

DE SV CODE INTERNATIONAAL

SOCIALE ZEKERHEID
OVER DE GRENS

Jacques Raaijmakers



Inhoud

Voorwoord 7

1 Inleiding 9

2 Nederlandse sociale zekerheid in vogelvlucht 11

2.1 Volksverzekeringen 11

Woonplaats 12

2.2 Werknemersverzekeringen 14

Grondslag 15

Werknemer 15

3 Hoofdpijnen van de aanwijsregels in de EU 25

3.1 Territoriale werkingssfeer 26

3.2 Personele werkingssfeer 28

3.3 Materiële werkingssfeer 28

3.4 Toewijzingsregels 29

Hoofdreel 29

Ambtenaren 30

Militairen 30

Uitkeringsgenieters 30

Zeevarenden 31

Vliegend personeel 31

Internationaal transport 32

Onderscheid werknemer/niet-werknemer 36

Uitzonderingen op hoofdreel 37

Detachering 37

Multi-state 49

3.5 Kaderovereenkomst 57

4 Bilaterale verdragen 59

4.1 Verdragslanden 59

4.2 Personele werkingssfeer 61

4.3 Materiële werkingssfeer 61

- 4.4 Toewijzingsregels 62
 - Gedetacheerde werknemers 62
 - Werknemers werkzaam in meerdere landen 63
- 4.5 Verdrag met Verenigde Staten 63
- 4.6 Verdrag met Verenigd Koninkrijk 66

5 Tewerkstelling in niet-verdragslanden 69

- 5.1 Inwonerschap 69
- 5.2 Werknemer blijft inwoner van Nederland 70
 - Volksverzekeringen 70
 - Werknemersverzekeringen 71
- 5.3 Werknemer is niet langer inwoner van Nederland 71
 - Volksverzekeringen 71
 - Werknemersverzekeringen 72
- 5.4 Vrijwillige Verzekeringen 73
 - Volksverzekeringen 73
 - Werknemersverzekeringen 73
 - Particuliere Verzekeringen 74

6 Grondslag van heffing premies 75

- 6.1 Fiscale kwalificatie buitenlandse stelsels 75
- 6.2 Nederlandse premiegrondslag 76
 - Volksverzekeringen 76
 - Werknemersverzekeringen 78

Bijlage 1 81
 Beperkt uittreksel EU-Verordening 883/2004 81

Bijlage 2 95
 Beperkt uittreksel EU-Verordening 987/2009 95

Jurisprudentie 117

Voorwoord

Het toenemende internationale grensoverschrijdend werken kan niet alleen gevolgen hebben voor de heffing van belastingen over het arbeidsinkomen, maar kan ook leiden tot een wijziging in de socialezekerheidspositie van de betreffende persoon. Daarbij geldt dat voor de sociale zekerheid geen beroep kan worden gedaan op de belastingverdragen die Nederland met een groot aantal landen heeft gesloten. De sociale zekerheid heeft haar eigen regels. Ook op het socialezekerheidsterrein vinden er regelmatig talrijke ontwikkelingen plaats, met name binnen het Europese socialezekerheidsrecht. Vandaar dat wij (auteur en uitgever) het zinvol vinden om de hoofdzaken rondom internationale sociale zekerheid in een handzaam boek op te nemen. De eerste druk daarvan ligt voor u. In deze uitgave besteden wij met name aandacht aan de premieheffingskant en geen, althans substantieel minder aandacht, aan de uitkeringskant van de sociale zekerheid.

Gelet op het feit dat het meeste grensoverschrijdende werken binnen de Europese Unie (EU) plaatsvindt, ligt het voor de hand om veel aandacht te besteden aan de binnen de EU bestaande coördinatieverordening: Verordening 883/2004. Daarnaast besteden we ook aandacht aan bilaterale en multilaterale coördinatieverdragen die Nederland met een aantal landen heeft gesloten. Met name het verdrag met de Verenigde Staten en de situatie met het Verenigd Koninkrijk na de Brexit krijgen aandacht.

Met dit boek kan de lezer zich een beeld vormen van de hoofdlijnen rond de sociale zekerheid bij grensoverschrijdend werken. Dit boek is geschikt voor opleidingsdoeleinden en voor partijen die hier in de praktijk mee in aanraking komen, zoals de mensen bij de afdeling personeelszaken, salarisadministratie en financiële administratie. Wij benadrukken dat voor specifieke advisering in een specifieke casus het raadzaam is gespecialiseerd advies in te winnen.

De kopij van dit boek is afgesloten eind september 2023.

Wij houden ons graag aanbevolen voor commentaar op deze druk. Hiervoor kunt u een mail sturen naar de uitgever via www.rendement.nl/formulier/klantenservice/contactformulier.

*Jacques Raaijmakers*¹

November 2023

¹ J.H.P.M. Raaijmakers, verbonden aan Raaijmakers Belastingadvies en Educatie.

1

Inleiding

De internationale sociale zekerheid staat al geruime tijd in de belangstelling. Dat geldt voor de politiek en ook in de jurisprudentie is internationale sociale zekerheid met enige regelmaat aan de orde. Met name het feit dat er binnen de Europese Unie ‘geshopt’ wordt om de werknemers daar onder te brengen waar het minste premies wordt betaald, is sommigen een doorn in het oog. Zo is in het kader van de Wet aanpak schijnconstructie² aandacht besteed aan de internationale sociale zekerheid. Daarnaast zijn en worden er ook constructies opgezet om te bewerkstelligen dat het socialezekerheidsstelsel van toepassing is van een land waar de premies (veel) lager zijn dan in Nederland, bijvoorbeeld Cyprus.

In dit boek gaan we in op een aantal gevolgen op het gebied van de heffing van sociale zekerheid bij grensoverschrijdende arbeid. Daarbij wordt ingegaan op onder meer de vraag welk sociaalzekerheidsstelsel op een werknemer van toepassing is als hij grensoverschrijdende activiteiten verricht. Bovenwettelijke regelingen, zoals aanvullende pensioenen, worden in dit boek niet besproken. Socialezekerheidsverdragen richten zich immers uitsluitend op de wettelijke sociale zekerheid en niet op de bovenwettelijke. Voor wat Nederland betreft betekent dit dat de heffing van premies volks- en werknemersverzekeringen in vogelvlucht en op hoofdlijnen aan bod komen. In dit boek staan we in beginsel niet stil bij de diverse uitkeringsrechten. Deze lopen niet altijd synchroon met de verzekeringsplicht. Het kan dus zo zijn, dat iemand in het ene land premies betaalt en in het andere land een uitkering kan claimen.

² Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers (Wet aanpak schijnconstructies), Stb. 2015, 233.

De verdere indeling van het boek is als volgt:

Hoofdstuk 2 Nederlandse sociale zekerheid in vogelvlucht

Hoofdstuk 3 Hoofdpijnen van de aanwijsregels in de EU

Hoofdstuk 4 Bilaterale verdragen

Hoofdstuk 5 Tewerkstelling in niet-verdragslanden

Hoofdstuk 6 Grondslag van heffing premies

2

Nederlandse sociale zekerheid in vogelvlucht

De Nederlandse sociale zekerheid kent de volksverzekeringen, de werknemersverzekeringen en de sociale voorzieningen. De drieling heeft onder meer te maken met de kring van verzekerden (wie is verzekerd), de financiering (wie betaalt de verzekering) en de uitvoering (waar moet een uitkering worden aangevraagd).

2.1 Volksverzekeringen

Op dit moment bestaan er vier volksverzekeringen, te weten:

- de Algemene ouderdomswet (AOW);
- de Algemene nabestaandenwet (ANW);
- de Wet langdurige zorg (Wlz);
- de Algemene kinderbijslagwet (AKW).

De AKW wordt uit de algemene middelen gefinancierd; hiervoor vindt geen premieheffing plaats.³ Als wij hierna spreken over ‘de volksverzekeringen’, verstaan wij daaronder de verplichte verzekeringen op grond van de AOW, de ANW en de Wlz.

3 Sommige auteurs plaatsen de AKW niet onder de volksverzekeringen maar onder de sociale voorzieningen, vanwege de wijze van financiering. Zie bijvoorbeeld S. Klosse en G. Vonk, *Socialezekerheidsrecht*, Kluwer Deventer, 12^e druk 2014, par. 1.3.2.

Voor de volksverzekeringen geldt als hoofdregel dat hiervoor verzekerd is de persoon die in Nederland woont.⁴ Daarbij is wel van belang dat dit legaal gebeurt; illegaal in Nederland wonende of verblijvende personen zijn niet verzekerd.⁵ Naast het wonen in Nederland, ook wel ingezetenschap genoemd, is ook verzekerd de persoon die niet in Nederland woont, maar die vanwege in Nederland in dienstbetrekking verrichte arbeid onderworpen is aan de loonbelasting.⁶ Nog wel van belang is dat het hier uitsluitend om ‘echte’ dienstbetrekkingen gaat en niet om fictieve dienstbetrekkingen. Bovendien moet het gaan om loon uit tegenwoordige dienstbetrekking.⁷

Op hiervoor geformuleerde hoofdregel is een aantal uitzonderingen gemaakt, die zijn opgenomen in het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999.⁸ De belangrijkste bepalingen in de uitbreiding zien op Nederlandse ambtenaren en hun gezinsleden in het buitenland, Nederlanders en hun gezinsleden in dienst van een publiekrechtelijk rechtspersoon die werken in het buitenland, niet-ingezetenen die behoren tot het rijdend, vliegend of op de binnenwateren varende personeel van een in Nederland wonende of gevestigde werkgever die internationaal vervoer verricht en de niet-ingezetenen die in Nederland arbeid verrichten uit hoofde van hun belastbare winst uit een Nederlandse onderneming. De inperking van de kring verzekerden ziet met name op de ingezetene in Nederland die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht⁹, personeelsleden van buitenlandse ambassades en consulaten in Nederland, musici, artiesten en beroepssporters die arbeid voor korte duur verrichten en degenen die een ontheffing hebben.

Woonplaats

Waar iemand woont of waar een lichaam gevestigd is, wordt naar de omstandigheden beoordeeld¹⁰. Voor de bepaling van de woonplaats wordt in

4 Art. 6 lid 1 onderdeel a AOW, art. 13 ANW en art. 2.1.1 lid 1 Wlz. In het vervolg verwijzen wij enkel nog naar de AOW, maar daarmee bedoelen wij dan ook de ANW en Wlz.

5 Art. 6 lid 2 AOW.

6 Art. 6 lid 1 onderdeel b AOW.

7 CRvB 31 mei 1983, RSV 1984/47.

8 Art. 6 lid 3 AOW j° Besluit van 24 december 1998, tot vaststelling van een maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 6, derde lid, van de Algemene ouderdomswet, 13, derde lid, van de Algemene nabestaandenwet, 6, derde lid, van de Algemene kinderbijslagwet en 5, derde en vierde lid, van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999), Stb. 1998, 746. Deze regeling wordt ook wel BUB Volksverzekeringen genoemd of KB 746.

9 Uitgezonderd de situatie dat de arbeid uitsluitend wordt verricht voor een in Nederland wonende of gevestigde werkgever.

10 Art. 3 AOW.

feite aangesloten bij het fiscale woonbegrip, hetgeen ook door de wetgever is beoogd.¹¹ Zaken die bij een beoordeling van de fiscale woonplaats een rol (kunnen) spelen, zijn (in willekeurige volgorde):

- de verblijfsduur, verblijfsfrequentie en regelmaat;
- de verblijfsplaats van partner en kinderen;
- waar een eigen woning wordt aangehouden;
- de plaats waar arbeid wordt verricht;
- de nationaliteit;
- de wil van belanghebbende;
- de plaats waar bankrekeningen en verzekeringen worden aangehouden;
- de plaats waar medische behandelingen worden ondergaan;
- inschrijving in basisregistratie personen (BRP).

Dit is géén uitputtende opsomming.¹²

Door de Nederlandse Sociale Verzekeringsbank (SVB) wordt bij de bepaling van de vraag of iemand ingezetene is of niet, gebruikgemaakt van beleidsregels.¹³ Uit dat beleid komt naar voren dat de SVB veel waarde toekent aan de inschrijving in de BRP. De SVB verricht nader onderzoek als zij over aanwijzingen beschikt die duiden op een van de BRP-indicatie afwijkende situatie of wanneer de betrokkene daar uitdrukkelijk om verzoekt. Daarbij hanteert de SVB het volgende beleid, dat is ontwikkeld op grond van omvangrijke jurisprudentie. Een persoon wordt geacht in Nederland te wonen als tussen hem en Nederland een duurzame band van persoonlijke aard bestaat. Of sprake is van zo'n band, moet worden beoordeeld aan de hand van alle in aanmerking komende feiten en omstandigheden van het geval. Objectieve en subjectieve factoren als woon- en werkomgeving, gezin, financiën en inschrijving in het bevolkingsregister worden tegen elkaar afgewogen om tot een eindoordeel te komen. Er wordt dus niet beslist op basis van één factor; het onderlinge verband van factoren is doorslaggevend.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2013¹⁴ volgt dat de mogelijkheid bestaat dat iemand volgens de maatstaven van de toepasselijke bepalingen uit de AOW, de ANW en de AKW zowel in Nederland als in een ander land woont, al zal dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoen. Uit het ar-

¹¹ Zie onder meer HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1466, FutD 2011-0162 en HR 4 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6285, FutD 2011-0524.

¹² Zie verder uitgebreider onder meer mw. Mr A.M.P. van Velzen, 'In Holland staat (g)een huis: een verhandeling over woonplaats', Fiscaal Praktijkblad 2022-0080.

¹³ Zie https://puc.overheid.nl/svb/doc/PUC_1022_20/10/.

¹⁴ HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6824, FutD 2013-0989.

rest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 16 mei 2013¹⁵ blijkt echter dat de mogelijkheid om in twee landen te wonen zich niet voordoet bij toepassing van het Unierecht. Het Hof van Justitie heeft in dat verband verklaard dat, wanneer de rechtspositie van een persoon kan vallen onder de wetgeving van meerdere lidstaten, het begrip ‘lidstaat waar een persoon woont’ doelt op de lidstaat waar de betrokkene zijn normale woonplaats heeft en waar zich ook het gewone centrum van zijn belangen bevindt. Bij toepassing van het Unierecht geeft de SVB daarom onverkorte toepassing aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de daaraan ontleende criteria, neergelegd in artikel 11 lid 1 Verordening (EG) nr. 987/2009.

Let op

Belanghebbenden en/of de rechters zijn niet gebonden door de beleidsregels die de Sociale Verzekeringsbank heeft opgesteld.¹⁶

2.2 Werknemersverzekeringen

Onder de werknemersverzekeringen vallen:

- de Werkloosheidswet (WW);
- de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO);
- de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA);
- de Ziektewet (ZW).

De WIA bestaat uit twee regelingen, te weten de Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten (IVA) en de Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten (WGA).

Premieplichtig voor de werknemersverzekeringen is de werkgever, terwijl de verzekerde de werknemer is. De maatstaf voor de premie is het premieplichtig inkomen. Tot een maximuminkomen moet premie worden betaald; in 2024 is het maximumpremieloon € 71.628. Boven dit maximuminkomen is geen premie verschuldigd. Werknemers zijn niet meer verzekerd voor de werknemersverzekeringen vanaf de AOW-gerechtigde

¹⁵ HvJ EU 16 mei 2013, zaak C-589/10 (Wencel), ECLI:EU:C:2013:303. Later ook bevestigd in HvJ EU 5 juni 2014, zaak C-255/13 (I), ECLI:EU:C:2014:1291.

¹⁶ Zie onder meer HR 28 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:BI5427, ABRvS 25 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO5872. Zie ook M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht, Fiscale Hand- en Studieboeken*, Kluwer Deventer, 2^e druk 2007, hfs. 4.3.5.

leeftijd (67 jaar in 2024), behalve voor de Ziektewet. Vanaf dat moment zijn er geen premies meer verschuldigd, ook niet voor de Ziektewet.

Grondslag

De grondslag voor de heffing van premies werknemersverzekeringen is het loonbegrip voor de werknemersverzekeringen. Voor werknemers geldt dat het loonbegrip voor de werknemersverzekeringen in beginsel overeenkomt met het loonbegrip volgens de Wet op de loonbelasting 1964.¹⁷ Tot dit loon horen niet:

- loon uit vroegere dienstbetrekking, met uitzondering van wachtgeld, uitkeringen uit een werknemersverzekering en de aanvulling daarop van de werkgever en toeslagen op grond van de Toeslagenwet;
- eindheffingsbestanddelen, behalve die waarover ten onrechte geen loonheffingen zijn betaald en waarvoor een naheffingsaanslag loonheffingen is opgelegd;
- een tegemoetkoming voor arbeidsongeschikten op grond van de WIA/WAO.

Werknemer

In artikel 3 lid 1 ZW/WW/WAO is gedefinieerd wie als werknemer kwalificeert: de natuurlijke persoon, jonger dan de pensioengerechtigde leeftijd, die in een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. Het gaat er dus om hoe de afspraak die een ondernemer met een derde maakt juridisch moet worden geduid. Er zijn veel soorten en vormen van samenwerking. Bij de beoordeling van de gemaakte afspraken zijn de feiten en omstandigheden vaak doorslaggevend. Voor de fiscale en premierechtelijke dienstbetrekking geldt als uitgangspunt de arbeidsrechtelijke arbeidsovereenkomst; dat is ook met zoveel woorden in de Wet op de loonbelasting 1964 en de materiewetten van de werknemersverzekeringen opgenomen. Daarnaast is er een aantal arbeidsverhoudingen die bij wetsfictie als fiscale of premierechtelijke arbeidsovereenkomst moeten worden aangemerkt. Premierechtelijk kunnen verschillende soorten arbeidsverhoudingen voorkomen:

- 1 de 'echte' dienstbetrekking;
- 2 de fictieve dienstbetrekking;
- 3 bijzondere situaties.

¹⁷ Art. 16 Wfsv.

1 De echte dienstbetrekking

Met de 'echte' dienstbetrekking wordt de arbeidsovereenkomst bedoeld uit artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW). In dat artikel is de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als: *'De overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.'* Deze definitie heeft vier belangrijke elementen:

- a De verplichting voor de werknemer arbeid te verrichten.
De werknemer is verplicht de arbeid zelf te verrichten. Als het hem vrijstaat niet te werken of het werk, zonder overleg met de werkgever, aan een ander over te laten, zal er in het algemeen geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.
- b De verplichting voor de werkgever loon te betalen.
Loon betekent in dit verband elke tegenprestatie voor het verrichten van arbeid. Loon hoeft dus niet altijd in geld te worden uitbetaald, maar kan ook loon in natura omvatten. Meestal zal dit geen discussie zijn omdat er vaak wel enige betaling plaatsvindt. Belangrijk is dat het niet van belang is hoe groot die beloning is.¹⁸

Let op

In de situatie dat zo'n laag loon is overeengekomen dat er sprake is van betaling onder het geldende wettelijk minimumloon of het van toepassing zijnde cao-loon, is er sprake van onderbetaling, maar dat is een arbeidsrechtelijk aspect en heeft geen gevolgen voor de in te houden en af te dragen loonheffingen.

- c Het bestaan van een gezagsverhouding.
De arbeid moet in dienst van de werkgever worden verricht, oftewel er moet sprake zijn van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Het gezagscriterium is het belangrijkste criterium (en het lastigste). Van een gezagsverhouding is sprake als de werknemer zich bij zijn werkzaamheden moet houden aan de aanwijzingen en instructies van de werkgever. De werkgever moet het recht hebben leiding te geven en toezicht uit te oefenen; of hij dat recht ook daadwerkelijk uitoefent, is irrelevant.

Door de rechtspraak is geoordeeld dat de zogeheten holistische benadering dient te worden gehanteerd. Dat wil zeggen dat alle feiten en omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen en dat het niet enkel 'het afvinken' van de elementen van een arbeidsovereenkomst

¹⁸ Zie in dit verband HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, FutD 2013, 0725, BNB 2013/141 waarbij een uurloon van € 0,80 was afgesproken.

is. Tot de uitspraak van de Hoge Raad op 6 november 2020¹⁹ werd in het algemeen veel belang toegekend aan hetgeen de bedoeling van partijen was. Dit was ook de visie van de Hoge Raad, zoals onder meer naar voren komt in het Gouden Kooi-arrest.²⁰ In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de inhoud van de overeenkomst bepaald wordt door de partijbedoeling, ‘*mede in aanmerking genomen*’ de wijze waarop partijen aan de overeenkomst feitelijk uitvoering geven. Bij zo’n beoordeling moeten alle feiten en omstandigheden in ogenschouw worden genomen. In dat verband zijn de recente conclusies van advocaat-generaal (A-G) De Bock²¹ relevant. In haar uitgebreide advies (meer dan 80 pagina’s) pleit zij ervoor dat de partijbedoeling niet langer relevant zou moeten zijn bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Verder gaat de A-G in op de gezagsverhouding. Ook daar staat zij voor een andere invulling. Naar haar mening hangt een gezagsverhouding er onder meer van af of het werk organisatorisch is ingebed bij de werkgever en of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering. Minder belangrijk acht zij de vraag of sprake is van een instructiebevoegdheid van degene voor wie het werk wordt verricht, omdat werkgeversgezag zich ook op andere manieren dan door het geven van instructies kan manifesteren. Daarnaast moet er meer oog zijn voor de economische realiteit en door de ‘papieren werkelijkheid’ heen worden geprikt. Als arbeid buiten dienstbetrekking wordt verricht, zal sprake moeten zijn een zekere mate van ondernemerschap. Als dat niet het geval is, is er in beginsel sprake van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst.

Duidelijk is dat de A-G een andere invulling aan het begrip gezagsverhouding wenst te geven; eigenlijk is zij van oordeel dat het element gezagsverhouding zou moeten worden vervangen door de inbedding van de werkzaamheden in de onderneming en of het ‘core business’ betreft. De Hoge Raad heeft haar advies van 17 september 2020 niet overgenomen.²² Met betrekking tot de conclusie uit 2022 heeft de Hoge Raad opnieuw haar advies niet overgenomen.²³ In het Deliveroo-arrest oordeelt de Hoge Raad nogmaals expliciet dat nog altijd de holistische benadering geldt. Wel wordt door de Hoge Raad een aantal zaken genoemd die van belang kunnen zijn

19 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, FutD 2020-3256 en BNB 2021/41.

20 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, FutD 2011-0708, BNB 2011/205 (Gouden Kooi).

21 Conclusie A-G R.H. de Bock 17 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, FutD 2020-2228 en 17 juni 2022 (Deliveroo), ECLI:NL:PHR:2022:578, FutD 2022-1789.

22 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, FutD 2020-3256, BNB 2021/41 (X/Gemeente Amsterdam; ook wel Participatie-arrest genoemd).

23 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, FutD 2023-0764, JAR 2023/207 (Deliveroo). Zie voor de gevolgen van het arrest Houweling, Merks en El Quadi in ‘Deliveroo in perspectief’, MBB 2023/9, blz. 4-19.

bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarbij wordt door de Hoge Raad voor het eerst als één van die zaken genoemd ‘de inbedding van het werk’. Als tegenargument wordt genoemd de vraag of degene die de werkzaamheden verricht zicht in het economische verkeer als ondernemer gedraagt.

In dit verband kan overigens worden opgemerkt dat de grenzen tussen de privaatrechtelijke dienstbetrekking en de overeenkomst van opdracht vaag zijn. Zie in dit verband onder meer de uitspraak van de Hoge Raad op 18 december 1991.²⁴ In dat arrest werd beslist dat de enkele omstandigheid dat de betrokken belanghebbende opdrachten en instructies kon geven aan de personen die als fotomodel optraden, en dat die personen die opdrachten en instructies moesten opvolgen, onvoldoende is voor de gevolgtrekking dat een gezagsverhouding bestond. Die opdrachten en instructies waren slechts een nadere bepaling van de verlangde prestaties, in welk geval zij ook kunnen zijn gegeven bij de uitvoering van opdrachten tot het verrichten van enkele diensten. Dit arrest wordt gezien als een doorbraak in de jurisprudentie over ‘losse krachten’. Er is sprake van een gezagsverhouding als iemand binnen een geldend organisatorisch kader en vastgesteld beleid daadwerkelijk werkzaamheden moet verrichten die noodzakelijk zijn om de onderneming draaiende te houden.²⁵ Vergelijk het arrest van 12 september 2014, waar geoordeeld werd dat geen sprake was van een dienstbetrekking, omdat er vrijblijvendheid was op het punt van taakinvulling. De aard van de werkzaamheden (het betrof prostituees) stond eraan in de weg dat specifieke handelingen aan de betrokkene werden opgedragen.²⁶

- d** De overeenkomst moet een zekere tijd voortduren
Het criterium ‘gedurende zekere tijd’ houdt niet in dat de verbintenis een zekere duurzaamheid moet hebben. Ook een afspraak om enkele dagen of zelfs een paar uur te komen werken kan een arbeidsovereenkomst zijn.

Let op

Ontbreekt in de overeenkomst één of meer van deze elementen, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Vrij algemeen wordt aangenomen dat het onder de bij d genoemde duurelement geen betekenis heeft, nu de rechtspraak daar geen betekenis aan toekent.

²⁴ HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4848, BNB 1992/78.

²⁵ HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, FutD 2015-1124, BNB 2015/161.

²⁶ HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, FutD 2014-2076, BNB 2014/235.

BEPERKING

Belangrijk is om vast te stellen dat het begrip dienstbetrekking voor de werknemersverzekeringen wordt beperkt. In artikel 6 WW/WAO/ZW wordt onder meer niet als dienstbetrekking aangemerkt:

- degene die op doorgaans minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van een natuurlijk persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat;
- de vrijwilliger in de zin van artikel 2 lid 6 Wet op de loonbelasting 1964;
- de directeur/(groot)aandeelhouder (dga).

Let op

Het begrip dga is voor de werknemersverzekeringen anders dan voor de loonheffing. Een dga in de zin van de werknemersverzekeringen is, hoewel in dienstbetrekking bij zijn vennootschap, niet verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen.²⁷

De nadere invulling van het begrip dga is uitgewerkt in de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.²⁸ Onder dga wordt in het kader van deze regeling verstaan:

- de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaald soort, dat hij over zijn ontslag kan besluiten;
- de bestuurder die, tezamen met bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet met zijn echtgenoot, houder is van aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding, die ten minste 2/3 van de stemmen vertegenwoordigen zodat hij, tezamen met zijn bloedverwanten en/of echtgenoot over zijn ontslag kan besluiten;

de bestuurder die een zodanige zeggenschap heeft binnen die vennootschap door tussenkomst van een of meer rechtspersonen, waarvan hij bestuurder is, dat hij over zijn ontslag kan besluiten;

- bestuurders die samen alle aandelen van de vennootschap bezitten en als aandeelhouders een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal vertegenwoordigen.

Onder bestuurder wordt verstaan de statutair bestuurder van een vennootschap van een BV of NV en, als de bestuurder een rechtspersoon is, de

²⁷ Art. 6 lid 1 onderdeel d ZW/WW en art 8 lid 1 WIA.

²⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016, Stcrt. 2015, 19073.

natuurlijke persoon die de werkzaamheden voor de vennootschap als bestuurder feitelijk verricht. Als een persoon geen bestuurder is in voornoemde zin, dan heeft die persoon geen toegang tot de Regeling aanwijzing dga 2016. De regeling geldt ook voor bestuurders van een niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.

Let op

Wordt niet aan de voorwaarden van de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 voldaan, dan betekent dat dat die persoon in principe verplicht verzekerd is voor de werknemersverzekeringen. In principe omdat mogelijk sprake is van een persoon ouder dan de AOW-gerechtigde leeftijd of omdat het socialezekerheidsstelsel van Nederland niet van toepassing is.

MANAGEMENTSTRUCTUUR

Het komt nog wel eens voor dat wordt geprobeerd een civielrechtelijke dienstbetrekking om te zetten in een managementovereenkomst, door het ‘tussenschuiven’ van een BV. Deze constructies worden door de Belastingdienst in het algemeen bestreden. De Belastingdienst is van mening dat, ondanks dat de opdrachtnemer via een BV werkt, er alleen moet worden gekeken naar de arbeidsrelatie van degene die feitelijk de werkzaamheden verricht (de dga) en de opdrachtgever. Die arbeidsrelatie moet naar de mening van de Belastingdienst worden getoetst aan de voorwaarden van een (fictieve) dienstbetrekking. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de civiele kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen de dga en de opdrachtgever leidend is.²⁹ Van die civiele kwalificatie kan slechts worden afgeweken als de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet, aldus de Hoge Raad.

Verder geldt volgens vaste rechtspraak dat er arbeidsrechtelijk geen civiele arbeidsovereenkomst kan bestaan tussen twee rechtspersonen. Uitsluitend in het geval dat de werkelijkheid niet strookt met hetgeen is gepresenteerd, kan het zijn dat er feitelijk geen overeenkomst is tussen twee rechtspersonen, maar een overeenkomst tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon.³⁰ In een zaak was sprake van een vennootschap (Werk BV) waarvan de aandelen werden gehouden door drie andere vennootschappen (personal holdings), te weten twee ieder voor 40% en een derde voor 20%.

²⁹ HR 15 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3862, FutD 1999-1932, BNB 2000/126.

³⁰ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, JAR 2007/231, NJ 2007, 449 (PGGM/Thuiszorg).

De aandelen van die drie andere vennootschappen werden voor 100% gehouden door drie natuurlijke personen. De personal holdings waren bestuurder van de Werk BV en tussen de personal holdings en de Werk BV waren managementovereenkomsten gesloten. De inspecteur verdedigde in die zaak onder meer dat de civielrechtelijke werkelijkheid door de fiscaliteit opzijgezet kan worden. Die zienswijze is door de rechter nadrukkelijk verworpen.³¹ Eenzelfde oordeel in een nagenoeg gelijke casus gaf Hof Den Haag.³² De tegen deze uitspraken ingestelde beroepen in cassatie zijn ingetrokken. Daarbij is door de staatssecretaris van Financiën aangegeven dat dit niet betekent dat de lijn van Hof Amsterdam en Hof Den Haag ook de lijn is die door de Belastingdienst wordt gevolgd. Ook uit latere jurisprudentie, waaronder het civiele recht, komt naar voren dat de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst veelvuldig niet aanwezig wordt geacht, maar er is gewerkt op basis van een overeenkomst van opdracht.³³

2 *Fictieve dienstbetrekking*

Bij wetsfictie zijn de volgende arbeidsverhoudingen voor de werknemersverzekeringen aangewezen als een fictieve dienstbetrekking:

- aannemers van werk en hun hulpen (anders dan als zelfstandige of thuiswerker);
- agenten en subagenten;
- leden van de bemanning van een vissersvaartuig die recht hebben op een deel van de besomming;
- leerlingen en stagiaires (alleen voor de ZW);
- bestuurders van een coöperatie met werknemerszelfbestuur;
- bestuurders van een beursgenoteerde vennootschap;
- artiesten;
- beroepssporters;
- thuiswerkers en hun hulpen;
- gelijkgestelden.³⁴

De categorie ‘gelijkgestelden’ is een restcategorie en omvat alle arbeidsverhoudingen die niet voldoen aan de criteria voor een civielrechtelijke dienstbetrekking, maar waarvan de wetgever vond dat deze in maatschappelijk op-

³¹ Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:911, FutD 2016-0699.

³² Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:98, FutD 2019-0278.

³³ Zie onder meer Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272, JAR 2022/215, Rb. Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4794, Rb. Limburg 31 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:2514, FutD 2023-1137, Rb. Noord-Holland 24 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1561, FutD 2023-0613.

³⁴ Art. 4 ZW/WW/WAO en art. 5 ZW/WW/WAO.

zicht gelijk te stellen zijn aan een echte dienstbetrekking.³⁵ Een gelijkgestelde is in fictieve dienstbetrekking als hij aan de volgende voorwaarden voldoet:

- De opdrachtnemer verricht persoonlijk arbeid en de 'gelijkgestelde' ontvangt hiervoor loon.
- Het brutoloon bedraagt doorgaans over een week ten minste 2/5 van het wettelijk minimumloon. Een week is een aaneengesloten tijdvak van zeven dagen.
- De 'gelijkgestelde' werkt doorgaans op ten minste twee dagen per week. Het aantal uren dat op een dag wordt gewerkt, is daarbij niet van belang.
- De arbeidsverhouding is voor onbepaalde tijd aangegaan en ten minste voor een maand.

Tip

Het is mogelijk om de fictieve dienstbetrekking (gelijkgestelden) uit te sluiten. In dat geval dienen beide partijen schriftelijk te verklaren vóór de eerste betaling dat deze fictie door beide partijen niet van toepassing wordt verklaard.³⁶

Van de fictieve dienstbetrekking zijn uitgezonderd:

- de thuiswerker die zich laat bijstaan door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn partner en/of tot zijn huishouding behorende minderjarige kinderen;
- de persoon die arbeid verricht als zelfstandige;
- de arbeid die uitsluitend voor rekening en risico van de onderneming van de rechtspersoon wordt verricht waarvan hij directeur-groottaandeelhouder is;
- de persoon die het verrichten van de arbeid rechtstreeks is overeengekomen met een natuurlijk persoon ten behoeve van diens persoonlijke aangelegenheden;
- de persoon die arbeid van overwegend geestelijke aard verricht;
- de persoon die werkzaam is in een arbeidsverhouding die in overwegende mate wordt beheerst door een familieverhouding.

3 Bijzondere situaties

In dit onderdeel wordt een aantal bijzondere (en veel voorkomende) situaties aan de orde gesteld, waarbij de vraag is of en in hoeverre er sprake is of kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Het gaat om de volgende situaties:

- managementovereenkomsten;
- familieverhoudingen;

³⁵ Art. 5 ZW/WAO/ZW j^o art. 5 Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd.

³⁶ Art. 5 lid 4 Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd.

- vrijwilligers;
- werkzaamheden in en om het huis.

MANAGEMENTOVEREENKOMSTEN

Het komt nog wel eens voor dat wordt geprobeerd een civielrechtelijke dienstbetrekking om te zetten in een managementovereenkomst, door het ‘tussenschuiven’ van een BV. Deze constructies worden door het UWV en de Belastingdienst vaak bestreden. Zij zijn van mening dat, ondanks dat de opdrachtnemer via een BV werkt, er alleen moet worden gekeken naar de arbeidsrelatie van degene die feitelijk de werkzaamheden verricht (de dga) en de opdrachtgever. Deze arbeidsrelatie moet naar de mening van de Belastingdienst worden getoetst aan de voorwaarden van een (fictieve) dienstbetrekking (zie hiervoor).

FAMILIEVERHOUDINGEN

Ook in familieverhoudingen of tussen echtgenoten kan er een gezagsverhouding aanwezig zijn, waardoor sprake is van een dienstbetrekking. Dit geldt zowel voor de loonheffing als de premieplicht werknemersverzekeringen. Er kunnen echter bijzondere omstandigheden zijn, waardoor de arbeidsrelatie tussen familieleden of echtgenoten toch niet als dienstbetrekking kwalificeert. Hierbij moet worden gedacht aan bijzondere arbeidsvoorwaarden (een heel hoog of juist heel laag loon), bijzondere bevoegdheden, geen andere werknemers, financieringsovereenkomsten en dergelijke. De toets of in familieverhoudingen sprake is van een (fiscale) dienstbetrekking, is zeer feitelijk van aard. De Centrale Raad van Beroep is in 2016 omgegaan.³⁷ Niet langer wordt als uitgangspunt genomen dat het bestaan van een ‘echte’ dienstbetrekking tussen ouder en kind in de regel niet aanmerkelijk is wegens het normaal gesproken ontbreken van de vereiste gezagsverhouding.

Let op

Alleen als de vennootschap aanmerkelijk kan maken dat de familieverhoudingen zodanig de boventoon voeren dat andere personen niet onder die voorwaarden werkzaam zouden willen zijn, geldt de uitzondering dat er geen sprake is van verplichte werknemersverzekeringen.

VRIJWILLIGERS

Vrijwilligers zijn mogelijk in privaatrechtelijke dienstbetrekking. Mogelijk, omdat als zij slechts tegen een reële kostenvergoeding werken het element

37 CRvB 27 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1758, FutD 2016-1293.

loon ontbreekt. Omdat het in de praktijk vaak lastig is om precies te bepalen wanneer sprake is van een (reële) kostenvergoeding of van loon, is wettelijk bepaald dat onder voorwaarden vrijwilligers niet als werknemers kwalificeren.³⁸ Om niet als werknemer te worden aangemerkt, moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

- De vrijwilliger mag de verrichte werkzaamheden niet bij wijze van beroep doen.
- De vrijwilliger verricht de werkzaamheden doorgaans voor een ANBI of sportorganisatie, of het lichaam waarvoor de vrijwilliger werkt is niet aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen of is daarvan vrijgesteld.
- De vergoeding staat niet in verhouding tot de hoeveelheid en aard van het werk.
- De vergoeding mag niet hoger zijn dan € 210 per maand én € 2.100 per jaar (bedragen 2024). Als men binnen de gestelde grenzen blijft, is een uurvergoeding van € 5,50 (2024) per uur niet marktconform en dus in orde (voor jongeren onder de 21 jaar is dit uurloon maximaal € 3,25 (2024)).³⁹

WERKZAAMHEDEN IN EN OM HET HUIS

Iemand die juridisch gezien een dienstbetrekking heeft met een particulier en voor hem diensten verricht in de huishoudelijke sfeer en dit op minder dan vier dagen per week doet, is voor de loonheffingen niet in dienstbetrekking.⁴⁰ Deze regeling staat ook wel bekend als de Regeling dienstverlening aan huis. De werkzaamheden mogen bestaan uit huishoudelijk werk, maar ook werkzaamheden als boodschappen doen, hond uitlaten, kleine reparaties aan huis, tuinonderhoud en dergelijke vallen eronder. Dit betekent dat de particulier geen inhoudingen hoeft te doen op het loon van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer moet uiteraard wel de inkomsten in zijn aangifte inkomstenbelasting verantwoorden.

³⁸ Art. 6 lid 1 onderdeel e ZW/WAO/WW.

³⁹ Art. 2 lid 6 Wet op de loonbelasting 1964.

⁴⁰ Art. 5 Wet op de loonbelasting 1964, art. 6 lid 1 onderdeel c ZW/WW/WAO.

DE SV CODE INTERNATIONAAL

Het toenemende internationale grensoverschrijdend werken kan niet alleen gevolgen hebben voor de heffing van belastingen over het arbeidsinkomen, maar kan ook leiden tot een wijziging in de socialezekerheidspositie van de betreffende persoon.

Met dit boek kan de lezer zich een beeld vormen van de hoofdlijnen rond de sociale zekerheid bij grensoverschrijdend werken.

Auteur Jacques Raaijmakers is gespecialiseerd in (internationale) loonbelasting, (internationale) sociale verzekeringen, aansprakelijkheid en formeel belastingrecht. Hij heeft zijn eigen fiscale adviespraktijk, Raaijmakers Belasting en Educatie, en is auteur voor onder meer Rendement.