

De zelfstandige zonder personeel: wel of geen ondernemer?

Het aantal zelfstandigen zonder personeel heeft de afgelopen tien jaar een enorme groei doorgemaakt. Dit heeft mede zijn oorzaak in het feit dat de overheid mensen in een uitkeringssituatie heeft gestimuleerd om voor zichzelf te beginnen. Inmiddels praten we over circa 425.000 zzp'ers, zo blijkt uit onderzoek in 2011.¹ Hun fiscale en arbeidsrechtelijke status is evenwel bij voortdurend aan discussie onderhevig.



Mariëtte Bos

Dr. M. Bos CB is partner/eigenaar van Amolé Tax compliance and business administration in Amstelveen

De zzp'ers – of met hun meer recente benaming, de zp'ers (zelfstandige professionals) – spelen een belangrijke rol in de Nederlandse economie. Ze doen vaak werk dat ook door 'gewone' werknemers kan worden ingevuld. Dat hierdoor grenzen vervagen tussen de (fictieve) dienstbetrekking en het ondernemerschap, mag duidelijk zijn. Dit effect wordt nog versterkt door het feit dat de zzp'er als zodanig in fiscale zin niet bestaat. De zzp'er is een verzamelnaam voor eenmansbedrijven, beroepsbeoefenaars, freelancers en interim-managers, waarbij de ondernemers die voornamelijk goederen aanbieden, worden aangeduid als ozp'ers (ondernemers zonder personeel).

Werknemer of ondernemer?

In de beleidsdiscussies over zzp'ers wordt hiermee een groep aangeduid die onder de volgende definitie valt: 'Een zzp'er is een persoon die zelfstandig ondernemende activiteiten verricht, zonder personeel en zonder mede-ondernemer en die als voornaamste product eigen arbeid aanbiedt.'² Deze personen zijn namelijk – wat betreft arbeid – personen die het best met werknemers kunnen worden vergeleken. In dit artikel wordt aangesloten bij de definitie uit de beleidsdiscussie. Werknemers zijn geen ondernemers en ondernemers zijn geen werknemers. Maar waar ligt de scheidslijn?

Wanneer is er sprake van een werknemer? De privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft drie essentiële kenmerken:

- de werknemer moet verplicht zijn gedurende zekere tijd persoonlijk arbeid te verrichten;

- de werkgever moet verplicht zijn loon te betalen;
- er moet sprake zijn van een gezagsverhouding tussen de werknemer en de werkgever.

Een onderneming wordt over het algemeen gedefinieerd als een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, met behulp waarvan men deelneemt aan het economisch verkeer en waarmee beoogd wordt winst te behalen. Een onderneming wordt geleid door een ondernemer, waaronder art. 3.4 Wet IB 2001 verstaat: 'de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.'

Een VAR is een VAR

Om enige mate van duidelijkheid te scheppen in de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer heeft de overheid een aantal jaren geleden de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) in het leven geroepen. De VAR-wuo (winst uit onderneming) en VAR-dga (directeur-grotoaandehouder die inkomsten genereert uit een vennootschap) bieden de meeste zekerheid. De praktijk leert dat opdrachtgevers de verklaring niet altijd even goed op zijn merites beoordelen. Het komt voor dat de VAR die is afgegeven, niet de bewuste VAR-wuo of VAR-dga is, maar een VAR-loon of een VAR-row (resultaat uit overige werkzaamheden). Bij een VAR-row moet bij iedere opdracht worden vastgesteld of sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking, terwijl de VAR-loon de werkzaamheden sowieso kwalificeert als een dienstbetrekking. Opdrachtgevers zijn zich niet altijd bewust van wat het verschil voor hen betekent bij het inhuren van een

zzp'er, en dus ook niet van het feit dat alleen de VAR-wuo en de VAR-dga hen vrijwaart van naheffing loonbelasting/premies volksverzekeringen en Zvw. Een VAR is een VAR en vrijwaart de opdrachtgever, is vaak de gedachte.

De VAR is maximaal een jaar geldig. Mocht de opdracht over de 'houdbaarheidsdatum' heen gaan, dan is de zzp'er verplicht een nieuwe verklaring af te geven aan zijn opdrachtgever. Dat dit een verplichting is voor de opdrachtnemer, ontslaat de opdrachtgever echter niet van zijn eigen administratieve verplichtingen met betrekking tot het bewaren van een kopie van een geldige VAR plus een kopie van een geldige identificatie bij de overeenkomst. Ook deze laatste – de overeenkomst – wordt niet in alle gevallen opgesteld. Dit is niettemin wel aan te bevelen, omdat veel van de onderwerpen die hierna nog worden behandeld, in de overeenkomst kunnen worden opgenomen. Hiermee wordt meteen duidelijkheid geschapen in wat er wordt beoogd tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Overigens kan de opdrachtgever de echtheid van een VAR telefonisch laten controleren bij het Landelijk Coördinatiepunt VAR, telefoon (088) 151 1000. Dit onderdeel van de Belastingdienst controleert of de combinatie burgerservicenummer (BSN) en VAR klopt. Op verzoek kan de uitslag schriftelijk worden bevestigd.

Een VUR blijkt ook een VAR

Normaal gesproken is een dga niet verzekerd voor WW en WAO. Uniforce heeft een concept ontwikkeld, vanaf 2008, waarbij de zzp'er wel verzekerd is, op dezelfde manier als dit bij werknemers het geval is. De zzp'er werkt in dat geval met een VUR (Verklaring Uniforce Registratie). Deze VUR is goedgekeurd door Belastingdienst en UWV en vrijwaart opdrachtgevers voor naheffing loonbelasting, premies volksverzekeringen en Zvw-premies, net zoals bij de VAR-wuo en de VAR-dga. In het Uniforce-concept wordt een *Declarabele Uren BV* opgericht waarin de zzp'er 80% van de aandelen heeft en volledig winstrecht. Uniforce heeft 20% van de (winstrechtloze) aandelen. Uniforce bemoeit zich niet met de dagelijkse leiding, maar heeft wel de mogelijkheid om de directie te ontslaan – hier komt de gezagsverhouding om de hoek kijken – als deze zich niet houdt aan de vastgestelde kwaliteitsregels, waaronder: er mag geen fraude worden gepleegd, de directeur dient zich aan de wetgeving te houden en de administratie moet op orde zijn. Dit laatste houdt ook in dat er één keer per jaar een accountantsverklaring moet worden opgesteld door een geregistreerd NBA-accountant (NIVRA/NOVAA) waar Uniforce een partnerverklaring mee heeft. Ook over het gebruikelijk loon zijn afspraken gemaakt. Omdat Uniforce een zekere kwaliteit moet garanderen, betekent dit dat ze de zzp'er in de gaten houdt voor wat betreft betalingsachterstanden bij de Belastingdienst, het hebben van schulden en het indienen van de jaarstukken.³ Naar mijn mening is dat terecht; het lijkt mij anders geen concept waar de Belastingdienst mee akkoord gaat. Het blijft een wat gekunsteld geheel om ver-

De praktijk leert dat opdrachtgevers de verklaring niet altijd even goed op zijn merites beoordelen

zekerd te kunnen blijven. Vraag is of het zo interessant is met de extra kosten voor de accountant, de kosten voor Uniforce, de hogere sociale lasten in 2013 met het uniform loonbegrip en met in het achterhoofd de steeds korter wordende periode van de WW-uitkering. Wordt hier niet een beetje ingespeeld op de angst voor het ondernemerschap, dat nu eenmaal altijd onzekerheid met zich meebrengt?

Wijziging in 2013

Voor de jaren na 2013 wordt de VAR niet meer automatisch verlengd. Voor het volgende kalenderjaar kan vanaf 1 september een nieuwe VAR worden aangevraagd via een zogenoemde webmodule, die hoogstwaarschijnlijk bij de Kamer van Koophandel wordt ondergebracht. Misschien ook wel een goed idee. Uit gesprekken met zzp'ers is gebleken dat deze vaak zekerheid ontleen aan de automatische verlenging, in combinatie met de status van hun ondernemerschap. Door het ieder jaar opnieuw invullen van de gegevens wordt de zzp'er gedwongen om zijn activiteiten onder de loep te nemen en na te gaan hoe de inkomsten worden verworven. Dit kan tot gevolg hebben dat in een volgend jaar de werkzaamheden anders kwalificeren dan het jaar ervoor, waardoor de Belastingdienst een andere VAR-verklaring afgeeft dan is aangevraagd.

Nieuw is de pilot van zzp'ers in de zorg in 2013. De zzp'er in de AWBZ-thuiszorg kan sinds 1 oktober 2012 rechtstreeks een contract afsluiten met een zorgkantoor en vanaf 1 januari 2013 zorg leveren op basis van zo'n contract. De voorwaarden voor deze vorm van contracteren zijn te vinden in de 'Raamovereenkomsten AWBZ-zzp'er – zorgkantoor' die is afgestemd met de ministeries van Financiën en VWS, en de Belastingdienst. Op basis hiervan werkt de zorgverlener (de zzp'er) niet in loondienst bij het zorgkantoor.⁴

De toets der ondernemers, volgens de jurisprudentie

Op welke feiten en omstandigheden wordt er beoordeeld of er sprake is van een onderneming? Veel zzp'ers hebben vragen over hun specifieke opdrachten en hoe dit wordt gekwalificeerd. Dit blijft lastig en moet soms per opdracht worden bekeken. Hulpmiddel is de jurisprudentie om te toetsen aan opdrachten. Ik heb een aantal uitspraken bekeken waar het oordeel winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheden, dan wel loondienst was bij ondernemers die hun inkomsten zelf kwalificeerden als winst uit onderneming. Een aantal criteria vloeit voort uit een arrest van de Hoge raad in 1993, zoals:⁵



- Loopt de ondernemer risico, zoals risico op debiteuren, (verlies van) inkomen, aansprakelijkheid, ziekte en opdrachten?
- Hoeveel opdrachtgevers zijn er en is er afhankelijkheid van een opdrachtgever?
- In hoeverre is er eigen briefpapier, een eigen bankrekening, een eigen telefoonnummer, een eigen website, eigen bedrijfsruimte, eigen bedrijfsmiddelen?
- Maakt de ondernemer reclame voor zijn bedrijf of doet hij aan acquisitie?
- Hoeveel tijd wordt er aan de onderneming besteed?
- Is er sprake van een incidentele activiteit of is het een duurzame activiteit?
- Wat is de grootte van de brutobaten?

Daarnaast wordt gekeken naar:

- Heeft de onderneming een inschrijving bij de Kamer van Koophandel?
- Is er sprake van ondernemerschap voor de omzetbelasting? Criteria zijn onder andere:
 - worden er goederen en/of diensten geleverd?
 - wordt er deelgenomen aan het economische verkeer?
 - is er een organisatie van arbeid en kapitaal?
- Kan de ondernemer zich laten vervangen door een derde of kan dit alleen na toestemming van de werkgever?
- Wordt er een administratie gevoerd?

Deze criteria hebben in verschillende procedures een rol gespeeld bij het bepalen of er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking of ondernemerschap. Zo ook in een procedure voor Rechtbank Breda.⁶ Een bouwvakker kwam tegenover de inspecteur te staan over de vraag of hij in een bepaalde periode wel of geen ondernemer was. De in-

specteur was van mening dat er geen sprake was van ondernemerschap voor de inkomstenbelasting en corrigeerde in de aangifte inkomstenbelasting de geclaimde zelfstandigenaftrek, de MKB-vrijstelling en de toevoeging aan de oudedagsreserve. Rechtbank Breda oordeelde echter anders en stelde de bouwvakker in het gelijk voor wat betreft het ondernemerschap (en winst uit onderneming). De rechtbank beargumenteerde als volgt:

- a. de ondernemer verrichtte arbeid met gebruikmaking van eigen gereedschap en een eigen bedrijfsauto en er werd winst gemaakt. Er was derhalve een organisatie van kapitaal en arbeid die gericht was op het maken van winst;
- b. de inspecteur stelde dat personeelwisselingen tot een minimum beperkt dienden te blijven en alleen in overleg met de uitvoerder mochten plaatsvinden. De rechtbank oordeelde dat de overeenkomst weliswaar een beperking inhield, maar niet uitsloot dat belanghebbende zich kón laten vervangen. Daarnaast was het volgen van de werktijden in de bouw gebruikelijk in de verhouding aannemer/onderaannemer en vielen de werkzaamheden niet onder een gezagsverhouding;
- c. belanghebbende droeg ondernemersrisico, want de uitgevoerde werken moest hij zelf herstellen en de kosten voor vervanging voor zijn rekening nemen als deze door de uitvoerder waren afgekeurd;
- d. het werken voor hoofdzakelijk één opdrachtgever voor een lange periode deed niet af aan het ondernemerschap. De aard van het werk bracht met zich mee dat er veelal sprake was van langdurige opdrachten. Daarnaast was de zzp'er in het desbetreffende jaar ook bezig geweest met het verwerven van nieuwe opdrachten. Dit heeft geleid tot omzetsijging en nieuwe opdrachtgevers. Deze activiteiten in volgen-

de jaren moeten in lijn worden gezien met het jaar in kwestie. Voorts achtte de rechtbank het logisch dat een beginnend ondernemer bij aanvang van zijn werkzaamheden kiest voor zekerheid en daarom de voorkeur geeft aan één langdurige opdracht.

Bij punt d is een uitspraak van Hof Leeuwarden aan te halen, dat eveneens oordeelde dat een startende zzp'er met één opdrachtgever ook ondernemer kan zijn, omdat in de beginperiode het aantal opdrachtgevers vaak beperkt is.⁷ Een opdrachtgever kan een beperkende factor zijn. Hof Den Haag oordeelde dat een zzp'er die via één vaste opdrachtgever werkzaamheden aanvaardt bij derden in het netwerk van de opdrachtgever, meer op uitzendbasis werkzaam was dan als zelfstandige. De argumentatie van het hof was dat er een dusdanige afhankelijkheid van de opdrachtgever bestond dat het risico voor de ondernemer in deze constructie tot bijna nihil was gereduceerd, waardoor de werkzaamheden van de zzp'er niet konden worden gezien als verricht door een ondernemer.⁸

De volgende is van Hof Arnhem.⁹ Daar ging het om een freelancer die werkzaamheden verrichtte voor uitgever PCM. De freelancer distribueerde zes dagen per week landelijke dagbladen en bezorgde deze ook gedeeltelijk zelf bij abonnees. In 2008 heeft de Belastingdienst voor dit soort werkzaamheden een convenant gesloten met de dagbladuitgevers waarin is opgenomen dat er sprake is van een fictief dienstverband omdat vervanging vrijelijk is toegestaan. Hierdoor is er geen arbeidsrechtelijke verhouding. Het hof oordeelde niettemin dat de freelancer niet naar buiten was getreden als ondernemer en oordeelde dat er sprake was van resultaat uit overige werkzaamheden. De argumentatie was als volgt:

- a. de eenmanszaak had een inschrijving bij de Kamer van Koophandel, maar de freelancer trad niet naar buiten als ondernemer. De afgelopen 41 jaar had hij slechts voor PCM gewerkt. Verder maakte hij geen reclame, richtte hij zich niet op het verkrijgen van meerdere opdrachtgevers en voerde hij geen administratie;
- b. er was enig ondernemersrisico, maar de kans op verwezenlijking en de omvang van deze risico's waren niet dusdanig dat er sprake was van een substantieel ondernemersrisico;
- c. dat de freelancer bij afwezigheid voor een vervanger moest zorgen, deed niets af aan het oordeel. Voor het hof wogen de hiervoor genoemde punten zwaarder.

Kortom, de freelancer was in fictieve dienstbetrekking en daarmee ontbrak de mogelijkheid om beroepskosten in aftrek te brengen van zijn inkomsten. Beroepskosten zijn immers ook niet aftrekbaar in een dienstbetrekking.

Toekomstige ontwikkelingen

Hoe de arbeidsmarkt zich gaat ontwikkelen, ligt in de toekomst verscholen. Zeker is wel dat deze voor wat betreft de zelfstandige zonder personeel in beweging is, gezien ook de pilot met de AWBZ-zorg. Als het voorspelde economische tij voor 2013 zich voltrekt, zullen de volgende ontslagrondes deels zorgen voor een nieuwe

aanwas van zzp'ers. Door lagere tarieven van zzp'ers en hogere kosten voor vast personeel kan een freelancer in eerste instantie een aantrekkelijk alternatief zijn. Werkgevers worden geconfronteerd met dure pensioenvoorzieningen in de cao's, verzekeringen voor ziekteverzuim, arbowetgeving en misschien in de toekomst voor werkloosheid van het personeel.

De vraag is waar voor werkgevers de grens ligt bij de keus tussen eigen personeel en ingehuurde krachten. Overigens kan een opdrachtgever zich ook bij een zzp'er niet volledig aan elke verantwoordelijkheid onttrekken. Dat bleek toen een zzp'er bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden een been verloor en hij tegenover zijn opdrachtgever met succes een beroep deed op art. 7:658, lid 4 BW.¹⁰ De Hoge Raad oordeelde in die zaak dat er werkgeversaansprakelijkheid bestaat voor personen die buiten dienstbetrekking voor een opdrachtgever werkzaamheden verrichten. De opdrachtgever had de zorgplicht om de veiligheid te waarborgen voor personen die voor hun veiligheid afhankelijk zijn van degenen voor wie de werkzaamheden worden verricht.

Conclusie

De zzp'er bestaat fiscaal niet. Het is een aanduiding voor een groep ondernemers met een aantal specifieke kenmerken, zoals zelfstandig werkzaam zijn en geen personeel in dienst hebben. Om enige duidelijkheid te verschaffen over de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer is de Verklaring Arbeidsrelatie in het leven geroepen. Ook kan de zzp'er met een VUR werken.

Zijn zzp'ers ondernemer? Naast toetsing op een aantal criteria wordt het geheel van feiten en omstandigheden bekeken, plus hoe dit zich verhoudt tot de kaders van de (fictieve) dienstbetrekking en het ondernemerschap. De criteria zijn voor een deel al in 1993 door de Hoge Raad geformuleerd. Voor de werkgever kan een zzp'er uit een oogpunt van kosten en werkgeversverplichtingen aantrekkelijk zijn. Dit neemt niet weg dat een opdrachtgever ook de veiligheid van zijn opdrachtnemers moet waarborgen; het inhuren van een zzp'er ontslaat hem niet van zijn zorgplicht. <<<

Noten

- 1 N. de Vries; W. Liebrechts, P. Vroonhof, Hoe ondernemend zijn zzp'ers?, resultaten zzp-panel meting II van 2011, EIM, Zoetermeer, 2012.
- 2 N. de Vries, K. Bangma en P.J.M. Vroonhof, Een kwestie van ondernemen; Zzp'ers in de crisis, EIM, Zoetermeer, 2010.
- 3 Zie verder www.uniforce.nl
- 4 Voor nadere informatie over deze raamovereenkomsten zie: www.zn.nl/beleidsthemas/inkoophandreiking-zzp-ers-awbz
- 5 Hoge Raad 21 april 1993, BNB/1993/85.
- 6 Rechtbank Breda 9 december 2011, nr. 11/1473, LJN: BV1562.
- 7 Hof Leeuwarden 17 april 2012, nr. 11/00198.
- 8 Hof Den Haag 13 maart 2012, LJN: BX2214.
- 9 Hof Arnhem 24 april 2012, nrs. 11/00428 en 11/00429, LJN: BW5526.
- 10 Hoge Raad 23 maart 2012, nr. 10/05217, LJN: BV0616.