

Maar één opdrachtgever en toch ondernemer

Door: MR. DR. A.H. LAMERS

februari 2012

Op 9 december 2011 (*LJN* BV1562) heeft de rechtbank Breda een bijzonder vonnis gewezen. Kort gezegd komt het er op neer dat de rechter in dit concrete geval afweek van de regel dat, om voor de voordelen van het IB ondernemerschap in aanmerking te komen en daarmee zelfstandigenaftrek en startersaftrek te genieten, de ondernemer meerdere opdrachtgevers moet hebben. In deze bijdrage zal ik betogen dat dit vonnis bepaald geen vrijbrief is om daarmee te kunnen ontsnappen aan de dwingende regels van het arbeidsrecht als het om docenten gaat.

Het IB ondernemerschap kent diverse fiscale faciliteiten, De bekendste daarvan zijn de investeringsaftrek, de zelfstandigenaftrek de startersaftrek en de willekeurige afschrijving. Of er sprake is van ondernemerschap in de zin van de IB beoordeelt de belastingdienst aan de hand van meerdere factoren zoals het zogenaamde urencriterium (de ondernemer moet kunnen bewijzen dat hij minstens 1225 uren per jaar in zijn onderneming steekt), het winstcriterium (is het aannemelijk dat de ondernemer winst gaat maken), het kapitaalscriterium (pleegt de ondernemer te investeren?), het risicocriterium (loopt de ondernemer aansprakelijkheidsrisico en debiteurenrisico?) en het 'meerdere opdrachtgevers-criterium' (streeft de ondernemer naar meerdere opdrachtgevers?).

De zaak betrof een startende ondernemer in de bouw (het storten van vloeren e.d.) die kort na het starten van zijn onderneming eerst een jaar alleen voor zijn voormalige werkgever had gewerkt en vervolgens een jaar lang voor een tweede opdrachtgever. De ondernemer beschikte de gehele periode over een VAR (WUO). Tijdens een boekenonderzoek stelde de belastingdienst vast dat er naar hun mening geen sprake was van IB ondernemerschap omdat niet was voldaan aan het 'meerdere opdrachtgevers-criterium' waarmee de ondernemer de fiscale faciliteiten werden geweigerd voor de eerste twee jaren van zijn ondernemerschap. Voor de jaren daarna, waarin de ondernemer wel meerdere opdrachtgevers had werden wel ondernemersfaciliteiten gegund. De ondernemer bestreed het standpunt van de belastingdienst over de eerste twee jaren.

De rechtbank was van oordeel dat er in de eerste twee jaren toch sprake was van IB ondernemerschap met bijbehorende faciliteiten omdat de aard van het werk (vloeren storten e.d.) met zich brengt dat er veelal sprake is van langdurige opdrachten. Bovendien vond de rechtbank het logisch dat de starter voor langdurige opdrachten koos omdat die hem de meeste zekerheid op werk gaven. Ook liet de rechtbank meewegen dat de ondernemer gedurende de eerste twee jaren al bezig was met het verwerven van nieuwe opdrachten.

In deze zaak heeft de rechtbank er overduidelijk voor gekozen om de ondernemer te beschermen tegen een veel te rigide toepassing van voornoemde criteria. De ondernemer jaagt logischerwijs ook zijn eigen belang na. Om hem dan te straffen omdat hij twee grote opdrachten heeft waarmee hij een goede start kan maken is een staaltje ambtenarij die niet zou hebben misstaan in het Kremlin van Leonid Brezjnev.

De rechter heeft heel terecht corrigerend opgetreden waarmee een startende ondernemer die zijn nek uitsteekt is geholpen. Toch heb ik de afgelopen week op verschillende internetfo-

ra ook gelezen dat sommigen in deze uitspraak lezen dat het 'meerdere opdrachtgevers-criterium' door de rechter van tafel is geveegd. Dat is natuurlijk niet het geval. Ten eerste wijst de rechtbank er op dat de ondernemer bezig was meerdere opdrachtgevers te werven. Ten tweede is dit vonnis een oplossing voor een bijzonder geval waar de normale wettelijke regels een oneerlijke uitwerking hadden. De rechter heeft slechts in dit bijzondere geval waarin langdurige opdrachten gebruikelijk zijn (ruwbouw) corrigerend opgetreden. Dit is geen arrest van een Hof of Hoge Raad waarin algemene werking van een rechtsregel tegen het licht werd gehouden.

De werkzaamheden van docenten hebben niet als bepalend kenmerk dat ze langdurig zijn in die zin dat voorbereiding uitvoering en nazorg van de opdracht (het geven van een les) een cyclus is die maanden in beslag neemt. Daarom vervalt met dit vonnis niet het 'meerdere opdrachtgevers-criterium' voor docenten die zelfstandig zijn voor zover dat überhaupt mogelijk is.