

# Financieel plannen voor ZZZ Nederland

23-07-2018 | Door Jasper Commandeur  
werkzaam bij Brainnet B.V.



**Opdrachtgevers van zelfstandigen zonder personeel (ZZP'ers) opgelet! De komende maanden komt de Belastingdienst misschien op bezoek<sup>1</sup>. De Belastingdienst wil met u praten over arbeidsrelaties met zelfstandigen en eventueel handhavend optreden als u 'kwaadwillend' bent. Extra kosten van naheffingen, pensioenpremie of andere onverwachte werkgeversverplichtingen zijn denkbaar als een zelfstandige werknemer(achtig) blijkt te zijn. De juridische verschillen tussen zelfstandigen en werknemers zijn immers groot<sup>2</sup>. In deze bijdrage beschrijf ik de beoordeling van arbeidsrelaties, vanuit het perspectief van de inkomstenbelasting en loonheffingen en probeer ik een voorstelling te maken van het verloop van een discussie met de Belastingdienst. Een discussie waar veel van afhangt en die hierdoor voor actieve financieel adviseurs niet minder interessant is.**

## A. Échte Zelfstandigen

*Wat is een ZZP'er?*

Na het uitwisselen van beleefdheden en de eerste kop koffie, ligt het voor de hand dat de Belastingdienst met u bespreekt wat uw ervaringen zijn bij het inhuren van ZZP'ers en wat u doet om 'schijnzelfstandigheid' te voorkomen: de omstandigheid dat een overeenkomst van opdracht met een zelfstandige eigenlijk een (fictieve) dienstbetrekking is. Om dat gesprek te kunnen voeren, is het goed om vast te weten wat een 'ZZP'er' is. Het woord 'ZZP' heeft juridisch gezien namelijk weinig tot geen betekenis. Zoals onze koningin zegt dat dé Nederlander niet bestaat, geldt ook voor ZZP'ers: dé ZZP'er bestaat niet. Vele werkenden noemen zichzelf ZZP'er, je kunt ze aantreffen in allerlei soorten en maten en uiteenlopende beroepen en bedrijfstakken. Om iets over de juridische positie van een ZZP'er te kunnen zeggen, is meer informatie nodig.

<sup>1</sup> Belastingdienst Toezichtsplan Arbeidsrelaties, 1 juli 2018 en Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Minister van Sociale Zaken en werkgelegenheid, brief van 22 juni 2018, kenmerk 2018-0000112981.

<sup>2</sup> Zie bijlage 1.

Voor de inkomstenbelasting zijn ZZP'ers in te delen naar inkomstenbronnen. Eerst wordt vastgesteld of de ZZP'er een ondernemer is met 'winst uit een onderneming'. Daarna of sprake is van (fictief) inkomen uit een dienstbetrekking en ten slotte of het verdiende inkomen resultaat uit een werkzaamheid is. Bezien vanuit de inkomstenbelasting zijn er aldus vier soorten ZZP'ers (zie ook hierna):

1. Ondernemers; *degenen met winst uit een onderneming*
2. Schijnzelfstandigen; *degenen bij wie later blijkt dat ze loon uit een dienstbetrekking verdienen*
3. Fictief Schijnzelfstandigen; *degenen die bij wettelijke fictie schijnzelfstandig blijken, en*
4. Resultaatgenieters; *degenen met inkomen uit werk dat niet de omvang van een onderneming heeft.*

*Wat is een ondernemer?*

Om ondernemer te zijn moeten de werkzaamheden van de ZZP'er aan een aantal kenmerken voldoen<sup>3</sup>. Voor de inkomstenbelasting is een ondernemer iemand: (...) voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming. (...) mede verstaan onder onderneming: het zelfstandig uitgeoefende beroep<sup>4</sup>.

In de fiscale rechtspraak is uitgewerkt wat een onderneming dan is<sup>5</sup>. Een onderneming is:

- een duurzame organisatie van arbeid en veelal kapitaal is<sup>6</sup>;
- waarbij zelfstandig<sup>7</sup> wordt deelgenomen aan het economisch verkeer;
- een redelijkerwijs te verwachten winst wordt beoogd; en
- voldoende ondernemersrisico<sup>8</sup> wordt gelopen.

<sup>3</sup> Paragraaf 3.2.2 Wet inkomstenbelasting 2001.

<sup>4</sup> Artikel 3.4 en 3.5 Wet inkomstenbelasting 2001. Bij een zelfstandig uitgeoefend beroep is de aanwezigheid van 'kapitaal' van minder groot belang.

<sup>5</sup> Ontleend aan Conclusie C.W.M. Van Ballegooijen, Hoge Raad, 12 september 2008, nr. 42915.

<sup>6</sup> Een onderneming heeft een duurzaam bestaan en voldoende omvang in werkzaamheden, bruto baten, beschikbare tijd, bekendheid naar buiten, meerdere opdrachtgevers en investeringen in bedrijfsmiddelen.

<sup>7</sup> Een onderneming streeft naar meerdere opdrachten en heeft de vrijheid om opdrachten wel of niet te aanvaarden.

Ondernemers werken niet voor rekening en risico van een ander en lijden zelf verlies bij onvoordelige overeenkomsten of als zij een kostbare fout maken. In tegenstelling tot werknemers, waarvoor geldt dat 'de baas' meestal voor de kosten opdraait als het misgaat<sup>9</sup> of als er geen werk is. Bij afwezigheid van personeel is een ondernemer ZZP (Zelfstandige Zonder Personeel).

### *Oefenen met de Ondernemerscheck*

Om wat meer gevoel te krijgen bij het begrip 'ondernemerschap', zou u eens kunnen oefenen met de Ondernemerscheck van de Belastingdienst<sup>10</sup>. Merk daarbij op dat de normen in de ondernemerscheck niet per se gelijk zijn aan de hiervoor genoemde criteria. Bij het beantwoorden van de vragen, zult u zien dat een ZZP'er niet snel als ondernemer wordt gezien maar dat wil niet zeggen dat een ZZP'er geen ondernemer is. Voor de rechter wordt het ondernemerschap beoordeeld aan de hand van de hiervoor genoemde criteria en alle relevante feiten en omstandigheden (dat wordt 'holistische benadering' genoemd). Je kunt bijvoorbeeld niet zeggen dat iemand geen ondernemer is *omdat* er maar één opdrachtgever is<sup>11</sup> of *omdat* jaren achter elkaar voor één opdrachtgever is gewerkt<sup>12</sup>. Om te weten of iemand een ondernemer is, moet u meer weten.

## **B. Werknemers en schijnzelfstandigen**

### *Het risico op schijnzelfstandigheid*

Als bij u *échte* ondernemers werken, op basis van een *échte* overeenkomst van opdracht kan de controle voor de inkomstenbelasting in principe afgerond worden. Als eenmaal vaststaat dat winst uit een onderneming is genoten, dan is dat de bron van inkomen die in de aangifte inkomstenbelasting gekozen moet worden en kan het

<sup>8</sup> Een onderneming loopt het risico aansprakelijk gesteld te worden, een debiteurenrisico voor niet betalende klanten en heeft geen inkomen bij onvoldoende opdrachten of als uitvoering van het werk –bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid– niet mogelijk is.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld 6:170 BW waarin de aansprakelijkheid voor het werk van ondergeschikten bij de werkgever is gelegd.

<sup>10</sup> De Belastingdienst heeft een hulpprogramma voor het toetsen van ondernemerschap gemaakt: <https://www.belastingdienst-ondernemerscheck.nl/>. In de bijlage bij dit artikel zijn een paar oefensituaties opgenomen en de antwoorden bij het doorlopen van de ondernemerscheck.

<sup>11</sup> Gerechtshof Den Haag, 8 mei 2018, nr. 17/00560, [ECLI:NL:RBDHA:2017:6548](#) en zie ook p. 118 van het ZZP Actieplan van de Belastingdienst waarin staat dat het idee dat je als zzp'er verplicht bent om meer dan drie opdrachtgevers per jaar te hebben hardnekkig is en berust op een misverstand.

<sup>12</sup> Gerechtshof Amsterdam, 30 januari 2018, 200.218.895/01.

inkomen geen loon uit een dienstbetrekking meer zijn<sup>13</sup>. Voor andere rechtsgebieden, zoals de sociale zekerheid, het arbeidsrecht en de loonbelasting werkt dat niet zo. Voor de loonheffingen wordt afzonderlijk getoetst of het werk kwalificeert als een privaatrechtelijke dienstbetrekking of daarmee gelijk te stellen betrekking<sup>14</sup>. Ongeacht de uitkomst van de beoordeling van het ondernemerschap voor de inkomstenbelasting.

De Belastingdienst zal van u willen weten of bij u ZZP'ers werken met een overeenkomst die voldoet aan de (civielrechtelijke) definitie van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst met de kenmerken van een andere wettelijke bepaling die maakt dat loonheffingen ingehouden en afgedragen moeten worden. Dat zijn de "schijnzelfstandigen". Bij een (fictieve) dienstbetrekking kan de Belastingdienst namelijk een naheffingsaanslag opleggen, voor de jaren waarin u ten onrechte geen loonheffingen heeft afgedragen<sup>15</sup>. Maar de Belastingdienst zal dat alleen doen als u 'kwaadwillend' bent (zie hierna)<sup>16</sup>.

Voor de betrokken ZZP'er kan schijnzelfstandigheid er toe leiden dat genoten ondernemersvoordelen (zelfstandigenaftrek, MKB-winstvrijstelling etc.) worden teruggevorderd<sup>17</sup>. Opmerkelijk genoeg blijkt deze ZZP'er dan vaak wel ineens recht te hebben op sociale zekerheid<sup>18</sup> en allerlei andere werknemersrechten, zoals het recht op ontslagbescherming, een transitievergoeding en het minimumloon<sup>19</sup>. Zonder het te weten heeft de ZZP'er ook vaak (soms jarenlang) pensioenrechten opgebouwd. Met een beetje pech krijgt u daarvoor ook de rekening van het pensioenfonds gepresenteerd, voor achterstallige pensioenpremie<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Artikel 2.14, lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001. Het is voor de inkomstenbelasting zelfs mogelijk om gelijktijdig ondernemer én werknemer met een arbeidsovereenkomst te zijn, voor het zelfde werk. De dienstbetrekking is dan ondergeschikt aan de onderneming en wordt als winst uit een onderneming belast. Dat wordt de absorptietheorie genoemd. In dit artikel wordt aan deze leer verder geen aandacht besteed.

<sup>14</sup> Zie Wet op de loonbelasting 1964, hoofdstuk I.

<sup>15</sup> Artikel 20 Algemene wet inzake rijksbelastingen: naheffen van te weinig geheven belasting en premie is normaal gesproken mogelijk tot vijf jaar terug.

<sup>16</sup> Zie website Belastingdienst:

<https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/modelovereenkomsten/content/bang-voor-boetes-of-naheffingen-niet-nodig>

<sup>17</sup> Artikel 16 Algemene wet inzake rijksbelastingen: navordering van te weinig geheven belasting is mogelijk tot vijf jaar terug.

<sup>18</sup> Hoge Raad, 25 maart 2011, 10/02146, [ECLI:NL:HR:2011:BP3887](#) (Gouden Kooi-arrest).

<sup>19</sup> Artikel 2, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

<sup>20</sup> Uit antwoorden van Minister Koolmees blijkt al wel dat de overheid dit gevolg waarschijnlijk niet als een maatschappelijk probleem ervaart: zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, nr. 1707.

### *Schijnzelfstandigheid bij kenmerken van werknemerschap*

Al met al meer dan genoeg redenen voor u om met klem te ontkennen dat de ZZP'er die voor u werkt een werknemer is. En te betogen dat uw opdracht niet de kenmerken van een arbeidsovereenkomst heeft<sup>21</sup>. Voor uw opdracht geldt dan niet dat:

- 1- het werk persoonlijk moet worden verricht;
- 2- loon wordt betaald; en
- 3- gewerkt wordt in een gezagsverhouding.

De eerste twee voorwaarden, persoonlijk het werk verrichten en loonbetaling, zijn vaak moeilijk te voorkomen. De ZZP'er wordt ingehuurd vanwege diens specifieke deskundigheid en/of kennis en krijgt betaald. Over de gezagsverhouding is wel (veel) discussie mogelijk. Voor het aannemen van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst moet de Belastingdienst bewijzen dat er tussen u en de ZZP'er een materiële- of formele gezagsverhouding bestaat.

Materieel gezag is aanwezig als de opdrachtgever de mogelijkheid heeft om inhoudelijk aanwijzingen en instructies te geven over hoe het werk moet worden uitgevoerd. Bij formeel gezag volgt de gezagsverhouding min of meer uit de organisatie waarbinnen het werk plaatsvindt. Het werk behoort dan tot de reguliere werkzaamheden (de kernactiviteiten) van de organisatie. De werkzaamheden zijn als het ware 'ingebed' in bedrijfsvoering. Een aanwijzing voor 'inbedding in de organisatie' kan zijn dat in de opdracht geen resultaat is afgesproken maar een in de organisatie aanwezige (werknemers)functie. Een andere aanwijzing is geringe vrijheid bij het indelen van het werk of werktijden. Ook de looptijd van de opdracht kan een aanwijzing zijn voor gezag. Bij het ontbreken van een onderbouwing voor de gekozen looptijd of als de looptijd langer is dan gebruikelijk bij een (soortgelijke) opdracht kunt u vragen van de inspecteur verwachten<sup>22</sup>. Het hebben van specifieke kennis die de organisatie niet heeft, kan daarentegen een aanwijzing zijn dat geen sprake is van reguliere werkzaamheden<sup>23</sup>. Écht ondernemerschap is dat ook.

<sup>21</sup> Zie 7:610 BW, civielrechtelijk is sprake van een arbeidsovereenkomst als de opdracht aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst voldoet. Voor de definitie van de loon- en inkomstenbelasting wordt bij de civielrechtelijke definitie aangesloten (zie 3:81 Wet inkomstenbelasting 2001 jo art. 2 Wet op de loonbelasting 1964).

<sup>22</sup> Zie voor een meer uitgebreide omschrijving van het gezagscriterium het rapport van de 'Commissie Boot', Commissie Modelovereenkomsten, Eindrapport, november 2016.

<sup>23</sup> Misschien zijn veel situaties sowieso een unieke soort arbeidsverhouding waar mogelijkwijs nieuwe eigen regels voor nodig zijn. In de economische theorie wordt 'kennis en informatie' tegen-

De rechter beoordeelt het bestaan van een gezagsrelatie achteraf *aan de hand van alle omstandigheden van het geval en de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in onderling verband bezien. Niet één enkel kenmerk is daarbij beslissend*. Als een situatie ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd, wordt dus niet alleen naar de bedoeling van partijen bij sluiten van de overeenkomst gekeken. Ook de uitvoering van de overeenkomst is van belang. Of de ZZP'er voor de inkomstenbelasting (of de omzetbelasting) een ondernemer is, kan een argument zijn in deze discussie maar het is zeker niet het enige argument. Rechter zullen steeds de volgende (hoofd)vragen stellen<sup>24</sup>:

|   |   |
|---|---|
| <b><i>Is er intentie om een arbeidsovereenkomst te sluiten?</i></b> | <i>Partijen moeten bij aanvang en in de uitvoering de intentie hebben gehad om een arbeidsovereenkomst te sluiten. 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 moet ook gekeken worden naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben<sup>25</sup>.</i> |
| <b><i>Wat is de achtergrond van de partijen?</i></b>                | <i>Bij de toetsing komt betekenis toe aan de maatschappelijke positie van degene wiens hoedanigheid wordt beoordeeld.</i>   |

woordig als een afzonderlijke productiefactor gezien, naast 'ondernemen' en 'arbeid': <https://nl.wikipedia.org/wiki/Productiefactor>.

<sup>24</sup> Bijvoorbeeld Hoge Raad, 17 februari 2012, 11/00371, ECLI:NL:HR:2012:BU8926 (Notarissen-arrest).

<sup>25</sup> Merk op dat het dus niet ondenkbaar is dat partijen aanvankelijk nooit een arbeidsovereenkomst hebben gewild maar dat zodanig is gehandeld dat de overeenkomst van opdracht wordt uitgevoerd alsof het een arbeidsovereenkomst betreft.

### *Instructies of nadere bepaling van de opdracht*

Overigens moet bij het gezagscriterium opgemerkt worden dat de enkele mogelijkheid om aanwijzingen en instructies te geven onvoldoende is om vast te stellen dat er sprake is van gezag. De aanwijzingen en instructies kunnen ook slechts een nadere bepaling zijn van de in de overeenkomst van opdracht afgesproken prestaties<sup>26</sup>. Het is immers niet ongebruikelijk of onlogisch dat een opdrachtgever tijdens de uitvoering van de opdracht door een zelfstandige aanstuurt op een optimaal resultaat. Een opdrachtnemer kan alleen goede resultaten opleveren, als hij weet wat zijn opdrachtgever van hem verwacht.

De opvattingen over de betekenis van het begrip 'gezag' lopen in de praktijk uiteen. Standpunten zijn niet zelden ingegeven door het belang bij de uitkomst van een beoordeling van een arbeidsrelatie. Logischerwijs is het UWV kritisch als een ZZP'er vraagt om een uitkering en de Belastingdienst zal juist het bestaan van een arbeidsovereenkomst willen aantonen om de heffing van loonheffingen mogelijk te maken. Opdrachtgevers en ZZP'ers willen vaak zelf kunnen beslissen of zij ondernemer zijn of niet<sup>27</sup>.

De scheidslijn tussen gezag en nadere instructies bij de uitvoering van een opdracht is dun. Sommigen vinden het gezagsbegrip duidelijk<sup>28</sup>, anderen niet. Dat de praktijk weerbarstig is, blijkt wel uit de uitgebreide onderzoeken die de overheid al heeft laten uitvoeren naar dit onderwerp<sup>29</sup> en de vele gerechtelijke procedures die gevoerd zijn om de juridische positie van een werkende vast te stellen. Procedures waarin de uitkomst geenszins vanzelfsprekend is. Zelfs voor de pakketbezorgers, het veelgevoerde schoolvoorbeeld van schijnzelfstandigheid, staat de uitkomst van een procedure bij de rechter niet vast<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Hoge Raad, 18 december 1991, nr. 27532, ECLI:NL:HR:1991:ZC4848 (Fotomodel-arrest).

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld Zipconomy, Nieuwsbrief van 10 juli 2018.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld 'FNV Visie op zelfstandige arbeid', juni 2018.

<sup>29</sup> Zie Rapport van de 'Commissie Boot', Commissie Modelovereenkomsten, Eindrapport, november 2016 en 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie', mei 2017.

<sup>30</sup> Rechtbank Limburg, 1 maart 2018, 6215498 AZ VERZ 17-103, ECLI:NL:RBLIM:2018:2029.

### *Voorbeeld PGGM – Thuiszorg Rotterdam<sup>31</sup>*

#### Situatie:

Een bestuurder is in dienst van zijn eigen management B.V. Via de B.V. werkt hij in de functie van algemeen directeur van de thuiszorgorganisatie. De loonadministratie van de thuiszorgorganisatie voldeed periodiek managementfees, zonder dat zij hiervoor nota's ontving of BTW hoefde te betalen.

#### Juridische vorm:

In het reglement van het pensioenfonds van de thuiszorgorganisatie staat dat deelneming aan het fonds verplicht is voor degenen met een arbeidsovereenkomst volgens burgerlijk recht. De bestuurder en de thuiszorgorganisatie hebben geen arbeidsovereenkomst afgesloten. In de statuten van de thuiszorgorganisatie staat dat de bestuurder een natuurlijk persoon is, in dienst van de stichting. In de doelomschrijving van de management B.V. staan de in managementovereenkomst omschreven werkzaamheden niet benoemd.

Het pensioenfonds PGGM vordert achterstallige pensioenpremie. De Hoge Raad bevestigt dat in deze situatie sprake kan zijn van werknemerschap voor de bestuurder. De intenties blijken uit de statuten en de manier van werken. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst is dan niet doorslaggevend.

### *Fictieve schijnzelfstandigheid ook bij afwezigheid gezagsrelatie*

Een derde groep ZZP'ers zijn de 'fictief schijnzelfstandigen'. Als uw ZZP'ers 'fictief zelfstandig' zijn, zal de inspecteur tegen u zeggen dat uw opdracht een fictieve dienstbetrekking is. U bent dan inhoudingsplichtig voor de loonheffing(en) die voor uw ZZP'er afgedragen moeten worden. Deze mogelijkheid heeft de Belastingdienst achter de hand als een echte arbeidsovereenkomst moeilijk of niet bewezen kan worden<sup>32</sup>. Of er wel of geen gezagsverhouding is, doet niet meer ter zake.

<sup>31</sup> Hoge Raad, 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231.

<sup>32</sup> Zie voor een recente voorbeelden Rechtbank Den Haag, 3 april 2018, nr. AWB - 16 \_ 7734, ECLI:NL:RBDHA:2017:11302 of Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 20 maart 2018, nr. 16/01514, ECLI:NL:GHARL:2018:2532). Niet zelden is het bestaan van een arbeidsovereenkomst onzeker

De Belastingdienst heeft verschillende mogelijkheden om zich te beroepen op ficties. Ik noem drie veel toegepaste ficties:

- *Gelijkgesteldenfictie*: een dienstbetrekking wordt aangenomen bij doorgaans op minimaal 2 dagen per week persoonlijk arbeid verrichten;
- *Thuiswerkersfictie*: een dienstbetrekking wordt aangenomen als thuiswerkers persoonlijk arbeid verrichten;
- *Tussenkomstfictie*: een dienstbetrekking wordt aangenomen bij degenen die door tussenkomst van degene tot wie de arbeidsverhouding bestaat, persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde.

Schijnzelfstandigen op basis van een fictie hebben een bijzondere positie. Deze ZZP'ers worden alleen als werknemer gezien voor de loonheffingen en/of de sociale zekerheid. Arbeidsrechtelijk hoeft dat niet zo te zijn<sup>33</sup>. Om discussie over fictieve dienstbetrekking te voorkomen, sluiten partijen dit vaak contractueel uit. Voor (échte) ondernemers gelden deze ficties niet<sup>34</sup>.

#### *Modelovereenkomsten om schijnzelfstandigheid te voorkomen*

Misschien voorkomt u schijnzelfstandigheid door gebruik te maken van bij de Belastingdienst geregistreerde modelovereenkomsten. Deze modelovereenkomsten geven de zekerheid dat geen sprake is van een dienstbetrekking, en dat dus geen loonheffingen ingehouden hoeven te worden. Onder de voorwaarde dat feitelijk ook op de afgesproken manier wordt gewerkt<sup>35</sup>. In het gesprek zal de Belastingdienst willen weten of u in de praktijk volgens de overeenkomst werkt<sup>36</sup>.

---

maar weet de Belastingdienst rechtszaken te winnen door ficties in de strijd te gooien. Deze manier van opportunistisch procederen tegen burgers wordt wel het 'toernooimodel' genoemd.

<sup>33</sup> Dus zonder de rechten die werknemers hebben.

<sup>34</sup> Artikel 2 e Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. In een schriftelijke overeenkomst kunnen de gelijkgesteldenfictie en de thuiswerkersfictie worden uitgesloten. De tussenkomstfictie wordt uitgesloten door alleen te werken met (echte) ondernemers.

<sup>35</sup> Belastingdienst.nl.

<sup>36</sup> <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/modelovereenkomsten/content/bang-voor-boetes-of-naheffingen-niet-nodig>

#### *De ZZP'er is resultaatgenieter*

De vierde en laatste groep ZZP'ers zijn de 'resultaatgenieters'<sup>37</sup>. Deze ZZP'ers zijn zelfstandig maar de omvang van de werkzaamheden is te beperkt om een 'onderneming' te zijn. Resultaatgenieters zijn dus échte ZZP'ers maar geen ondernemers voor de inkomstenbelasting. Resultaatgenieters worden op vergelijkbare wijze behandeld als *échte* ondernemers, maar missen het recht op ondernemersvoordelen, zoals de zelfstandigenaftrek, MKB-winstvrijstelling of de oudedagsreserve. In boekenonderzoeken bij individuele ZZP'ers stelde de Belastingdienst al meer dan eens dat sprake is van 'resultaat uit overige werkzaamheden'. Als de Belastingdienst vindt dat een ZZP'er geen ondernemer is, kan ZZP'er voor de inkomstenbelasting een navorderingsaanslag met boete krijgen. De genoten ondernemersvoordelen worden dan terugdraaid<sup>38</sup>.



---

<sup>37</sup> Artikel 3.90 Wet inkomstenbelasting 2001: belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden.

<sup>38</sup> Artikel 16, Algemene wet inzake rijksbelastingen.

## C. Handhaven bij ontdekking schijnzelfstandigheid

Voor de handhaving op schijnzelfstandigheid zijn er drie perioden:

1. *Van 1 juli 2018 tot 1 januari 2020*: handhaving bij 'kwaadwillenden'. De Belastingdienst zal dan ten minste moeten bewijzen dat sprake is van:
  - a. een fictieve dienstbetrekking;
  - b. evidente schijnzelfstandigheid;
  - c. opzettelijke schijnzelfstandigheid.
2. *Van 1 januari 2020 tot 1 januari 2021*: terughoudende handhaving en de Belastingdienst in een 'coachende rol'. 2020, in afwachting van nieuwe wetgeving.
3. *Vanaf 1 januari 2021*: volledige handhaving volgens een nieuw wettelijk kader.

In uw gesprek kan het moment komen waarop de inspecteur zijn wenkbrauwen frons, u ernstig aankijkt en zegt: "ik vind u kwaadwillend(!)". Schrik niet. Die opmerking is niet persoonlijk bedoeld. Het is voor de Belastingdienst het kader waarbinnen zij handhavend optreden of handhaving achterwege laten. Alleen als u kwaadwillenden bent, kan een naheffingsaanslag worden opgelegd. Kwaadwillend is de opdrachtgever of opdrachtnemer die *'opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan, omdat hij weet – of had kunnen weten - dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking (en daarmee een oneigenlijk financieel voordeel behaalt en/of het speelveld op een oneerlijke manier aantast)*<sup>39</sup>.

Wat de Belastingdienst dan precies 'oneigenlijk' of 'oneerlijk' vindt en op basis waarvan, is helaas onduidelijk. Het lijkt een gevoelskwestie. In antwoord op een vraag uit de Tweede Kamer naar wat een bedrijf moet doen om als kwaadwillende te worden bestempeld, schrijft de minister alleen:

*Het uiteindelijke oordeel over de vraag of er bij een individuele opdrachtgever al dan niet sprake is van werkgeverschap is aan de rechter en wordt gevormd op basis van het totaal aan feiten en omstandigheden van dat specifieke geval. Over individuele*

<sup>39</sup> Zie Tweede Kamer, Antwoord van Staatsecretaris Wiebes op kamervragen Omzigt en Weyenberg, 12 december 2016, vergaderjaar 2016-2017, nr. 709.

*belastingplichtigen kunnen op grond van artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) geen mededelingen worden gedaan*<sup>40</sup>.

De markt heeft ook nauwelijks de mogelijkheid om te leren van eerdere voorbeelden van kwaadwillendheid. Die voorbeelden zijn er niet. Een veroordeling door de strafrechter zou een voorbeeld kunnen zijn maar dan moet er ook wel veel bij u aan de hand zijn<sup>41</sup>. De Belastingdienst heeft tot dusver 49 onderzoeken ingesteld naar mogelijk evident kwaadwillenden. In 38 gevallen kon de Belastingdienst het bewijs niet rondkrijgen en de andere elf onderzoeken lopen nog steeds. Opmerkelijk is dat een opdrachtgever niet (meer) kwaadwillend is, als deze bereid is om zijn (of haar) werkwijze aan te passen, na overleg met de Belastingdienst<sup>42</sup>.

Wat zou een opdrachtgever die ZZP'ers inzet precies verkeerd kunnen doen? Wat is een oneigenlijk voordeel en wie tast welk speelveld aan? Dat is de hamvraag. Er bestaat geen wettelijk verbod op 'het behalen van oneigenlijke voordelen en het aantasten van speelvelden' in het algemeen. Veelgenoemde bezwaren tegen schijnzelfstandigheid zijn wel de ondermijning van de solidariteit in de sociale zekerheid, het ontbreken van voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid en ouderdom, de neerwaartse druk op de inkomens van werkenden en ontoereikende wettelijke bescherming. Dat zijn reële maatschappelijke problemen, waarvoor de regering naar oplossingen zoekt<sup>43</sup>. Zolang deze oplossingen er niet zijn, kan handhaving bij kwaadwillenden niet gebaseerd zijn op waarde-oordelen binnen de Belastingdienst over partijen die bewust voor ondernemerschap hebben gekozen. Zowel de wetgever als de rechter zouden toezicht in deze vorm redelijkerwijs niet mogen toestaan<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, nr. 2543.

<sup>41</sup> Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam, 2 juli 2018, nr. 23-000375-14, ECLI:NL:GHAMS:2018:2144.

<sup>42</sup> Belastingdienst 21<sup>ste</sup> halfjaarsrapportage, april 2018.

<sup>43</sup> Zie regeerakkoord. De vermeende ondermijning van de solidariteit is overigens al sinds 2002 aan de gang. Sinds dat jaar werden VAR-verklaringen afgegeven die bij verstrekking nauwelijks gecontroleerd werden. Het probleem van de ondermijning van de solidariteit lijkt hierdoor niet direct heel groot.

<sup>44</sup> Artikel 16 Grondwet en artikel 1 Wetboek van strafrecht, 104 Grondwet, Thomas<sup>44</sup> maakt uit de uitspraken van het EHRM op dat belastingwetgeving toegankelijk (accessible), duidelijk (precise) en voorzienbaar (foreseeable) zal moeten zijn om rechtsgeldig te kunnen zijn. Zie E. Thomas, 'Terugwerkende kracht: (on)toelaatbaar?', *WFR* 2005/326

## Plannen voor ZZZ Nederland na 1 januari 2021

Het lijkt er op dat ZZZ Nederland even moet wachten op structurele oplossingen. Dit jaar verschijnt een nieuwe uitwerking van het begrip 'gezagsrelatie' en in het regeerakkoord<sup>45</sup> staan verschillende afspraken nog die uitgewerkt moeten worden. Voor ZZZ'ers met een laag tarief die reguliere bedrijfsactiviteiten uitvoeren, wordt bijvoorbeeld onderzocht of het mogelijk is om een arbeidsovereenkomst verplicht te stellen. Bij een hoog tarief komt er de mogelijkheid om zelf te kiezen voor ondernemerschap, als de opdracht niet tot de reguliere bedrijfsactiviteiten behoort en niet langer duurt dan een jaar. Voor alle andere situaties komt er een webmodule waarmee vooraf een vrijwaring van de inhouding van loonheffingen verkregen kan worden.

### Tot slot

Wetten zijn afspraken. Net als bij andere afspraken is een goede wet begrijpelijk voor de partijen die er aan gebonden zijn. Sterker nog: een wet is een slechte wet als deze alleen begrepen en uitgelegd kan worden door (dure) specialisten. Wetgeving voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie kan verduidelijkt worden door de wet zelf aan te passen of onzekerheid weg te nemen bij de interpretatie van de wet. Als de praktijk vraagt om verduidelijking is er geen goede reden om duidelijkheid te onthouden. Zeker niet als de gevolgen zo groot zijn. De praktijk vraagt om rechtszekerheid vooraf. Signalen dat er wat te verbeteren valt zijn er genoeg.

De Belastingdienst zou er goed aan doen om voorzichtig te zijn, voordat zij (hun) burgers 'kwaadwillend' noemen en terughoudend in het 'bestrijden' van de burger voor de rechter<sup>46</sup>. Een positieve- meer behulpzame benadering is effectiever en past ook beter bij de uitvoeringsinstantie die de Belastingdienst zelf graag wil zijn<sup>47</sup>. Dat kan door de eigen beleidsgrenzen op voorhand kenbaar te maken en er blijvend naar te streven om vooral coachend op te treden. Met name als de complexiteit van regels daar om vraagt. Verreweg de meeste burgers hebben niet het oogmerk om de

<sup>45</sup> Regeerakkoord VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017.

<sup>46</sup> Deze manier van werken wordt wel het 'toernooimodel' genoemd. De situatie waarin een overheid alle middelen aangrijpt om voor de rechter te 'winnen' van een burger.

<sup>47</sup> Zie Belastingdienst, 21<sup>ste</sup> halfjaarrapportage: de Belastingdienst streeft er naar dat belastingplichtigen uit zichzelf fiscale regels naleven, zonder (dwingende en kostbare) acties van de kant van de Belastingdienst. Als belastingplichtigen hun wettelijke fiscale verplichtingen nakomen, dan komt belastinggeld de staatskas binnen zoals de wetgever beoogt.

wet te ontduiken. Dat gezegd hebbend, sluit ik af met een prachtig citaat van de Raad van State<sup>48</sup> waarmee eigenlijk alles gezegd is:

*Overheidsbestuur zoals wij dat kennen is 'verslaafd' aan regels vanwege de zekerheid die zij schijnen te bieden. Zekerheid voor de wetgever die zijn verantwoordelijkheid laat zien, zekerheid voor uitvoerende diensten die daarmee weten geen fouten te maken of willekeur te plegen, zekerheid voor de rechter die zich voor zijn oordeel daarop beroept, zekerheid voor burgers en ondernemingen die weten waar zij aan toe zijn. Alleen bij snel toenemende complexiteit dreigt de zekerheid in haar tegendeel te verkeren. De wetgever weet niet wat het effect is van zijn interventie, uitvoerende diensten weten niet meer aan welke regel zich te houden, de rechtspraak wordt steeds wisselend. Maar de burger wordt nog steeds geacht de wet te kennen. Wat de uitkomst van alle onzekerheid ook is, hij had het moeten weten...*

Wat mij betreft een citaat om in te lijsten. Laten we dit inzicht gebruiken. Werkend Nederland zal dankbaar zijn.

FA

<sup>48</sup> Raad van State, Jaarverslag 2017

## Bijlage 1: Verschillen tussen ZZP en dienstbetrekking

Voor het geven van financieel advies de financiële positie vastgelegd worden<sup>49</sup>. Als de klant een (opdrachtgever van) een ZZP'er is, kan er onduidelijkheid bestaan over de vraag of een ZZP'er een ondernemers is of een (fictieve) schijnzelfstandige. De verschillen tussen ZZP'ers en werknemers zijn groot. Afgezien van de uurvergoeding zijn welhaast alle arbeidsvoorwaarden verschillend. In het overzicht een paar voorbeelden.

| Werknemer   | Ondernemer   |
|---|--|
| Ontslagbescherming en transitievergoeding   | Contactvrijheid en jurisprudentie/redelijkheid en billijkheid bij uitvoering overeenkomsten                                    |
| Loondoorbetaling bij ziekte of anderszins niet kunnen werken  | Contractvrijheid/jurisprudentie, geen loondoorbetaling bij ziekte, tenzij redelijkerwijs voor rekening en risico opdrachtgever |
| Vakantie(toeslag)   | Geen vakantietoeslag   |
| Pensioen en/of lijfrente mogelijk   | Lijfrente mogelijk   |
| Werknemersverzekeringen (WW, WIA)   | Eventueel particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering en hopelijk een spaarpot  |
| CAO   | Geen CAO of collectieve afspraken (verbod op kartelvorming <sup>50</sup> )   |
| Ongevallendeckking evt. als arbeidsvoorwaarde   | Eventueel een particuliere ongevallenverzekering   |
| Eventueel onbelaste vergoedingen van een werkgever volgens de systematiek van de werkkostenregeling | Zelfstandigenaftrek, MKB Winstvrijstelling, Oude-dagsreserve in de inkomstenbelasting  |

<sup>49</sup> 4.23 Wet op het financieel toezicht.

<sup>50</sup> Zie ook HvJ EU, 4 december 2014, nr. C-413/13 (FNV KIEM-Arrest) en bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag, 1 september 2015, nr. 200.082.997/01, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305. Afspraken kunnen wel toegestaan zijn in situaties van schijnzelfstandigheid.



## Bijlage 2: Ondernemerscheck bij leveren diensten

|   | 1          | 2          | 3          | 4          | 5          | 6          | 7               | 8          | 9               | 10         |
|---|------------|------------|------------|------------|------------|------------|-----------------|------------|-----------------|------------|
| <b>Achtergrond</b>  |            |            |            |            |            |            |                 |            |                 |            |
| Ik wil voor mezelf gaan beginnen  |            |            |            |            |            | Ja         |                 |            |                 |            |
| Ik ben net gestart als ondernemer   | Ja         | Ja         |            |            |            |            |                 | Ja         | Ja              |            |
| Ik ben al langer ondernemer   |            |            | Ja         | Ja         | Ja         |            | Ja              |            |                 | Ja         |
| <b>Continuïteit</b>   |            |            |            |            |            |            |                 |            |                 |            |
| Ik neem deel aan het economisch verkeer   | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| Ik streef er naar om mijn bedrijf de komende jaren voort te zetten              | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| Ik besteed tijd of geld aan het vinden van nieuwe opdrachtgevers                | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Nee             | Ja         |
| Ik heb voldoende geld om mijn bedrijf enige tijd draaiende te houden            | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| <b>Ondernemersrisico</b>  |            |            |            |            |            |            |                 |            |                 |            |
| Ik ben aansprakelijk voor de schulden van mijn bedrijf                          | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| Ik loop het risico dat mijn opdrachtgevers of klanten niet betalen              | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| Als ik mijn werk niet goed doe, ligt het financiële risico bij mij              | Nee        | Nee        | Nee        | Ja         | Nee        | Ja         | Nee             | Ja         | Ja              | Ja         |
| Ik loop financiële risico's door investeringen                                  | Ja         | Ja         | Nee        | Ja         | Nee        | Nee        | Ja              | Ja         | Ja              | Ja         |
| <b>Bedrijfsomvang</b>   |            |            |            |            |            |            |                 |            |                 |            |
| Ik heb minimaal 3 opdrachtgevers per jaar                                       | Ja         | Ja         | Nee        | Ja         | Ja         | Ja         | Ja              | Ja         | Nee             | Ja         |
| Ik werk meer dan 70% van mijn gewerkte uren per jaar bij dezelfde opdrachtgever | Ja         | Nee        | Ja         | Ja-        | Ja         | Nee        | Nee             | Ja         | Nee             | Ja         |
| Ik ben gestart met mijn bedrijf minder dan 1 jaar geleden                       | < 1 jaar   | < 1 jaar   | > 3 jaar   | > 3 jaar   | > 3 jaar   | < 1 jaar   | 1-3 jaar        | 1-3 jaar   | 1-3 jaar        | > 3 jaar   |
| Omgerekend naar een volledig kalenderjaar is mijn omzet                         | > € 25.000 | > € 25.000 | > € 25.000 | > € 25.000 | > € 25.000 | < € 25.000 | 10 -€<br>25.000 | > € 25.000 | 10- €<br>25.000 | > € 25.000 |

|   |         |         |         |         |         |                          |        |         |         |         |
|---|---------|---------|---------|---------|---------|--------------------------|--------|---------|---------|---------|
| Mijn totale omzet over de afgelopen 3 jaar is hoger dan mijn totale zakelijk kosten | nvt     | nvt     | Ja      | Ja      | Ja      | nvt                      | nvt    | nvt     | nvt     | Ja      |
|   |         |         |         |         |         |                          |        |         |         |         |
| <b>Zelfstandigheid</b>  |         |         |         |         |         |                          |        |         |         |         |
| Mijn enige opdrachtgever is mijn laatste werkgever                                  | Ja      | Nee     | Nee     | Nee     | Nee     | Nee                      | Nee    | Nee     | Nee     | Ja      |
| Ik bepaal zelf hoe ik mijn werk uitvoer   | altijd  | altijd  | altijd  | altijd  | altijd  | altijd                   | altijd | meestal | altijd  | altijd  |
| Ik bepaal mijn tarieven of verkoopprijzen altijd zelf                               | soms    | soms    | meestal | meestal | meestal | soms                     | nooit  | meestal | meestal | altijd  |
| Ik werk met mijn eigen materialen, gereedschappen of apparatuur                     | meestal | meestal | soms-   | altijd  | meestal | meestal                  | altijd | nooit   | altijd  | altijd  |
| Ik kan zelf bepalen of ik een vervanger stuur als ik te druk of ziek ben            | nooit   | meestal | nooit-  | soms    | nooit   | nooit                    | altijd | altijd  | altijd  | altijd  |
| Ik stuur mijn factuur rechtstreeks naar de opdrachtgever waar ik voor werk          | nooit   | nooit   | nooit-  | nooit   | meestal | meestal                  | nooit  | soms    | meestal | meestal |
| Als ik ziek ben word ik doorbetaald   | Nee     | Nee     | Nee     | Nee     | Nee     | Nee                      | Nee    | Nee     | Nee     | Nee     |
|   |         |         |         |         |         |                          |        |         |         |         |
| <b>Ondernemer?</b>  | Nee     | Ja      | Nee     | Nee     | Nee     | geen uit-spraak/te vroeg | Ja     | Nee     | Nee     | Nee     |

(Willekeurig ingevulde vragen en uitkomsten op: <https://www.belastingdienst-ondernemerscheck.nl/>)