



Positie van de medisch specialist in MSB

Positie van de medisch specialist in MSB

1. Inleiding

Met ingang van 1 januari 2015 wordt de financiering van ziekenhuizen ingrijpend gewijzigd. Door invoering van integrale bekostiging wordt niet langer onderscheid gemaakt tussen het instellingsdeel en het honorariumdeel van de DB-zorgproducten. De medisch specialisten verliezen hun zelfstandig declaratierecht en moeten met het ziekenhuis onderhandelen over hun honorarium. Daarnaast wil het kabinet het fiscaal ondernemerschap van vrijgevestigd medisch specialisten in lijn brengen met het fiscaal ondernemerschap zoals dat ook voor andere bedrijven en sectoren geldt.

Vanaf 1 januari 2015 wordt de medisch specialist beoordeeld aan de hand van de criteria die ook voor andere ondernemers gelden. De vraag is of, en wanneer sprake is van fiscaal ondernemerschap bij de medisch specialist.

Medisch specialisten en ziekenhuizen dienen in het licht van deze veranderingen onderling afspraken te maken over de tussen hen geldende voorwaarden, waaronder het honorarium. Omdat het zelfstandig declaratierecht en daarmee het debiteurenrisico van de medisch specialist vervalt zal het ondernemerschap op andere wijze invulling gegeven dienen te worden. Daarbij willen ziekenhuizen wel invloed houden op de wijze waarop de medisch specialist zijn beroep uitoefent, gelet op de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het ziekenhuis tegenover de patiënt en de contractuele afspraken met de zorgverzekeraars. Hier is dus sprake van een spanningsveld.

Door de Orde van Medisch Specialisten (OMS) en Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) zijn drie modellen uitgewerkt:

- a. Het loondienstmodel: de medisch specialist treedt in dienst van het ziekenhuis;
- b. Het participatiemodel: de medisch specialist gaat participeren in het ziekenhuis;
- c. Het samenwerkingsmodel: de medisch specialist wordt werkzaam voor het Medisch Specialistisch Bedrijf (MSB) dat zorg verleent aan het ziekenhuis.

De vraag rijst wat de juridische en fiscale gevolgen zijn van deze nieuwe samenwerkingsvormen. Hierna zal eerst het juridisch kader kort worden geschetst. Daarna wordt ingezoomd op de positie van de medisch specialist in scenario c (MSB). Blijkens de brief van minister Schippers van 31 oktober 2014 aan de Tweede Kamer kiest de meerderheid van de ziekenhuizen namelijk voor het samenwerkingsmodel. In deze brief schrijft minister Schippers: *“Van belang vind ik ook dat ziekenhuizen zich afdoende voorbereiden op een onverhoopt negatieve beoordeling door de Belastingdienst. Een open gesprek tussen de raad van bestuur en medische staf over de gevolgen van bijvoorbeeld een fictief loondienstverband is van belang voor de bestuurbaarheid van het ziekenhuis.”*

De Belastingdienst beoordeelt ieder geval apart, op basis van de concrete feiten en omstandigheden. Dit bevordert het overzicht voor de ziekenhuizen en medisch specialisten helaas niet. De Vpb- en BTW-aspecten van de nieuwe modellen worden in het navolgende niet besproken.

2. Relatie ziekenhuis – medisch specialist

Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht

De samenwerking tussen (niet-academische) ziekenhuizen en medisch specialisten wordt op dit moment vorm gegeven door een arbeidsovereenkomst (loondienst) of een toelatingsovereenkomst tussen het ziekenhuis en de medisch specialist.

De onderscheidende elementen van de arbeidsovereenkomst zijn op grond van de wet dat sprake is van het verrichten van persoonlijke arbeid tegen een bepaald loon gedurende zekere tijd. Bij de overeenkomst van opdracht worden ook werkzaamheden verricht, maar is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. In de wettelijke definitie van de overeenkomst van opdracht wordt een arbeidsovereenkomst uitgezonderd. Het is dus het een of het ander. Het belangrijkste verschil tussen beide overeenkomsten bestaat uit de gezagsverhouding: de werknemer is verplicht instructies op te volgen, hij is ondergeschikt. Dat kunnen instructies zijn ten aanzien van het werk, maar ook in zijn algemeenheid. Een ander verschil is dat de arbeid persoonlijk verricht moet worden.

De Hoge Raad heeft in diverse uitspraken een aantal handvatten gegeven om te bepalen of de overeenkomst tussen twee partijen een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst betreft dan wel een overeenkomst van opdracht. De Hoge Raad stelt, dat wat tussen partijen heeft te gelden, wordt bepaald door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan, mede in aanmerking nemende de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aan de overeenkomst invulling hebben gegeven (HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers)). Het gaat derhalve niet alleen om wat er in de overeenkomst staat, of hoe partijen de overeenkomst hebben betiteld, maar ook om de wijze waarop met de overeenkomst is omgegaan in de praktijk. Daarbij is dan ook niet alleen beslissend wat partijen bij aanvang bedoelden, maar moeten alle omstandigheden worden meegewogen en moeten de verschillende rechtsgevolgen in hun onderling verband worden gezien. Dit is een hele feitelijke toets.

Of sprake is van een gezagsverhouding is soms lastig te duiden. Het kan zo zijn dat er bij een arbeidsrelatie nauwelijks aanwijzingen kunnen worden gegeven, bijvoorbeeld omdat de werknemer over hele specifieke vakkennis beschikt. Dit sluit echter niet uit dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst gelet op de andere feiten en

omstandigheden. Ook bij een overeenkomst van opdracht kunnen echter aanwijzingen worden gegeven, maar die aanwijzingen kunnen slechts betrekking hebben op de vooraf gegeven opdracht. De aanwijzingsbevoegdheid in het kader van een arbeidsovereenkomst is meer algemeen van aard en kan veel verder gaan. Bij een overeenkomst van opdracht is de opdrachtnemer (in tegenstelling tot een werknemer) niet gehouden om aanwijzingen op te volgen die volgens de opdrachtnemer onverantwoord zijn. De overeenkomst van opdracht veronderstelt meer zelfstandigheid. Bij de arbeidsovereenkomst moet de werknemer persoonlijk de arbeid verrichten. Bij de overeenkomst van opdracht hoeft dat niet het geval te zijn. Artikel 7:404 BW bepaalt dat als de opdracht aan een specifieke persoon is verstrekt deze wel persoonlijk de opdracht moet verrichten, tenzij uit de opdracht voortvloeit dat hij deze (onder zijn verantwoordelijkheid) door anderen mag laten verrichten.

Rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst

De wet kent een rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst: *“Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.”*

Dit is een vermoeden ter bescherming van de werknemer, waartegen door de werkgever/opdrachtgever bewijs kan worden geleverd. Tot dat bewijs kan een deugdelijke overeenkomst van opdracht behoren waarin partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij geen arbeidsovereenkomst willen sluiten. Het rechtsvermoeden wordt in de praktijk niet veel ingeroepen.

Gevolgen onderscheid

Arbeid die in een arbeidsovereenkomst wordt verricht leidt van rechtswege (automatisch) tot verzekering voor werknemersverzekeringen en de Zorgverzekeringswet (Zvw). De werkgever is verder verplicht over het loon in dienstbetrekking loonheffingen in te houden. Blijkt een relatie achteraf een dienstbetrekking, dan zal dat leiden tot naheffingen en boetes voor de werkgever.

Zo werd in de zaak betreffende het tv-programma De Gouden Kooi (HR 25 maart 2011, JAR 2011/109) door de Hoge Raad geoordeeld dat de overeenkomst tussen Talpa en een deelnemster aan het televisieprogramma ondanks het feit dat een overeenkomst van opdracht was beoogd, moest worden aangemerkt als een dienstbetrekking, waardoor de werkneemster aanspraak kon maken op een WW-uitkering. Het omgekeerde kan ook het geval zijn. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op 23 september 2014 (ECLI:GHARN:2014:7283) dat een verpleegkundige in de thuiszorg toch ondernemer was in de zin van de inkomstenbelasting. Het hof overwoog dat het feit dat de werkzaamheden slechts verricht konden worden via toegelaten zorgaanbieders die verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de

verleende zorg, niet in de weg staat aan het aannemen van fiscaal ondernemerschap. *“Het gaat in dit verband erom of belanghebbende, als thuiszorg verlenende verpleegkundige, voldoende zelfstandigheid bezit ten opzichte van haar opdrachtgevers, zijnde de instellingen”*, aldus het Hof dat daarmee een vonnis van de rechtbank Gelderland vernietigde. Het feit dat de zorginstellingen verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de te verlenen zorg en dat de verpleegkundige gehouden is om haar werkzaamheden te verrichten binnen de door de instellingen bepaalde kaders, zoals de belastingdienst stelde, maakt volgens het hof nog niet dat de verpleegkundige ten opzichte van de zorginstellingen niet voldoende zelfstandig zou zijn. Er werd geen dienstbetrekking aangenomen.

Indien sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst, kan een werknemer aanspraak maken op loon en vakantiegeld, ook al heeft hij niet gewerkt, indien de redenen van het niet (kunnen) werken voor rekening en risico van de werkgever komen (vakantie, ziekte, geen werk meer etc.). Een eerder als opdrachtnemer beschouwde werknemer kan derhalve loonvorderingen instellen met wettelijke rente en verhogingen (verjaringstermijn 5 jaar).

Tot slot kunnen derden, zoals fondsen, aanspraak maken op nabetaling. In de jurisprudentie is het geval bekend van een pensioenfonds dat (naar later bleek terecht) pensioenpremies navorderde wegens het bestaan van een arbeidsovereenkomst, ook al dachten de zorginstelling en de manager (met een management BV) dat er sprake was van een overeenkomst van opdracht waardoor de verplichtingen uit de CAO niet zouden gelden (HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam / Stichting Pensioenfonds PGGM)).

Vaak ontstaan discussies over de kwalificatie van de overeenkomst tussen partijen pas bij inkomensverlies van de werknemer/opdrachtnemer, zoals bij ziekte en werkloosheid.

3. Hoe beoordelen de Belastingdienst en het UWV een overeenkomst?

Er is een onderscheid tussen de beoordeling door de civiele rechter of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht en de beoordeling door de Belastingdienst of het UWV. Tot 2006 toetsten de Belastingdienst en het UWV onafhankelijk van elkaar of sprake was van een fiscale of sociaalverzekeringsrechtelijke dienstbetrekking. Sinds 2006 hebben de Belastingdienst en UWV de wijze van beoordelen van een (fictieve) dienstbetrekking op elkaar afgestemd. Daarvoor zijn Beleidsregels Beoordeling Dienstbetrekking (BBD) in het leven geroepen. Voor het bestaan van een dienstbetrekking in de zin van de belastingwetgeving en werknemersverzekeringen wordt aangehaakt bij het civiele begrip arbeidsovereenkomst. Als sprake is van een arbeidsovereenkomst (er is een persoonlijke arbeidsverplichting, er wordt loon betaald

en er is sprake van een gezagsverhouding) dan is daarmee voor de Belastingdienst en het UWV sprake van een dienstbetrekking.

De Wet op de Loonbelasting (Wet LB) en de werknemersverzekeringen kennen naast de privaatrechtelijke dienstbetrekking ook de zogenaamde fictieve dienstbetrekkingen. De fictieve dienstbetrekkingen zijn gelijkgesteld met een echte dienstbetrekking. Een fictieve dienstbetrekking is bijvoorbeeld aan de orde bij arbeid die wordt verricht door thuiswerkers (en hun hulpen) en door personen die doorgaans op ten minste twee dagen per week werken tegen een beloning die per week doorgaans ten minste 40% van het minimumloon bedraagt. Ook dan dient loonbelasting ingehouden te worden en moeten premies worden afgedragen.

De Beleidsregels Beoordeling Dienstbetrekking (BBD) geven het toetsingskader van Belastingdienst en UWV aan bij de vraag of sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. De beleidsregels beogen duidelijkheid te geven over de wijze waarop:

- UWV en de Belastingdienst arbeidsrelaties toetsen aan de criteria van de dienstbetrekking;
- De rol die de VAR speelt bij de beoordeling van de dienstbetrekking;
- De inhouding en afdracht van loonheffingen.

Doorgaans beoordeelt de Belastingdienst achteraf, maar het is ook mogelijk vooraf te laten toetsen door de aanvraag van een zogenaamde VAR (Verklaring ArbeidsRelatie). Met een VAR-aanvraagformulier kan een opdrachtnemer een VAR aanvragen bij de Belastingdienst. De Belastingdienst beoordeelt de antwoorden en geeft één van de volgende vier verklaringen af:

1. De VAR loon uit dienstbetrekking (VAR-loon);
2. De VAR resultaat uit overige werkzaamheden (VAR-row);
3. De VAR winst uit onderneming (VAR-winst / wuo);
4. De VAR voor rekening en risico van de vennootschap (VAR-dga).

Bij de VAR-winst en VAR-dga hoeft de opdrachtgever geen loonheffingen op de beloning in te houden of premies af te dragen. Opdrachtnemer is niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen en kan geen aanspraak maken op een uitkering. De opdrachtgever hoeft dan niet te toetsen of sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Bij de VAR-loon en de VAR-row moet de opdrachtgever vaststellen of er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Als de opdrachtgever heeft vastgesteld dat er geen sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking, dan kunnen de Belastingdienst en UWV op basis van feiten en omstandigheden van oordeel zijn dat er toch sprake was van een dienstbetrekking en inhoudingsplicht voor de loonheffingen. Alleen bij de VAR-winst en VAR-dga is de opdrachtgever dus gevrijwaard van deze risico's.

Een VAR-verklaring heeft slechts betrekking op loonheffingen en werknemersverzekeringen. Een VAR-verklaring betekent dus niet dat de opdrachtgever gevrijwaard is van arbeidsrechtelijke claims.

Bemiddeling of uitzending/detachering

Het is mogelijk dat een derde bemiddelt bij de totstandkoming van een relatie tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer. Daarbij kan sprake zijn van toepasselijkheid van de wet- en regelgeving inzake terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (zoals bij uitzending en detachering). In dat geval dient het bemiddelende bureau ervoor te zorgen dat er een VAR-winst of VAR-dga is.

Wetsvoorstel Beschikking Geen Loonheffing (BGL)

Het kabinet is voornemens om het systeem van VAR-verklaringen waarbij de opdrachtgever is gevrijwaard van belastingheffing en premieafdracht te wijzigen door het systeem van de BGL. In dat geval zullen de opdrachtgevers strikt moeten toezien dat de werkzaamheden door de opdrachtnemer op die wijze en onder die condities worden uitgevoerd, waaronder de BGL is afgegeven. Wanneer de Belastingdienst achteraf van mening is dat de relatie toch als een arbeidsrelatie heeft te gelden, dan is de opdrachtgever alsnog gehouden tot afdracht van loonheffing en premies.

Toetsing BBD

Bijlage III bij de BBD geeft aan op welke wijze de toetsing door de Belastingdienst plaats vindt. Deze bepaalt dat de toetsing plaats vindt aan de hand van de feiten en omstandigheden van de te beoordelen concrete situatie.

- a. de aanwezigheid van een privaatrechtelijke dienstbetrekking wordt per arbeidsverhouding beoordeeld;*
- b. indien er meer partijen bij een arbeidsverhouding zijn betrokken (tussenkost, bemiddeling, inlenen, doorlenen enz.) dient de verhouding van de opdrachtnemer tot elk van die partijen beoordeeld te worden; er kan in principe met elk van die partijen sprake zijn van een dienstbetrekking;*
- c. de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, de vorm waarin de arbeidsverhouding is vastgelegd alsmede de benaming die aan de arbeidsverhouding is gegeven, zijn niet zelfstandig doorslaggevend. Een beoordeling vooraf, louter op basis van contracten en de bedoeling van partijen, is alleen mogelijk onder het voorbehoud dat de feiten en omstandigheden zullen overeenstemmen met deze informatie;*
- d. een complete beoordeling kan pas plaatsvinden als er daadwerkelijk gewerkt wordt in een bepaalde arbeidsrelatie. Dan blijkt immers hoe de feiten en omstandigheden*

van de betreffende situatie werkelijk zijn. De arbeidsverhouding dient zich ontwikkeld te hebben om hiervan een goed beeld te krijgen. Voor een beoordeling in dit stadium geldt overigens dat deze alleen van toepassing is voor zover de feiten en omstandigheden niet wijzigen.

De werknemersverzekeringen zijn verplichte verzekeringen die van rechtswege ontstaan. Het is niet mogelijk om de opdrachtnemer niet verzekerd te achten als er op grond van de geldende criteria sprake is van verzekering. Of iemand verzekerd is, hangt niet af van de keuze van de bij de arbeidsverhouding betrokken partijen, maar volgt uit de feiten en omstandigheden van de werksituatie.

Criteria ondernemerschap

Indien sprake is van ondernemerschap wordt geen (fictieve) dienstbetrekking aangenomen. Er is dan geen plicht tot loonheffing en premieafdracht. Maar wanneer is sprake van ondernemerschap en van winst uit onderneming in de zin van de inkomstenbelasting? De Belastingdienst let daarbij onder meer op de volgende aspecten. Wordt er winst gemaakt, en hoeveel? Hoe zelfstandig is de onderneming? Hoe treedt de onderneming op naar buiten? Zijn er meerdere opdrachtgevers? Wordt er ondernemersrisico gelopen? Is de ondernemer aansprakelijk? Wordt er kapitaal geïnvesteerd in de onderneming? Is de onderneming duurzaam? Er hoeft niet aan alle criteria te zijn voldaan om te concluderen dat sprake is van ondernemerschap. Dat is een afweging van alle concrete feiten en omstandigheden per geval.

Verhaal loonbelasting en/of premies

Indien achteraf blijkt dat ten onrechte geen loonbelasting is ingehouden kan de werkgever proberen dit op de werknemer te verhalen. Onder omstandigheden is dit mogelijk. In een zaak betreffende een chirurg oordeelde het Gerechtshof Arnhem (ECLI:NL:GHARN:BV8329, 28 februari 2012) dat verhaal van loonbelasting door de zorginstelling wel mogelijk was, aangezien de chirurg er gelet op de omstandigheden van het geval (betaling van brutosalaris zonder loonstroken en zonder jaaroverzicht) niet op had mogen vertrouwen dat de zorginstelling aan haar inhoudingsverplichting had voldaan. Er kon dus verhaal plaats vinden van loonheffingen op de chirurg. Voor sociale premies ligt dat echter anders. Artikel 20 Wet Financiering Sociale Verzekeringen bepaalt dat ieder beding dat de werkgever de mogelijkheid biedt premies werknemersverzekeringen te verhalen op de werknemer nietig is. Verhaal van premies op de werknemer is dus niet toegestaan.

4. Risico (fictieve) dienstbetrekking medisch specialist

Zoals hiervoor uiteen gezet wordt in de meeste ziekenhuizen gekozen voor het samenwerkingsmodel, waarbij de medisch specialisten een Medisch Specialistisch

Bedrijf (vaak een coöperatie) oprichten dat een samenwerkingsovereenkomst met het ziekenhuis aangaat. De medisch specialisten brengen hun eigen onderneming en/of maatschap onder in een of meerdere BV's die dan lid worden van de coöperatie of andere rechtspersoon. Het enkele optuigen van deze juridische structuur is onvoldoende voor het aannemen van ondernemerschap.

Uit het voorgaande volgt dat - om te voorkomen dat de relatie tussen de medisch specialist en het ziekenhuis of het samenwerkingsverband waarbinnen de specialist werkzaam is, wordt aangemerkt als een (fictieve) dienstbetrekking - sprake dient te zijn van fiscaal ondernemerschap. Dit wordt in de praktijk beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden in samenhang gezien. De vraag rijst of bij de toetsing door de Belastingdienst voldoende oog bestaat voor de specifieke situatie van een ziekenhuis. Voor het ziekenhuis en de daaraan verbonden medisch specialisten geldt immers bijzondere wet- en regelgeving die kaders scheppen waarin goede kwalitatieve zorg moet worden geleverd en het ondernemerschap moet worden uitgevoerd. Gelet op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over de verpleegkundige in de thuiszorg hoeft dat echter aan ondernemerschap niet in de weg te staan. Ook dan kan sprake zijn van voldoende zelfstandigheid. De Belastingdienst heeft dat lange tijd anders beoordeeld.

Het aspect van het aantal opdrachtgevers kan op verschillende wijzen worden geduid. Is de zorginstelling de (enige) opdrachtgever, of moeten de patiënten die een behandelovereenkomst met de medisch specialist aangaan (ook) worden gezien als mogelijke opdrachtgevers.

Het verlies van het zelfstandig declaratierecht wordt nu in één adem genoemd met afwezigheid van debiteurenrisico. In de praktijk wordt dit debiteurenrisico echter vaak in de contracten doorgelegd bij de medisch specialist. Er kan dus wel degelijk sprake zijn van incassorisico's bij de medisch specialist.

Succesfactoren?

Minister Schippers heeft in haar brief van 31 oktober 2014 aan de Tweede Kamer gesteld dat de medisch specialist aanzienlijke en reële ondernemersrisico's dient te lopen om als ondernemer aangemerkt te worden. Hoewel dit op grond van de wet en rechtspraak van diverse factoren afhankelijk is, heeft het ministerie van Financiën inmiddels in reactie op vragen van de OMS en VVAA een drietal kritische succesfactoren benoemd voor het aannemen van ondernemerschap van de medisch specialist. Dit betreft drie zaken:

- a. Vrije vervangbaarheid
- b. Overname van personeel
- c. Reële en substantiële investeringen.

Ad a. Vrije vervangbaarheid

Een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten. Indien de medisch specialist geen verplichting heeft de arbeid persoonlijk te verrichten kan hij zich laten vervangen. In antwoorden op vragen van de OMS en VVAA heeft het ministerie van Financiën ten aanzien van dit punt kenbaar gemaakt dat sprake dient te zijn van vrije vervangbaarheid. *“Er is sprake van vrije vervangbaarheid als het samenwerkingsverband de aangenomen werkzaamheden kan laten verrichten door iedere persoon die dezelfde kwalificaties heeft, zonder dat daarvoor instemming of toestemming van het ziekenhuis nodig is en zonder dat de vervanger afkomstig moet zijn uit een door het ziekenhuis aangewezen groep.”*

De vraag rijst wanneer hieraan is voldaan. Kan door het ziekenhuis een keurmerk worden gevraagd? Kunnen objectieve aanvullende eisen worden gesteld, mits die maar voor een ieder gelden? Is een toelatingsverklaring waarin bepaalde eisen worden gesteld toegestaan?

Ad b. Overname van personeel

Op dit punt stelt het ministerie van Financiën dat het personeel dat werkzaam is voor de maatschap in dienst dient te komen van de maatschap. De situatie waarin een deel van het personeel rechtstreeks in dienst is van de maatschap en een ander deel wordt ingehuurd van het ziekenhuis dient te vervallen. In de structurele situatie dient al het personeel dat voor de maatschap werkzaam is rechtstreeks in dienst te zijn van de maatschap, zodat de risico's verbonden aan het werkgeverschap ook bij de maatschap rusten. Hier wordt naar verluidt een transitieperiode van 1 jaar geaccepteerd door de fiscus. De Belastingdienst meent dat per medisch specialist sprake moet zijn van € 45.000 aan loonkosten van eigen werknemers. Dit bedrag is nogal arbitrair. De vraag rijst verder of het eigenlijk wel noodzakelijk is al het personeel dat werkzaam is voor een specialisme in dienst te nemen om te kwalificeren als ondernemer. Waarom zou ieder vorm van detachering of inhuur geen ondernemersrisico's met zich brengen? Stel dat wel sprake is van aanzienlijke financiële risico's, bijvoorbeeld op het terrein van facturering, incasso, aansprakelijkheid en investeringen. Moet personeel dan hoe dan ook in dienst worden genomen?

Ad c. Reële en substantiële investeringen

Op grond van de huidige Model Toelatingsovereenkomst rust op het ziekenhuis de verplichting om personeel en middelen (apparatuur, ruimte, materialen en andere benodigdheden) ter beschikking te stellen aan de medisch specialist. Het ziekenhuis creëert de randvoorwaarden waarbinnen de medisch specialist moet werken. Na 1 januari 2015 dient de maatschap zelf te investeren in deze middelen. Ten aanzien van de omvang van de investeringen in bedrijfsmiddelen geldt dat dit om reële en substantiële investeringen moet gaan waarbij een initiële investering op het niveau van de maatschap moet plaats vinden. Daarbij wordt door de Belastingdienst de eis gesteld dat ten minste € 15.000 geïnvesteerd moet worden in vaste activa voor eigen

gebruik. Dit is opmerkelijk omdat bij de aanvraag van een VAR een investering van € 2.500 als eis wordt gesteld. Het verstrekken van een achtergestelde lening aan het ziekenhuis waarbij bedrijfsmiddelen worden aangeschaft is volgens de Belastingdienst onvoldoende. Ook het aangaan van een langlopende huurverplichting acht zij onvoldoende. De Belastingdienst laat verder in het midden wanneer wel zal zijn voldaan aan dit vereiste.

Ook hierop valt veel af te dingen. Het aangaan van langlopende verplichtingen kan zeker een indicatie van ondernemerschap zijn. Daarnaast heeft ieder ziekenhuis een aantal collectieve voorzieningen die niet op maatschapsniveau aangeschaft (kunnen) worden. Het aangaan van collectieve financiële verplichtingen zou nu juist ook een indicatie van ondernemerschap kunnen zijn, afhankelijk van de wijze waarop dat wordt vorm gegeven.

Onzekerheid

Op de genoemde 3 criteria valt dus het nodige af te dingen. Bovendien zijn deze criteria in de praktijk niet zo duidelijk als het op papier lijkt. Daarnaast blijft het mogelijk dat ook zonder dat is voldaan aan exact deze criteria sprake is van ondernemerschap. Dit zal immers aan de hand van alle concrete feiten en omstandigheden moeten worden beoordeeld. Evenmin is het zo dat indien aan deze criteria is voldaan, hoe dan ook sprake is van ondernemerschap. Daarbij is bovendien nog denkbaar dat de beoordeling per specialisme binnen een ziekenhuis verschilt, omdat de ondernemersrisico's ook per specialisme kunnen afwijken. En wat te denken van de situatie waarbij binnen één vakgroep zowel specialisten in loondienst als vrijgevestigd medisch specialisten werkzaam zijn.

De vraag rijst ook of de medisch specialist op grond van artikel 3 Wet op de Inkomstenbelasting niet hoe dan ook moet worden aangemerkt als een ondernemer nu sprake is van zelfstandige beroepsuitoefening. In een uitspraak van de rechtbank Leeuwarden (17 april 2008, ECLI:NL:RBLEE: 2008:BD0706) werd geoordeeld dat de inkomsten van een tandarts ten onrechte als resultaat uit overige werkzaamheden waren aangemerkt. "De rechtbank overweegt dat het beroep van tandarts zich leent voor zelfstandige beoefening, maar dat het ook onzelfstandig kan worden uitgeoefend in welke geval sprake is van een dienstbetrekking. Op grond van artikel 3.5 van de Wet wordt het zelfstandig uitgeoefende beroep aangemerkt als een onderneming. Bij wetsduiding wordt op grond van het tweede lid van dit artikel zonder enig voorbehoud als ondernemer mede beschouwd: de beoefenaar van een zelfstandig beroep, zodat de zelfstandige beoefenaar van het beroep van tandarts (steeds) winst uit onderneming geniet. De Belastingdienst lijkt aan deze uitspraak voorbij te gaan.

De hiervoor genoemde 3 criteria zijn dan ook niet meer dan richtlijnen aan de hand waarvan het overleg met de Belastingdienst kan worden gevoerd. Wat de Belasting-

dienst vervolgens ook oordeelt, het blijft - zoals uit de hiervoor aangehaalde uitspraken blijkt - goed mogelijk dat de rechter uiteindelijk een ander oordeel velt over het wel of niet bestaan van ondernemerschap dan de Belastingdienst.

Momenteel wordt op grote schaal door ziekenhuizen en collectieven van medisch specialisten met de Belastingdienst overleg gevoerd over de vraag of in de nieuw ontworpen structuur sprake is van ondernemerschap. Het is van belang dat de Belastingdienst voor 1 januari 2015 daarover per ziekenhuis helderheid verschaft. Het beleid van de Belastingdienst op grond van de BBD is echter om achteraf op basis van de concrete individuele situatie een beslissing te geven.

Bij het ontbreken van een samenwerkingsovereenkomst per 1 januari 2015 wordt de medisch specialist door de Belastingdienst hoe dan ook geacht per die datum in dienstbetrekking tot het ziekenhuis te staan. Dit is voor de medisch specialisten en ziekenhuizen die streven naar ondernemerschap voor de specialisten een onwenselijk scenario.

Minister Schippers schrijft in haar brief van 31 oktober 2014 dat zij meent dat partijen met dit scenario rekening dienen te houden: *“Van belang vind ik ook dat ziekenhuizen zich afdoende voorbereiden op een onverhoopt negatieve beoordeling door de Belastingdienst. Een open gesprek tussen de raad van bestuur en medische staf over de gevolgen van bijvoorbeeld een fictief loondienstverband is van belang voor de bestuurbaarheid van het ziekenhuis.”*

Bij het uitblijven van een beoordeling van de Belastingdienst is het verstandig om de medisch specialist een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) te laten aanvragen bij de Belastingdienst. Het is echter de vraag of die VAR tijdig zal worden verstrekt.

5. Gevolgen (fictieve) dienstbetrekking medisch specialist

Als de Belastingdienst terecht oordeelt dat niet is voldaan aan de eisen van ondernemerschap is sprake van een fictieve of privaatrechtelijke dienstbetrekking. Daarmee is de fiscale en sociaalverzekeringsrechtelijke status. Wat betekent dit echter voor de rechtspositie van de medisch specialist? De toetsing of sprake is van een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht dient plaats te vinden aan de hand van de in par. 2 genoemde aspecten. Als geoordeeld wordt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft dat onder meer de volgende gevolgen.

Arbeidsvoorwaarden Medisch Specialist (AMS)

De cao Ziekenhuizen kent voor medisch specialisten een aparte arbeidsvoorwaardenregeling, de AMS. Deze is onderdeel van de cao. De NVZ is partij bij deze cao en haar

leden zijn verplicht om deze cao onverkort toe te passen. De AMS is dan ook van toepassing op alle medisch specialisten die in dienstverband werkzaam zijn bij een ziekenhuis.

Wet Normering Topinkomens (WNT)

De WNT is van toepassing op toegelaten zorginstellingen. Topfunctionarissen die bij dergelijke zorginstellingen werkzaam zijn vallen sinds 1 januari 2013 onder de WNT. Het inkomen van een topfunctionaris in de (semi)publieke sector mag maximaal 130% van een ministersalaris zijn. Dit is maximaal één jaarsalaris, met een maximum van € 75.000 bruto. Bonussen, winstdelingen en andere vormen van variabele beloning zijn niet toegestaan. Het Wetsvoorstel verlaging bezoldigingsmaximum WNT zal waarschijnlijk per 1 januari 2015 in werking treden. Dit wetsvoorstel strekt tot verlaging van het bezoldigingsmaximum op grond van de WNT van 130 % van de bezoldiging van de minister naar 100 % van de bezoldiging van de minister, zijnde € 178.000. Het voornemen bestaat tot uitbreiding van de reikwijdte van de WNT naar alle functionarissen in de publieke en semipublieke sector, waaronder dus ook medisch specialisten. Dit zal in een apart wetsvoorstel worden neergelegd. Voor dit wetsvoorstel is de beoogde inwerkingtredingsdatum 1 januari 2017. De OMS heeft met de NVZ en de minister in het Onderhandelaarsakkoord 2014-2017 afgesproken dat medisch specialisten tot en met 2017 niet onder de reikwijdte van de WNT zullen worden gebracht.

Goodwill

De medisch specialist die geacht wordt in een dienstbetrekking te staan tot het ziekenhuis verliest de fiscale behandeling als ware hij ondernemer. Minister Schippers stelt daarnaast dat hij zijn goodwill verliest door de indiensttreding bij het ziekenhuis. De vraag is op welke wijze hij zijn goodwill verliest of overdraagt. De onderneming die de medisch specialist tot dat moment uitoefende komt niet zomaar te vervallen. Op grond van de Model Toelatingsovereenkomst kan de medisch specialist bij overdracht van zijn praktijk goodwill bedingen. Dit veronderstelt dat daarover afspraken worden gemaakt tussen partijen.

Pensioen

Afhankelijk van de vorm van samenwerking tussen het ziekenhuis en de medisch specialist neemt de specialist per 1 januari 2015 deel aan ofwel de regeling van het pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW) ofwel dat van de Stichting Pensioenfonds Medisch Specialisten (SPMS). Voor deelname aan de SPMS is een vereiste dat sprake is van zelfstandige beroepsuitoefening, en dus niet van een arbeidsovereenkomst. De SPMS geldt als de medisch specialist als fiscaal ondernemer wordt aangemerkt. Het PFZW is een pensioenfonds in de zin van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Op grond van de AMS neemt de medisch specialist die in dienstverband werkzaam is, verplicht deel aan deze pensioenregeling

conform de voorwaarden opgenomen in het pensioenreglement van het PFZW. De dga is uitgesloten van deelname aan het PFZW. Het PFZW heeft kenbaar gemaakt dat de wijze waarop de samenwerking tussen het ziekenhuis en de medisch specialist wordt vorm gegeven, bijvoorbeeld middels een nieuw type toelatingsovereenkomst, tot het oordeel kan leiden dat sprake is van een dienstverband de zin van het PFZW. Verwezen wordt naar de in par. 2 aangehaalde uitspraak(HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam / Stichting Pensioenfonds PGGM).

Wet Werk en Zekerheid (WWZ)

Met ingang van 1 juli 2015 treedt de WWZ in werking. Deze wijzigt de positie van flexibele arbeidskrachten, het ontslagrecht en een aantal sociale verzekeringswetten. Het BBA vervalt waardoor de positie van opdrachtnemers wijzigt. De positie van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wijzigt niet. Wel verandert het ontslagrecht ingrijpend waardoor een ontslag op grond van bijvoorbeeld disfunctioneren moeilijker zal worden. De werkgever zal duidelijker dan nu het geval is moeten kiezen voor een van de in de wet limitatief opgesomde ontslaggronden. Een andere wijziging is de introductie van de transitievergoeding. Er komt een vaste staffel voor de bepaling van de ontslagvergoeding die bij iedere uitdiensttreding (behalve ontslag op staande voet of ontslagname) verschuldigd zal zijn. Deze transitievergoeding bedraagt maximaal € 75.000 bruto, dan wel een jaarsalaris indien dat een hoger bedrag is. Deze regeling is aanzienlijk goedkoper voor werkgevers dan de zogenaamde kantonrechttersformule, en iets gunstiger dan de WNT die een bedrag van € 75.000 als maximum noemt (daaraan is de rechter op grond van de WNT overigens niet gebonden).

6. Conclusie

Het is de vraag wanneer sprake is van fiscaal ondernemerschap bij de medisch specialisten die vanaf 1 januari 2015 een nieuwe samenwerkingsrelatie aangaan met het ziekenhuis. Op grond van de wet en rechtspraak dient dit per individueel geval beoordeeld te worden, aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden. Van belang is dat sprake is van ondernemerschap en ondernemersrisico's. Door minister Schippers en het ministerie van Financiën is recent een drietal kritische succesfactoren benoemd voor het fiscaal ondernemerschap van de medisch specialist. Het is de vraag hoe deze in de praktijk uitwerken en hoe deze zich met de rechtspraak verhouden. Veel is en blijft onduidelijk, met grote risico's en onzekerheid voor alle betrokkenen. Indien de Belastingdienst positief beslist halen de betrokken partijen opgelucht adem. Indien de Belastingdienst negatief beslist leidt dat acuut tot grote onzekerheid over de situatie per 1 januari 2015. De ziekenhuizen zullen moeten handelen alsof de Belastingdienst terecht heeft geoordeeld dat sprake is van een fictieve dienstbetrekking, en heffingen en premies moeten afdragen. Ondertussen zullen bezwaar- en beroeps-

procedures worden gestart en zal mogelijk heronderhandeld worden met de medisch specialisten en de Belastingdienst. Het is mogelijk dat pas jaren later duidelijk wordt of het negatieve oordeel van de Belastingdienst juist was. Ondertussen hebben de medisch specialisten ondernemingsrisico's op zich genomen, terwijl daar geen ondernemersfaciliteiten tegenover staan. Ook tussen ziekenhuizen en medisch specialisten zijn tal van juridische conflicten denkbaar. Er dreigt een onontwarbare kluwen te ontstaan.

Gelet op de uitspraak van minister Schippers in de Tweede Kamer medio 2013 *“dat Financiën hier geharnast in zit, want men was het daar spuugzat dat mensen geen risico liepen maar zich wel ondernemer noemden”* mag verwacht worden dat de structuren die door ziekenhuizen en medisch specialisten zijn uit onderhandeld uiterst kritisch getoetst zullen worden.

Onze conclusie is, op basis van de thans bekende informatie, dat de (coöperatie)-modellen geen fiscale zekerheid bieden voor 1 januari 2015. Immers feitelijke toetsing vindt plaats achteraf. Wij adviseren u, gelet op het gezamenlijke en individuele belang, met uw vakgroep en stafbestuur alsmede raad van bestuur van uw ziekenhuis te overleggen over de mogelijk verstrekkende juridische, financiële en fiscale gevolgen van de modellen en voor specifiek het coöperatie model thans een ontbindende voorwaarde te laten opnemen. Wij geven u in overweging om met staf en raad van bestuur voor het eind van het jaar alsnog voor het Medisch Specialistisch Bedrijf te gaan al dan niet als vakgroep ondersteund met een VAR WUO indien de politiek geen uitstel verleend dan wel het ministerie van Financiën alsnog het ondernemerschap van de specialist eerbiedigt voor 2015.

Dit memo werd in opdracht van Ceifer Accountants en Belastingadviseurs op 30 november 2014 opgesteld door Wijn & Stael Advocaten.

Contactinformatie:

Else Loes Pasma (pasma@wijnstael.nl)
Jan Henk van der Velden (vandervelden@wijnstael.nl)
Wijn & Stael Advocaten
Maliesingel 20 - 3581 BE Utrecht
T (030) 23 20 800 - F (030) 23 41 644
www.wijnstael.nl

De conclusie van Ceifer Accountants en Belastingadviseurs is, op basis van de thans bekende informatie, dat de (coöperatie)-modellen geen fiscale zekerheid bieden voor 1 januari 2015. Immers feitelijke toetsing vindt plaats achteraf. Wij adviseren u, gelet op

het gezamenlijke en individuele belang, met uw vakgroep en stafbestuur alsmede raad van bestuur van uw ziekenhuis te overleggen over de mogelijk verstrekkende juridische, financiële en fiscale gevolgen van de modellen en voor specifiek het coöperatie model thans een ontbindende voorwaarde te laten opnemen. Wij geven u in overweging om met staf en raad van bestuur voor het eind van het jaar alsnog voor het Medisch Specialistisch Bedrijf te gaan al dan niet als vakgroep ondersteund met een VAR WUO indien de politiek geen uitstel verleend dan wel het ministerie van Financiën alsnog het ondernemerschap van de specialist eerbiedigt voor 2015.

Jos Sluijs
Ceifer Accountants en Belastingadviseurs
Utrechtseweg 131 - 3702 AC Zeist
Postbus 194 - 3700 AD Zeist
T (030) 692 80 90 - F (030) 692 80 95
E-mail medici@ceifer.nl
www.ceifer.nl

Dit memo is opgesteld met de grootst mogelijke zorgvuldigheid (en beoogt in algemene bewoordingen en zonder naar volledigheid te streven algemene informatie te geven).
Voor eventuele onjuistheden en/of onvolkomenheden kan Wijn & Stael Advocaten N.V. noch Ceifer Accountants en Belastingadviseurs aansprakelijkheid aanvaarden.