

Als franchisenemers toch werknemers blijken te zijn – de gevolgen van afschaffing VAR voor franchisegevers en -nemers

mr. J.H. Kolenbrander en mr. J.D.J. Kokje¹

1. Inleiding

Sinds mei 2016 is de Verklaring Arbeidsverklaring (VAR) afgeschaft en de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) van kracht geworden. De VAR betrof een verklaring van de Belastingdienst om met name opdrachtgevers en -nemers zekerheid te bieden omtrent de fiscale status van de beoogde samenwerking. Zou de samenwerking als dienstverband worden gekwalificeerd, dan had dit niet alleen naheffingen van loonbelasting door de Belastingdienst tot gevolg, maar zou de volledige arbeidsrechtelijke bescherming uit Boek 7 op de opdrachtnemer (in dat geval 'werknemer') van toepassing zijn. Het belang voor opdrachtgevers en -nemers om duidelijkheid te verkrijgen over de kwalificatie van hun samenwerking is dan ook evident.

Ook franchisegevers maakten tot mei 2016 gebruik van de VAR om zekerheid te krijgen over de kwalificatie van samenwerking met hun franchisenemers. Veelal werd in de franchiseovereenkomst een specifiek beding opgenomen dat de franchise-nemer verplichtte jaarlijks een VAR aan te vragen. Ook franchisegevers hebben immers behoefte aan zekerheid op dat vlak, teneinde een situatie te voorkomen waarin hun franchisenemers ineens aangemerkt zouden worden als werknemers, met alle ongewenste fiscale – en uiteindelijk ook arbeidsrechtelijke – consequenties.

Nu de VAR is afgeschaft en de Wet DBA ingevoerd, kan de vraag gesteld worden wat er verandert voor franchisegevers en -nemers. Zullen zij op een andere manier beoordeeld worden door de Belastingdienst? Lopen franchisegevers en -nemers meer risico dan voor mei 2016 om in de 'fictief dienstverband'- fuik te lopen? En wat kunnen franchi-

segevers zelf doen om risico's zoveel mogelijk te beperken? Hoewel de afschaffing van de VAR van recente datum is, en nog veel onduidelijk is over de invulling van de Wet DBA, zal in dit artikel getracht worden een antwoord op voornoemde vragen te geven. Ook zal het artikel een checklist bevatten dat franchisegevers en -nemers kunnen gebruiken om hun franchiseovereenkomsten te toetsen op het risico van fictief dienstverband.

N.B. De Staatssecretaris van Financiën heeft ten tijde van het inleveren van dit artikel de Tweede Voortgangsrapportage DBA gepubliceerd.² Ook heeft de Commissie (model)overeenkomsten de eindrapportage van de Wet DBA opgesteld.³ Deze documenten doen echter niets af aan de conclusies van dit artikel.

2. Franchise

Franchising is een vorm van distributie van goederen of diensten onder een gemeenschappelijke naam en uitstraling, waarbij de franchisegever aan franchisenemers het recht verleent een businessmethode te exploiteren.⁴ De franchisegever stelt de franchisenemers in staat gedurende de samenwerking gebruik te maken van bepaalde intellectuele eigendomsrechten, zoals de (woord- en beeld)merken van de formule. Daarbij zal de franchisegever kennis en knowhow overdragen. Denk aan (geheime) recepten, concrete werkmethodeïken en plannen van aanpak. Gezien haar populariteit is franchising in allerlei branches te vinden, denk onder andere aan formules als Bruna, Albert Heijn, Bakker Bart, HEMA, McDonald's maar ook aan Mediq

1. Jan-Willem Kolenbrander en Joost Kokje zijn beiden advocaat bij DE CLERCQ Advocaten Notarissen en respectievelijk gespecialiseerd in franchise en arbeidsrecht.

2. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/18/kamerbrief-tweede-voortgangsrapportage-wet-dba>.

3. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/18/rapport-commissie-boot>.

4. Zie Asser/Houben 7-X, 2015 / 138.

Apotheken, Shell, Olympia Uitzendbureau, De Hypotheker en SNS Bank.⁵ Als gevolg van deze populariteit zijn veel mensen werkzaam in franchise.⁶

3. Waarom franchise?

Franchising gaat uit van het beginsel dat een franchisenemer een zelfstandig ondernemer is die voor eigen rekening en risico een onderneming exploiteert onder de vlag van de franchisegever. Partijen hebben daarbij dus niet de intentie een loondienstverband met elkaar aan te gaan, inclusief de daarbij behorende gezagsverhouding, maar juist een samenwerking die verondersteld wordt gestoeld te zijn op wederzijdse gelijkheid.⁷

Een franchisegever kiest bewust om via franchise haar distributiemodel vorm te geven. Immers, door gebruik te maken van zelfstandig ondernemers, in plaats van medewerkers in loondienst, kan een distributiekanaal sneller en met minder financiële risico's worden uitgerold. Omdat de initiële (opstart) kosten van een nieuwe vestiging voor rekening zijn van de franchisenemer hoeft de franchisegever zelf geen (aanzienlijke) investeringen te doen als de formule wordt uitgebreid. Verder kan de franchisegever haar loonkosten laag houden. Blijkt een nieuw geopende franchise vestiging minder rendabel te zijn dan verwacht, dan komt deze omstandigheid in beginsel voor rekening en risico van de franchisenemer. Daarnaast blijkt regelmatig dat een franchisenemer een hoger rendement weet te behalen bij exploitatie, dan als er een bedrijfsleider in loondienst wordt ingezet.

Een franchisenemer kiest voor franchise als hij geen behoefte heeft aan een 'normale' baan bij een werkgever, maar als zelfstandig ondernemer werkzaam wil zijn. Er zijn diverse voordelen voor een zelfstandig ondernemer om als 'gebonden' franchisenemer een onderneming te exploiteren. Doordat een franchiseformule een duidelijke uitstraling kent, kan de franchisenemer vaak een grotere klantengroep aantrekken dan onder zijn eigen naam. Te meer als de franchisegever gebruik maakt van een uitgekiend marketingbeleid. Wie kent niet de situatie dat er – op aandringen van de kinderen – kilometers wordt omgereden om een bepaald voedselpakket met speeltje van een bepaalde *fast food*-

keten te bemachtigen? De in hoge mate aanwezige kennis en ervaring van de franchisegever bieden de franchisenemer daarnaast een solide vraagbaak. De franchisenemer hoeft dus niet steeds zelf 'het wiel uit te vinden', maar kan terugvallen op een uitgekristalliseerde businessmethode.

Kiezen voor samenwerken op grond van franchise is dan ook een bewuste keuze van partijen. Ondanks deze keuze kan het in de praktijk voorkomen dat een bepaalde samenwerking toch door derden als de Belastingdienst of rechter wordt gekwalificeerd als een loondienstverband. Dit leidt dan tot ongewenste situaties die partijen niet voor ogen hadden ten tijde van het sluiten van de franchiseovereenkomst.

Een enkel geval wordt er bewust door partijen gekozen om een (feitelijk) dienstverband vorm te geven als een 'franchise'. Eventuele (fiscaal- en arbeidsrechtelijke) risico's worden voor lief genomen. Een fiscaal motief kan daarbij een rol spelen. Zo merkte de rechtbank in Overijssel onlangs bijvoorbeeld op dat er gereede twijfels waren of de tussen partijen gesloten overeenkomst wel te kwalificeren was als een franchiseovereenkomst. Volgens de rechtbank had het er alle schijn van dat de omschrijving 'franchise' enkel was gekozen om te kunnen profiteren van een fiscaal gunstige regeling.⁸

4. VAR beoordeling

Jaarlijks zijn er bijna 500.000 VAR's afgegeven door de Belastingdienst.⁹ De VAR – met name de VAR-winst uit onderneming (VAR-wuo) en VAR-directeur/grotaandeelhouder (VAR-dga) – bleken populair, omdat daarmee de kwalificatie van de samenwerking (opdracht of arbeid) voor het fiscaalrechtelijke deel was gegeven. Mits door partijen in lijn werd gehandeld met art. 6a van d Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) werd de opdrachtgever gevrijwaard voor naheffingen van loonbelasting. Op het moment dat de Belastingdienst achteraf constateerde dat de kwalificatie toch onjuist bleek – en er dus feitelijk sprake was van een fictief dienstverband in fiscaalrechtelijke zin – kon dat enkel tot gevolg hebben dat de opdrachtnemer (feitelijk: werknemer) een naheffing voor de verschuldigde belasting kreeg. De opdrachtgever (feitelijk: werkgever) werd doorgaans dan niet beschouwd als inhoudingsplichtige en bleef buiten schot.

Hetzelfde gold als een franchisenemer een VAR aanvraag bij de Belastingdienst. Als de samenwerking werd gekwalificeerd als 'een franchise' was daarmee in principe de (fiscaalrechtelijke) kous af. Werd achteraf alsnog door de Belastingdienst geoordeeld dat er sprake was van fictief dienstverband, dan werd de franchisenemer een naheffing opgelegd. De franchisegever had – fiscaalrechtelijk gezien – weinig te duchten van de Belastingdienst.

5. Bron: *De Nationale Franchise Gids*, NFG: Apeldoorn, editie 2016.

6. Volgens onderzoek van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) en Rabobank zouden in 2015 in Nederland ongeveer 288.400 medewerkers werkzaam zijn in franchising: <http://www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Franchise%20statistiek%202016.pdf>.

7. In de praktijk blijkt de veronderstelde wederzijdse gelijkheid tussen franchisegever en franchisenemer niet (volledig) aanwezig te zijn. De franchisegever heeft immers vanuit haar rol een bepaald overwicht op de franchisenemer als het gaat om kennis, ervaring, financiële middelen en contractuele positie waardoor de positie van de franchisenemer niet gelijkwaardig is aan die van de franchisegever.

8. Zie r.o. 5.12 van Rb. Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914 (*FBD Franchise*).

9. *Kamerstukken II* 2014/15, 34036, nr. 7, p. 5.

Een disbalans derhalve. Onderzoek heeft overigens uitgewezen dat de VAR veelvuldig onjuist is afgegeven door de Belastingdienst.¹⁰

5. Sociaal- en arbeidsrechtelijke beoordeling van franchise

Sociale Verzekeringsinstanties

Omdat de Belastingdienst nagenoeg niet handhaafde, is er weinig jurisprudentie voorhanden waaruit blijkt onder welke voorwaarden een eerder aan een franchisenemer verstrekte VAR is ingetrokken. Anders ligt dit bij rechtszaken die zijn gevoerd tussen franchisegevers en sociale verzekeringsinstanties, omdat laatstgenoemden van mening waren dat de ‘franchisenemers’ feitelijk werknemers waren. In dergelijke zaken diende de ‘franchisegever’ volgens de verzekeringsinstanties alsnog opdrachten te doen in het kader van onder andere de verzekeringen ingevolge de Werkloosheidswet (WW), de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) en de Ziektewet (ZW). Deze zaken bieden een toetsingskader voor franchisegevers en -nemers die fictief dienstverband willen voorkomen. Daarbij wordt in ieder geval gekeken naar de essentialia van een arbeidsovereenkomst, te weten of er sprake is van (i) een gezagsverhouding en (ii) of de franchisenemer gehouden is persoonlijk de arbeid te verrichten.

In dat kader kan gewezen worden op een oordeel van de Centrale Raad van Beroep dat een bepaalde franchisenemer niet als werknemer was te kwalificeren, omdat het voor een arbeidsovereenkomst vereiste van persoonlijke arbeidsverrichting ontbrak. De franchisenemer was immers gerechtigd om de werkzaamheden door een ander te laten uitvoeren.¹¹

Persoonlijke arbeidsverrichting is een belangrijke indicatie voor een (fictief) dienstverband, hetgeen ook blijkt uit een andere kwestie waarbij werd geoordeeld dat een franchisenemer van een autorisatieschool-franchiseformule in essentie een werknemer was en geen franchisenemer.¹² Daarbij leek met name een rol te spelen dat er sprake was van de verplichting tot persoonlijke dienstverrichting. Belang werd er door de Raad ook gehecht aan wat leek een gezagsverhouding te zijn tussen partijen. Zo mocht de ‘franchisenemer’ weliswaar zelf bepalen op welke tijden hij beschikbaar was, maar moest hij deze tijden eerst op voorhand doorgeven aan de rijschool. Daarbij was de hoogte van het lesgeld dwingend opgelegd door de rijschool. Verder leek er, aldus de Raad, sprake te zijn van betaling van loon, omdat de lesgeelden – verminderd met de kosten – werden uitbetaald aan de rijinstructeur.

Volgens vaste rechtspraak maakt het voor de beoordeling niet uit in hoeverre het lesgeld door de klant rechtstreeks werd betaald aan de ‘franchisenemer’, dan wel aan de ‘franchisegever’.

De Rechtbank Middelburg¹³ oordeelde dat ‘franchisenemers’ van een autorisatieschool-franchiseformule in een gezagsverhouding stonden tot hun ‘franchisegever’, waarbij de rechter aannam dat er sprake was van betaling van loon, omdat de franchisenemers een vergoeding op uurbasis verkregen voor hun werkzaamheden.

Ook werd gewezen door de rechter op de verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting, omdat de ‘franchisenemers’ werden aangetrokken op basis van hun persoonlijke kwaliteiten. Zaken als aanmelding, administratie, betaling van cursusgeld, examens en theorielokaal werden volledig door de rijschool geregeld waardoor een gezagsverhouding werd aangenomen. Ook waren ‘franchisenemers’ verplicht om enkel het lesmateriaal te gebruiken dat door de rijschool was verstrekt op de wijze zoals contractueel vastgesteld. Daarnaast werd waarde gehecht aan het feit dat de ‘franchisenemers’ volledig afhankelijk waren van de rijschool voor klandizie. Van een financieel onafhankelijke relatie was geen sprake, aldus de rechtbank. Een oordeel dat in hoger beroep in stand bleef.¹⁴

Volgens vaste rechtspraak is het voor het kunnen aannemen van een gezagsverhouding overigens niet relevant of er daadwerkelijk opdrachten en aanwijzingen worden gegeven. De enkele omstandigheid dat opdrachten en aanwijzingen gegeven kunnen worden is reeds voldoende.¹⁵

Tussen franchisegever en franchisenemers

In de rechtspraak zijn ook uitspraken te vinden over franchisegevers en -nemers die steggelen over de vraag of hun samenwerking nu te kwalificeren valt als ‘franchise’ of als fictief dienstverband. De reden dat (met name) een franchisenemer deze vraag zal opwerpen tijdens een discussie met zijn franchisegever is gelegen in de aard van de franchiseovereenkomst. Een franchiseovereenkomst is immers een onbenoemde overeenkomst en niet in de wet geregeld.¹⁶ Een arbeidsovereenkomst daarentegen is een benoemde overeenkomst en wel in de wet geregeld. Zaken waarvan de franchisegever dacht dat hij volledige contractsvrijheid had met haar franchisenemers, zoals opzegtermijnen en postcontractuele non-concurrentiebedingen, kunnen ineens (semi-)dwingend in de wet geregeld blijken te zijn als een arbeidsrelatie wordt aangenomen. En dat biedt soms juridische kansen voor

10. Ministerie van Financiën, nieuwsbericht 22 september 2014, DB/2014/376U.

11. CrvB 12 december 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AA8613 (*IMO Wasstraat*).

12. CrvB 17 december 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:AA8632 (*Rijschool X*).

13. Rb. Middelburg 11 september 2001, ECLI:NL:RBMD:2001:AE0756 (*Rijschool Wolf*).

14. CrvB 25 maart 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO6566 (*Rijschool Wolf*).

15. CrvB 24 april 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF8268.

16. J.H. Kolenbrander, ‘Franchising - Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken’, *NJB* 2013/8, p. 2736 – 2741.

een ‘franchisenemer’ die een conflict heeft met zijn franchisegever.

Uit de voorhanden jurisprudentie blijkt dat het bij de arbeidsrechtelijke beoordeling van de samenwerking tussen partijen van belang is wat partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst voor ogen stond, alsmede hoe zij daarna feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven.¹⁷

Enkele aanknopingspunten wanneer een franchisenemer geacht kan worden een (fictief) dienstverband te hebben met zijn franchisegever blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Groningen.¹⁸ De kwestie betrof een franchiseformule van stukadoors, maar het heldere overzicht dat de rechter heeft gemaakt, is onzes inziens ook op andere franchiseformules te betrekken.

De rechter meende in voornoemde kwestie dat de navolgende elementen pleiten voor zelfstandig ondernemerschap:

- de franchisenemers zijn niet verplicht de overeengekomen werkzaamheden zelf uit te voeren. Zij kunnen een ander inschakelen;
- de franchisenemers mogen buiten de formule soortelijke werkzaamheden verrichten, mits zij voor 80% beschikbaar blijven;
- de franchisenemers voeren een eigen (beperkte) bedrijfsadministratie;
- de franchisenemers dragen een debiteurenrisico in die zin, dat als een klant zijn rekening niet betaalt, zij geen gelden ontvangen;
- De bouwmaterialen die van de franchisegever worden afgenomen door de franchisenemers worden aan hen gefactureerd;

Volgens de rechter pleiten de navolgende elementen voor een arbeidsverhouding:

- de franchisegever gaat over de planning van de door haar aan de franchisenemers toegedachte werkzaamheden;
- de franchisegever bepaalt volledig de prijs voor de werkzaamheden die de franchisenemers uitvoeren;
- de franchisegever factureert aan de opdrachtgever;
- ondanks dat de (contractuele) beschikbaarheid minimaal 80% diende te zijn, was de feitelijke beschikbaarheid altijd 100%.

Het feit dat een minimumomzet door de franchisegevers werd gegarandeerd, behelst volgens de voorzieningenrechter geen argumenten voor het ene of het andere standpunt. Weliswaar is een minimumomzet kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst, omdat de werkgever verplicht is loon te betalen ook wanneer er geen werk voorhanden is, maar ook een franchisegever kan er belang bij hebben haar franchisenemers zekerheid te bieden op inkomsten, aldus de voorzieningenrechter.

Op grond van bovengenoemde elementen kwam de rechter tot de conclusie dat sprake was van een

‘echte’ franchise en geen fictief dienstverband. Later in dit artikel zullen we onder meer deze criteria proberen te vervatten in een checklist.

6. Subconclusies aangaande het voorgaande

Dienstenfranchise vaker ter discussie

Een discussie over al dan geen fictief dienstverband zal met name spelen bij franchiseformules waarbij sprake is van dienstverlening, met name advisering. De discussie lijkt minder vaak voor te komen bij franchiseformules waarbij goederen worden gedistribueerd. Dat is overigens verklaarbaar, omdat de persoon van de franchisenemer in een dienstverlenende franchise belangrijker is dan bij distributie van goederen. Om die reden zal de franchisegever van een diensten-franchise er eerder op aansturen dat de franchisenemer *zelf* de dienstverlening verschafft, zonder (of met een beperkt) recht van vervanging door een derde. Eén van de criteria om een arbeidsrelatie aan te kunnen nemen – te weten het vereiste van persoonlijke arbeidsverrichting – is daarmee een feit.

Dwingende aanwijzingen niet doorslaggevend

Uit voornoemde uitspraken blijkt dat waarde wordt toegekend aan het feit dat franchisenemers verplicht waren het door de franchisegever verstrekt (cursus)materiaal te gebruiken op een wijze zoals dat dwingend door haar was opgelegd. Dat zal met name franchisegevers van dienstverlenende franchiseformules opmerkelijk in de oren klinken, omdat het bij franchise nu *juist* de bedoeling is dat een franchisenemer verplicht wordt op een bepaalde manier zijn dienstverlening te verschaffen. Vanwege kwaliteitsbewaking en uniformiteit is het zelfs ongewenst als een franchisenemer zelf zou kunnen bepalen op welke wijze hij zijn dienstverlening verleent.¹⁹

In de literatuur wordt betoogd dat er sprake kan zijn van een gezagsverhouding als de franchisegever ‘verregaande aanwijzingen’ geeft over hoe de franchisenemer zijn onderneming moet drijven. Het wordt om die reden van belang geacht dat de franchisegever zich bij het geven van dwingende aanwijzingen beperkt tot die aspecten die noodzakelijk zijn om de uniformiteit en kwaliteit van de formule te beschermen.²⁰ Gebeurt dat niet, dan kan een gezagsverhouding, en wellicht een (fictief) dienstverband, worden aangenomen.

Dat de spreekwoordelijke soep niet zo heet wordt gegeten, blijkt uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep²¹, waarin wordt vastgesteld dat in een bepaalde franchiseovereenkomst een ‘groot

17. Rb. Noord-Holland, locatie Zaandam 8 november 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB6568 (*Hair Call Colours*).

18. Rb. Groningen 16 juli 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BD7453.

19. Vergelijk: J.H. Kolenbrander & M. van Ravenzwaaij-Mars, ‘Verplichte opgelegde inkoop bij franchiseovereenkomsten: het mes snijdt aan twee kanten’, *Contracteren* 2015/nr. 4, blz. 121 – 122.

20. Zie Asser/Houben 7-X, 2015 / 155.

21. CrvB 26 februari 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:AA8795 (DOOR).

aantal gedetailleerde regels en voorschriften' is opgenomen, alsmede een algemene aanwijzingsbevoegdheid van de franchisegever, hetgeen lijkt te duiden op een gezagsverhouding. Desalniettemin oordeelt de Raad dat in dit geval de contractuele en feitelijke verhouding tussen de franchisegever en haar franchisenemers wezenlijk anders moet worden gewaardeerd dan die van de gebruikelijke arbeidsverhouding. De opgelegde verplichtingen dienen, aldus de Raad, als middelen gezien te worden om de knowhow, het concept, de kwaliteit en de uniformiteit van de franchiseformule te beschermen. De Rechtbank Noord-Holland oordeelde zelfs dat het nu eenmaal 'eigen is aan franchise' dat een franchisenemer zich dient te houden aan (strikte) voorschriften.²² Dit geeft franchisegevers de nodige speelruimte verregaande aanwijzingen te (blijven) geven aan hun franchisenemers, hoewel elke geval uiteraard op zichzelf beoordeeld dient te worden.

7. Beoordeling franchise Wet DBA

Zoals hiervoor aangegeven, is sinds mei 2016 de VAR afgeschaft en de Wet DBA ingevoerd. Onder deze wet is het de bedoeling dat zowel fiscaal²³ als arbeidsrechtelijk²⁴ beoordeeld wordt of er sprake is van een dienstbetrekking. Waar de VAR dus enkel een laagdrempelige (fiscale) beoordeling inhield, zal onder de Wet DBA een completere beoordeling plaatsvinden. Daarbij lijkt het (zeer) voor de hand te liggen dat bestaande jurisprudentie over fictief dienstverband van kracht blijft. In ieder geval zal onder de Wet DBA beoordeeld worden of (i) er een gezagsverhouding is en (ii) of de verplichting tot het persoonlijk verrichten van de arbeid bestaat, zoals ook in de genoemde jurisprudentie is gebeurd.

Hoe de Belastingdienst de Wet DBA vanaf (vermoedelijk) 1 januari 2018 gaat handhaven is onduidelijk. Dat is uiteraard relevant te weten, omdat handhaving van de VAR (nagenoeg) niet-bestaand was en er om die reden weinig vergelijkingsmateriaal voorhanden is. De door de Belastingdienst gepubliceerde 'Handreiking beoordelingskader overeenkomsten arbeidsrelatie (Handreiking DBA)'²⁵ geeft opdrachtgevers en -nemers overigens wel handvatten om hun samenwerking zó in te kleden dat het risico op fictief dienstverband wordt verkleind. Daarvoor is nodig dat in de overeenkomst tussen partijen het juiste moet zijn overeengekomen onder de juiste bewoordingen en dat de praktijk daarmee vervolgens in overeenstemming is.

In beginsel staat het contractspartijen vrij om een zelfgemaakte overeenkomst van opdracht te

sluiten, eventueel na deze ter goedkeuring aan de Belastingdienst te hebben voorgelegd. De Staatssecretaris van Financiën bevestigde op 1 juli 2016 evenwel dat goedkeuring door de Belastingdienst niet of nauwelijks wordt gegeven.²⁶ Van de 3.500 voorgelegde (model)overeenkomsten zijn er inmiddels slechts 200 goedgekeurd door de Belastingdienst.²⁷ Hoewel een deel van de verzoeken tot goedkeuring waarschijnlijk is ingetrokken, kan worden aangenomen dat het gros van de verzoeken door de Belastingdienst dus is afgewezen. Gelet hierop wordt – indien mogelijk uiteraard – aanbevolen modelovereenkomsten te gebruiken die door de Belastingdienst zijn opgesteld en gepubliceerd. Inmiddels zijn er meer dan 30 modelovereenkomsten voor branches en beroepsgroepen gemaakt die raadpleegbaar zijn op de website van de Belastingdienst.²⁸

8. Wat gaat dit betekenen voor franchisegevers- en nemers?

Schriftelijke invulling

Franchise heeft op dit moment (nog) geen door de Belastingdienst goedgekeurde (model)overeenkomst. Onduidelijk is of belangenorganisaties, zoals de Nederlandse Franchise Vereniging (NVF), hier al mee bezig zijn. In principe zouden de standaardcontracten voor zowel goederen- als dienstenfranchise al ter goedkeuring aan de Belastingdienst kunnen worden voorgelegd, hoewel het – gezien de diversiteit van franchiseovereenkomsten – niet altijd eenvoudig is om 'de' franchiseovereenkomst aan te wijzen.²⁹ Daarentegen zijn er diverse elementen aan te wijzen die in elke franchiseovereenkomst op enigerlei wijze terug te vinden zijn. Dat de branche over die elementen in ieder geval duidelijkheid zou moeten krijgen van de Belastingdienst lijkt ons een zinnige (eerste) stap.

Omdat er sinds de invoering van de Wet DBA een inspanningsverplichting op zowel de opdrachtgever als opdrachtnemer rust om vóór het einde van de implementatieperiode (1 mei 2017) in lijn met de wet te handelen (zodat de relatie alleen kan worden gekwalificeerd als 'opdrachtrelatie'), is het wat ons betreft voor nu noodzakelijk dat de franchisebranche zich oriënteert op de *algemene modelovereenkomsten* van de Belastingdienst.³⁰ Allereerst moet

22. Rb. Noord-Holland, locatie Zaandam 8 november 2007, RAR 2008/23 (*Hair Call Colours*).

23. Op grond van art. 6a Wet LB 1964.

24. Op grond van art. 7:610 BW.

25. http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/handreiking_beoordelingskader_dba_dv-1030121ed.pdf.

26. Ministerie van Financiën, beantwoording Kamervragen D66 1 juli 2016, DGB/2016/3005 U.

27. De Commissie (model)overeenkomsten onder leiding van prof. mr. G. Boot heeft in haar eindrapportage aangegeven dat slechts 23% van de modelovereenkomsten door de Belastingdienst is goedgekeurd.

28. <http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/modelovereenkomsten-in-plaats-van-var/modelovereenkomst-zoeken/modelovereenkomsten-branches-beroepsgroepen-downloaden>.

29. Zie Asser/Houben 7-X, 2015 / 138.

30. <http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/ondernemen/>

worden gekozen welke modelovereenkomst voor franchise het meest geschikt is, zodat deze naderhand in bijvoorbeeld de standaardcontracten voor zowel goederen- als dienstenfranchise kan worden ingevoegd. Hoewel het voor de hand ligt dat de franchisegevers – als motor van franchisebranche – dit gezamenlijk via de NFV gaan oppakken, kunnen franchisenemers niet rustig afwachten wat hun franchisegever gaat doen. De Wet DBA legt immers ook op franchisenemers een inspanningsverplichting aan de wet te voldoen.

Gelet op de hiervoor genoemde jurisprudentie van vóór de afschaffing van de VAR, welke naar wij aannemen door de wetswijziging niet in rechtskracht zal inboeten, moet zowel de verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid als het regelen van de gezagsverhouding in de model franchiseovereenkomst deugdelijk worden 'afgehecht'. Dit uiteraard om fiscale- en arbeidsrechtelijke ongelukken tot een minimum te beperken voor zowel franchisegevers als -nemers. Tot nu toe heeft alleen het FNV een 'gecombineerde' modelovereenkomst opgesteld, waarin beide onderdelen staan benoemd.³¹

Praktische invulling

Onder het VAR-regiem konden franchisegevers en franchisenemers met louter een schriftelijke invulling van hun werkrelatie een heel eind komen om derden er van te overtuigen dat er sprake was van een franchise en geen arbeidsverhouding. Hoewel het voorheen uiteraard ook noodzakelijk was dat de inhoud van de franchiseovereenkomst moest overeenstemmen met de praktische invulling daarvan is het duidelijk geworden dat de Belastingdienst vanaf 1 januari 2018 meer zal willen gaan controleren en handhaven. Of de capaciteit van de Belastingdienst dat toelaat, is overigens nog maar de vraag. Een direct antwoord hierop is voorsnog niet gegeven. De Staatssecretaris van Financiën geeft slechts aan dat deze handhaving 'gewoon' onderdeel zal uitmaken van het reguliere toezicht op loonheffingen. Interessant is wel dat de bevoegdheid van de Belastingdienst daarbij zover gaat dat zelfs correspondentie tussen de franchisegever en franchisenemer voor de beoordeling doorslaggevend kan zijn.³² Uiteraard doet de franchisebranche – als belangrijke speler in de Nederlandse economie – er verstandig aan haar zaakjes goed op orde te hebben, ongeacht de capaciteit van de Belastingdienst om te handhaven.

Checklist Franchise

modelovereenkomsten-in-plaats-van-var/modelovereenkomst-zoeken/algemene-modelovereenkomsten-downloaden.

31. http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/algemene_modelovereenkomst_geen_werkgeversgezag_en_vrije_vervanging_fnv_zelfstandigen.

32. Ministerie van Financiën, beantwoording Kamervragen D66 1 juli 2016, DGB/2016/3005 U.

De Staatssecretaris van Financiën stelt dat hetgeen onder de VAR verboden was ook onder de Wet DBA niet mag. Wel komt het ons voor dat, ondanks de op 18 november jl. gepubliceerde Tweede Voortgangsrapportage DBA, er strenger en uitvoeriger zal worden gehandhaafd dan voorheen. Dat maakt het onzes inziens des te belangrijker dat franchisegevers en franchisenemers zich blijvend inspannen om fictief dienstverband buiten de formule te houden. In dat kader is een concrete checklist geen overbodige luxe, maar zelfs van wezenlijk belang om fiscaal- en arbeidsrechtelijke ongelukken te voorkomen die een einde van een formule kunnen betekenen. Zonder pretentie volledig te zijn, zou een dergelijke checklist er volgens ons als volgt uit kunnen zien bij de beoordeling van een franchiseovereenkomst (zie bovenaan volgende pagina):

Naar gelang hoe deze checklist is ingevuld, kan er meer of minder risico op fictief dienstverband worden aangenomen. In ieder geval biedt het franchisegevers en -nemers enige handvatten om hun samenwerking zo veel mogelijk een opdrachtovereenkomst te laten zijn en de risico's op fictief dienstverband tot een minimum te beperken.

9. Conclusie

Het is duidelijk dat met de invoering van de Wet DBA er meer verwacht zal gaan worden van de franchisebranche in het kader van (het voorkomen van) fictief dienstverband. En niet alleen van franchisegevers, maar ook van franchisenemers. Het feit dat de overheid recent een uitstel heeft aangekondigd, maakt dit niet anders. Op beide partijen zal immers een inspanningsverplichting komen te liggen om voor 2018 conform de wet te handelen. Waar voorheen enkel een (laagdrempelige) fiscale toets door de Belastingdienst werd uitgevoerd, brengt de Wet DBA met zich mee dat er thans een (zwaardere) fiscaalrechtelijke toets zal worden uitgevoerd met arbeidsrechtelijke gevolgen. Koppel dit aan het feit dat de Belastingdienst reeds heeft aangegeven meer werk te zullen gaan maken van handhaving en het moge duidelijk zijn dat franchisegevers en franchisenemers er verstandig aan doen op een zo snel mogelijke termijn te inventariseren of hun franchisesamenwerking onder de Wet DBA mogelijk gekwalificeerd zal gaan worden als een fictief dienstverband. De consequenties van een fictief dienstverband zijn immers aanzienlijk te noemen, voor zowel de franchisegever, als de franchisenemers.

<i>Is sprake van een fictief dienstverband?</i>		
<i>Algemeen</i>		
	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
Het is niet de bedoeling van partijen een arbeidsovereenkomst te sluiten		
Het overeengekomen resultaat staat voorop		
Het werk moet voor een bepaalde datum zijn gedaan		
De franchisegever betaalt geen loon tijdens ziekte of vakantie		
Er is geen non-concurrentiebeding overeengekomen		
De franchisenemer neemt klachten over derden over zichzelf of zijn werk zelf in behandeling		
De werkzaamheden die de franchisenemer verricht vormen geen wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de franchisegever ³³		
	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
<i>Zelfstandig ondernemer</i>		
De franchisenemer is ingeschreven in de KvK		
De franchisenemer heeft een btw-nummer		
De franchisenemer heeft meerdere opdrachtgevers		
De franchisenemer neemt de herstelkosten voor zijn rekening als de opdracht niet op tijd is afgerond of onvoldoende is nagekomen		
De franchisenemer is aansprakelijk voor alle schade die de franchisegever heeft opgelopen tijdens de uitvoering van de werkzaamheden		
De franchisenemer betaalt zelf voor hulpmiddelen en materiaal om zijn werk uit te voeren		
De franchisenemer presenteert zich in het maatschappelijk verkeer als zelfstandig ondernemer		
	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
<i>Persoonlijk verrichten van arbeid</i>		
De franchisenemer mag de opdracht door iemand anders laten uitvoeren (zich laten vervangen). De vervanger hoeft alleen te voldoen aan van tevoren door de franchisegever opgestelde objectieve criteria		
Het recht van vervanging is realistisch en past in de werkelijke verhouding tussen partijen		
De franchisenemer blijft verantwoordelijk voor de kwaliteit van het werk en naleving van de afspraken		
	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
<i>Gezagsrelatie</i>		
Het staat de franchisenemer vrij de concrete inhoud van het werk uit te voeren en te bepalen op welke manier moet worden gewerkt		
De franchisegever geeft geen (dwingende) aanwijzingen of instructies aan de franchisenemers die verder gaan dan strikt noodzakelijk om de uniformiteit en kwaliteit van de formule te beschermen		
De franchisenemer is niet gebonden aan bedrijfsprotocollen van de franchisegever		
De franchisenemer is niet gehouden gebruik te maken van hulpmiddelen van de franchisegever		

33. Hiermee wordt bedoeld dat franchisenemers feitelijk werkzaamheden ten gunste van de onderneming van de franchisegever verrichten. Denk daarbij aan de eerder in dit artikel genoemde autorijschool-formules waarbij de 'franchisenemers' feitelijk de werkzaamheden voor de rijschool van de 'franchisegever' uitvoerden. Het wezenlijkste onderdeel van de bedrijfsvoering van een 'echte' franchisegever is het verlenen van ondersteuning en bijstand van franchisenemers.