

VOORWOORD

In deze brochure wordt ingegaan op de keten- en inlenersaansprakelijkheid. Hoewel in de praktijk veelal over ketenaansprakelijkheid wordt gesproken, wordt daar veelal ook de inlenersaansprakelijkheid mee begrepen.

Meer dan vijfendertig jaar na invoering van de keten- en inlenersaansprakelijkheid is inmiddels door de rechtspraak een aantal knel- en vraagpunten hieromtrent opgelost. Wel zijn nog immer een aantal zaken niet uitgekristalliseerd. De regelgeving en jurisprudentie worden van kanttekeningen voorzien. In de loop der tijd hebben ook de nodige wijzigingen plaatsgevonden. Daarnaast is ook administratief- en civielrechtelijk het een en ander gebeurd. Zo is per 1 juli 2012 de registratieplicht voor uitzendondernemingen ingevoerd. Voorts is per 1 juli 2015 de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor lonen ingevoerd (Wet aanpak schijnconstructies). Deze zullen, hoewel geen fiscale aansprakelijkheidsbepalingen, in deze brochure eveneens aan de orde worden gesteld.

In deze brochure wordt uitsluitend ingegaan op de formele en materiële aspecten van de fiscale inleners- en ketenaansprakelijkheid. Daarbij ligt de nadruk op de materiële aspecten van beide regelingen. Aspecten met betrekking tot formele kanten ten aanzien van het aansprakelijk stellen en de bezwaarprocedure tegen de beschikking aansprakelijkstelling komen in deze brochure slechts beperkt aan de orde.

Deze brochure kan als naslagwerk worden gebruikt door ondernemers in diverse sectoren van het bedrijfsleven, banken, de rechterlijke macht, de Belastingdienst, advocaten en adviseurs. Alle genoemden kunnen in meer of mindere mate in aanraking komen met deze wet- en regelgeving. Het is ook mogelijk om deze brochure als studieboek voor diverse opleidingen te gebruiken.

De tekst van deze brochure is bijgewerkt tot 1 augustus 2018. De tot die datum verschenen wetgeving, jurisprudentie en beleidswijzigingen zijn in de brochure verwerkt. Met daarna verschenen jurisprudentie is slechts sporadisch rekening gehouden.

Den Haag, augustus 2018
J.H.P.M. Raaijmakers

HOOFDSTUK 1

Historie

In 1960 is de inlenersaansprakelijkheid in de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (CSV) ingevoerd.¹ De inlenersaansprakelijkheid was neergelegd in art. 16a CSV (oud). Invoering van de inlenersaansprakelijkheid in de CSV had tot doel om de premie-inning van werknemersverzekeringen te waarborgen. In 1970 was het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gebonden aan een vergunning (Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten). Hiertoe werd in 1971 art. 16a CSV (oud) aangepast. Vanaf dat tijdstip was de vrijwaring van een inlener voor de risico's uit hoofde van art. 16a CSV (oud) mede afhankelijk van het bezit van een uitleenvergunning door de uitlener. Omdat koppelbazen door de invoering van de vergunningplicht voor het uitlenen van personeel in een groot aantal gevallen geen vergunning konden verkrijgen, is door hen gezocht naar andere oplossingen. De oplossing werd gevonden in het transformeren van uitlenen van personeel naar het aannemen van werk. Het aannemen van werk werd dan veelal in de vorm van regieovereenkomsten gegoten. Het onderscheid tussen inlening van personeel en aanneming van werk was en is in vele gevallen nauwelijks te maken.²

Omdat ook bij aanneming van werk de problematiek van de premie-inning zich manifesteerde, is besloten tot de invoering van de ketenaansprakelijkheid. De eerstverantwoordelijke voor het wetsvoorstel Nadere wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet op de omzetbelasting 1968 en enige andere wetten (invoering van bepalingen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor betaling van premie en loon- en omzetbelasting bij onderaanneming en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten),³ de Staatssecretaris van Sociale Zaken, heeft zich alleen beziggehouden met de invoering van de ketenaansprakelijkheid vanuit het perspectief van de premies werknemersverzekeringen. Dit is ook logisch omdat de inlenersaansprakelijkheid al was opgenomen in de CSV. Wel is aangegeven dat bij de invordering van loon- en omzetbelasting zich nagenoeg dezelfde problemen voordoen als bij de premies werknemersverzekeringen. Voorgesteld werd derhalve om in de Wet op de loonbelasting 1964 en de Wet op de omzetbelasting 1968 bepalingen op te nemen die overeenkwamen met die van CSV. Van die gelegenheid is tevens gebruikgemaakt om de bestaande inlenersaansprakelijkheid, zoals opgenomen was in art. 16a CSV (oud), ook op te nemen in de Wet op de loonbelasting 1964 en de Wet op de omzetbelasting 1968. In de verdere parlementaire stukken van de ketenaansprakelijkheid is omtrent de invoering van de inlenersaansprakelijkheid in de fiscale regelgeving niets meer terug te vinden.

1 Wet van 6 april 1960, *Stb.* 1960, 145.

2 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1978-1979, 15 697, nr. 1-4, blz. 10.

3 Wetsvoorstel 15 697 (invoering inleners- en ketenaansprakelijkheid).

De wetgeving met betrekking tot de inleners- en ketenaansprakelijkheid is de eerste van de drie antimisbruikwetten en is op 1 juli 1982⁴ in werking getreden. Voor de Belastingdienst betekende dit onder meer een wijziging van de Wet op de loonbelasting 1964 (art. 32a-32g, oud) en de Wet op de omzetbelasting 1968. Voor de toenmalige bedrijfsverenigingen werd de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (CSV) gewijzigd (art. 16b CSV, oud). De reden van de invoering van onder andere de ketenaansprakelijkheid was gelegen in het feit dat door de aanzienlijke uitbreiding van de socialeverzekeringswetgeving en diensgevolge de stijging van de belasting- en premiedruk, vooral in de bouw, het aantal malafide werkgevers sterk was toegenomen. Alleen al het toenmalige Sociaal Fonds voor de Bouwnijverheid leed in de jaren zeventig miljoenen aan premies oninbaar. Ook de Belastingdienst leed voor grote bedragen belastingen oninbaar.

De keten- en inlenersaansprakelijkheid heeft onder meer tot doel het bestrijden van malafide werkgevers, het bevorderen van de inning van belastingen en premies alsmede het bestrijden van oneerlijke concurrentie.

De inlenersaansprakelijkheid is sedert de invoering van de Invorderingswet 1990 opgenomen in art. 34 van die wet. Art. 34 Invorderingswet 1990 regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor de loonheffingen (loonbelasting, premies volksverzekeringen, premie werknemersverzekeringen⁵), inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet⁶ en omzetbelasting die de uitlener is verschuldigd ter zake van de bij hem in dienst zijnde arbeidskrachten welke hij ter beschikking heeft gesteld aan de inlener.

De ketenaansprakelijkheid is sedert de invoering van de Invorderingswet 1990 opgenomen in art. 35 Invorderingswet 1990. Art. 35 Invorderingswet 1990 regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aannemer voor de loonheffingen (loonbelasting, premies volksverzekeringen, premie werknemersverzekeringen) en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet die zijn onderaannemer en andere onderaannemers, die een deel van het werk uitvoeren, zijn verschuldigd in verband met dat werk.

Per 1 oktober 2003 is door de invoering van de opdrachtgevers- en kopersaansprakelijkheid de ketenaansprakelijkheid uitgebreid.⁷ Die uitbreiding is neergelegd in art. 35a en 35b Invorderingswet 1990. Aan de andere kant is ook een versoepeling ingevoerd; vanaf genoemde datum geldt een wettelijke vrijwaring voor de bedragen die op de g-rekening zijn gestort.

De inleners- en ketenaansprakelijkheid zijn zogeheten risicoaansprakelijkheidsbepalingen; de aansprakelijkheid van de inlener en aannemer ontstaat van rechtswege zodra de uitlener

4 Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 1981, 370.

5 Op grond van art. 60 Wfsv wordt sinds 1 januari 2006 invordering van de sociale premies op gelijke wijze gedaan als de loonbelasting. Op grond van die bepaling bestaat ook aansprakelijkheid voor de sociale premies.

6 Op grond van art. 49 en 51 Zvw worden per 1 januari 2006 de heffing en invordering van de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw op gelijke wijze gedaan als de loonbelasting. Op die grond bestaat ook aansprakelijkheid voor de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw.

7 Wet van 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 305.

of onderaannemer in gebreke is met de voldoening van de verschuldigde loonheffingen.⁸ De wetgever heeft bewust gekozen om de risico's van misbruik van rechtspersonen en van het mislopen van belastingen en premies af te wentelen op de bestuurders, inleners en aannemers. Om tegemoet te komen aan de bonafide inleners en aannemers is in de regelgeving aan hen de mogelijkheid gegeven om zich te disculperen.⁹

8 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1980-1981, 15 697, nr. 7, blz. 13 en zie onder meer HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5152, NJ 2002/612.

9 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1980-1981, 15 697, nr. 3, blz. 29-32.

HOOFDSTUK 2

Inlenersaansprakelijkheid

2.1 Inhoud van dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk worden alleen de aspecten van het inlenen zelf behandeld. Alle andere zaken die samenhangen met een beschikking aansprakelijkstelling op grond van de inlenersaansprakelijkheid, zoals onder meer de vrijwarende stortingen naar g-rekening of rechtstreeks storten (oud), de aansprakelijkheid voor en de matiging van het anoniementarief, de uitzonderingsbepalingen, worden in afzonderlijke hoofdstukken behandeld. Dit omdat deze zaken voor de inleners- én de ketenaansprakelijkheid identiek zijn. Daar waar er toch verschillen zouden zijn wordt dat in de desbetreffende hoofdstukken nadrukkelijk vermeld.

2.2 Strekking art. 34 Invorderingswet 1990

Art. 34 lid 1 Invorderingswet 1990 bepaalt dat een derde hoofdelijk aansprakelijk is indien de uitlener een of meer werknemers met instandhouding van diens dienstbetrekking aan een derde (de inlener) ter beschikking stelt om onder toezicht of leiding van die derde werkzaam te zijn. Let wel: het gaat om toezicht *of* leiding; een van de twee is voldoende.^{1 2} De inlener is dan aansprakelijk voor de loonheffingen en btw ter zake van de door hem ingeleende arbeidskrachten.

2.3 Ter beschikking stellen

In art. 34 Invorderingswet 1990 is het begrip 'ter beschikking stellen' niet gedefinieerd. In genoemd artikel is bepaald dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid '*ingeval een werknemer met instandhouding van de dienstbetrekking tot zijn inhoudingsplichtige, de uitlener, door deze ter beschikking wordt gesteld aan een derde, de inlener, om onder diens leiding of toezicht werkzaam te zijn*'. De invulling van het begrip 'ter beschikking stellen' is er niet eenvoudiger op gemaakt doordat er verschillende begrippen van 'ter beschikking stellen' in de verschillende wetten worden gehanteerd die zich bezighouden met het ter beschikking stellen van personeel. Zo valt te denken aan de tot juli 1998 geldende

1 Zie onder meer Rb. Breda 24 augustus 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ0722, V-N 2007/16.7.

2 Toezicht of leiding kan worden getoetst op basis van dezelfde maatstaven als het begrip gezagsverhouding in de dienstbetrekking. In die zin ook Rb. Gelderland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2479.

Arbeidsvoorzieningswet,³ de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs⁴ en de Wet arbeid vreemdelingen. In art. 1 lid 1 onderdeel c Waadi wordt ter beschikking stellen van arbeidskrachten gedefinieerd als *'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid'*. In lid 3 van art. 1 Waadi is bepaald dat niet onder het ter beschikking stellen van art. 1 lid 1 onderdeel c Waadi vallen (i) het ten behoeve van een geleverde zaak of tot stand gebracht werk ter beschikking stellen van arbeidskrachten, (ii) het bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk ter beschikking stellen van arbeidskrachten, die bij degene, die hen ter beschikking stelt, ten behoeve van arbeid in diens onderneming in dienst zijn en (iii) het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor het verrichten van arbeid in een onderneming, die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt. In fiscale zin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten *'indien de werknemers de werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van een derde verrichten'*.⁵ In een later arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het hof het begrip juist had uitgelegd, namelijk *'van inlening sprake is indien een werknemer, met instandhouding van de dienstbetrekking tot zijn inhoudingsplichtige, door deze ter beschikking is gesteld van een derde om onder diens toezicht of leiding werkzaam te zijn, en heeft voorts – onder verwijzing naar HR 15 april 1992, BNB 1992/291 – overwogen dat van terbeschikkingstelling van werknemers wordt gesproken indien de werknemers de werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van de derde verrichten. Tegen deze achtergrond heeft het Hof de feitelijke omstandigheden die M aan zijn betoog op dit punt ten grondslag had gelegd, beoordeeld en is het tot de conclusie gekomen dat hier sprake was van een geval als bedoeld in art. 34 Iw 1990 (inlenersaansprakelijkheid)'*.⁶ In navolging van dat arrest heeft onder meer Rb. Breda geoordeeld dat er geen sprake is van 'het rechtstreeks in opdracht werken van' omdat bij de werkzaamheden geen werknemers van de opdrachtgever in het gebouw aanwezig waren en bovendien liepen de contacten volgens de offerte tussen de opdrachtgever en de schoonmakers via de leiding van het schoonmaakbedrijf.⁷

Hieruit komt naar voren dat het begrip van art. 34 Invorderingswet 1990 ruimer is dan het begrip zoals dat in andere wetten wordt gehanteerd.

2.4 Bewijslast bij onderscheid inlening/aanneming van werk

In de parlementaire stukken is al aangegeven dat het onderscheid tussen inlening en aanneming van werk in de praktijk veelal moeilijk is te maken. Bij de beoordeling zijn de

3 Wet van 28 juni 1990, *Stb.* 1990, 402. Betreft de opvolger van de Wet terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (Wet TBA).

4 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 306 (Waadi).

5 HR 15 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:AN2610, BNB 1992/291.

6 HR 21 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2051, BNB 1998/25.

7 Rb. Breda 11 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP6468. In gelijke zin Rb. Breda 27 december 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BP1599, Rb. Breda 1 december 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO8167.

feiten en omstandigheden doorslaggevend.⁸ Onder andere de volgende items kunnen een rol spelen bij de beoordeling:

- Wordt uitsluitend arbeid verricht?
- Levert de opdrachtgever in betekenende mate zelf materiaal?
- Maken de werknemers gebruik van de gereedschappen van de opdrachtgever?
- Wordt er afgerekend op uurbasis?
- Heeft de opdrachtnemer een eigen werkplaats?
- Is er sprake van een inspanningsverplichting of van een resultaatverbintenis?
- Zijn de werkzaamheden van eenvoudige aard?

In mijn optiek is de belangrijkste vraag of er sprake is van een inspanningsverplichting (inlening) of van een resultaatverbintenis (aanneming). Dit wordt door Hof 's-Hertogenbosch onderschreven.⁹ Daarbij is een belangrijke vraag wie verantwoordelijk is voor de nakoming van het contract. Rb. Haarlem heeft geoordeeld dat van inlening eerst sprake is indien de inlener ook feitelijk inhoudelijke aanwijzingen kan geven over de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden verricht.¹⁰ Dit is anders indien de werkzaamheden van een zodanig eenvoudige aard zijn dat het geven van aanwijzingen daarbij niet nodig is en aanwijzingen ook niet plegen te worden gegeven. Ook in de situatie dat het inlenen of aannemen van werk wordt versluierd door te werken met fictieve koop- en verkoopovereenkomsten is toch de werkelijkheid doorslaggevend.¹¹ Ook in de situatie dat gepretendeerd wordt dat er sprake is van een vennootschap onder firma maar de 'vennoten' feitelijk in dienst zijn en er feitelijk sprake is van inlening, is de feitelijke situatie doorslaggevend.¹² Door Hof Den Haag werd bij de beoordeling of sprake is van aanneming van werk of inlening ook belang gehecht aan de verklaring van de werknemers van de onderaannemer/uitlener dat zij zich bij de bedrijfsleider van de aansprakelijk gestelde onderneming moesten melden en dat het eigen personeel van het aansprakelijk gestelde bedrijf toezicht hield en achteraf de werkzaamheden controleerde.¹³ Het feit dat de verklaring van de directeur van het aansprakelijk gestelde bedrijf op onderdelen afweek van hetgeen in de kladaantekeningen was opgenomen, was voor het hof onvoldoende grond omdat de verschillen niet zodanig waren dat de strekking van de verklaring niet meer zou stroken met de primaire aantekeningen. Wat helaas niet uit de uitspraak naar voren komt, is waaruit naar voren is gekomen dat het personeel toezicht hield en waaruit dat toezicht dan bestond. Voor de vraag of sprake

8 Zie onder meer Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM7608 die oordeelde dat niet zonder meer doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aan een tussen partijen gesloten contract. Dit oordeel is door Hof 's-Gravenhage 22 mei 2012, BK-10/000395 bevestigd, te kennen uit HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1776, *BNB* 2014/58. Dit punt is door de Hoge Raad afgedaan met een beroep op art. 81 RO.

9 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD2949, *V-N* 2008/40.19.

10 Rb. Haarlem 1 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ4509, *V-N* 2009/65.25.

11 Rb. Zwolle 31 oktober 2001, ECLI:NL:RBZWO:2001:AD4983, *V-N* 2001/63.25, *CRvB* 2 september 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR2756, *V-N* 2005/14.24 en 30 september 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR3715, Hof Leeuwarden 8 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AV3462 (zaak Europool), *V-N* 2004/59.24, Hof Amsterdam 22 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB7480, *V-N* 2008/10.23, Rb. Breda 11 februari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC5067, *NTR* 2008/924, Hof Amsterdam 17 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF7604 (zaak Europool), *V-N* 2008/59.8 en Hof Amsterdam 19 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8478, *V-N* 2010/19.24.

12 Zie onder meer Hof Amsterdam 19 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8478, *V-N* 2010/19.24.

13 Hof Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:13.

is van inlening of aanneming is niet relevant of de kernactiviteit van de onderneming is om uitzendovereenkomsten tot stand te brengen.¹⁴ Geen sprake van inlening indien de werkzaamheden buiten het hotelconcept vallen en derden enkel worden ingeschakeld omdat de verhuurder dit eiste, aldus Rb. Zeeland-West-Brabant.¹⁵ Een naar mijn mening wat opmerkelijke motivering. Immers, het komt met enige regelmaat voor dat personeel wordt ingezet voor activiteiten en werkzaamheden die niet tot de kernactiviteiten van de onderneming behoren. Dat maakt niet dat er dan geen sprake is van inlening. In de berechte zaak bepaalde namelijk het hotel wat de ingezette portiers moesten doen; namelijk niets tenzij sprake was van een calamiteit.

In mijn optiek is het aan de Belastingdienst om per opdrachtgever vast te stellen of de relatie tussen de opdrachtgever en belastingschuldige moet worden gekwalificeerd als inlening, aanneming of iets anders. Steun hiervoor vind ik in de uitspraak van Hof Den Haag inzake de BPM.¹⁶ In die zaak heeft het hof geoordeeld dat voor elke auto afzonderlijk moet worden onderzocht of het aangedragen bewijs voldoende is. De bevindingen bij een of meer andere opdrachtgevers kunnen niet op niet-bezochte of onderzochte opdrachtgevers worden toegepast.¹⁷ De Hoge Raad komt in zijn arrest helaas niet toe aan de beantwoording van de vraag of de bevindingen bij bepaalde opdrachtgevers mogen worden doorgetrokken naar andere opdrachtgevers die niet door de fiscus zijn bezocht.¹⁸

Voor de premies werknemersverzekeringen heeft de CRvB overwogen dat '(...) mede gezien de strekking en achtergrond van art. 16a CSV in de constellatie waar in ieder geval enige vorm van toezicht of leiding van de inlener aanwezig is, het in de eerste plaats op de weg van de inlener ligt op overtuigende wijze aan te tonen dat het door hem uitgeoefende toezicht of leiding geen toezicht of leiding is in de zin van art. 16a CSV'.¹⁹ In latere uitspraken heeft de CRvB die overweging meermalen bevestigd.²⁰

Ten aanzien van de loonbelasting heeft zowel de civiele kamer²¹ als de belastingkamer²² van Hof 's-Gravenhage geoordeeld dat het in eerste instantie aan de ontvanger/inspecteur is om aannemelijk te maken dat er sprake is van inlening.²³ Vervolgens is het aan de aansprakelijkgestelde om aannemelijk te maken dat er geen sprake is van inlening. Door rechters wordt, voor de vraag of de ontvanger voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van inlening, waarde gehecht aan het feit dat er uren worden gefactureerd, dat het personeel naast het eigen personeel werkte en aan de tijdens het aansprakelijkheidsonderzoek gegeven

14 Rb. Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1935, V-N 2015/26.11.12.

15 Rb. Zeeland-West-Brabant 24 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6253, V-N 2015/63.18.10.

16 Hof Den Haag 16 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2866, V-N 2017/52.8.

17 Zie conclusie A-G Van Ballegooijen 28 maart 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BA3819, V-N 2007/24.23.

18 HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA3819, BNB 2008/304.

19 CRvB 21 januari 1987, ECLI:NL:CRVB:1987:AK7449, RSV 1987/164.

20 Zie onder andere CRvB 6 augustus 1986, niet gepubliceerd en CRvB 30 januari 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:AW6232, V-N 1991/1199, 15.

21 Hof 's-Gravenhage 16 juni 1994, niet gepubliceerd.

22 Hof 's-Gravenhage 4 juli 1991, ECLI:NL:GHSGR:1991:AW5965, FED 1991/756 en Hof 's-Gravenhage 9 maart 1993, ECLI:NL:GHSGR:1993:AW1911, FED 1993/394. Beide procedures betroffen aansprakelijkstellingen welke waren gebaseerd op artikel 32a Wet LB 1964 (dus van vóór 1 juni 1990). Zie ook onder meer Rb. 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM5568.

23 Zie in deze zin ook M. Witteveen en W.E. Nent, Aansprakelijkstelling bij eenvoudige werkzaamheden: geen eenvoudige zaak!, *WFR* 2010/722.

antwoorden op de gestelde vragen.²⁴ In een procedure is het onvoldoende om slechts te verwijzen naar een passage uit een rapport waarin wordt gesteld dat sprake is van inlening zonder overlegging van administratie of facturen, aldus Rb. Zeeland-West-Brabant.²⁵

Kort gezegd komt het erop neer dat de Belastingdienst in eerste instantie voldoende aannemelijk moet maken dat sprake is van inlening. Indien de Belastingdienst hierin slaagt ligt het op de weg van de aansprakelijkgestelde om het tegendeel aannemelijk te maken. Gelet op de jurisprudentie die op dit terrein is geweest, slaagt de aansprakelijkgestelde er nagenoeg niet in om dat tegendeel aannemelijk te maken.

In onderstaand schema is een aantal verschillen tussen aanneming en inlening van personeel opgesomd. Bedacht dient te worden dat dit geen limitatieve opsomming betreft.

<i>Basis:</i>	<i>Uitbesteden van werk:</i>	<i>Inlenen van arbeidskrachten:</i>
	Ondernemer verricht zelfstandig activiteiten.	Ingeleend personeel verricht activiteiten onder leiding of toezicht van de inlener.
<i>Kenmerken van aanneming en inlening</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Risico van project en uren ligt bij (onder) aannemer. – Prijs voor het werk staat in beginsel vast. – Geen toezicht of leiding van opdrachtgever. – Er worden in beginsel aannemensommen gefactureerd. – Er is sprake van een werk van stoffelijke aard. – Werknemers van de onderaannemer maken gebruik van eigen materialen, gereedschap en werkkleding. 	<ul style="list-style-type: none"> – Facturatie geschiedt op urenbasis. – De werkzaamheden zijn veelal van eenvoudige aard. – De ingeleende werknemers staan onder leiding of toezicht van de inlener. – De ingeleende werknemers maken veelal gebruik van de materialen, gereedschappen van de inlener. – Risico van de uren ligt bij de inlener.

2.5 Belang onderscheid inlening/aanneming van werk

Het belang om het onderscheid aan te brengen is gelegen in (i) het feit dat de aansprakelijkheid voor de omzetbelasting niet bestaat bij de ketenaansprakelijkheid, (ii) het feit dat onder voorwaarden werkzaamheden verricht op de plaats van de onderaannemer zelf niet onder de werking van de ketenaansprakelijkheid vallen, (iii) de toepasselijkheid van art. 6 lid 3 onderdeel b Wet LB 1964 (aanwezigheid van een fictieve vaste inrichting)²⁶ en (iv) het feit dat er geen discussie is of een ondernemer als eigenbouwer kwalificeert of niet.

24 Rb. 's-Gravenhage 28 september 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO1078, V-N 2011/6.20, Rb. Noord-Nederland 12 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1742, V-N 2016/34.26.6.

25 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7742, V-N 2014/64.19.16.

26 Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4892, V-N 2018/20.16.

Daarnaast was in het verleden het onderscheid ook van belang in verband met het feit dat bij inlening mogelijk ook aansprakelijk kon worden gesteld voor de aan de uitlener opgelegde boete, mits het belopen daarvan was te wijten aan de inlener.²⁷

In de praktijk richt een aansprakelijkstelling op grond van inlening van personeel zich veelal uitsluitend op de niet-betaalde loonheffingen door de uitlener. De omzetbelasting is in het merendeel van de gevallen door de uitlener voldaan zodat de aansprakelijkheid zich daartoe niet uitstrekt. Daarnaast heeft lange tijd de vraag boven de markt gezweefd of de inlenersaansprakelijkheid voor de btw niet in strijd is met het EU-recht.²⁸ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de inlenersaansprakelijkheid niet in strijd is met het Europees recht.²⁹ De Hoge Raad overwoog:

“(…) Hoofdelijke aansprakelijkheid van inleners van arbeidskrachten op de voet van artikel 34, lid 1, van de Wet strekt ertoe de rechten van de fiscus te beschermen tegen onder meer fraude door malafide uitleners. Deze aansprakelijkstelling is slechts mogelijk in de in dat artikellid omschreven omstandigheden, ter zake waarvan – zoals hiervoor in 3.3.3 is overwogen – de bewijslast (in beginsel) op de ontvanger rust. Daarnaast biedt artikel 34, leden 3 en 5, van de Wet alsmede de Leidraad Invordering een te goeder trouw handelende inlener de mogelijkheid datgene te doen wat redelijkerwijs binnen zijn vermogen ligt tot voorkoming van de aansprakelijkheid.

In dit verband valt met name te wijzen op de mogelijkheid voor een inlener om ten behoeve van de uitlener de verschuldigde omzetbelasting waarvoor hij aansprakelijk is rechtstreeks en voldoende gespecificeerd over te maken naar een bankrekening van de Belastingdienst. Een dergelijke overmaking strekt op grond van artikel 34, § 3, lid 5, van de Leidraad Invordering 1990 respectievelijk onderdeel 34.5 van de Leidraad Invordering 2008 tot uitsluiting van de aansprakelijkheid voor de omzetbelasting tot op het overgemaakte bedrag.

Gelet op dit een en ander kan niet worden gezegd dat de regeling van artikel 34, lid 1, van de Wet strijdig is met artikel 21, lid 3, van de Zesde richtlijn of met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Daaraan doet niet af dat belanghebbende – naar het middel stelt – ten tijde van de dienstverlening niet wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de omzetbelasting niet door de vennootschap zou worden voldaan. Derhalve faalt middel VIII.”

Met Vetter, in zijn noot onder dit arrest, ben ik het eens dat de overwegingen van de Hoge Raad ietwat onzorgvuldig zijn. In mijn optiek had het dan ook meer voor de hand gelegen dat er door de Hoge Raad prejudiciële vragen zouden worden gesteld aan het Europese Hof. Kortom: het is in mijn optiek niet zeker dat in een volgende zaak over de vraag of de inlenersaansprakelijkheid niet in strijd is met het Europese recht een zelfde beslissing zal krijgen.

27 Zie onder andere Rb. 's-Gravenhage 13 januari 1993, ECLI:NL:RBSGR:1993:AW4876 en Rb. 's-Gravenhage 26 juli 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AW1934, V-N 1995/2764, 19.

28 Zie onder meer Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM7589, V-N 2010/34.2.4, (in hoger beroep en in beroep in cassatie is de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd, zie ECLI:NL:HR:2013:1775, V-N 2014/2.21.14, Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM7608, Hof 's-Gravenhage 14 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BE9443, V-N 2009/25.21, Hof Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:13, beroep in cassatie is niet ontvankelijk verklaard (HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1366, BNB 2015/163).

29 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1776, BNB 2014/58.

Met betrekking tot de uitzonderingsbepalingen in zowel de inleners- als de ketenaansprakelijkheid geldt dat daarover bijzonder weinig rechtspraak voorhanden is. Dat kan betekenen dat die uitzonderingen zich niet of nauwelijks voordoen dan wel te weinig een beroep daarop wordt gedaan. Een andere mogelijkheid is dat over de uitzonderingen weinig tot niet wordt geprocedeerd. Dat laatste lijkt mij niet echt waarschijnlijk gelet op de grote belangen die veelal op het spel staan.

Ten aanzien van de fictieve vaste inrichting als bedoeld in art. 6 lid 3 onderdeel b Wet LB 1964 zijn met name de arresten van 1 december 2006 van belang.³⁰ Aldaar heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de toepassing van een belastingverdrag moet worden uitgegaan van een materieel werkgeversbegrip. Daarvoor is bepalend wie de gezagsverhouding over een werknemer heeft en niet van belang is bij wie de werknemer formeel in dienst is. Het begrip 'gezagsverhouding' valt in mijn optiek min of meer te vergelijken met het begrip 'leiding of toezicht' als bedoeld in art. 34 Invorderingswet 1990.

De beoordeling of een onderneming als eigenbouwer kwalificeert, is in de praktijk ongemeen lastig. Immers, de beoordeling dient specifiek op een onderneming plaats te vinden. Hetgeen branchegenoten e.d. doen is absoluut irrelevant. Bovendien vergt een dergelijk onderzoek de nodige tijd en ook expertise van de controlerende ambtenaren. Zie verder en uitgebreid paragraaf 3.7.

Praktijk

In het kader van het verhalen van belastingschulden stelt de ontvanger in het algemeen primair aansprakelijk op grond van inlening van personeel en subsidiair op grond van aanneming van werk. Als gekeken wordt naar de reden waarom dit primair gebeurt, dan komt naar voren dat dit wordt gedaan omdat het altijd al zo gebeurt; er zit geen echte motivering achter. Daar waar dat wel het geval is, is dan de dragende gedachte dat op die manier aansprakelijk kan worden gesteld voor de niet-betaalde btw.

Het komt zeer regelmatig voor dat er discussie wordt gevoerd over de vraag of de relatie tussen de belastingschuldige en zijn opdrachtgever moet worden geduid als aanneming van werk of als inlening van personeel. Veelal is dit ook een punt dat in de procedures aan de orde komt. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de Belastingdienst procedures over de vraag of sprake is van inlening of aanneming meestal wint. Het is voor een aansprakelijkgestelde moeilijk om aannemelijk te maken dat er sprake is van aanneming van werk. Dat heeft te maken met een aantal factoren, zoals:

- als er uren worden gefactureerd dan stelt de ontvanger (en in navolging veelal de rechter) zich op het standpunt dat sprake is van inlening;
- het niet-schriftelijk vastleggen van de afspraken;

³⁰ HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT3920, *BNB* 2007/75; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT3918, *BNB* 2007/76; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT3932, *NJB* 2007, 175; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT3932, *BNB* 2007/78; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3169, *BNB* 2007/79; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3175, *V-N* 2006/65.9.