

ANNOTATIE

De CRvB verbindt (verdere) consequenties aan fiscaal regime van rechtsbescherming. Annotatie bij CRvB 11 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4328

mr. dr. L. van den Berg

Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 11-11-2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4328 (SZR-2016-0371)

Inleiding

Sinds 1 januari 2006 heeft de belastingkamer van de Hoge Raad als gevolg van de Wet Financiering Sociale Verzekeringen (WSFV) het laatste woord als het gaat om de uitleg van het begrip dienstbetrekking in de werknemersverzekeringen. Sinds het arrest *De Gouden Kooi* is duidelijk dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van privaatrechtelijke dienstbetrekking, aangesloten wordt bij de door de Hoge Raad voor de uitleg van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek (BW) voorgeschreven benaderingswijze (HR 25 maart 2011, RSV 2011/166, m.nt. Van den Berg, ECLI:NL:HR:2011:BP3887). Dit betekent dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient mede acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Bij deze beoordeling speelt ook de maatschappelijke positie van de betrokken werker een rol.

Volgens de klassieke benadering van de CRvB, dat wil zeggen de benadering van voor de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming in 2006, had de bedoeling van partijen echter nauwelijks betekenis. Het voordeel van de klassieke, ook wel materiële benadering van de dienstbetrekking was dat die bestand is tegen zogenoemde rechtsvormenvlucht. Vof-constructies, tussenschuiving van een management-bv als

opdrachtnemer, franchise-, verhuur- en verkoopconstructies konden hierdoor zonder veel omhaal worden doorgeprikt.

De *Groen-Schoevers*-criteria bieden naar mijn mening voldoende ruimte om ontwijking van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen te bestrijden. Zo heb ik in een bespreking van het arrest *De Gouden Kooi* mijn bedenkingen opgeworpen bij de vraag of op het terrein van de sociale zekerheid, loonbelasting en arbeidsrecht de benaderingswijze van de arbeidsovereenkomst thans ook daadwerkelijk is geüniformeerd. Omdat ook volgens de civiele kamer van de Hoge Raad 'de werkelijke partijbedoelingen bepalend zijn', die (mede) zijn af te leiden uit de wijze van uitvoering aan de overeenkomst, bood de *Groen-Schoevers*-leer naar mijn mening de CRvB in het algemeen voldoende ruimte om de 'materiële werkelijkheid' bij de kwalificatie als dienstbetrekking de doorslag te laten geven (zie HR 25 maart 2011, RSV 2011/166, m.nt. Van den Berg, ECLI:NL:HR:2011:BP3887). Het arrest van 22 maart 2013 heeft echter al duidelijk gemaakt, dat de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming consequenties heeft voor de beoordeling van de aanwezigheid van een dienstbetrekking ten aanzien van de directeur-aandeelhouder (HR 22 maart 2013, USZ 2013/152). Uit de onderhavige uitspraak blijkt verder dat de CRvB ook gevolgen aan de overgang verbindt voor de benadering van arbeidsverhoudingen in familieverhoudingen. Een en ander impliceert dat bij de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming in bepaalde gevallen een ruimer begrip 'dienstbetrekking' geldend is. Op de implicaties hiervan wordt in het onderhavige commentaar dieper ingegaan.

Feiten

Betrokkene (de zoon) heeft een aanvraag gedaan om een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW). Het UWV heeft de zoon de WW-uitkering ontzegd omdat hij niet als werknemer zou kunnen worden beschouwd, aangezien er geen gezagsverhouding was tussen betrokkene en zijn wederpartij (de vader). De rechtbank heeft het beroep van betrokkene ongegrond verklaard. De rechtbank heeft bij haar beoordeling tot uitgangspunt genomen de rechtspraak van de CRvB waaruit volgt dat het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen een vader en een zoon in de regel niet aannemelijk is, omdat gewoonlijk de vereiste gezagsverhouding zal ontbreken. Het uitoefenen van werkgeverschap van vader over zoon kan alleen worden aangenomen als de omstandigheden van het geval hier duidelijk op wijzen. De rechtbank heeft die omstandigheden niet aanwezig geacht. De rechtbank heeft daarvoor ten eerste verwezen naar de aanstellingsbrief waarin als een van de taken is vermeld: het volledig leiden van *onze* bloemenwinkel. Voorts zijn in de aanstellingsbrief geen werktijden vermeld terwijl de zoon heeft verklaard dat hij 60 uur per week werkte. Er is verder geen regeling voor overwerk opgenomen, betrokkene heeft nooit loonstroken of een jaaropgave ontvangen en er zijn geen werkgevers- of werknemerspremies afgedragen. Ten slotte is niet aannemelijk geworden dat de vader ooit feitelijk instructies heeft gegeven.

In hoger beroep heeft de zoon gesteld dat wel is voldaan aan de vereisten van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De werkzaamheden werden persoonlijk verricht. Hij

ontving daarvoor een loon van € 2.000 per maand. Uit de bankafschriften blijkt dat dit loon daadwerkelijk is ontvangen; de werkgever en de betreffende maand worden genoemd. Volgens de zoon was het loon dat hij verdiende in de zesdaagse werkweek in overeenstemming met wat een andere bedrijfsleider in dezelfde situatie zou verdienen. Er was volgens hem geen aanleiding om de voortgang te bespreken en te evalueren.

Oordeel CRvB

Anders dan in het verleden neemt de CRvB niet langer tot uitgangspunt dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen ouder en kind in de regel niet aannemelijk is wegens het gewoonlijk ontbreken van de vereiste gezagsverhouding. Niet kan in zijn algemeenheid worden verondersteld dat daarvan in een arbeidsrelatie tussen ouder en kind geen sprake zal zijn. Dit dient in een concreet geval met inachtneming van alle voor het wel of niet aannemen van gezag relevante omstandigheden te worden beoordeeld. Ook bij een dergelijke arbeidsverhouding geldt als maatstaf voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, of gezegd kan worden dat degene die arbeid verricht aan een zeker gezag is onderworpen van de wederpartij en dat laatstgenoemde bevoegd is opdrachten en instructies te geven en om controle uit te oefenen op de voortgang en resultaten van het werk. Verwezen wordt naar de uitspraak van de Raad van 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3634.

De CRvB constateert dat in de gesloten overeenkomst een aantal wezenlijke onderdelen niet is geregeld. Zo is niet geregeld hoeveel uur de zoon werkzaam zal zijn, op welk moment het salaris zal worden betaald, zijn er geen afspraken over het aantal dagen vakantie of over vakantiegeld, is er geen regeling voor overwerk, is de opzegtermijn niet geregeld en zijn er geen bepalingen over loondoorbetaling tijdens ziekte of over ziekmelding en de begeleiding door de arbodienst. Daarnaast roept de uitwerking van de overeenkomst vragen op. Zo zijn er geen loonstroken, noch is een jaaropgave verstrekt. De betalingen van de € 2.000 per maand geschieden niet ten titel van loon of salaris en de betaler is op de bankafschriften niet als werkgever aangeduid. Werkgevers- of werknemerspremies voor de sociale verzekeringen zijn niet afgedragen. De zoon werkte naar eigen zeggen zestig uur per week, gedurende zes dagen per week. Vakantie heeft hij niet genoten.

Bij deze omstandigheden is van belang hoe het gestelde werkgeversgezag werd uitgeoefend. De brief van 30 november 2011 bevat daaromtrent geen bepalingen. Niet is beschreven van wie zoon opdrachten ontving of aan wie of hoe hij verantwoording diende af te leggen. De zoon heeft geen bewijs ingebracht van over hem uitgeoefend gezag en heeft verder niet toegelicht hoe het werkgeversgezag in de concrete situatie gestalte heeft gekregen. Ten slotte heeft hij niet aannemelijk gemaakt dat de vader, hoewel hij nooit van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, daar niettemin wel de mogelijkheid toe had. Gelet hierop heeft het Uvw zich terecht op het standpunt gesteld dat geen sprake was van gezag en dat daarom geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.

Commentaar

De onderhavige uitspraak maakt zoals gezegd duidelijk dat de CRvB consequenties verbindt

aan de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming voor de interpretatie van het begrip dienstbetrekking bij arbeidsverhoudingen in familierelaties. Ik gaf ook al aan dat de Hoge Raad in zijn arrest van 22 maart 2013 duidelijkheid heeft verschaft over de benadering van de arbeidsverhouding van de directeur-aandeelhouder. Uit het arrest volgt dat de Hoge Raad ten aanzien van de kwestie of een directeur-groootaandeelhouder in een ondergeschiktheidsverhouding tot de vennootschap werkzaam is, uitdrukkelijk niet afwijkt van de reeds in 1940 uiteengezette formele lijn (zie daaromtrent: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 203 e.v.). In het arrest van 22 maart 2013 overwoog de Hoge Raad dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling van de vraag of tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat, niet van belang is welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan die natuurlijke persoon kan geven. Of materieel sprake is van een gezagsverhouding is bij die beoordeling daarom niet relevant. De CRvB, die thans nog als hoogste feitenrechter op het terrein van het begrip dienstbetrekking in uitkeringszaken optreedt, blijkt gehoor te geven aan de formele lijn van de Hoge Raad. Zo oordeelde de CRvB eind 2013 ten aanzien van een bestuurder van een coöperatieve vereniging – met een verwijzing naar laatstgenoemd arrest – dat anders dan de Raad in het verleden heeft geoordeeld, een bestuurder van een (coöperatieve) vereniging onderworpen is aan het gezag van de algemene ledenvergadering (CRvB 5 juli 2013, *USZ 2013/310*, m.nt. Alink). Voor arbeidsverhoudingen in familierelaties stelt de CRvB – zonder uitdrukkelijke instructie van de Hoge Raad – zijn jurisprudentie bij.

In de klassieke jurisprudentie stelde de CRvB ten aanzien van onder meer de directeur-groootaandeelhouder en bij arbeidsverhoudingen tussen familieleden de eis van een zogenaemde ‘reële gezagsverhouding’. De CRvB achtte de beschikking over de feitelijke macht in de algemene vergadering van aandeelhouders onverenigbaar met de essentiële kenmerken van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, namelijk de gezagsverhouding en ondergeschiktheid (CRvB 4 oktober 1985, *RSV 1986/21*, m.nt. E.P. de Jong). In de klassieke jurisprudentie over familieverhoudingen gold als uitgangspunt dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen ouder en kind of kind en ouder in de regel niet aannemelijk is wegens het gewoonlijk ontbreken van de vereiste gezagsverhouding. In de klassieke jurisprudentie werd nagegaan of de arbeidsverhouding in overwegende mate wordt beheerst door de familierelatie. Indicatief voor een bevestigend antwoord was onder meer dat de betrokkene een groter financieel belang heeft in de onderneming dan andere werknemers, dat het de bedoeling is dat de zaak (in de toekomst) voor rekening van het familielid zal worden gedreven, alsmede dat betrokkene werkzaam is op andere arbeidsvoorwaarden dan de andere werknemers (zie onder meer CRvB 24 november 1975, *RSV 1976/141*; CRvB 23 september 1987, *RSV 1988/110* en CRvB 17 juli 2008, *ECLI:NL:CRVB:2008:BD8556*).

De eis van de reële gezagsverhouding is in de klassieke jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen bij arbeidsverhoudingen die werden gepresenteerd als arbeidsovereenkomst, maar waarbij de voor reguliere arbeidsrelaties kenmerkende tegenstrijdigheid van belangen tussen werkgever en werknemer vaak ontbreekt. Denk daarbij aan gevallen van bedrijfsopvolging

waarbij de voormalige ondernemer een arbeidscontract ondertekent met de nieuwe eigenaar van de onderneming, maar ook aan de reeds besproken arbeidsverhouding van de directeur-grootaandeelhouder (waarvoor typerend is dat de werkgevers- en werknemersrol in één persoon verenigd zijn) en bij arbeidsrelaties tussen familieleden; de casuspositie bij de onderhavige uitspraak. Door die tegenstrijdigheid van belangen bestaat het risico dat op oneigenlijke wijze toegang wordt verkregen tot de uitkeringsrechten ingevolge de werknemersverzekeringen (zie verder Van den Berg 2010, p. 162 en 237 e.v.).

De meer materiële benadering van de dienstbetrekking zoals die volgt uit de klassieke jurisprudentie van de CRvB wordt meestal in verband gebracht met de behoefte *opting out* te bestrijden. Wanneer men ervoor kan kiezen niet verzekerd te zijn, zou dit het op solidariteit gebaseerde stelsel, dat zijn bestendigheid ontleent aan het mengen van goede en slechte risico's in gevaar worden gebracht. Met de materiële benadering wordt echter niet alleen paal en perk gesteld aan bewuste ontduiking van de verzekerings- en premieplicht. Met deze benadering en meer specifiek met de eis van de reële gezagsverhouding wordt ook *opting in* en oneigenlijk gebruik van de sociale werknemersverzekeringen aan de poort bestreden. In de jurisprudentie van de fiscale rechter ligt de nadruk meer op de (formele) bevoegdheid tot gezagsuitoefening. Hierdoor laat de belastingkamer van de Hoge Raad ten aanzien van arbeidsrelaties in familieverhoudingen ten opzichte van de klassieke jurisprudentie van de CRvB meer ruimte voor de conclusie dat sprake is van een gezagsverhouding tussen familieleden (vgl. HR 17 december 1980, *BNB* 1981/32). De CRvB geeft zich hier – en reeds eerder in de uitspraak van 14 oktober 2015, *ECLI:NL:CRVB:2015:3634* – rekenschap van.

De vraag rijst of de belastingkamer van de Hoge Raad voldoende oog heeft voor het specifieke karakter van de verplichte werknemersverzekeringen, waarbij tegenover de premieplicht een complex van mogelijke aanspraken staat. In dat verband komt verder de vraag op welke concrete implicaties deze meer formele benadering van de gezagsbevoegdheid heeft. Voor de directeur(-aandeelhouder) kan worden opgemerkt dat de vraag of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking weinig praktisch belang heeft. Deze vraag is (thans) in wezen uitsluitend relevant voor gevallen die niet vallen onder artikel 6 lid 1 onderdeel d WW en de Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder 2016 (*Stcrt.* 2015, 19073). In de nieuwe regeling zijn enkele aanpassingen gedaan, waardoor het risico van *opting in* door directeuren-aandeelhouders wat verder is beperkt.

Voor arbeidsrelaties in familieverhoudingen moet nog worden gezien of de jurisprudentiewijziging voor de kwalificatie van arbeidsverhoudingen tussen familieleden tot wezenlijk andere uitkomsten leidt. In de eerdergenoemde uitspraak van 14 oktober 2015, *ECLI:NL:CRVB:2015:3634* kwam de CRvB tot de conclusie dat de zoon, die zijn moeder (huishoudelijke zorg) verleende in het kader van het zijn moeder toegekende persoonsgebonden budget, wel degelijk op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was. In casu stond vast dat de moeder hem opdrachten en instructies gaf bij de door hem uit te voeren werkzaamheden, dat zij controle uitoefende op de voortgang en de resultaten van zijn werkzaamheden en dat hij gehouden was om haar aanwijzingen op te volgen. Dat de zoon overuren verrichtte waarvoor hij geen loon kreeg uitbetaald en dat de zoon, ondanks de grote

afstand die hij moest overbruggen geen reiskostenvergoeding kreeg, deed daaraan niet af. Voor de onderhavige uitspraak leidt de jurisprudentiewijziging echter niet tot de conclusie dat de zoon die werkzaamheden verrichtte in de bloemenwinkel van zijn vader, in ondergeschiktheid werkzaam was, omdat in het onderhavige geval geen enkel bewijs was van daadwerkelijke gezagsuitoefening door de vader, dan wel dat de vader daar de mogelijkheid toe had. Onduidelijk is dus nog hoe de CRvB zou hebben geoordeeld indien in de aanstellingsbrief van de zoon wel een contractuele bepaling was opgenomen betreffende de gezagsbevoegdheid van de vader. Mijns inziens is echter onaannemelijk dat een louter formele bepaling over de gezagsbevoegdheid van een werkverschaffer dwingend tot de conclusie zal leiden dat sprake is van een gezagsverhouding; we kunnen dus (vooral nog) rustig gaan slapen.

Lucy van den Berg