



# **GRENSOVERSCHRIJDEND WERKEN**

*Vakblad over werken en wonen over de grens*

Nummer 66, november 2024

# De zelfstandige over de grens: ontwikkelingen en aandachtspunten

Auteurs: **Jeannet van Vleuten** en **Miriam Michiels**

Respectievelijk werkzaam bij HVG Law B.V. (jeannet.van.vleuten@hvglaw.nl) en EY Belastingadviseurs B.V. (miriam.michiels@nl.ey.com)

***In de afgelopen periode heeft u er al veel over gelezen en gehoord; wat is nu de status van zelfstandigen en de regelgeving op dit punt? Op 6 september jl. heeft het Ministerie van Financiën de Tweede Kamer per brief geïnformeerd dat vanaf 1 januari 2025 het handhavingsmoratorium wordt opgeheven. Hieronder een kort overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen, inclusief de aandachtspunten specifiek voor de grensoverschrijdende zelfstandige.***

## Korte terugblik – fiscaal en premierechtelijk

Vanuit fiscaal perspectief is er in de afgelopen jaren niets gewijzigd in de wet- en regelgeving. In 2016 werd de VAR (Verklaring Arbeidsrelaties) afgeschaft. De VAR gaf opdrachtgever en opdrachtnemer duidelijkheid over de fiscale- en premierechtelijke kwalificatie van een arbeidsrelatie, en partijen mochten vertrouwen op de kwalificatie die de Belastingdienst in deze verklaring vermeldde. De opvolger van deze Verklaring, de DBA (Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties) bracht veel stof tot discussie met zich mee. In feite gold vanaf 2016 dat partijen weer zelf moesten gaan toetsen of een relatie volgens de regels kwalificeerde als dienstbetrekking en er een inhoudingsplicht voor de loonheffingen ontstond voor de opdrachtgever/werkgever. Echter, omdat dit voor de praktijk niet altijd eenvoudig was, publiceerde de Belastingdienst modelovereenkomsten. Contracteren met een modelovereenkomst betekende dat er geen sprake was van een dienstbetrekking.

Voor de praktijk was deze nieuwe benadering van arbeidsrelaties niet altijd eenvoudig. Het Ministerie van Financiën besloot daarom gedurende een zekere tijd het handhavingsmoratorium in het leven te roepen. Dit handhavingsmoratorium betekende dat de Belastingdienst in principe niet ging controleren en/of naheffen over betalingen aan derden/zelfstandigen, tenzij er sprake was van kwaadwillendheid. In diverse besluiten en brieven werd deze handelwijze toegelicht.<sup>1</sup>

Uiteindelijk is dit handhavingsmoratorium telkens verlengd, maar zal er nu per 1 januari 2025 toch een einde komen aan dit moratorium, en moet elke opdrachtgever de overeenkomsten weer gaan toetsen aan de vereisten van de dienstbetrekking, en beoordelen of er een inhoudingsplicht bestaat.

## Goedkeuring voor het jaar 2025

In een brief aan de Tweede Kamer van 6 september 2024<sup>2</sup> hebben de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, samen met de Minister van Economische Zaken, hun zienswijze medegedeeld hoe de afschaffing van dit handhavingsmoratorium eruit moet komen te zien. Belangrijk is dat er dus geen sprake is van nieuwe regeling,

alleen van de mededeling dat de reeds lange tijd bestaande regels gehandhaafd gaan worden door de Belastingdienst.

In deze brief benadrukken de ministeries nogmaals wat de politieke doelstellingen zijn van het kabinet achter de regelgeving. Ook het huidige kabinet, net als het vorige kabinet, zet zich in voor meedoen op de arbeidsmarkt en voor bestaanszekerheid. Het werken met schijnzelfstandigen moet tegengegaan worden. Die aard van die wetgeving is een politieke keuze. Elementen die een rol spelen zijn:

- Bescherming van de werkenden en het voorkomen van inkomensrisico's: verzekering tegen ziekte en arbeidsongeschiktheid en een oudedagsvoorziening zou voor iedereen geregeld moeten zijn.
- Tegengaan van oneerlijke concurrentie van arbeidsvoorwaarden van werkenden die hetzelfde werk doen.
- Mensen die hetzelfde werk doen, zouden hetzelfde contract moeten hebben. Indien steeds meer mensen de keuze zouden hebben om bijvoorbeeld uit het socialezekerheidsstelsel te stappen, zonder dat daadwerkelijk een verschil is tussen de werknemers en zzp'ers binnen hetzelfde werk, dan komt dit stelsel onder druk te staan. Zo kan er een tweedeling op de werkvloer ontstaan en zou de solidariteit tussen de werkenden onder druk komen te staan.
- Een vast contract biedt meer zekerheid voor de werkenden, waarmee ook meer rechten in de markt verkregen kunnen worden, denk bijvoorbeeld aan een hypotheek.

En, belangrijk om te melden, indien sprake is van échte zelfstandigheid, dan kan dit nog steeds. Het werken met zelfstandigen moet toekomstbestendiger worden.

Vanaf 1 januari 2025 kunnen dus naheffingen worden opgelegd over betalingen aan derden, die uiteindelijk als een dienstbetrekking gekwalificeerd moeten worden. Voor de praktijk, zowel werkgevers als werkenden, zal dit nog heel wat inspanningen met zich meebrengen. Daarom heeft het kabinet aangekondigd dat geen vergrijpboetes worden opgelegd, indien partijen laten zien dat ze aantoonbare acties hebben ondernomen om schijnzelfstandigheid binnen de organisatie te verkleinen. Wel kunnen er nog steeds verzuimboetes worden opgelegd.

## Wanneer is sprake van een arbeidsrelatie vanuit fiscaal en arbeidsrechtelijk perspectief?

De definitie van de arbeidsrelatie is als hoofdregel neergelegd in het Burgerlijk Wetboek (BW) Zowel de loonbelasting- als de socialezekerheidswetgeving sluiten zich hierbij in principe aan. Artikel 7:610 BW bepaalt dat er civielrechtelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst, indien:

- de werkende loon ontvangt;
- gedurende een zekere tijd persoonlijk arbeid verricht;
- onder het gezag van de werkgever.



De vraag of is voldaan aan de criteria van een arbeidsovereenkomst dient aan de hand van alle feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang te worden getoetst. Er is dus sprake van een holistische toets. Hoewel het de bedoeling is dat de fiscale en arbeidsrechtelijke toetsing in principe gelijk is, zien we dat in diverse fiscale uitspraken de toets iets praktischer wordt uitgelegd dan in arbeidsrechtelijke zaken.

Belangrijk om te vermelden is dat in civielrechtelijke zin geen handhavingsmoratorium geldt. Zowel de schijnzelfstandige als derde partijen (zoals de vakbonden of pensioenfondsen) kunnen zich dus ook nu al – en met terugwerkende kracht – beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Naast de wettelijke vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zoals opgenomen in het hierboven genoemde artikel 7:610 BW, geldt voor de invulling hiervan hetgeen in de jurisprudentie is bepaald. In het arbeidsrecht is op dit moment de Deliveroo-uitspraak<sup>3</sup> van de Hoge Raad het belangrijkste. Hierin worden gezichtspunten aangehaald aan de hand waarvan de Hoge Raad heeft geoordeeld of er sprake is van een zpp'er of een werknemer. Deze gezichtspunten zijn op zichzelf niet nieuw en volgen al uit eerdere jurisprudentie. De belangrijkste gezichtspunten (vrij vertaald) zijn:

- de feitelijke uitvoering van de overeenkomst gaat voor de contractuele afspraken.
- de wijze waarop de contractuele regeling tot stand is gekomen.
- of de werkzaamheden die de werknemer verricht, zijn ingebed in de organisatie van de werkgever. Wanneer de werknemer werkt als onderdeel van de normale bedrijfsvoering van de werkgever, en afhankelijk is van de organisatie van het werk, wijst dit vaak op een arbeidsovereenkomst. Benadrukt wordt echter wel dat dit slechts één van de omstandigheden is dat moet worden afgewogen. Inbedding in de organisatie betekent dus niet per definitie meteen een arbeidsovereenkomst.
- de mate van vrijheid die de werknemer heeft om het werk en de werktijden naar eigen inzicht in te richten. Bij zelfstandigen is die vrijheid veel groter dan bij werknemers.
- de aard van de arbeidsrelatie, de duur van het dienstverband en de continuïteit van de werkzaamheden. Regelmatige en structurele arbeid kan duiden op een arbeidsovereenkomst.
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd, alsmede de hoogte van de beloning. Als een vast bedrag of een minimumvergoeding wordt betaald, is dit een aanwijzing voor een arbeidsovereenkomst.
- bij wie ligt het commerciële risico? Werknemers dragen in de regel niet het bedrijfsrisico, terwijl zelfstandigen dat wel doen. Indien de werkende persoon bijvoorbeeld niet aansprakelijk is voor schade die ontstaat tijdens de werkzaamheden of geen risico draagt als er geen werk is, wijst dit eerder op een arbeidsovereenkomst.
- vervangbaarheid. In een arbeidsovereenkomst moet de werknemer het werk doorgaans persoonlijk uitvoeren.
- Is op basis van het economisch verkeer sprake van een echte ondernemer, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en

gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt? Overigens wordt deze toets in het wetsvoorstel Verduidelijking Beoordeling Arbeidsrelatie (VBAR) pas meegenomen in de afweging indien op basis van de indicaties binnen de arbeidsrelatie onduidelijkheid bestaat over de aanwezigheid van ondernemerschap buiten de arbeidsrelatie. Dit komt overeen met de recente conclusie van A.G. De Bock in de Uberzaak<sup>4</sup>, waarop we in dit artikel niet verder zullen ingaan.

Deze gezichtspunten zijn tevens verwerkt in het wetsvoorstel VBAR, met een beoogde inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2026. Het wetsvoorstel ligt tijdens het schrijven van dit artikel ter advisering voor bij de Raad van State. Voor dit artikel zullen we op dit wetsvoorstel niet ingaan.

## Wat is nu eigenlijk het verschil tussen een ondernemer en een werknemer?

Regelmatig krijgen wij de vraag wat nu het verschil is tussen een ondernemer en een werknemer. In het kort zijn deze verschillen vanuit fiscaal- en premierechtelijk perspectief het volgende. Een ondernemer is een kleine zelfstandige, die zijn onderneming niet in een B.V. uitoefent, maar als winst uit onderneming aangeeft via zijn aangifte inkomstenbelasting. De ondernemer stuurt facturen naar zijn opdrachtgever, met btw (omzetbelasting), tenzij het gaat om vrijgestelde prestaties. De belastingheffing wordt niet elke maand in de vorm van loonbelasting ingehouden op de betalingen, maar de ondernemer moet zelf aan het einde van het jaar de verschuldigde belasting betalen via zijn aangifte inkomstenbelasting. Hij is dus zelf verantwoordelijk voor de afdrachten aan de belastingdienst. Daarnaast moet de ondernemer ook een aangifte btw (omzetbelasting) doen bij de Belastingdienst.

Vanuit het arbeidsrechtelijk perspectief ligt het onderscheid in de aanwezigheid van een gezagsverhouding en de mate waarin de persoon het economisch risico draagt. Dit onderscheid volgt ook uit de eerdergenoemde Deliveroo uitspraak. Verder zit het verschil in de bescherming die de werkende geniet. Wordt er gewerkt als werknemer, dan geniet de werknemer bescherming door het arbeidsrecht dat dwingendrechtelijk van aard is. Denk aan ontslagbescherming, recht op doorbetaling bij ziekte, minimumloon, vakantiedagen en socialezekerheidsrechten zoals een werkloosheidsuitkering. Een ondernemer, of een zelfstandige, geniet deze bescherming niet. De zelfstandige kan zich hiervoor wel vrijwillig verzekeren. Op dit moment ligt er een wetsvoorstel voor een verplichte basisverzekering arbeidsongeschiktheid zelfstandigen (BAZ), waarop overigens de nodige kritieken zijn geuit.

### Tarieven

De belastingtarieven voor werknemers en ondernemers zijn als uitgangspunt gelijk. In 2024 betaalt zowel de ondernemer als de werknemer:

Over het inkomen tot 75.518 euro:	36,97%
Over het meerdere:	49,50%

Op de te betalen inkomstenbelasting krijgt iedereen een of meerdere heffingskortingen, afhankelijk van de persoonlijke situatie. Ook de heffingskortingen zijn voor werknemers en ondernemers gelijk.

### **Een paar aandachtspunten op een rij**

Een ondernemer heeft de volgende fiscale elementen, die niet voor een werknemer gelden:

- De zelfstandigenaftrek. Deze aftrek is een extra aftrek in de aangifte inkomstenbelasting. Deze zelfstandigenaftrek was in het verleden 7.280 euro, en werd in 2021 verlaagd naar 6.750 euro. In 2022 is deze 6.310 euro. Voor het jaar 2024 is deze aftrekpost 3.750 euro. Uiteindelijk wordt deze aftrekpost in 2027 gesteld op 900 euro per jaar. De overheid gaat de zelfstandigenaftrek jaarlijks verminderen. Je kunt je voorstellen dat dit effect kan gaan hebben op het aantal schijnzelfstandigen dat op den duur zijn vinger gaat opsteken omdat hij/zij meent toch werknemer te zijn. Hoe minder voordelen een (schijn)zpp'er immers heeft, hoe aantrekkelijker de beschermende arbeidsrechtelijke bepalingen kunnen zijn.
- De zelfstandigenaftrek krijgt een ondernemer alleen maar als hij/zij minimaal 1225 uur per jaar heeft gewerkt. Dit aantal uren wordt niet voor parttimers herrekend. Dus kleine ondernemers hebben dit voordeel niet.
- Daarnaast geldt dat deze aftrekpost niet meer aftrekbaar is tegen het hoogste tarief, maar slechts tegen 40%. Dit geldt ook voor de MKB-winstvrijstelling. Dit betekent dat ondernemers met een winst boven de 69.398 euro een lagere aftrekpost krijgen. Vanaf 2024 wordt dit tarief verder afgebouwd tot maximaal het eerste tarief van 36,97%.
- Een ondernemer is niet verzekerd voor arbeidsongeschiktheid via een werkgever. Mocht hij dit wenselijk achten, dan zal hij dit zelf moeten regelen, en zelf de premie moeten betalen. De premie voor arbeidsongeschiktheid voor een werknemer is wordt op basis van de wet volledig betaald door de werkgever.
- Een ondernemer is niet verzekerd voor werkloosheid via een werkgever. Mocht hij dit wenselijk achten, dan zal hij dit zelf moeten regelen, en zelf de premie moeten betalen. De premie voor werkloosheid bij werknemers wordt op basis van de wet volledig betaald door de werkgever.
- Een ondernemer zal zelf zorg moeten dragen voor zijn pensioenvoorziening, er is geen werkgever die dit voor hem regelt. Verwacht wordt dat de ondernemer in de toekomst verplicht aangesloten moet worden bij een pensioenfonds, waarbij hij de premie volledig voor zijn rekening moet nemen. Bij een werknemer zal de werkgever zorgdragen voor de pensioenregeling. Afhankelijk van de regeling bij de werkgever, zullen de kosten verdeeld worden tussen werkgever en werknemer.

### **Grensoverschrijdende situatie**

Hoe gaan we om met de situatie dat de werkende in het buitenland woont, maar in Nederland werkt voor een Nederlandse opdrachtgever?

De Nederlandse arbeidsinspectie toetst (op dit moment aan de hand van de Deliveroo-gezichtspunten en artikel 7:610 BW) of de zpp'er wel een echte zelfstandige is. Als de uitkomst

is dat sprake is van een schijnzelfstandige (en zoals in ons voorbeeld het Nederlandse arbeidsrecht van toepassing is), dan kan ook de buitenlandse schijnzelfstandige zich beroepen op onder andere ontslagbescherming en zaken als loondoorbetaling tijdens ziekte, eventuele pensioenopbouw en achterliggende arbeidsvoorwaarden, et cetera. Dit kan echter voor een extra complexiteit zorgen als de betreffende persoon, omdat hij in het buitenland woont, niet in Nederland sociaal verzekerd is (geweest) en/of hier niet heeft bijgedragen aan pensioenopbouw. Nog los van de derde partijen zoals pensioenfondsen en vakbonden die ook hun rechten geldend kunnen maken. Daarnaast had wellicht een tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning verblijf en arbeid (GVVA) moeten worden aangevraagd, en geldt er een uitgebreidere meldingsverplichting o.b.v. de WagwEU voor werknemers ten opzichte van zpp'ers. Oftewel: opletten geblazen.

Bij twijfel over de kwalificatie van de overeenkomst met een grensoverschrijdende zpp'er is het belangrijk om goede contractuele afspraken te maken om zo het risico zo veel als mogelijk te mitigeren.

### **Fiscaal en premierechtelijk internationaal**

In grensoverschrijdende situaties is altijd de vraag in welk land de werkende belasting- en of premieplichtig is. We moeten dan in de belastingverdragen en sociale zekerheidsafspraken gaan bekijken op welke wijze de toewijzen van belastingheffing en sociale zekerheidsrechten en plichten geregeld is. Nagenoeg alle verdragen, zowel voor belastingheffing als sociale zekerheidsheffing maken onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen.

Er is jurisprudentie, zowel fiscaal als voor de sociale zekerheidswetgeving<sup>5</sup>, waarin wordt aangegeven dat het land waar de werkzaamheden worden verricht de kwalificatie mag maken van de werkzaamheden, en dat dat artikel in de verdragen van toepassing is. In Nederland hebben wij natuurlijk in de afgelopen jaren geen wetwijzigingen gehad, alleen de kwalificatie niet gehandhaafd. Internationaal kan dit tot bijzondere situaties leiden. Indien we strikt theoretisch deze leer volgen, zullen wij de relatie met een buitenlandse werkenden moeten toetsen aan de criteria van de dienstbetrekking, en indien de conclusie is dat er sprake is van een werknemer, ook de toewijzingsregels uit de verdragen volgen die zien op werknemers.

### **Tot slot**

Het werken met zpp'ers over de grens is zeker gezien alle perikelen rondom het zpp-schap ook niet (meer) zonder risico. Houd de ontwikkelingen goed in de gaten, en houd er rekening mee dat het nationale Nederlandse recht ook voor de in Nederland ingezette zpp'ers van over de grens van toepassing kan zijn. De toetsing is voor hen dan hetzelfde. Zorg dus dat de contracten goed op orde zijn. Verleg risico's zo veel als mogelijk in het kader van een mogelijke herkwalificatie. Leg vast wat de afspraken met elkaar zijn en hoe dit uitwerkt in de praktijk. Dit alles neemt niet je volledige risico weg, maar kan dit wel zo goed als mogelijk mitigeren.



1 Lees bijvoorbeeld de voortgangsbrieven van 2018, 26 november 2018, 24 juni 2019, 22 november 2019, 15 juni 2020, 16 november 2020, 20 september 2021 en 16 december 2022.

2 Brief van 6 september 2024, Kenmerk 2024 0000438328.

3 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

4 Conclusie A.G. De Bock 30 september 2024, ECLI:NL:PHR:2024:996.

5 De Jaeck (HvJ 30 januari 1997, C-340/94, ECLI:EU:C:1997:43, BNB 1997/308).