

Wel of geen Tozo voor grensoverschrijdende ondernemers

Citation for published version (APA):

Mertens, P. (2022). Wel of geen Tozo voor grensoverschrijdende ondernemers. *Vakblad Grensoverschrijdend Werken*, (47), 10-11.

Document status and date:

Published: 04/05/2022

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.



GRENSOVERSCHRIJDEND WERKEN

Vakblad over werken en wonen over de grens

Nr. 47, mei 2022

Wel of geen Tozo voor grensoverschrijdende ondernemers

Auteur: **mr. drs. Pim Mertens**

Wetenschappelijk coördinator bij het Expertisecentrum ITEM/als promovendus verbonden aan Universiteit Maastricht (pim.mertens@maastrichtuniversity.nl)

De grensoverschrijdende aspecten van de getroffen financiële steunmaatregelen ten tijde van de COVID-19 crisis zijn in een eerdere bijdragen uitgelicht.¹ Met name de Nederlandse Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers (Tozo) vormt gedurende langere tijd punt van discussie. Op 25 april 2022 heeft de Rechtbank Limburg een interessante uitspraak gedaan in de zaak van een zelfstandig ondernemer die in België woonachtig is, maar in Nederland zijn onderneming heeft gevestigd en voert.² Deze bijdrage zal op deze uitspraak nader ingaan. Hiervoor zal nog een korte samenvatting worden gegeven van hetgeen daaraan voorafging.

Wat eraan voorafging

Met de COVID-19 crisis zagen veel ondernemers hun inkomsten teruglopen, eventueel door gedwongen (gedeeltelijke) sluiting door ziekte of de overheid. Om de financiële schade te verminderen hebben overheden in hoog tempo steunmaatregelen opgetuigd, waaronder de Tozo in Nederland. De Tozo kent twee componenten, waarbij de eerste component voorziet in een inkomensondersteuning voor het levensonderhoud en de tweede component bestaat uit een lening voor bedrijfskapitaal. De regeling is geënt op de al bestaande Bijstand voor zelfstandigen (Bbz), dat zelf buiten werking is gezet met de COVID-19 pandemie. Met het beëindigen van de Tozo per oktober 2021, is de Bbz met enkele versoepelde voorwaarden wederom inwerking getreden.

Gedurende de looptijd van de Tozo, zijn er meerdere versies geweest waarbij voorwaarden zijn aangescherpt. Voor de eerste Tozo (Tozo 1), zoals geïntroduceerd in april 2020 en met terugwerkende kracht naar maart 2020, gold aanvankelijk om in aanmerking te komen dat de zelfstandige ondernemer woonachtig is en rechtmatig verblijft in Nederland, de Nederlandse nationaliteit heeft of daarmee is gelijkgesteld, woonachtig is in de gemeente waar de aanvraag wordt ingediend, en dat de zelfstandige activiteit wordt uitgevoerd in Nederlands voor ten minste 1.225 uur per jaar.³ Aangezien dit grensondernemers, die niet in Nederland wonen, uitsloot, is na ophef bij ministeriële regeling gewijzigd dat ondernemers die rechtmatig woonachtig zijn in een andere EU/EER lidstaat en in Nederland premieplichtig zijn, ook recht hebben op de leningscomponent ten behoeve van bedrijfskapitaal.⁴ Daarmee verkregen de grensondernemers die niet in Nederland wonen, maar hier wel ondernemen en belastingen en premies betalen, nog geen recht op het inkomensondersteunende deel van de Tozo. Hierover zijn menig Kamervragen gesteld en discussies gevoerd. Na een aangenomen motie, concludeerde de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Koolmees, dat er toch geen mogelijkheid wordt gezien om een regeling te maken om grensondernemers woonachtig in België en Duitsland te ondersteunen.⁵ Het uitbreiden van het inkomensondersteunende deel van

de Tozo naar inwoners buiten Nederland wordt niet wenselijk geacht nu de Tozo als bijstand wordt gezien. Met de grondslag in de Participatiewet wordt aan het territorialiteitsbeginsel vastgehouden. Achterliggend bestaat de vrees dat de Tozo-uitkering onder het Europese gelijkheidsbeginsel naar alle lidstaten zou moeten worden geëxporteerd en dat dit fraude in de hand werkt.

In de opvatting dat de Tozo bijstand vormt en niet moet worden gezien als sociale zekerheidsuitkering wordt de Nederlandse overheid gesteund door de Europese Commissie en de uitspraak van de Rechtbank Limburg in mei 2021⁶. Deze laatste oordeelde dat de uitkering levensonderhoud van de Tozo geen prestatie is in de zin van artikel 3 Verordening 883/2004 en daarmee niet onder de materiële werksfeer van de coördinatieverordening valt (en dus niet hoeft te worden geëxporteerd). Conclusie: geen inkomensondersteunende Tozo-uitkering voor grensondernemers die niet in Nederland wonen, al voldoen ze aan alle andere voorwaarden.

Rechtbank Limburg: in strijd met vrijheid van vestiging

Op 25 april jl. kwam er een interessante uitspraak van de Rechtbank Limburg. In casu betrof het een in België wonende ondernemer, taxichauffeur, die in Maastricht een bedrijf heeft. De ondernemer kreeg bij aanvraag van de Tozo-uitkering in mei 2020 een afwijzing van de gemeente Maastricht, wegens het woonplaatsvereiste. De gemeente beriep zich hierbij ook weer op de Participatiewet en het territorialiteitsbeginsel. De ondernemer diende bezwaar in, waarna de gemeente zich verweerde met de opvatting dat de Coördinatieverordening niet van toepassing is en dat de artikelen uit het VWEU over vrij verkeer van personen (artikel 21) en vrijheid van vestiging (artikel 49) er niet in de weg staan van het hanteren van een woonplaatsvereiste. Redenen zoals het voorkomen van een onevenredige belasting van het socialebijstandstelsel en het voorkomen van samenloop van uitkeringen en fraude rechtvaardigen zo'n vereiste.

Discriminatie?

Daartegen is de ondernemer in beroep gegaan, waarbij het territorialiteitsbeginsel en de daaruit vloeiende woonplaatsvoorwaarde centraal staat. Desalniettemin beriep de ondernemer zich niet meer op Verordening 883/2004, maar uitsluitend op de beperking van de vrijheid van vestiging zoals in het VWEU vastgelegd. Dat vormt een belangrijk verschil met de eerdere procedure bij de Rechtbank Limburg in mei 2021, waar het geschil wél ging over de toepassing van Verordening 883/2004 en de kwalificatie van de Tozo hierin. Ten aanzien van de beperking van vrijheid van vestiging gaf de ondernemer aan dat er sprake is van indirecte discriminatie door onderscheid te maken op basis van de woonplaats. Doordat personen die niet in Nederland wonen maar zich daar wel bedrijfsmatig vestigen geen recht hebben op de Tozo-uitkering,



en daarbij ook geen gebruik kunnen maken van een sociaal vangnet in België zonder dat zij het risico lopen om hun verblijfsvergunning te verliezen, wordt het hen moeilijker gemaakt om in Nederland gevestigd te blijven.

In haar oordeel stelt de rechtbank ten eerste vast dat het geen directe discriminatie betreft. De uitkering zelf beïnvloedt immers niet de toegang tot werkzaamheden of het uitoefenen hiervan. Desalniettemin stelt de rechtbank wel dat het hanteren van de woonplaatsvoorwaarde het minder aantrekkelijk maakt voor personen die niet in Nederland wonen om zich hier te vestigen of gevestigd te blijven. Zij kunnen immers geen Tozo-uitkering verkrijgen, terwijl in Nederland woonachtige mede-ondernemers dat wel kunnen. Derhalve beperkt de woonplaatsvoorwaarde de vrijheid van vestiging indirect, door het minder aantrekkelijk te maken voor grensgevallen.

Rechtvaardigingsgrond?

De volgende vraag is of dit gerechtvaardigd kan worden. Dit kan door dwingende redenen van algemeen belang en indien proportioneel, ofwel doelgericht en niet verder gaat dan noodzakelijk. In het verweer is daarbij wederom aangehaald dat het woonplaatsvereiste een onevenredige belasting van het sociale bijstandsstelsel en frauderisico's voorkomt, waarbij Nederland onvoldoende in het buitenland kan controleren of geen andere uitkeringen worden ontvangen. Het woonplaatsvereiste wordt ook door de rechtbank als geschikt middel hiervoor, maar betwijfelt of het middel niet verder gaat dan noodzakelijk is. Zo ontbreken cijfers en gegevens die onderbouwen dat het sociale bijstandsstelsel onevenredig zou worden belast of enig andere overtuigende onderbouwing. Uit eigen onderzoek concludeert de rechtbank dat de doelgroep vrij beperkt is, verwijzend naar een Kamerbrief (13.600 in Nederland gevestigde ondernemingen waarbij de ondernemer in België of Duitsland woont) en KVK (ongeveer 20.000 in totaal). Specifiek besteedt de rechtbank ook aandacht aan de voorwaarden van de Tozo, zoals het op 17 maart 2020 in het handelsregister ingeschreven staan en een maximale uitkeringsduur van in principe drie kalendermaanden. De significantie van de impact die door een woonplaatsvereiste zou worden voorkomen, wordt dus niet door de rechtbank gezien.

Ten aanzien van precedentwerking, ofwel dat de (afwijkende) lijn naar andere uitkeringen kan worden doorgetrokken, merkt de rechtbank op dat de Tozo als tijdelijke noodmaatregel met soepele voorwaarden wezenlijk verschilt van andere bijstandsuitkeringen en daarmee niet aan de orde is. Ten aanzien van de controlemogelijkheden grensoverschrijdend erkent de rechtbank deze problematiek. Desalniettemin is de Tozo, zeker Tozo 1 zonder partner- en vermogenstoets, ingestoken op weinig controle of handhaving aan de voorkant. Verder is niet helder gemaakt waarom samenwerking met de bevoegde autoriteiten over de grens niet tot effectieve handhaving zou kunnen leiden. Hierbij wordt ook bijzonder meegewogen dat Tozo 1 dient als laatste sociale vangnet, waarbij het 'controle-argument' juist vraagt om andere oplossingen.

Een en al maakt dat de rechtbank het middel 'woonplaatsvereiste' wel als effectief middel beschouwt voor de aangedragen zorgen van de gemeente Maastricht, maar niet als proportioneel ziet, ofwel ze gaan verder dan noodzakelijk is. De motivering was onvoldoende. Daarmee is er sprake van ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging.

Conclusie

De Rechtbank Limburg stelde de grensondernemer dus in het gelijk, hetgeen zou betekenen dat de gemeente Maastricht de Tozo 1-uitkering aan de Belgische inwoner moet toekennen. Met deze uitspraak stelt de rechtbank ook kritische noten bij de steeds aangedragen argumenten vanuit de Nederlandse regering, zijnde fraude, precedentwerking en onevenredige belasting. Dat zijn interessante uitspraken, waarbij de argumentatie dus als onvoldoende en niet proportioneel wordt gezien. Hoewel onbenoemd in de uitspraak, is deze argumentatie immer meer te onderschrijven nu de Tozo tevens vereist dat minimaal 1.225 uur per jaar wordt gewerkt in de onderneming en de ondernemer in Nederland aan sociale zekerheidspremies onderhevig is. Daarmee wordt ook wezenlijk bijgedragen aan de financiële staat van het stelsel door kwalificerende grensondernemers, zou men kunnen betogen.

Inmiddels heeft de gemeente Maastricht beroep tegen de uitspraak aangetekend. Daarmee gaat de juridische discussie over de Tozo en grensondernemers, wederom, nog even langer door. Ondertussen zijn tevens Kamervragen gesteld aan de nieuwe minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Van Gennip.⁷ Hierbij wordt onder andere gevraagd of de uitspraak tot een heroverweging zorgt ten aanzien van deze groep grensondernemers en Tozo, het contact met de buurlanden en/of GrensInfoPunten, maar ook de waarborging dat eventuele exporteerbaarheid zich beperkt in aantal lidstaten (alleen buurlanden) en geen precedentwerking heeft naar andere bijstandsuitkeringen. Na even stilte rondom Tozo kan dus wel worden gesteld: wordt vervolgd.

- 1 P. Mertens & R. Tans, Financiële Corona-maatregelen en grenswerkers: een stand van zaken, *Vakblad Grensoverschrijdend Werken*, 30, 2020.
- 2 Rechtbank Limburg, 25 april 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:3194
- 3 Besluit van 17 april 2020, houdende tijdelijke regels omtrent bijstandverlening aan zelfstandigen die financieel getroffen zijn door de gevolgen van de crisis in verband met COVID-19
- 4 Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 april 2020, nr. 2020-0000060351
- 5 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/05/27/kamerbrief-motie-van-dijk-en-palland-en-motie-van-het-lid-palland-cs-grensondernemers>
- 6 Rechtbank Limburg, 28 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4337
- 7 <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2022Z08508&did=2022D17281>