoeve van de lesinstelling, les geeft aan leerlingen van die instelling die jonger zijn dan 21 jaar?

De docent / ZZP-er is zelf ondernemer. Hij verricht een dienst ten behoeve van de lesinstelling.

De docent dient voor alle door hem gewerkte uren het uurtarief in rekening te brengen te vermeerderen met omzetbelasting: ongeacht of hij lesgeeft aan leerlingen boven of onder de 21 jaar.

Kan dat anders?

Ja, maar de lesinstelling zal dan aan de belastinginspecteur voorafgaande schriftelijke toestemming moeten hebben verkregen waaruit blijkt dat als de docent zijn diensten verricht (lesgeven) aan leerlingen onder de 21 jaar, het is toegestaan dat de docent die uren zonder BTW in rekening mag brengen aan de lesinstelling.⁹

nagenoeg dezelfde en de lesinstelling sluit de overeenkomsten met de leerlingen en de lesinstelling factuureert. Feitelijk verandert er niets in de feitelijke omstandigheden vóór en na de ontslagdatum!⁷

Frontverandering kan zich in het bijzonder voordoen als door een gemeente besloten wordt om de subsidie voor de lesinstelling zo vorm te geven (beter gezegd: af te knippen) dat slechts subsidie wordt verstrekt ten behoeve van het verzorgen van lessen in het basisonderwijs. Het individuele (met name: instrumentale) muziekonderwijs wordt ‘overgelaten aan de markt’.

De docenten worden – voorafgaande aan hun ontslag bij de lesinstelling – gestimuleerd om als ondernemer de lessen te gaan invullen: men krijgt zelfs ruimte op de ‘eigen website’ van de lesinstelling. De leerlingen blijven aan de lesinstelling verbonden.

De Centrale Raad van Beroep⁸ is hier duidelijk over: als de opdrachtnemer met betrekking tot hetzelfde soort van werkzaamheden die onder overeenkomstige condities worden verricht eerder in een privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft gestaan tot de opdrachtgever, dan is dit een sterke aanwijzing dat er opnieuw c.q. nog

steeds sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. En dus: aan een gebruikte VAR-wuo komt geen betekenis toe

Controle door de belastingdienst?

Er zijn door de overheid bij een controle door de Belastingdienst een aantal spelregels vastgesteld. Als ondernemer bent u verplicht om mee te werken aan de controle. Dat houdt het volgende in:

- U moet de controlerende medewerkers van de belastingdienst toegang geven tot het gebouw (in de regel: uw woning als uw onderneming op uw woonadres gevestigd is) waarin uw onderneming is gevestigd.
- U moet alle gegevens en inlichtingen

aan de belastingdienst verstrekken die voor de controle van belang kunnen zijn.

- U moet de belastingdienst inzage geven in uw administratie en toestaan dat er kopieën van worden gemaakt; dit geldt ook als het gaat om belasting en premies van een ander dan uzelf.
- U moet een identiteitsbewijs kunnen tonen.

Tip: een (boeken)controle vindt vrijwel nooit onaangekondigd plaats. Als er een controle wordt aangekondigd neem dan contact op met uw accountant of uw belastingadviseur. Vraag of deze kan aangeven of hij bij de controle aanwezig kan zijn en wat je vast kan klaarleggen.

Conclusie

Vaak worden docenten in dienstbetrekking tegen wil en dank gebombardeerd tot ‘cultureel ondernemer’, ZZP-er’ of anderszins. Tegen wil en dank omdat lesinstellingen in toenemende mate de gevolgen ondervinden van de bezuinigingen in het cultuurlandschap. Daarbij wordt – zoals een directeur van een instelling laatst zei – “in de loonkosten gesnoeid om cultuureducatie mogelijk te blijven maken”.

Wat je daar ook van vindt: als je gaat ondernemen, weet dan wat je onderneemt, en waar je aandacht voor moet hebben.

Mark Gerrits en Annemarieke Schulte zijn als jurist werkzaam bij de Ntb.

1 Van Houdt/BBO LJN: AZ1487

2 Let op: afhankelijk van de mate waarin de opdrachtgever (lesinstelling) aan de opdrachtnemer (docent) min of meer verdergaande instructie kan geven, speelt een rol bij de vaststelling (achteraf!) door de belastingdienst of tóch niet sprake was van een dienstbetrekking. Wij komen soms overeenkomsten tegen waarbij – tot op het niveau van voorschriften over ouderavonden – vooraf al volstrekt duidelijk is dat het niet gaat over ‘zelfstandigheid’ maar over ‘ondergeschiktheid’.

3 Voor de opdrachtnemer (docent) geldt dat hij niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen (WW, Ziektewet en WIA), waardoor er geen recht op uitkering bestaat als de docent ziek wordt of minder leerlingen les kan geven (feitelijk: werkloos raken).

4 Voor de geïnteresseerden, zie: <http://wetten.overheid.nl/BW/BR0014311>. Lees met name de Bijlagen I, II en III

5 We treffen passages aan in overeenkomsten waarbij de lesinstelling ook nog het risico van naheffing van de loonbelasting en premies bij de docent legt!

6 Er moet altijd éérs getoetst worden door de lesinstelling of er sprake is of kan zijn van een echte dienstbetrekking en vervolgens, als die toets oplevert dat er geen dienstbetrekking is, of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Als er een dienstbetrekking is, dan dient inhouding van loonheffing en premies werknemersverzekeringen plaats te vinden!

7 Met dien verstande dat de inkomsten van de docent ná ontslag in de regel aanzienlijk lager zullen zijn, terwijl hij tenminste hetzelfde aantal uren maakt.

8 Het hoogste rechtsprekende orgaan voor situaties waarin ter beoordeling is of er sprake is van privaatrechtelijke dienstbetrekking en de daarbij behorende verzekeringsplicht voor de opdrachtgever.

9 De docent doet er dus goed aan om bij de instelling een afschrift te vragen van die toestemming van de inspecteur en deze in zijn eigen administratie te bewaren. Dat laatste omdat bij een eventuele boekencontrole door de belastingdienst, de docent kan aantonen dat hij voor bepaalde diensten geen omzetbelasting in rekening heeft of behoefde te brengen.